

Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos¹

FRANCISCO DE ELIZALDE IBARBIA

Profesor de Derecho civil
IE Universidad

RESUMEN

Este trabajo presenta el «contenido del contrato» como un concepto central en la teoría moderna del Derecho contractual. Con una metodología comparada, se parte de las soluciones clásicas de los principales ordenamientos jurídicos europeos para, luego, adentrarse en su evolución. Respecto de esta última se constata una tendencia a la convergencia (con notoria influencia del Common Law) respecto de los efectos que genera el contenido contractual, destacándose la recepción de la noción de «garantía» en el Derecho continental, incluido el Derecho español. Asimismo, el trabajo examina el resurgimiento de las fuentes no voluntarias del contenido del contrato, cuyo resultado principal, en este campo, es la creciente vinculación por la información precontractual, a través de diversos cauces jurídicos. Sobre esta base, se realiza un análisis de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

¹ Este trabajo se realiza en el seno del Proyecto de investigación «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación» (DER2014-53972-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuyos investigadores principales son los profesores D. Antonio Manuel Morales Moreno y D.^a Nieves Fenoy Picón. El autor agradece los comentarios que recibió de los asistentes al Seminario de Derecho civil de la Universidad Pompeu Fabra, el día 18 de mayo de 2017, en cuyo seno se presentó este artículo. Por supuesto, la responsabilidad por los errores que el mismo pudiera contener recae exclusivamente en quien escribe.

PALABRAS CLAVE

Contenido del contrato; imposibilidad inicial; garantía; principio de conformidad; aliud pro alio; información precontractual.

ABSTRACT

The paper deals with the «Terms» of the contract which are presented as a key concept in the modern theory of Contract Law. Using a comparative methodology, the work first introduces the solutions adopted by the Classic Contract Law rules of the main European legal systems. It then focuses on its evolution. To this respect, an increasing tendency towards convergence is perceived, as a consequence of which guarantees have been incorporated to the Civil Law, under a notorious influence of the Common Law. The paper further examines the resurgence of implied terms in law, which, together with interpretation may lead to the recognition of binding effects to pre-contractual information. On these grounds, the article analyses the Principles of Latin American Contract Law.

KEYWORDS

Terms; initial impossibility; guarantee; warranty; conformity; aliud pro alio; pre-contractual information.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Significado y alcance del contenido del contrato.* 2.1 El contenido del contrato y la prestación en el Derecho continental. 2.1.1 La imposibilidad inicial total y absoluta de la prestación. 2.1.2 La imposibilidad parcial por ausencia de cualidades. 2.1.2.1 La ausencia de cualidades presupuestas. 2.1.2.2 La ausencia de cualidades pactadas. 2.2 El contenido del contrato en el Derecho inglés: las garantías.—3. *La garantía en el trasfondo de la modernización del Derecho europeo-continental de contratos.* 3.1 La garantía de utilidad de la cosa específica en la compraventa. Del objeto real al ideal. 3.1.1 La garantía de conformidad. 3.1.2 La doctrina jurisprudencial del «aliud pro alio».—4. *La vinculación por la información precontractual.*—5. *Hacia una nueva apreciación del consentimiento en el mercado de derechos.*—6. *El contenido contractual en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.*—7. *Conclusiones.*—8. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

El contenido o reglamentación contractual constituye un elemento central en la relación jurídica que emana del contrato. Las estipulaciones o cláusulas contractuales (tal como se conoce en el tráfico al contenido del contrato) determinan el alcance de las

obligaciones y deberes de las partes, así como las garantías que éstas asumen. Dicha reglamentación comprende no sólo lo expresamente pactado sino también aquello que correspondiera integrar por mor de la ley dispositiva, de la buena fe y de los usos (art. 1258 CC), con las limitaciones que impone el Derecho imperativo (*ex art. 1255 CC*). El contenido sirve, por ende, como referencia en la fase de cumplimiento del contrato pero también, como es evidente, como parámetro para determinar la existencia y alcance de un eventual incumplimiento contractual.

A pesar de su relevancia, la codificación decimonónica no reconoció la autonomía conceptual del contenido del contrato o, al menos, no le otorgó un tratamiento nítidamente diferenciado de uno de sus efectos principales: la obligación. La preponderancia de esta última en los Códigos civiles es notoria, aun cuando sea cierto que las obligaciones exceden el ámbito puramente contractual. El Código civil español dedica solo dos preceptos, dentro de la teoría general del contrato, al contenido: los arts. 1255 y 1258 CC. Este tratamiento, que actualmente parece insuficiente, contrasta con la prolija regulación de las obligaciones. En Francia, la versión original del art. 1135 del *Code*, inspiración del art. 1258 CC español², también se asemejaba a una pequeña isla en el océano de las obligaciones, circunstancia que ha cambiado radicalmente con la reforma de 2016³. En Alemania, incluso tras la modernización de 2001⁴, el BGB sigue sin contar con una norma que regule con carácter general las fuentes de la reglamentación contractual, si bien la reforma introdujo disposiciones relativas a los contratos de consumo y a las condiciones generales de la contratación. No sorprende, entonces, que la ocupación de la doctrina continental a la reglamentación contractual haya sido exigua, fiel reflejo de los Códigos civiles.

En contraste, el Derecho inglés dedica especial atención al contenido del contrato (*Terms*), tanto desde una perspectiva académica como práctica. Determinar las fuentes y el alcance de la reglamentación contractual es uno de los ejercicios centrales en la aplicación del Derecho inglés de contratos. Esto se debe principalmente al carácter fragmentario y parcial del Derecho dispositivo en el *Com-*

² Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2006, p. 384; GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, p. 9.

³ *Ordonnance n.º 2016-131*, du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n.º 35 de 11 de febrero de 2016.

⁴ La reforma del BGB fue ordenada por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26.11.2001, Bundesgesetzblatt 2001, I, 3138.

mon Law, circunstancia que, entre otros motivos, ha redundado en una desvinculación del contenido contractual, respecto de las obligaciones como efecto. Es así que el Derecho de obligaciones (*Law of Obligations*) no regula la obligación al modo continental, sino que simplemente es una noción paraguas de cierta novedad, bajo la cual se engloban las principales fuentes de las obligaciones: contratos (*Contracts*), responsabilidad extracontractual (*Torts*) y enriquecimiento injusto (*Unjust Enrichment*), cada una con un desarrollo históricamente independiente.

Los principales instrumentos de armonización del Derecho de los contratos en Europa, entre los que destacan, entre otros, los *Principles of European Contract Law* (PECL) y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), asumen la autonomía conceptual del contenido del contrato, contemplando algunos de sus principales problemas en un Capítulo particular, el Capítulo 6 de los PECL y el Capítulo 9 del DCFR. La reforma francesa del Derecho de contratos y de las obligaciones (2016) va más allá, dado que eleva el contenido contractual a la condición de requisito de validez del contrato, junto con el consentimiento y la capacidad de las partes (art. 1128 CC francés).

La hipótesis de este trabajo es que, con independencia del dispar reconocimiento normativo que el contenido del contrato recibe en el Derecho español y en los principales ordenamientos de nuestro entorno, es posible constatar una evolución relevante en las fuentes y en los efectos de la reglamentación contractual, que refleja una tendencia hacia la armonización europea. En lo que respecta a las fuentes, destaca el creciente rol de la buena fe y la ley (dispositiva e imperativa) en el reconocimiento de la eficacia vinculante de la información que se transmite *in contrahendo* y de aquella que se omite infringiendo deberes precontractuales. En relación con los efectos que crea el contenido, sobresale la admisión de la garantía contractual, incluso de fuente no voluntaria (proveniente del Derecho imperativo o dispositivo), innovación relevante para el Derecho continental, tradicionalmente constreñido a la obligación y sus deberes accesorios.

El análisis del contenido del contrato se estructura en torno a estos dos grandes temas. Los primeros apartados se dedican a la concepción clásica de la reglamentación contractual y sus efectos en el Derecho continental y en el Derecho inglés, elemento de comparación al que se recurre por su influencia en la armonización de esta problemática negocial. Tras constatar la modernización en los efectos (de la omnipresencia de la obligación a la admisión de la garantía), el trabajo se adentra en la evolución de las fuentes

voluntarias y no voluntarias del contenido contractual. El marco conceptual que se deriva de lo expuesto sirve para formular observaciones a la solución que adopta al respecto la propuesta de unos Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), todavía en fase de elaboración, con las que se concluye.

2. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

2.1 EL CONTENIDO DEL CONTRATO Y LA PRESTACIÓN EN EL DERECHO CONTINENTAL

Díez-Picazo distingue acertadamente la reglamentación del contrato de las obligaciones (contractuales), a las que considera efectos del mismo. La distinción no es baladí ya que, por un lado, determina la autonomía conceptual del contenido —«lo que el contrato lleva dentro de sí, aquello que constituye su más íntima sustancia»⁵— y, por otro, presenta el escenario comúnmente aceptado según el cual las obligaciones son el efecto del contrato por antonomasia, sino el único⁶.

Respecto de esto último, explica Larenz que, en el Derecho continental, el contrato, en su acepción de reglamentación, es «primariamente, una norma de conducta, según la cual tiene que dirigir su actuación el obligado»⁷. Es lógico que, así entendido, el concepto de contenido del contrato que subyace en la codificación sea el de «un vínculo que genera deberes»⁸. La reglamentación del contrato, según esta concepción, es fuente de obligaciones que imponen al deudor un deber jurídico de conducta, la prestación, que consiste en dar, hacer o no hacer algo (art. 1088 CC; art. 1101 CC francés⁹) y deberes accesorios a esa prestación (§ 241.2 BGB)¹⁰.

⁵ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 352.

⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 353.

⁷ LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, I, EDERSA, Madrid, 1958, p. 85. El autor ratifica su postura en ediciones posteriores, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, 1987, § 7, III (p. 91).

⁸ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 35», en L. Díez-Picazo (Dir. y Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 290.

⁹ Según la versión original del Código civil francés. La reforma de 2016 introdujo cambios en su redacción a pesar de los cuales la referencia a la obligación continúa presente.

¹⁰ *Vid.*, respecto de los llamados «deberes de cuidado», MORALES MORENO, A. M., «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en C. L. García Pérez e I. González Pacanowska (coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 34-36.

Por otra parte, aunque de esto no nos ocupamos, la ligazón exclusiva del contenido a la obligación conlleva que «la responsabilidad contractual tiend(a) a ser construida con cierta dosis de subjetivismo, fundada en el incumplimiento de deberes contractuales (...) y bajo el presupuesto de la culpabilidad»¹¹. Aspecto éste que la modernización del Derecho de obligaciones y contratos intenta superar, por medio de la noción neutra de incumplimiento¹².

El tradicional apego del Derecho continental al deber jurídico, como efecto de la reglamentación contractual, coloca a las partes en la posición de acreedor y deudor y exige de este último dar, hacer o no hacer algo. De este modo, se ha circunscrito históricamente el alcance del contenido del contrato a ser la regla que determina la prestación, a diferencia de lo que sucede en el *Common Law*.

Como consecuencia de lo expuesto, se comprende que la posibilidad de ejecutar la prestación haya adquirido tanta relevancia en el Derecho continental y que obligarse a una prestación imposible haya sido visto como un obstáculo difícilmente salvable para la reglamentación contractual.

2.1.1 La imposibilidad inicial total y absoluta de la prestación

El art. 1258 CC, fuente de Derecho dispositivo del contenido contractual, establece que los contratos *obligan* no sólo a lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que resulten conformes con la buena fe, los usos y la ley. Al comentar el art. 978 del Proyecto de 1851, antecedente directo del art. 1258 CC¹³, García Goyena afirma: «*no hay especie de obligación*, sea de dar, sea de hacer o de no hacer, que no descansa en las reglas fundamentales de este artículo, a las que habrá de recurrirse siempre para interpretarlas, ejecutarlas y determinar todos sus efectos». Si tenemos en cuenta que, en el Derecho español, la obligación consiste en dar, hacer o no hacer (art. 1088 CC)¹⁴, ambos textos dan la razón al

¹¹ MORALES MORENO, «Comentario al art. 35», *op. cit.*, p. 290.

¹² PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1720-1721; MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante (Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en su acto de recepción pública como Académico de Número)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 29-30; y GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007, p. 7.

¹³ DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario al art. 1258», en C. Paz-Ares, L. Díez Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, II-I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 436.

¹⁴ En el Derecho romano, la obligación también podía consistir en un «*praestare*», cuyo alcance dista de ser nítido pero habría implicado una garantía a un resultado determi-

citado Larenz en cuanto a que, según la concepción predominante en el Derecho continental, el contrato es una norma de conducta, una fuente de obligaciones que exigen del deudor un deber de prestación.

La consecuencia lógica que parece seguirse de lo anterior es que el deudor no puede obligarse a cumplir una prestación imposible, por lo que la imposibilidad inicial sería causa de nulidad del contrato, invocándose a tal fin la conocida regla de Celso: *impossibilium nulla obligatio est*¹⁵. Esta solución únicamente comprendería la imposibilidad inicial total y absoluta, es decir, aquella que se da al tiempo de contratar (inicial), que afecta a la prestación íntegramente (total) y que resulta imposible para cualquier deudor (absoluta u objetiva). La regla no está llamada, con carácter general, a cubrir supuestos de imposibilidad sobrevenida, parcial—excepto cuando se equipara a la total por afectar a la esencia del objeto— ni a la llamada imposibilidad subjetiva o inhabilidad, que consiste en una ejecución imposible para el deudor pero posible para otros, salvo en el caso de una prestación *intuitu personae*¹⁶. Por último, en cuanto a sus modalidades, la imposibilidad inicial comprende la imposibilidad física o material y la jurídica.

La inexistencia de vinculación contractual válida en los supuestos de imposibilidad inicial total y absoluta se generalizó en los Códigos civiles de los siglos XIX y XX. En Alemania, el antiguo § 306 BGB rezaba: «Un contrato, cuyo cumplimiento es imposible, es nulo»¹⁷. Este precepto se complementaba con el también derogado § 307 BGB que introdujo en el Código civil alemán la teoría de la *culpa in contrahendo* de Jhering¹⁸. En su virtud, la persona que celebrara un contrato de cumplimiento imposible, conociendo o debiendo conocer esta circunstancia, respondía de los daños ocasionados a la parte inocente, con el límite del interés negativo.

En la tradición latina, la imposibilidad se ha relacionado directamente con el objeto del contrato. En el Derecho español, el Código Civil establece que el objeto es un elemento esencial del contrato (art. 1261 CC), cuya ausencia determina la nulidad o, según algunos autores¹⁹, la inexistencia del contrato. Al caracterizar al

nado, como afirma ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, OUP, Oxford, 1996, p. 6.

¹⁵ Cel. D. 50, 17, 185.

¹⁶ SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 270-272.

¹⁷ Traducción propia.

¹⁸ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 695.

¹⁹ Vid. VARA PARRA, J. J., «La imposibilidad inicial», en S. Sánchez Lorenzo (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2013, p. 697.

objeto, el art. 1271 CC se refiere directamente a la imposibilidad jurídica cuando establece que las cosas (objeto del contrato) no han de ser *res extra commercium* ni los servicios, contrarios a las leyes o las buenas costumbres²⁰. En cuanto a la imposibilidad material o física, el art. 1272 CC dispone que: «No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles». En consecuencia, la imposibilidad inicial de la cosa o servicio, material o jurídica, resulta en una invalidez del contrato por carencia de objeto²¹.

En Francia, la regulación general del objeto del contrato sólo hacía mención, con anterioridad a la reforma, a que las cosas deben estar en el comercio, expresión que ha de referirse a la posibilidad jurídica (art. 1128 antiguo). A diferencia del Código civil español, el *Code* no incluía, en la caracterización del objeto del contrato, una prohibición de la imposibilidad material. Ésta se restringe, en dicho cuerpo legal, al contrato de compraventa (art. 1601), estableciéndose que si al tiempo de celebrarse la venta la cosa se hubiera perdido en su totalidad, el contrato será nulo. Esta regla también se incorporó, casi literalmente, en el art. 1460 del Código civil español. A pesar de lo expuesto, la doctrina francesa ha interpretado ampliamente el art. 1601 del *Code* (vigente), considerándolo de aplicación general²². Tras la reforma, y a pesar de la supresión del objeto como requisito de validez del contrato, el art. 1163 CC francés (referido al contenido contractual) exige que la prestación sea posible, lo cual conduce a similares resultados: una prestación de dar podría ser imposible por inexistencia de objeto.

En Italia, el Código Civil de 1942 reconoce al objeto como requisito del contrato (art. 1325), que debe ser posible (art. 1346), sin que se distinga entre posibilidad material y jurídica, todo ello bajo pena de nulidad (art. 1418). El art. 1347 del *Codice* establece que el contrato sujeto a condición suspensiva o a plazo es válido si la prestación inicialmente imposible deviene posible con anterioridad al cumplimiento de la condición o del plazo²³. Ergo, si la imposibilidad inicial es duradera, el contrato sería inválido.

Analizando el problema en detalle, se comprueba que la imposibilidad inicial cubre una variedad de supuestos, de desigual valor práctico. En un extremo, mayormente académico, se encuentra el caso del objeto necesariamente imposible: el clásico ejemplo del

²⁰ Para un crítica de las cosas y de los servicios como objeto del contrato, *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 197-200 y SAN JULIÁN, *El objeto...*, *op. cit.*, pp. 62-64.

²¹ *Vid.* STS de 4 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8001).

²² Díez-PICAZO, L., «Sobre la imposibilidad de la prestación», en J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llarí, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, I, Tirant, Valencia, 2006, p. 1089.

²³ Una regla similar se encontraba en el antiguo § 308 BGB.

hipocentauro²⁴. Existe amplio consenso en el Derecho comparado en que en este caso el contrato es nulo, bien sea por aplicación de las reglas del objeto o bien, por la falta de seriedad del acuerdo.

Distinto del anterior, de mayor relevancia práctica, es el caso del objeto que existía pero que desaparece con anterioridad al perfeccionamiento del contrato (*res extincta*) o, incluso, de ciertas imposibilidades jurídicas. En estos supuestos, la nulidad del contrato no tiene por qué erigirse en la consecuencia necesaria. Como afirma Zimmermann, «[i]mpossibilium nulla obligatio est» encapsula claramente la idea de que nadie puede ser obligado a cumplir lo que no puede cumplir. Pero esto no es igual a afirmar que el contrato de prestación imposible es necesariamente nulo (...)»²⁵. La validez del contrato podría residir en la asunción del riesgo, por el deudor, de la existencia del objeto. Sobre esta base, la imposibilidad del cumplimiento específico no tendría por qué privar al acreedor del remedio indemnizatorio del que dispondría según las reglas del incumplimiento contractual²⁶.

Fue Ernst Rabel una de las voces más representativas en contra del axioma del entonces vigente § 306 BGB, centrando su crítica en una mala interpretación del codificador alemán respecto del origen de la regla romana *impossibilium nulla obligatio est*. Según Rabel, el nacimiento de esta regla ha de hallarse en las estipulaciones de dar y, en particular en el antiguo Derecho de los contratos y legados *per donationem* que tenían por objeto cosas materiales²⁷. Es lógico, añade Betti, que en una sociedad agrícola como la romana en tiempos del Derecho clásico, los objetos fueran cosas materiales, perceptibles por los sentidos, y que, por ende, la regla citada propugnara la invalidez de los contratos cuando los mismos versaran sobre objetos imposibles²⁸. Para Zimmermann, «*impossibilium nulla obligatio est*» únicamente se habría aplicado estrictamente respecto de las estipulaciones y con muchas salvedades en relación con el contrato de compraventa²⁹.

Es precisamente en la compraventa donde se pone de manifiesto la diferente comprensión de la regla en el Derecho romano y en la Codificación. En especial, respecto de la imposibilidad jurídica, ya que la imposibilidad física parece haber seguido muy ligada a la necesaria existencia material del objeto, incluso en periodos tardíos del Derecho romano. Me refiero en concreto al pasaje de Lici-

²⁴ Gai. III, 97 a.

²⁵ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, op. cit., p. 687. Traducción propia.

²⁶ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, op. cit., p. 696.

²⁷ RABEL, E., «Origine de la règle: *impossibilium nulla obligatio*», en *Mélanges Gerardin*, Sirey, Paris, 1907, p. 502.

²⁸ BETTI, E., *Istituzioni di Diritto Romano*, II, CEDAM, Padua, 1962, p. 41.

²⁹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, op. cit., p. 689.

nus Rufinus, en el que se afirma: «*Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur*»³⁰. Por consiguiente, la compra de una persona libre sería válida, a pesar de la imposibilidad jurídica, si el comprador ignoraba que no se trataba de un esclavo. Es por ello que se autorizaba al comprador inocente –ignorante de la imposibilidad– a ejercitar la *actio empti*, en reclamación de los daños³¹.

Se atribuye a la escuela de Derecho natural racionalista y, en el Derecho alemán, a la pandectística tardía, la generalización de la regla *impossibilium nulla obligatio est*, a partir del entendimiento de que la libre voluntad del individuo únicamente puede recaer sobre una acción que él mismo es capaz de realizar. De este modo, la imposibilidad objetiva e incluso, la subjetiva, es decir, la inhabilidad particular de la persona, habrían de conducir a la invalidez del contrato. Los Códigos civiles no asumieron esta solución en puridad ya que si bien adoptaron la imposibilidad objetiva inicial como causa de nulidad, dejaron al margen de esta sanción los supuestos de imposibilidad subjetiva³².

De lo expuesto se constata que para un jurista práctico, como el romano, la imposibilidad inicial no constituía un supuesto automático de nulidad sino que, incluso, en determinados casos se concedía la *actio empti* la cual, en terminología moderna, cabe entender como acción de responsabilidad contractual. Por lo tanto, siguiendo con conceptos actuales, en ocasiones el contrato podía vincular a una prestación imposible. La explicación habría que buscarla, tal vez –las fuentes son parcas a este respecto–, en el enigmático *praestare* o garantía como contenido de la obligación, que no habría limitado a ésta a un *dare* o *facere*, a diferencia de la solución del Derecho natural racionalista, seguida por los codificadores continentales.

La generalización que impuso la Codificación respecto de la invalidez de la imposibilidad inicial responde, más bien, a una incorrecta relación entre la autonomía de la voluntad y el contenido del contrato, que restringe la vinculación a aquello que resulte susceptible de cumplimiento específico (sólo cabe obligarse a lo que

³⁰ D. 18, 1, 70.

³¹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 242. RABEL, «Origine...», *op. cit.*, p. 511.

³² ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, pp. 692-694. Es opinión consolidada en el Derecho alemán que la regla habría sido generalizada por Friedrich Mommsen, luego acogida por Bernhard Windscheid y de ahí, recogida por el antiguo § 306 BGB. Además de la referencia de ZIMMERMANN, *vid.* RABEL, «Origin...», *op. cit.*, p. 474 y Díez-PICAZO, «Sobre la imposibilidad...», *op. cit.*, p. 1091.

puede darse, hacerse, o no hacerse). Para llegar a esta conclusión, el iusnaturalismo racionalista y, en el Derecho alemán, la pandectística tardía³³, parecen haber realizado una interpretación en exceso restringida de la filosofía moral y del Derecho canónico. Éstos exigen que la decisión del hombre libre verse sobre una acción posible ya que la acción imposible impide que la voluntad alcance su fin y, por ello, constituiría una mera veleidad³⁴. Sin embargo, si consideramos que la vinculación respecto de un objeto imposible no se limita a su faceta reglamentaria de deberes –que exige un cumplimiento en especie– sino que incluye la garantía de una situación fáctica, cuya inexistencia autoriza en ciertos casos el remedio indemnizatorio, entonces no parece haber inconveniente en reconocer que el contrato sea válido. La posibilidad radicaría, en este supuesto, en la factibilidad de satisfacer la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento. No obstante, reitero, no fue ésta la solución propiciada por la Codificación.

2.1.2 La imposibilidad parcial por ausencia de cualidades

Ligado asimismo al problema de la prestación posible, se presenta la cuestión de la imposibilidad inicial pero parcial (no absoluta) de la prestación. Ésta comprende dos grandes supuestos: la pérdida de una parte del objeto³⁵ –de lo que no nos ocupamos– y, de mayor asiduidad e interés, la carencia inicial, en el mismo, de las cualidades requeridas por el contrato.

2.1.2.1 LA AUSENCIA DE CUALIDADES PRESUPUESTAS

La imposibilidad parcial de la prestación por ausencia de cualidades es susceptible de aquejar a las obligaciones específicas y sucede cuando aquellas no se encuentran presentes en el objeto, al tiempo de contratar. El obstáculo no acaece, en cambio, en las obligaciones genéricas, siempre que se trate de un género objetivamente existente (de lo contrario estaríamos ante un supuesto de imposibilidad absoluta) y no excesivamente delimitado (que convirtiera al objeto en uno específico, por su individualización)³⁶. En esta clase de obligaciones, las partes asumen las cualidades impercederas del género (*genus nunquam perit*), por pacto o, en su defecto, de

³³ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, pp. 692-694.

³⁴ S. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 13, art. 5, accesible en: <http://hjjg.com.ar/sumat/> (visitado el 10 de enero de 2017).

³⁵ A esto apunta directamente el art. 1460.II CC.

³⁶ VARA PARRA, «La imposibilidad inicial...», *op. cit.*, p. 676.

conformidad con los criterios del tráfico³⁷. Las cualidades no suponen un problema de imposibilidad inicial porque el objeto (todavía ideal, no especificado) siempre es capaz de contenerlas.

La diferente solución de las obligaciones específicas respecto de las genéricas se justifica en la posibilidad de cumplir *in natura* la prestación, según la acepción de lo válidamente posible que subyace en la Codificación, lo cual se relaciona irremediabilmente con el concepto de obligación y de objeto que asumieron los Códigos civiles decimonónicos.

Recordemos al respecto que, de conformidad con estos cuerpos legales, el contrato es una norma de conducta que exige del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer. Se comprende, partiendo de esa acepción, que no quepa exigirle al deudor que entregue un objeto con unas determinadas cualidades que no posee. En la obligación específica, el deudor sólo puede entregar la cosa tal cual existe en la realidad. Si el contrato requiere del objeto determinadas cualidades de las que carece, el deudor cumplirá eficazmente entregando la cosa (como es). Respecto de las cualidades, concurrirá un supuesto de imposibilidad inicial parcial de la prestación, que tendrá como efecto la ausencia de vinculación del deudor en relación con las mismas. Como razona Morales Moreno, «[e]l carácter parcial de la imposibilidad inicial puede explicar que el deber de prestación se circunscriba a la entrega de la cosa, dejando fuera del mismo sus cualidades»³⁸.

La necesidad de que la prestación sea inicialmente posible, en las obligaciones específicas, se anuda con la consideración del objeto como un elemento de existencia real, circunstancia que se pone de manifiesto claramente en la compraventa específica. En ésta, el vendedor sólo se encuentra obligado a entregar la cosa en el estado en que se halla al tiempo de contratar (art. 1468.I CC). En cambio, en la compraventa genérica se asume un concepto ideal del objeto: el vendedor debe entregar la cosa tal como ha de ser, según el contrato³⁹.

Por consiguiente, en las obligaciones específicas, el objeto contractual no es lo que las partes determinan sino la cosa conforme existe en la realidad. Siguiendo el ejemplo que propone Larenz (en relación con las normas del BGB vigentes hasta la reforma del año 2001), si las partes de un contrato de compraventa específica

³⁷ Cfr. art. 327 CCom.

³⁸ MORALES MORENO, A. M., «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012, p. 9.

³⁹ MORALES MORENO, A. M., «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa» en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 102.

presuponen que el objeto es un anillo de oro, el vendedor cumple su deber de prestación aun cuando el anillo no posea esa cualidad (es decir, si no fuera de oro). La razón radica en que el vendedor no se obliga a entregar, de modo genérico, un «anillo de oro», sino «un anillo individualmente determinado» que las partes consideraron de oro⁴⁰. Obligar al vendedor a que el anillo contratado posea una cualidad de la que carece supondría –en el esquema de vinculación tradicional– exigir una prestación, *ab initio*, imposible⁴¹.

El hilo argumental se completa con una referencia a las acciones de saneamiento por vicios ocultos, sistema especial de responsabilidad del deudor, arquetípico de las obligaciones de dar onerosas⁴². Por mor de este sistema, el deudor sólo se obliga a entregar la cosa y al saneamiento (art. 1461 CC). La prueba de que el deudor de una obligación específica no se vincula a entregar un objeto que reúna las cualidades presupuestas en la cosa sino ésta tal cual existe en la realidad resulta de los remedios de los que dispone el acreedor. En virtud del art. 1486 CC son dos: la acción redhibitoria, que permite rescindir el contrato, y la acción *quantum minoris*, que autoriza una reducción del precio. En el régimen de las acciones edilicias, el acreedor carece de la pretensión de cumplimiento y, a su vez, de la pretensión indemnizatoria en la medida contractual (excepto que el vendedor hubiera conocido el vicio), ambos remedios centrales del incumplimiento. La causa de esta limitación radica, indudablemente, en una ausencia de vinculación respecto de las cualidades del objeto.

La razón de fondo ha de encontrarse en el ya referido concepto de contrato como fuente de deberes, en la necesaria posibilidad (inicial y posterior) de cumplirlos *in natura* y en la imposibilidad de que esto tenga lugar cuando el objeto es específico y carece de las cualidades presupuestas. La imposibilidad inicial –parcial– de la prestación, por falta de cualidades en el objeto específico justifica, en la concepción del Código civil, la ausencia de vinculación del deudor respecto de las mismas. Una consecuencia que, al igual que expuse anteriormente respecto de la imposibilidad total, puede resultar razonable respecto de la pretensión de cumplimiento pero, en ocasiones, privativa de una justa tutela del acreedor, al negársele el remedio indemnizatorio, fácticamente posible. Máxime si del

⁴⁰ LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, II, EDERSA, Madrid, 1959, p. 90.

⁴¹ Cfr. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, pp. 801 y 833-834.

⁴² No sólo la compraventa (art. 1484 CC) sino también, por ejemplo, el arrendamiento (art. 1553 CC).

contrato se deduce que el deudor había asumido, siquiera implícitamente, el riesgo de la ausencia de cualidades en el objeto⁴³.

2.1.2.2 LA AUSENCIA DE CUALIDADES PACTADAS

El calado de la asunción conceptual de la Codificación respecto del contrato como norma que genera deberes y del objeto de existencia real, que se halla en la base de la imposibilidad inicial de la prestación, exige analizar la solución que se adopta respecto de las cualidades convenidas por las partes.

Una visión extrema de estos planteamientos debería sostener la invalidez parcial del contrato, negando la vinculación respecto de cualidades del objeto que fueran inexistentes, incluso cuando la obligación proviniera de un pacto expreso. Si el deudor sólo queda vinculado a lo que puede dar, sería irrelevante que las cualidades resultaran de una presuposición contractual o, en cambio, de un acuerdo expreso. Como mucho, el acreedor tendría acceso a las acciones de saneamiento, que no se asientan en un incumplimiento contractual (es decir, en la infracción del contenido del contrato)⁴⁴.

Esta es la solución que se desprende del art. 1505 del Código civil peruano: «Hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición». En virtud de este precepto, la ausencia de cualidades prometidas o garantizadas⁴⁵ no resultaría en un incumplimiento del contrato sino que únicamente autorizaría al acreedor a ejercitar las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos. El art. 2167 del Código civil argentino de Vélez Sársfield (derogado) ordenaba en el mismo sentido: «Pueden también por el contrato hacerse vicios redhibitorios de los que naturalmente no lo son, cuando el enajenante garantiza-se la no existencia de ellos, o la calidad de la cosa supuesta por el adquirente. Esta garantía tiene lugar aunque no se exprese, cuando el enajenante afirmó positivamente en el contrato, que la cosa estaba exenta de defectos, o que tenía ciertas calidades, aunque al adquirente le fuese fácil conocer el defecto o la falta de calidad».

Más compleja se presenta la interpretación del nuevo art. 1052 del Código civil y comercial argentino («Ampliación convencional de la garantía»): «Se considera que un defecto es vicio redhibitorio: a) si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos

⁴³ Cfr. respecto de la imposibilidad absoluta, RIBOT IGUALADA, J., «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 3, 2015, p. 8.

⁴⁴ *Vid supra*.

⁴⁵ PUENTE Y LAVALLE, M. DE LA, *El contrato en general*, III, Palestra, Lima, 2001, p. 553.

específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido; b) si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad; c) si el que interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue acordada». Por un lado, el inciso (b) del precepto citado establece claramente que la infracción de la garantía respecto de cualidades determinadas resulta en un vicio oculto y no en un incumplimiento del contrato, como debiera ser si la garantía diera origen a un pacto contractual vinculante. En cambio, el inciso (c) parece referirse a otra clase de garantía (especial), cuya infracción seguiría las reglas convencionales y, por ende tal vez, los mecanismos propios del incumplimiento contractual si así se acordase. La diferencia entre los incisos (b) y (c) residiría en el carácter de la persona que garantiza, profesional en el segundo caso, y en el tipo de garantía que se ofrece. ¿Se refiere el inciso (b) a una promesa contractual (por ejemplo, «te aseguro que el bien carece de defectos o que tiene tal cualidad») y el inciso (c) a una garantía convencional, con su propio mecanismo de ejecución, que incluye los remedios derivados del incumplimiento? De ser así, ¿se encontraría justificada la diferencia de tratamiento? La novedad del precepto nos impide, por el momento, concluir.

Con carácter general, dejando al margen por un momento las soluciones particulares de un determinado ordenamiento jurídico, cabe centrar el problema en la tensión entre la imposibilidad inicial parcial y sus consecuencias, por un lado, y el respeto a la autonomía de la voluntad, por otro. Si prima la teoría de la imposibilidad parcial, la promesa o garantía convencional cede ya que se le priva de la eficacia propia del vínculo contractual. La infracción de la garantía no constituiría un incumplimiento del contrato sino, a lo sumo, un defecto subsumible en el saneamiento por vicios ocultos. En cambio, la prevalencia de la autonomía de la voluntad respecto de una visión acentuada de la imposibilidad inicial supone reconocer la integración de la garantía en el contenido del contrato y el consecuente incumplimiento contractual en caso de defectos en el objeto.

Al igual que sucede con la regla *impossibilium nulla obligatio est*, la comprensión moderna de la eficacia de una promesa respecto de las cualidades del objeto, en ocasiones privada de efectos vinculantes, no se condice con sus antecedentes históricos.

Si analizamos el contrato de compraventa, comprobamos que, en el Derecho romano primitivo, la estipulación sobre cualidades del objeto era válida aunque éstas fueran inexistentes. La validez de la promesa solemne concedía al acreedor, si el objeto carecía de las cualidades prometidas, la *actio empti*, propia de lo que moderadamente se conoce como responsabilidad contractual.

En relación con la *stipulatio*, Zimmermann y Morales Moreno –en estudios separados⁴⁶– analizan la validez, en el Derecho romano, de aquellas que recaían sobre estados de la realidad –v. gr. la promesa de que el esclavo estaba sano– y el problema que suponía la eventual imposibilidad inicial de la obligación –p. ej. si el esclavo se encontraba, en verdad, enfermo–.

Ambos autores se pronuncian por la validez de la estipulación, por entender –Zimmermann– que el vendedor no garantizaba la ausencia del defecto ni la presencia de una cualidad sino el pago de una indemnización si la realidad no se condecía con su afirmación⁴⁷; o según Morales Moreno, que «la satisfacción del interés del acreedor, finalidad del derecho de crédito puede canalizarse (...) por medio de la indemnización»⁴⁸.

Los dos encuentran justificación en un texto de ULPIANO, en el que éste se pronuncia por la validez de la estipulación, en los siguientes términos: «(...) yo considero que una estipulación así es válida: «que no es ladrón ni enterrador, y que está sano» pues se refiere al interés porque sea o no alguna de esas cosas; y si a alguno de estos términos se añadiese que «se responde», la estipulación aun con más razón es válida»⁴⁹.

De lo anterior se deduce que el Derecho romano admitía que una de las partes quedara vinculada contractualmente por un estado de la realidad –las cualidades del objeto–, sin que ello supusiera un problema de imposibilidad inicial de la obligación.

La relación entre la promesa –que ha de vincular por las cualidades del objeto– y las acciones edilicias –que conducen a un resultado contrario– así como la confusión consiguiente puede radicar en la propia evolución del Derecho romano. En un momento de la historia del edicto de los Ediles Curules –aparentemente no inicial⁵⁰– la responsabilidad (edilicia o por saneamiento) del ven-

⁴⁶ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 310. MORALES MORENO, «Tres modelos...», *op. cit.*, pp. 9-10.

⁴⁷ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 310.

⁴⁸ MORALES MORENO, «Tres modelos...», *op. cit.*, p. 10.

⁴⁹ Ulp. D. 21, 2, 31. Utilizo la traducción de D'ORS, A./HERNÁNDEZ-TEJERO, F./FUENTESECA, P./GARCÍA-GARRIDO, M./BURILLO, J., *El Digesto de Justiniano*, II, Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 63.

⁵⁰ MONIER, R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Sirey, Paris, 1930, p. 51.

dedor se extendió, además de los vicios que consciente o inconscientemente omitía declarar⁵¹, a las afirmaciones que hubiera realizado o promesas que hubiera asumido –de modo formal o informal– respecto de la existencia, en el objeto vendido, de una cualidad o la ausencia de un defecto⁵²: los «*dicta promissave*» (Ulp. D. 21, 1, 1, 1; Gai. D. 21, 1, 18, pr. y Ulp. D. 21, 1, 38, 10).

El Digesto nos proporciona la distinción entre una declaración u afirmación *in contrahendo* («*dictum*») del vendedor⁵³, y una promesa («*promissum*»), siendo la primera aquello «que se dice de viva voz» (unilateralmente) y, la segunda, «puede referirse tanto a una simple promesa como a una pública promesa o a una promesa estipulatoria» (Ulp. D. 21, 1, 19, 2)⁵⁴. Ambas concedían los remedios de las acciones edilicias.

En cambio, no engendraban la responsabilidad del vendedor las meras alabanzas del bien, cuya eficacia se distinguía de los «*dicta*» en que eran proferidas «por jactancia»⁵⁵. La delimitación entre unas y otras se habría hecho por referencia al *Ius civile*⁵⁶.

El comprador perjudicado por los «*dicta*» y promesas del vendedor podía acudir, a su elección, a la protección edilicia y a los remedios que ella concedía –ejercitables ante la jurisdicción curul, en los supuestos encuadrados en el ámbito de aplicación del edicto, en cuanto al objeto–, o bien, a las acciones de Derecho civil, ante la jurisdicción correspondiente⁵⁷.

En el Derecho postclásico, desapareció la jurisdicción de los Ediles Curules, y la propensión de los juristas bizantinos a genera-

⁵¹ KASER, M., *Derecho romano privado*, trad. J. Santa Cruz Tejerio, Reus, Madrid, 1968, p. 195.

⁵² ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 315.

⁵³ Cfr. MONIER, *La garantie...*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁴ En ambos casos, utilizo la traducción de D'ORS/HERNÁNDEZ-TEJERO/FUENTESECA/GARCÍA-GARRIDO/BURILLO, *El Digesto...*, II, *op. cit.*, p. 44. En lo que respecta a los *dicta*, el citado Ulp. 21, 1, 19, 2, agrega después de «lo que se dice de viva voz», «y se concluye en la misma conversación», pero esta segunda frase sería interpolada. Cfr. MONIER, *La garantie...*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁵ Ulp. D. 21, 1, 19, 3: «Tan sólo deben admitirse las declaraciones o promesas que se profieran para ser cumplidas y no por jactancia». Utilizo la traducción de D'ORS/HERNÁNDEZ-TEJERO/FUENTESECA/GARCÍA-GARRIDO/BURILLO, *El Digesto...*, II, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁶ Se discute si la frase «(...) *quod eius praestari oportere dicitur* (...)», que se contiene en Ulp. D. 21, 1, 1, 1, supone una remisión al *Ius civile*, de modo que sólo generaban responsabilidad las «*dicta*» en la medida que lo establecía el *Ius civile*, o si, en cambio, el *Ius honorarium* utilizaba unos criterios propios. El debate versa sobre el alcance del término «*oportere*», el cual, según una corriente doctrinal, remitiría al *Ius civile*, lo que cuestionan otros autores. Para un detalle de la polémica, *vid.* NICHOLAS, B., «*Dicta Promissave*», en D. Daube (Ed.), *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Clarendon Press, Oxford, 1959, pp. 95-101.

⁵⁷ Cfr. MORALES MORENO, A. M., «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, p. 597.

lizar reglas⁵⁸, condujo a que se extendiera el ámbito de aplicación de las acciones edilicias a cualquier tipo de objeto vendido (no sólo esclavos y animales, como había sido originariamente)⁵⁹.

Se operó, además, una suerte de confusión entre los remedios edilicios y la *actio empti*, de forma que se pudo recurrir a cualquiera de ellos en ejercicio de la redhibición y de la reducción del precio, incluso frente a un vendedor de buena fe⁶⁰, conservándose la distinción, en cuanto a la medida de la indemnización, respecto de los vendedores dolosos —exigible por la *actio empti*—⁶¹.

Todo ello puede justificar la referencia a la promesa que ciertos Códigos civiles realizan en sede de vicios ocultos. En el caso de España, existe el antecedente algo más reciente del Proyecto de Código civil de 1851. Para su autor, García Goyena, las acciones edilicias comprenden las promesas: «Según la ley 18, título 1, libro 21 del Digesto y otras, había la misma responsabilidad cuando el vendedor prometía ó afirmaba concurrir en la cosa ciertas buenas calidades que realmente no tenía; y yo tengo por justa y digna de aplicarse hoy esta disposición, cuando aparezca que el comprador no habría comprado la cosa á saber que no tenía las calidades prometidas»⁶².

En la actualidad, el Tribunal Supremo sostiene de forma constante la validez y fuerza vinculante del pacto expreso (*ex art. 1255 CC*), cuya violación supone un incumplimiento del contrato⁶³. No obstante, cabe señalar que la pervivencia del régimen de saneamiento por vicios ocultos ha servido en ocasiones a los tribunales

⁵⁸ STEIN, P., «Medieval Discussions of the Buyer's Actions for Physical Defects», en *Studies in the Roman Law...*, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁹ SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1954, p. 538, quien sostiene que el texto de Ulp. D. 21, 1, 1 es interpolado, y atribuido falsamente a Labeón: «Escribe Labeón que el edicto de los ediles curules respecto a la compraventa se refiere tanto a las cosas inmuebles como a las muebles o semovientes». Utilizo la traducción del Digesto de D'ORS/HERNÁNDEZ-TEJERO/FUENTESECA/GARCÍA-GARRIDO/BURILLO, *El Digesto...*, *op. cit.*, II, p. 37. Es de la misma opinión MONIER, *La garantie...*, *op. cit.*, pp. 161-162.

⁶⁰ Ulp. D. 19, 1, 13. El texto habría sido interpolado para hacer responder, por la *actio empti*, al vendedor de buena fe, como sostiene MONIER, *La garantie...*, *op. cit.*, pp. 147-154. Aunque se discute si la responsabilidad del vendedor de buena fe, conforme al *Ius civile*, es anterior a Justiniano, postura a la que adhiere ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, pp. 321-322, frente al criterio contrario de D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1997, § 496 (p. 558). HONORÉ, A. M., «The History of the Aedilician Actions from Roman to Roman-Dutch Law», en *Studies in the Roman Law...*, *op. cit.*, p. 139, reconoce que se trata de una cuestión debatida.

⁶¹ Ulp. D. 19, 1, 13, pr. Cfr. MORALES MORENO, «El alcance protector...», *op. cit.*, p. 598.

⁶² GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, III, *op. cit.*, p. 397.

⁶³ En este sentido resuelven las SSTs de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2144), 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 8979), 11 de julio de 2000 (RJ 2000, 6683), 16 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9458), 3 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8520), 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 4387), 1 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6065), 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 3561), 10 de junio de 2010 (RJ 2010, 2675) y 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4753).

españoles para realizar una interpretación laxa de ciertas promesas contractuales, de las que no se desprendiera un régimen de garantía convencional claro y expreso⁶⁴.

En el Derecho alemán, a pesar de que en él reinaba la regla *impossibilium nulla obligatio est*, se aceptó tradicionalmente la prevalencia del pacto, si bien ciñendo las consecuencias del incumplimiento al remedio indemnizatorio. En efecto, el antiguo § 459.2 BGB (vigente hasta el 31 de diciembre de 2001), en relación con el § 463 del mismo cuerpo legal, permitía al comprador exigir una indemnización por incumplimiento si el vendedor había asegurado una determinada cualidad, que se encontraba ausente en el momento de transmisión del riesgo de la cosa. La expresión «aseguramiento» («*Zusicherung*») del vendedor «exige algo más que la mera afirmación cierta o aseveración; exige la voluntad conocible del vendedor de obligarse, es decir, de responder frente al comprador por los defectos en la cualidad de la cosa»⁶⁵, lo cual asemeja el aseguramiento a la promesa⁶⁶. La reforma del BGB, como veremos más adelante, eliminó las consecuencias sobre la validez del contrato de la imposibilidad inicial, así como el régimen de los vicios ocultos, por lo que su respuesta a la eficacia vinculante del pacto de cualidades es hoy incluso más contundente, habiéndose ampliado el abanico de remedios.

Una conclusión particular se alcanza en el Derecho italiano, en un contexto signado por la diferenciación entre el vicio y la ausencia de cualidades, como supuestos distintos de la inhabilidad del objeto. El art. 1497 del *Codice* establece que la falta de cualidades prometidas resulta en un incumplimiento del contrato, afirmación que debe matizarse por algunos rasgos comunes con el saneamiento aplicable a los vicios (los plazos de las acciones, por ejemplo), solución insatisfactoria que ha motivado la creación y expansión –también en Italia– de la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*.

⁶⁴ Vid. STS de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 283) ó 30 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3133).

⁶⁵ LARENZ, *Derecho...*, II, *op. cit.*, p. 65. En el mismo sentido se pronuncian ENNECERUS, L./LEHMANN, H., *Derecho de Obligaciones*, II-1, trad. B. Pérez González/J. Alguer, Bosch, Barcelona, 1966, pp. 91-92: «(...) es menester que el aseguramiento de la cualidad se dé y se acepte con intención vinculante, esto es, brevemente, se necesita un aseguramiento *contractual* que, por tanto, si se trata de fincas, requiere también la forma del § 313 y si son varios vendedores tiene que proceder de todos ellos. (...) No bastan, pues, las aserciones *unilaterales* del vendedor sobre determinadas cualidades (...)».

⁶⁶ Así se ha traducido al castellano el término «*zugesicherten*» (en realidad, la traducción corresponde al sustantivo «*Zusicherung*»), del antiguo § 459.2 BGB, por EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 170. También la traducción de E. Arroyo i Amayuelas de ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 102, respecto del § 463 BGB, que contenía la misma expresión.

2.2. EL CONTENIDO DEL CONTRATO EN EL DERECHO INGLÉS: LAS GARANTÍAS

El punto de partida del Derecho inglés respecto del contenido del contrato difiere del asumido por el Derecho continental tradicional. En el *Common Law*, el deudor no se encuentra primariamente obligado a cumplir con deberes de conducta –aunque puede estarlo– sino que garantiza un resultado. Las cláusulas del contrato consisten, afirma ATIYAH, «en: (i) una declaración sobre una situación de hecho, o (ii) una promesa de que algo (no necesariamente bajo control del promitente) va o no a ocurrir en el futuro, o (iii) una cláusula condicional. Los dos primeros tipos de cláusulas son promesas»⁶⁷. Entiende el autor que la palabra «*undertaking*» (garantía, compromiso asumido), expresa mejor el concepto que «*promise*» (promesa)⁶⁸, en lo que parecen coincidir Zweigert y Kötz, según quienes, en el *Common Law*, todo contrato contiene una garantía⁶⁹.

Por tanto, la garantía se encuentra presente en cualquiera de las vertientes de la promesa. Si ésta consiste en el compromiso de realizar una acción o una abstención –una prestación en terminología continental– el deudor garantiza la satisfacción del interés del acreedor en todo caso, sin que quepa alegar una imposibilidad de cumplir la prestación. Esa satisfacción tiene lugar, en caso de que el cumplimiento no fuera posible, con carácter general, por medio de la indemnización de daños y perjuicios. En el Derecho inglés, el cumplimiento en especie es un remedio más bien excepcional, fruto de la moderación del *Equity*, y de aplicación muy reducida. Por ende, el remedio indemnizatorio, consecuencia de la garantía, se presenta como la satisfacción natural de las expectativas contractualmente vinculantes.

En lo que respecta a la segunda clase de promesa, la declaración contractual sobre una situación de hecho, Atiyah destaca que los juristas, a diferencia de los filósofos, nunca han tenido dificultad –en el *Common Law*– en admitir que una persona puede garan-

⁶⁷ ATIYAH, P. S., *An introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 169. (La traducción es propia).

⁶⁸ ATIYAH, *An introduction...*, *op. cit.*, p. 169. Justifica el autor su inclinación por el compromiso o garantía («*undertaking*») en que, a su juicio, el término «promesa» («*promise*») puede llevar a confusión, por cuanto puede sugerir un cierto grado de intención (subjetiva), que no siempre se requiere como fuente de vinculación, en virtud de los métodos objetivos de interpretación que rigen en el Derecho inglés.

⁶⁹ ZWIEGERT, K./KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, trad. t. Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 503. Es MORALES MORENO, «Comentario al art. 35», *op. cit.*, pp. 290 (nota 8), 291 (nota 12) y 292, quien refiere a ATIYAH, de las que hemos hecho mención –de sus textos originales– en este párrafo.

tizar un determinado estado de los hechos –presentes o futuros–, como promesa distinta de la realización de una conducta futura⁷⁰ –una prestación–. La indiscutible función del contrato, en el *Common Law*, como instrumento de asignación de riesgos entre las partes⁷¹, consiente la validez del vínculo jurídico sobre una situación fáctica, garantizando una de las partes su corrección⁷².

De lo expuesto se comprende que, en el Derecho inglés, la imposibilidad inicial sólo merezca un tratamiento (menor) en sede de error («*mistake*»), vicio del consentimiento cuya consecuencia –en dicho ordenamiento– es la nulidad radical del contrato⁷³. Que la prestación garantizada sea posible o que la situación fáctica prometida se corresponda con la realidad son circunstancias irrelevantes, *per se*, para la validez del contrato. Ésta se ve afectada, en cambio, si el acuerdo de las partes se encuentra viciado por error, que ha de ser común (no se admite, con carácter general, el error unilateral) y esencial («*fundamental*»)⁷⁴. Pero, reitero, fuera de este supuesto más bien excepcional, la garantía de una conducta imposible o un estado de la realidad inexistente es válida. Incluso, para evitar las severas consecuencias del error, los tribunales otorgan notoria primacía al contrato, con la finalidad de indagar, por medio de la interpretación, una posible asignación de los riesgos del error a una de las partes, favoreciendo así la vigencia del acuerdo⁷⁵.

⁷⁰ ATIYAH, *An introduction...*, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁷¹ BEATSON, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 3.

⁷² Al margen de la no siempre fácil distinción entre declaraciones que permanecen al margen del contenido contractual («*representations*») y las que integran el contrato («*terms*»), ya sea bajo la forma de «*warranties*» o «*conditions*», resulta indiscutible la naturaleza contractual de las declaraciones sobre una situación fáctica cuando derivan de una promesa vinculante. En el Derecho inglés histórico no fue siempre así. Señala IBBETSON, D., *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 223, que hasta mediados del siglo XVIII, la acción por incumplimiento de una garantía respecto de un estado de los hechos era extracontractual («*tortious*»).

⁷³ Los presupuestos de admisibilidad del error en el Derecho inglés son considerablemente más estrictos que en el Derecho continental. Con carácter general, cabe afirmar que el error se restringe a la apreciación incorrecta de la realidad que, siendo común a las partes («*common mistake*»), afecta a la existencia del objeto contractual, a su identidad (en este caso también se admite el error unilateral) o a la posibilidad física o jurídica de cumplimiento del contrato. El error, esencial, es de tal calibre que el ordenamiento jurídico entiende que no hay consentimiento alguno y, por ello, se sanciona con la nulidad radical, a diferencia de otros vicios lindantes como la *misrepresentation*, que permiten anular (nulidad relativa) el contrato. Por otra parte, los errores respecto de las cualidades de las cosas, por lo general, no inciden en la validez del contrato. *Vid.* TREITEL, G.H./PEEL, E., *The Law of Contract*, 13.ª Ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2011, pp. 310-324 (§§ 8-001 a 8-020) y 338-339 (§§ 8-042-8-043).

⁷⁴ *Ibid.* nota anterior. TREITEL/PEEL, *The Law...*, *op. cit.*, p. 311 (§ 8-002). *Courtier v Hastie*, (1856) 5 HLC 673, así como la interpretación dada a la S. 6 SGA 1979, según explican TREITEL/PEEL, *The Law...*, *op. cit.*, pp. 315-316 (§ 8-009).

⁷⁵ La sentencia más notable, tal vez, es la dictada por la *High Court of Australia* en el caso *Mc Rae v Commonwealth Disposals Commission* (1951) 84 CLR 377, en el que el

De interés para la evolución del Derecho español así como de los ordenamientos de otros países europeos, es que, en el *Common Law*, no sólo pueden las partes pactar una garantía sobre una prestación *ab initio* imposible o respecto de un estado de los hechos, existente o no, sino que, en ocasiones, esa garantía resulta del Derecho dispositivo e, incluso, imperativo. Es el caso de algunas garantías normativas implícitas denominadas «*implied terms in law*». Ejemplo paradigmático de estas últimas, en relación con las cualidades de las cosas, es la *Sale of Goods Act 1979* (SGA 1979), ley que recoge, en gran medida, preceptos que contenía la anterior *Sale of Goods Act 1893*, la cual, a su vez, asumió reglas jurisprudenciales vigentes en décadas precedentes.

La S. 14 (2) SGA 1979⁷⁶ incorpora al contenido contractual, como *implied term*, la garantía de que los bienes vendidos sean de calidad satisfactoria, cuando se trate de un vendedor profesional, resultando indistinto que el objeto transmitido pertenezca o no al ramo de comercio en el que ejerce habitualmente⁷⁷. La vinculación del vendedor se da bajo la forma más gravosa de cláusula, la «*condition*» (ex S. 14.6 SGA 1979), que permite al comprador no sólo reclamar los daños y perjuicios en caso de incumplimiento por inhabilidad del objeto –remedio preponderante en el Derecho inglés– sino, también, la resolución del contrato⁷⁸.

riesgo se atribuyó a una de las partes sobre la base de una cláusula implícita («*implied term*») deducida por la interpretación del tribunal. En el caso inglés *Great Peace Shipping Ltd v Tsavliris Salvage (International) Ltd (The Great Peace)*, [2002] EWCA Civ 1407, se introducen límites a la interpretación, con un foco en el acuerdo expreso.

⁷⁶ S. 14 (2) SGA 1979 reza: «Si el vendedor vende mercaderías en el ejercicio de un negocio, existe una cláusula implícita de que los bienes suministrados en virtud del contrato son de una calidad satisfactoria». (La traducción es propia). La relevancia que tiene, para el comprador, la obtención de la utilidad que espera de la cosa dota de importancia manifiesta a este *implied term*. Según ATIYAH, P. S., ADAMS, J. N. Y MACQUEEN, H., *The Sale of Goods*, Longman, Harlow, 2001, p. 156, la S. 14 (2) SGA 1979 es «el verdadero corazón del Derecho de compraventa».

⁷⁷ La *Sale of Goods Act 1893* imponía el *implied term* cuando se compraban bienes por descripción de un vendedor que vendía bienes de esa descripción. Se discutía si incluía a vendedores no profesionales. Lord WILBERFORCE en *Ashington Piggeries Ltd. v Christopher Hill Ltd.* [1972] AC 441, resolvió que la cláusula implícita referida a la calidad de los bienes era exigible únicamente de un vendedor profesional. La *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973* introduce la reforma en la antigua ley, en el sentido de la sentencia citada, aspecto que recoge la vigente S. 14 (2) SGA. Vid. BRIDGE, M., *The Sale of Goods*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, § 7.34 (pp. 418-419). La innecesariedad de que la cosa vendida pertenezca al ramo del comercio que el vendedor ejerce habitualmente se establece en *Stevenson & another v Rogers* [1999] 1 All ER 613. Vid. ATIYAH/ADAMS/MACQUEEN, *The Sale of Goods*, op. cit., p. 160. La S. 61 SGA 1979 interpreta que el término «*business*», exigencia de la S. 14 (2) SGA 1979, incluye una profesión, sin matizar que la venta deba ser del ramo en el que la profesión se ejerce, por lo que no se restringe a ella.

⁷⁸ La clasificación de las cláusulas contractuales, en el Derecho inglés, las distingue en función de sus efectos: (i) «*conditions*», las cláusulas más gravosas, que permiten resolver el contrato o (ii) «*warranties*», cuyo incumplimiento concede un remedio indemnizatorio pero no autoriza a resolver. Si las partes no determinan la categoría de una cláusula se

La calidad de los bienes incluye, por exigencia de esta condición implícita y según el caso: la utilidad para el fin al que normalmente se destinan los bienes de esa clase; su apariencia y terminación; la inexistencia de defectos menores; la seguridad; y la durabilidad de los bienes [S. 14 (2B) SGA 1979]. Por su parte, la S. 14 (3) SGA 1979 impone una cláusula implícita por la cual el vendedor profesional –sólo éste– garantiza la utilidad de los bienes para un uso específico (distinto del que es habitual en el tráfico), indicado expresa o implícitamente por el comprador⁷⁹. De esta forma, queda cubierta por la garantía la utilidad objetiva y subjetiva de los bienes adquiridos. El objeto contractual se define según su existencia ideal, siendo irrelevante para la validez del contrato que la cosa posea *ab initio* las cualidades prometidas. El contrato es válido y el vendedor queda vinculado aun cuando el objeto real carezca de dichas cualidades.

La garantía que incorpora la S. 14 SGA es una norma de Derecho dispositivo, con la peculiaridad de que las partes sólo pueden prescindir de ella si el pacto contractual que restringe o elimina sus efectos es razonable, *ex* S. 6 (3) *Unfair Contract Terms Act* 1973 (UCTA 1973)⁸⁰. En cambio, cuando el contrato se celebra entre un profesional y un consumidor, el «*implied term*» deviene imperativo. Así se establecía en la S. 6 (2) UCTA 1973, en relación con la S. 14 SGA 1979 y, en la actualidad, resulta de la S. 31 *Consumer Rights Act* 2015 (CRA 2015), respecto de la S. 9 de la misma norma.

Las garantías implícitas no se circunscriben, valga la aclaración, a los supuestos mencionados de la SGA 1979 o la CRA 2015. La *Supply of Goods and Services Act* 1982 (S. 4) y la *Supply of Goods (Implied Terms) Act* 1973 (S. 10) exigen que el bien sea útil para la finalidad contractual, incluyendo un estándar cualitativo similar al de la SGA 1979, en todo contrato que transfiera o acuerde transmitir la propiedad de una mercadería o conceda su uso a título de arrendamiento. Asimismo, la jurisprudencia ha impuesto

las considera «*intermediate terms*», que podrán ser «*conditions*» o «*warranties*», según la calificación del juez llamado a conocer del contrato.

⁷⁹ S. 14 (3) SGA 1979: «Si el vendedor vende mercaderías en el ejercicio de un negocio y el comprador, expresa o implícitamente, hace saber: (a) al vendedor (...) cualquier propósito particular para el cual adquiere los bienes, existe una cláusula implícita por la cual los bienes entregados en ejecución del contrato son razonablemente útiles para ese fin (...).» (La traducción es propia).

⁸⁰ Schedule 2 UCTA 1973 incluye unas «*guidelines*» para determinar lo que se ha de entender por razonable, incluyendo: la posición de las partes y su poder en la negociación; la posibilidad que tuvo el aceptante de celebrar otros contratos similares pero sin la cláusula de limitación o exoneración de responsabilidad; en el caso de que la exclusión de la garantía se convino como sanción al incumplimiento de una condición, si era razonable prever, al tiempo de contratar, que el cumplimiento de la condición era practicable; si los bienes se fabricaron, procesaron o adaptaron por un pedido especial del cliente.

los referidos «*implied terms in law*» en diversos contratos, por ejemplo, ciertos arrendamientos de inmuebles⁸¹.

De lo expuesto se deduce, por un lado, la naturalidad y consolidación de las garantías en el Derecho inglés, y, por otro, más relevante, que no sólo las partes se encuentran facultadas para convenir una garantía que asigne, a una de ellas, el riesgo derivado de la inexistencia del bien o de ciertas cualidades en el mismo, sino que es el propio ordenamiento jurídico el que, en determinados supuestos, atribuye ese riesgo.

3. LA GARANTÍA EN EL TRASFONDO DE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO-CONTINENTAL DE CONTRATOS

El denominado proceso de «modernización» del Derecho de contratos o de obligaciones y contratos, que busca adaptar las reglas y principios decimonónicos a los tiempos actuales, está afectando de modo singular a los países de Europa continental. No quiero decir con esto que el Derecho inglés permanece inmutable, todo lo contrario, sino que debido a su particular sistema de fuentes, la evolución del ordenamiento jurídico se produce más paulatinamente que en los países de Derecho continental. En éstos, la rigidez de los Códigos civiles ha planteado una reflexión sobre su reforma, con el objetivo de brindar seguridad jurídica a la realidad contractual moderna que, en múltiples ocasiones, no encuentra adecuada cabida en el marco vigente de los mencionados cuerpos legales. Como es sabido, esa reforma ya ha tenido lugar en Alemania, los Países Bajos y, recientemente, en Francia⁸². En otros países europeos, incluido España, se han elaborado propuestas de reforma que, por el momento, carecen de efectos vinculantes⁸³. La falta de actualización de los Códigos civiles ha sido suplida, en múltiples ámbitos, por la labor jurisprudencial, tarea no siempre sencilla en

⁸¹ *Liverpool City Council v Irwin* [1977] AC 239.

⁸² En Alemania, la modernización ha implicado una reforma del BGB, ordenada por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26.11.2001, Bundesgesetzblatt 2001, I, 3138. En los Países Bajos, la promulgación de un nuevo Código civil en 1992. En Francia, al igual que en Alemania, la modernización se ha llevado a cabo mediante una reforma del *Code*, establecida por la Ordonnance n.º 2016-131, de 10 de febrero, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n.º 35 de 11 de febrero 2016.

⁸³ En España, la iniciativa más reciente corresponde a la Comisión General de Codificación, Sección Primera, «Propuesta de Anteproyecto de ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», Boletín del Ministerio de Justicia, año XLIII, enero 2009.

sistemas jurídicos en los que los jueces no desarrollan políticas normativas.

La modernización incide en diversos aspectos del marco jurídico que rige la contratación, de los cuales, a los efectos de este trabajo nos interesa, exclusivamente, el contenido del contrato. En esta cuestión, la evolución del Derecho ha sido notable y de consecuencias relevantes⁸⁴, ya que el contenido determina las reglas a las que se vinculan las partes de un contrato. Sin embargo, el tratamiento que ha recibido en la doctrina ha sido considerablemente menor que otros temas de la teoría general del Derecho de contratos, como el incumplimiento. Esto se debe, tal vez, a que la modernización ha tenido lugar en contratos específicos o, cuando la evolución ha sido impulsada por la jurisprudencia, en ocasiones, también, en áreas generales de la formación del contrato pero sin una identificación clara con el contenido contractual.

La modernización del Derecho de contratos, en lo que respecta al contenido, está signada principalmente por dos cambios de calado respecto del *statu quo ante*: (i) una puesta en valor de las fuentes no voluntarias del contenido contractual, primordialmente, la buena fe y la ley (imperativa y dispositiva); y (ii) una admisión de la garantía contractual como contenido vinculante, que implica superar la concepción del contrato como fuente, únicamente, de deberes de prestación. El primero de los cambios –el reverdecimiento de las fuentes no voluntarias– afecta tanto al Derecho inglés como a los países de Europa continental. El segundo –la garantía–, en cambio, es propio de estos últimos ya que, como hemos puesto de manifiesto, se encuentra presente en el *Common Law* desde tiempos históricos.

Antes de desarrollar las reglas principales que traen causa de las transformaciones señaladas, quiero insistir en la novedad que supone el reconocimiento de la garantía como contenido del contrato. Su relevancia es tal que, veremos, la puesta en valor de las fuentes no voluntarias del contenido contractual –el otro cambio trascendente– tiene como consecuencia el reconocimiento de la fuerza vinculante de la garantía. Lo expuesto se justifica en las necesidades de la contratación moderna, en cuyo seno las expectativas legítimas de las partes (la causa subjetiva en sentido clásico) adquieren, de modo creciente, carácter vinculante. El tráfico es cada vez más reactivo a que el contrato no cubra esas expectativas, como puede suceder en un régimen anclado en el contrato como

⁸⁴ Para un análisis detallado, *vid.* ELIZALDE IBARBIA, F. DE, *El contenido del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

fuente de deberes de prestación (dar, hacer, no hacer). Entre otros (muchos y diversos) motivos, la acepción decimonónica del contrato ha justificado la circulación abundante, en la práctica jurídica del Derecho continental, de modelos contractuales anglosajones que sirven para paliar esa deficiencia concreta (a través de las habituales cláusulas de «*Representations and Warranties*»⁸⁵) pero terminan por ocasionar otros problemas al incorporar verdaderos contratos «*alienos*», en la expresión de De Nova⁸⁶, a los ordenamientos jurídicos continentales.

Es innegable la influencia que ha ejercido el *Common Law* sobre los países de Derecho continental en la aceptación de la garantía como contenido del contrato y, muy especialmente, en lo que respecta a su reconocimiento como regla contractual de Derecho dispositivo o, en menor medida, imperativo. Como hemos puesto de manifiesto, es propio del *Common Law* admitir la garantía contractual, siendo válidas, incluso, aquellas que recaen sobre situaciones de hecho inexistentes (por ejemplo, cualidades que la cosa no posee). La recepción de esta regla en los sistemas continentales parece encontrarse en la base de la modernización.

Si bien resulta siempre complicado calibrar la influencia de las distintas causas en la producción de un resultado, constituye opinión comúnmente aceptada que la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980 (en adelante,

⁸⁵ En el *Common Law*, las *Warranties* contractuales también intentan cubrir la falta de garantía legal, siendo innecesarias cuando el sistema las contempla, por ejemplo, en supuestos cubiertos por la SGA 1979. En cuanto a las *Representations*, facilitan remedios pre-contractuales. Su inclusión en el contrato responde, entre otros motivos, a la imposibilidad histórica de ejercitar la acción de anulación basada en una *Misrepresentation* cuando la información pre-contractual (*Representation*) se incorporaba al contrato. Esto ha quedado sin efecto a partir de la *Misrepresentation Act 1967* (S. 1).

⁸⁶ DE NOVA, G., *Il contratto alieno*, Giappichelli, Turín, 2010, p. 47 y ss. Los contratos «*alienos*» no son contratos atípicos sino, por el contrario, contratos nominados (como la compraventa) con estructura y regulación foránea. Respecto de la compraventa, afirma DE NOVA, G., *Il Sale Purchase Agreement: un contratto commentato*, Giappichelli, Turín, 2016, p. 11, que «*l'interprete di uno SPA deve decodificare il testo del contratto secondo le categorie giuridiche e linguistiche del diritto angloamericano (...), e riqualificare le sue norme secondo le categorie giuridiche del diritto che regola il contratto (...)*». Tarea semejante corresponde realizar en cualquier otro ordenamiento respecto de los contratos «*alienos*». La recepción de modelos contractuales extranjeños no es privativa de los países de Derecho continental. Dichos modelos son primordialmente de origen inglés y estadounidense, que también han irrumpido en la práctica jurídica de otros países del *Common Law*, en donde asimismo se los considera como «*trasplantes legales*» («*legal transplants*»). *Vid.*, al respecto, AFSHARIPOUR, A., «*Legal Transplants in the Law of the Deal: M&A Agreements in India*», *Legal Studies Research Paper Series*, University of California, Davis, School of Law, n.º 469, diciembre 2015, pp. 19 y 26. Accesible en: <http://ssrn.com/abstract=2686718>.

CISG, según sus siglas en inglés, con las que comúnmente se la identifica)⁸⁷ representa un pilar sólido de la convergencia de sistemas jurídicos que, por influencia del *Common Law*, acaba incorporando la garantía (en este caso, de conformidad del bien con el contrato) en países de sistemas continentales que adoptaron la Convención como Derecho interno. En el ámbito europeo, los *Principles of European Contract Law* (PECL), con su rechazo a la imposibilidad inicial de la prestación como causa de invalidez (art. 4:102) y la Directiva 99/44/CE⁸⁸, que introdujo la garantía de conformidad en las compraventas de consumo (bienes muebles), consolidaron el camino.

No es de extrañar, entonces, que la reforma del BGB alemán no sólo incorporara el principio de conformidad (en la compraventa y en el contrato de obra, *ex* § 433 y ss. y § 633 BGB) sino que reformara el § 276 BGB, ubicado en la parte general del Derecho de obligaciones, para incluir expresamente la responsabilidad derivada de una garantía⁸⁹. La reforma francesa (2016) es menos clara. El nuevo art. 1166 CC tiene en cuenta las expectativas legítimas de las partes en la determinación de las cualidades exigibles en la prestación, lo cual podría interpretarse como una garantía. Pero, a la vez, mantiene inalterado el tradicional sistema de los vicios ocultos que, por el contrario, no garantiza esas cualidades aunque la jurisprudencia lo haya ido erosionando a través de excepciones. En países como España o Italia, en los que el legislador no ha tomado la iniciativa de reforma, es también la jurisprudencia la que ha impulsado el reconocimiento de la garantía, además de la normativa internacional y europea mencionada anteriormente.

Expongo a continuación aquellas transformaciones del contenido contractual que, a mi entender, son las principales que se derivan del proceso modernizador, todavía en marcha. Algunas de ellas las he desarrollado detenidamente en otro trabajo⁹⁰ por lo que, respecto de las mismas, me limitaré a señalar sus aristas más destacadas.

⁸⁷ España adhiere a la CISG mediante instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990, posteriormente ratificada y publicada en el BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991.

⁸⁸ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DO 1999 L 171/12.

⁸⁹ *Vid.* ZIMMERMANN, R., *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 50-51.

⁹⁰ ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, *op. cit.*

3.1 LA GARANTÍA DE UTILIDAD DE LA COSA ESPECÍFICA EN LA COMPRAVENTA. DEL OBJETO REAL AL IDEAL

El problema de la imposibilidad inicial parcial (no absoluta) de la prestación se presenta en los Códigos civiles tradicionales –como hemos expuesto–, cuando un contrato obliga a dar una cosa específica, cuyo arquetipo es la compraventa. En ella, el vendedor se encuentra obligado a entregar la cosa tal cual existe en la realidad (arts. 1461 y 1468 CC), sin vinculación por la utilidad del objeto –comprensiva de sus cualidades–. Los vicios y defectos que pudieran hallarse en la cosa únicamente habilitan el régimen especial de las acciones de saneamiento que conceden dos remedios: la rescisión del contrato o la reducción del precio.

La evolución del Derecho continental, a este respecto, se ha puesto de manifiesto en el reconocimiento de una garantía contractual por la cual el vendedor queda vinculado a entregar una cosa con la utilidad esperable por el comprador, que reúna las cualidades atendibles. De este modo, la compraventa moderna ya no considera el objeto como el realmente existente sino conforme a su diseño por el contrato, integrado según criterios legales.

La transformación de los ordenamientos jurídicos ha tenido lugar, a nivel europeo y mundial, por medio del principio o garantía de conformidad. Adicionalmente, la jurisprudencia española (y la de otros países del entorno, por sendas similares) ha admitido la garantía de habilidad del objeto a través de la doctrina del «*aliud pro alio*».

3.1.1 La garantía de conformidad

Con la expresión «principio de conformidad»⁹¹ o «garantía de conformidad» nos referimos en este apartado a la exigencia legal por la cual se obliga a la parte que debe entregar una cosa a que la misma sea conforme con el contrato⁹². En aplicación de este prin-

⁹¹ Lo denomina así la Directiva 1999/44, en sus Considerandos (7) y (8), afirmando en el primero que: «el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales». Esta afirmación no es del todo acertada, por la vigencia en muchos países de la Unión Europea, del saneamiento como sistema especial de responsabilidad por los defectos de las cosas vendidas. Así lo señala MORALES MORENO, «Adaptación...», *op. cit.*, p. 97, aunque subraya que la presencia del principio de conformidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos puede predicarse de la ratificación de la CISG, de la cual proviene la exigencia de conformidad.

⁹² Cfr. VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La no conformidad en la Convención de Viena», en J. A. Gaitán Martínez y F. Mantilla Espinosa (Dir.), *La terminación del contrato*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2007, p. 317.

cipio, la entrega de un bien que no se corresponda con el objeto programado por las partes en el contrato⁹³, constituye un incumplimiento contractual⁹⁴.

Es un concepto que se acuña en la CISG, que introduce una forma de vinculación, respecto de las cualidades de la cosa⁹⁵, superadora de las diferencias que existen entre los sistemas continentales (de raigambre latina o germana) y los ordenamientos entroncados en el *Common Law*⁹⁶.

La exigencia de conformidad se extiende, en la Unión Europea, a las compraventas internas pero exclusivamente de consumo, por medio de la Directiva 1999/44/CE⁹⁷ –transpuesta en España por la Ley 23/2003, actualmente incluida en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, llevada a cabo por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; en adelante, TRLGDCU⁹⁸–.

Dado que ambas normas –la CISG y la Directiva 1999/44/CE– forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, el principio de conformidad comprende y se circunscribe, en el Derecho vigente, a dos modalidades del contrato de compraventa: la compraventa internacional de mercaderías y la venta de consumo. En otros ordenamientos, como el italiano o el portugués, la garantía de conformidad se extiende a los arrendamientos de bienes de consumo⁹⁹ y,

⁹³ Cfr. SAN JULIÁN PUIG, *El objeto...*, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁴ En este sentido, afirma FENYO PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 23: «(...) el vendedor incumple el contrato si el objeto que materialmente entrega (*el objeto real*) no se ajusta al objeto diseñado en el contrato (*el objeto ideal*). A ese incumplimiento se lo denomina *falta de conformidad o no conformidad del bien entregado* (...)».

⁹⁵ Al respecto, el art. 35.1 CISG establece: «El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato». Para esta traducción, utilizo la versión castellana de la CISG, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> (visitada el 27/09/2016).

⁹⁶ Cfr. MORALES MORENO, «Comentario al art. 35», *op. cit.*, p. 289; y FENYO PICÓN, *El sistema...*, *op. cit.*, p. 40. Aunque la solución que se adopta es ciertamente cercana a la del *Common Law*. *Vid.*, por ejemplo, la regulación de la S. 14 SGA 1979 respecto de las ventas realizadas por un profesional. Compara el art. 35 CISG con el art. 14 SGA 1979, BRIDGE, M., «The UK Sale of Goods Act, the CISG and the Unidroit Principles», en P. Šarčević y P. Volken (Ed.), *The International Sale of Goods Revisited*, Kluwer, La Haya, 2001, pp. 147-149.

⁹⁷ Directiva 1999/44, cuyo art. 2.1 establece: «El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa».

⁹⁸ El art. 114 TRLGDCU establece: «El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto».

⁹⁹ En Italia, *vid.* art. 128.1 del Código de Consumo de 2005 y en Portugal, *vid.* art. 1.º-A.2. del Decreto Ley 67/2003 (según redacción dada por el Decreto Ley 84/2008), que extienden la exigencia de conformidad a los arrendamientos de consumo. Al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 229-232, sugiere, de *lege ferenda*, que el legislador español extienda el ámbito de aplicación del principio de conformidad a los arrendamientos de consumo, con

en el Derecho alemán, rige no sólo para cualquier compraventa –de consumo o no; sobre bienes muebles e inmuebles– sino también en el contrato de obra¹⁰⁰.

El principio de conformidad conlleva una manera distinta –en relación con el Código Civil– de relacionar las cualidades del objeto con el contenido contractual, por la cual aquéllas adquieren fuerza vinculante, se garantizan. Es, por ello, un régimen diferente del que resulta de aplicar el saneamiento por vicios ocultos, el cual asume una falta de vinculación del deudor por las cualidades del objeto. El principio de conformidad y las acciones edilicias reflejan, por tanto, soluciones normativas incompatibles¹⁰¹.

La extensión de las cualidades exigibles en el objeto (la conformidad) se determina, en primer lugar, por la autonomía de la voluntad y, en su defecto, por criterios legales de integración del contenido contractual.

Respecto de estos últimos, cabe destacar la similitud de las reglas que delinear el principio de conformidad, cualquiera sea el ámbito de aplicación de la normativa que lo regula. Esta semejanza se torna en identidad cuando se trata de la trasposición de la Directiva 1999/44/CE, bien estrictamente, como el TRLGDCU o, extendiendo su aplicación como en el caso del Derecho alemán. Alguna diferencia –menor– se encuentra, en cambio, entre la normativa que encuentra su fuente de inspiración en la Directiva y la CISG.

La coincidencia regulatoria existe en la exigencia de que las cosas deben ser aptas para los usos a los que habitualmente se destinan¹⁰² o para el uso especial indicado por el comprador (con relevancia contractual)¹⁰³. Así, el principio de conformidad incluye la utilidad objetiva y la utilidad subjetiva en el contenido del contrato.

quien coincide SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «Nota crítica a «Cámara Lapuente, S., El Arrendamiento de Bienes Muebles»», *ADC*, 2008, p. 2001.

¹⁰⁰ § 434 y § 633 BGB.

¹⁰¹ Así lo entiende, respecto de las ventas de consumo, FENOY PICÓN, *El sistema...*, *op. cit.*, pp. 41-42. Y, en relación con la CISG, MORALES MORENO, «Comentario al art. 35», *op. cit.*, p. 294.

¹⁰² Art. 35.2.a CISG y art. 2.2.c Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.b TRLGDCU).

¹⁰³ Art. 35.2.b CISG y art. 2.2.b Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.c TRLGDCU). *Vid.*, al respecto, MARCO MOLINA, J., «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán», en *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, F. Badosa Coll/E. Arroyo i Amayuelas (Coords.), Tirant, Valencia, 2006, pp. 172-177, así como su trabajo previo, «La incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, AAVV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 2436-2441, en donde destaca que la Directiva no establece un orden jerárquico entre la utilidad objetiva y la subjetiva, a diferencia de la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2011 («*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*»), que prioriza la utilidad subjetiva.

De esta manera, la finalidad contractual –expresada en la utilidad que reporta el objeto– alcanza fuerza vinculante.

También comparten la CISG y la Directiva 1999/44/CE –así como las normas que la transponen o que se inspiran en ella–, como criterio de integración legal del contrato respecto de las cualidades de la cosa, que el objeto entregado debe ajustarse a la muestra o modelo presentados por el vendedor¹⁰⁴.

Difieren en que la CISG exige, como requisito para la conformidad, que las mercaderías se encuentren envasadas o embaladas en la forma habitual¹⁰⁵, aspecto que la Directiva 1999/44/CE no menciona. Ésta, por su parte, incluye en las cualidades del objeto la descripción del vendedor¹⁰⁶ y las declaraciones públicas sobre sus características, hechas por el propio vendedor, el productor (que incluye al fabricante y al importador) o su representante¹⁰⁷.

Por último, tanto la CISG como la Directiva 1999/44/CE –y también el TRLGDCU así como el Derecho alemán–, exigen al vendedor de la obligación de entregar un bien conforme si, al tiempo de contratar, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la falta de conformidad¹⁰⁸. Esta excepción introduce la confianza –o más bien, la falta de ella– en la integración del vínculo, adecuando el principio de conformidad a las exigencias de la buena fe¹⁰⁹, ya que una aplicación automática y absolutamente objetiva del mismo, que no tuviera en cuenta la conducta del comprador, podría dar lugar a abusos.

El principio de conformidad ha sido asumido por el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹¹⁰, así como por la Propuesta de Reglamento CESL¹¹¹ y la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los con-

¹⁰⁴ Art. 35.2.c CISG y art. 2.2.a Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.a TRLGDCU).

¹⁰⁵ Art. 35.2.d CISG.

¹⁰⁶ Art. 2.2.a Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.a TRLGDCU).

¹⁰⁷ Art. 2.2.d Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.d TRLGDCU).

¹⁰⁸ Art. 35.3 CISG; art. 2.3 Directiva 1999/44/CE (art. 116.3 TRLGDCU); y § 442 BGB.

¹⁰⁹ Así lo entiende MORALES MORENO, A. M., «STS de 18 de febrero de 1994. Compraventa de local para instalar un supermercado: existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad del contrato: restitución. Incumplimiento (*aliud pro alio*): Resolución», *CCJC*, 1994, pp. 627-628: «La buena fe impone valorar la conducta de los contratantes, antes de atribuir a uno de ellos, sin culpa, el riesgo de que el objeto sea distinto del previsto en el contrato. Lo demuestra el CC, en su tratamiento del saneamiento por vicios ocultos (cfr. Art. 1484, *in fine*), que nadie duda tiene un supuesto altamente objetivado (art. 1.485); y también lo demuestra la Convención de Viena (cfr., por ej., arts. 35.3, 40 CV)».

¹¹⁰ El DCFR extiende el principio de conformidad más allá de la compraventa. *Vid.* arts. IV.A. 2:301, IV.A. 2:302, IV.C. 3:104, IV.C. 5:105 y IV.C. 6:104.

¹¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM (2011) 635 final.

tratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes¹¹².

3.1.2 La doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*¹¹³

Con anterioridad a la incorporación (parcial) del principio de conformidad al ordenamiento español, y de forma paralela desde entonces, la jurisprudencia ha reconocido una garantía contractual implícita en determinados contratos de compraventa.

En efecto, el Tribunal Supremo inició, con su sentencia de 23 de marzo de 1982¹¹⁴, la conformación de un nutrido cuerpo jurisprudencial cuya doctrina subsiste inalterada hasta nuestros días y que consiste en conceder las acciones generales del incumplimiento (arts. 1096, 1101 y 1124 CC) como remedio de la inhabilidad del objeto entregado por el vendedor, en el marco del contrato de compraventa, desplazando al régimen específico de las acciones edilicias (art. 1484 CC y ss. para las compraventas civiles y art. 342 CCom para las compraventas mercantiles): la doctrina del *aliud pro alio*¹¹⁵.

La categoría jurídica del *aliud por alio* engloba dos supuestos que conviene diferenciar: (i) la entrega de un objeto materialmente distinto y (ii) la entrega de un objeto inhábil para la finalidad de la compra. En tiempos recientes la aplicación de la doctrina se ha extendido a supuestos distintos de los expuestos –deficiencias en la información pre-contractual, por ejemplo– pero, por el momento, nos referimos exclusivamente al *aliud pro alio* como sanción por el incumplimiento objetivo, es decir, al *aliud pro alio* en sentido estricto¹¹⁶.

¹¹² COM (2015) 635 final.

¹¹³ Este apartado se basa en ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, op. cit., Capítulo Segundo, cuyos aspectos más relevantes se reproducen.

¹¹⁴ RJ 1982, 1500. En realidad, la primera sentencia que menciona la doctrina del *aliud pro alio*, tal como la conocemos, es la STS de 12 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1372). Sin embargo, no es operativa (a efectos de doctrina jurisprudencial, ex art. 1.6 CC) ya que el Tribunal Supremo considera que no resulta aplicable, encuadrando el caso en los vicios ocultos.

¹¹⁵ La complejidad de esta materia queda resumida en la filosa expresión de ORTI VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002, p. 29: «Si tuviésemos que describir en pocas palabras la jurisprudencia española en materia de defectos en la compraventa, habría que decir que está sumida en la más absoluta incertidumbre, provocada por las contradicciones y oscuridad de las soluciones. Contradicciones, porque mientras que en unos casos aplica las reglas generales sobre incumplimiento, en otros vuelve a aplicar la normativa del saneamiento. Oscuridad, por los criterios que utiliza para justificar la ruptura con la normativa del saneamiento y aplicar la del incumplimiento».

¹¹⁶ Así lo hemos denominado en ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, op. cit., p. 133.

Respecto de la primera acepción –la entrega de un objeto materialmente distinto–, la labor jurisprudencial no supone, en relación con el contenido contractual, una desviación respecto del sistema codificado por cuanto, en el mismo, el vendedor está obligado a entregar una cosa materialmente idéntica a la pactada (arts. 1166.I, 1461 y 1468.I CC y art. 336 CCom). Por ende, la doctrina del *aliud* no representa, en este respecto –la formación del vínculo contractual–, una innovación, sin perjuicio de que influya en la ejecución del contrato, principalmente, en el abanico de remedios del comprador (v. gr. incorporando el derecho de reparación¹¹⁷, ausente en el Código Civil) y en las consecuencias de la especificación de los bienes vendidos (que deviene indiferente en los remedios de los que dispone el comprador ya que se parte de un modelo único de compraventa).

Es en la vertiente funcional del *aliud pro alio*, que sanciona como incumplimiento la entrega de un objeto inhábil, donde reside la originalidad de la doctrina jurisprudencial ya que integra en el contenido del contrato la garantía de un objeto útil, que sea apto para satisfacer al comprador. Si bien es verdad que la doctrina jurisprudencial se plantea en sede de incumplimiento del contrato, no es menos cierto, como afirma Fenoy Picón, que si la inhabilidad del objeto supone un incumplimiento es porque el Tribunal Supremo reconoce implícitamente que el vendedor garantiza la entrega de una cosa útil para el comprador¹¹⁸. En virtud de la doctrina del «*aliud pro alio*» la finalidad práctica contractual, cuya consecución satisface objetivamente al comprador, deja de ser una presuposición del contrato –como ocurre en el sistema del Código civil– para pasar a integrar su contenido vinculante.

Este modo de concebir la obligación del vendedor conlleva una manera distinta de entender el objeto del contrato, al que no se lo trata ya según su existencia real –como sucede en el Código civil– sino conforme a su configuración ideal¹¹⁹, que tiene en cuenta la funcionalidad que el contrato le asigna¹²⁰. De este modo se superan

¹¹⁷ V. gr. STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 5433), en la que se condenó a la promotora-vendedora a reparar unos trasteros con problemas de ventilación.

¹¹⁸ FENOY PICÓN, N., «STS de 10 de julio de 2003. Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento esencial», *CCJC*, 2005, p. 534.

¹¹⁹ Vid. MORALES MORENO, «Adaptación...», *op. cit.*, pp. 101-103.

¹²⁰ En este sentido, FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, Madrid, 1996, pp. 183-184, afirma: «Este segundo argumento jurisprudencial [el funcional] tiene en cuenta que el objeto entregado por el vendedor es inútil, no apto o inhábil para una determinada finalidad. En otras palabras, tiene presente la función o el destino que el objeto desempeña. Esta forma de razonar es conoci-

los problemas de imposibilidad inicial de la prestación. El vendedor garantiza un determinado estado de los hechos, que incluye las cualidades del objeto necesarias para la satisfacción del comprador, con independencia de su existencia en la realidad. La falta de cualidades permite al comprador solicitar el cumplimiento específico o, en su defecto, indemnización de los daños y perjuicios (art. 1124 CC).

Son contradictorios y, en el mejor de los casos, confusos, los criterios que aplica el Tribunal Supremo para vincular al vendedor por la utilidad de la cosa, llegándose incluso a afirmar por el Alto Tribunal que no existe una «norma general o programática»¹²¹ que sirva para delimitar los supuestos en los que se reconoce una garantía implícita de la habilidad del objeto respecto de aquellos casos en los que, por el contrario, tal garantía no resulta exigible.

El Tribunal Supremo reitera sistemáticamente en su jurisprudencia que el criterio definidor del *aliud pro alio*, en contraposición al saneamiento por vicios ocultos (que implica la ausencia de garantía), es la entrega de un objeto distinto, inhábil, que produce la insatisfacción del comprador. De este modo, la funcionalidad del objeto –su utilidad– es considerada, por el Alto Tribunal, como el parámetro de distinción¹²².

Algunas sentencias parecen exigir un requisito que calificaría la inhabilidad del objeto: que la misma conlleve un «pleno incumplimiento» del contrato que produzca la «insatisfacción total» del comprador¹²³. Interpretando los términos en sentido literal, sólo concurriría un «*aliud pro alio*» cuando el objeto entregado fuera totalmente inútil. Una corriente jurisprudencial minoritaria transita por esa senda¹²⁴, dando a entender que no concurre un supuesto de prestación diversa (un *aliud*) a menos que el objeto sea absolutamente inútil para el comprador. A la inhabilidad objetiva se añadiría, así, la gravedad máxima del defecto y, unidos, servirían para distinguir el «*aliud pro alio* de los vicios ocultos»¹²⁵.

da en la doctrina como el «criterio funcional» de identificación del objeto debido». Lo indicado entre corchetes me pertenece.

¹²¹ STS de 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 124).

¹²² V. gr., en este sentido, las SSTS de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984, 693), 28 de enero de 1992 (RJ 1992, 273) ó 31 de julio de 2002 (RJ 2002, 8436), entre muchas.

¹²³ Vid. en este sentido las SSTS de 23 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1500) y 5 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8615).

¹²⁴ Me refiero a las SSTS de 15 de abril de 1987 (RJ 1987, 2710); 6 de abril de 1989 (RJ 1989, 2994); 14 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4121) y 17 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1621). Como advierte ORTI VALLEJO, *Los defectos...*, op. cit., p. 44, esta corriente jurisprudencial es minoritaria.

¹²⁵ Pone de manifiesto las dificultades de esta justificación doctrinal para distinguir un supuesto de vicios ocultos de un *aliud pro alio*. ORDÁS ALONSO, M., *Aliud pro alio, saneamiento por vicios ocultos y compraventa de productos de consumo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 88-92.

Sin embargo, la *ratio decidendi* de la mayoría de las sentencias que resuelven con base en la doctrina del «*aliud pro alio*», prescinden del requisito de la gravedad máxima, bastando con que la anomalía produzca la inhabilidad del objeto (no necesariamente absoluta) para cumplir la finalidad para la que se vendió y la consecuente insatisfacción del comprador¹²⁶. Se aclara, incluso, que para ello «es suficiente una *cierta gravedad* obstativa para el normal disfrute de la cosa (...) o que convierta el uso en gravemente irritante o molesto (...)»¹²⁷. (La cursiva es mía).

Por consiguiente, el criterio de distinción entre un *aliud pro alio* y un supuesto de vicios ocultos responde, según el Tribunal Supremo, a que la anomalía cualitativa produzca la inhabilidad objetiva. No se exige una entidad máxima del defecto aun cuando la falta de aptitud del objeto presupone *per se* una cierta gravedad del vicio¹²⁸ (que, reitero, no conduce necesariamente a una inutilidad total del objeto).

El criterio funcional –la inhabilidad del objeto– que adopta el Tribunal Supremo para distinguir un supuesto de prestación diversa (la entrega de un *aliud pro alio*) de un defecto regido por los

¹²⁶ Vid. STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 5433), entre muchas. Se trataba de una compraventa de vivienda con garaje y trastero (este último presentaba un alto grado de humedad por falta de ventilación). El recurrente (vendedor) alegó en casación que la acción por incumplimiento requiere un incumplimiento grave que, a su entender, no concurriría por afectar a un elemento anejo del objeto principal (la vivienda). La Audiencia Provincial considera que el trastero es un elemento con valor sustancial y el Tribunal Supremo confirma esta interpretación con base en que de los tres elementos vendidos, uno carecía de utilidad para el comprador. Parece claro, a mi criterio, que la insatisfacción del comprador no era total respecto del objeto contractual ya que no se aprecian desperfectos en la vivienda ni en el garaje. De la STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 3018) parece deducirse que si el defecto es susceptible de reparación no impide obtener la utilidad que motivó la compra y, por tanto, no concurriría el *aliud pro alio*. Comenta esta sentencia RUBIO GARRIDO, T. «STS de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitoria y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universalidad de cosas o en globo», *CCJC*, 2005, pp. 183-196. Lo que pretende el Tribunal Supremo en esta sentencia, a mi criterio, es evitar la acción resolutoria y construir un sistema semejante al del principio de conformidad, que incluya la utilidad en la regla contractual pero asocie al incumplimiento un sistema de remedios, tal vez jerárquico, como el de la Directiva 1999/44/CE, que no concede como remedio necesario del incumplimiento la resolución.

¹²⁷ STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 4679). En el mismo sentido la STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987, 5793), en la que se aplicó la doctrina del *aliud pro alio* a unas plazas de garaje que se podían utilizar pero su uso exigía de los conductores que realizaran varias maniobras. Afirma el Tribunal Supremo que el concepto «plaza de garaje» incluye no sólo un espacio para aparcar sino un espacio para «aparcar con holgura».

¹²⁸ REGLERO CAMPOS, F., «STS de 10 de marzo de 1994. Compraventa. Demanda reconvenicional de saneamiento por vicios ocultos. Plazo: prescripción y caducidad», *CCJC*, 1994, p. 715, deduce del análisis jurisprudencial la influencia de la gravedad del defecto: «Cuando el defecto o el vicio no sean de especial gravedad, la jurisprudencia tiende a encuadrar el supuesto dentro del ámbito de los «vicios», mientras que cuando implica una insatisfacción objetiva del interés del comprador se inclina por la tesis del incumplimiento, generalmente por falta del requisito de identidad (*aliud*)».

vicios ocultos, es manifiestamente inútil, como destacan, con acierto, los autores que se han ocupado del tema con mayor detenimiento¹²⁹.

La jurisprudencia afirma que se está en la hipótesis de un *aliud por alio* cuando se entrega un objeto inútil para la finalidad contractual. Sin embargo, este mismo criterio es el que considera el régimen de los vicios ocultos para responsabilizar al vendedor que transmite una cosa defectuosa, según establece el art. 1484 CC: «El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida *si la hacen impropia para el uso a que se la destina o si disminuyen (...) este uso (...)*». (La cursiva es mía).

El concepto de vicio comprende la inutilidad –total o parcial– del objeto para cumplir la finalidad del contrato¹³⁰. Como se aprecia, es el mismo baremo que sigue el Tribunal Supremo cuando considera que se entrega un *aliud por alio* (que supone un incumplimiento del contrato) y, por ello, descarta las acciones de saneamiento.

En consecuencia, la inhabilidad del objeto no sirve como regla para distinguir los supuestos en los que se exige del vendedor la entrega de una cosa con unas determinadas cualidades –cuya ausencia, que supone un incumplimiento del contrato, sanciona la doctrina del *aliud*– de aquellos casos en que ese estándar no se exige del vendedor –pero su falta conlleva la responsabilidad específica de las acciones edilicias–¹³¹.

¹²⁹ FENOY PICÓN, «STS de 10 de julio de 2003...», *op. cit.*, p. 535; la misma autora en *Falta de conformidad...*, *op. cit.*, pp. 205-207. ORTI VALLEJO, *Los defectos...*, *op. cit.*, pp. 38-39. VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE, *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 338-340. VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE, «Algunas reflexiones a propósito de la transposición de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el Derecho español, operada por la Ley 23/2003, de 10 de julio», en *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro*, M. J. Reyes López (Coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 240, en la que afirma: «Basta leer el art. 1484 CC para comprender que todos y cada uno de los defectos que el Tribunal Supremo ha considerado como constitutivos de un supuesto de entrega de *aliud pro alio* son, en realidad, casos evidentes de vicios redhibitorios, que tienen un clarísimo encaje en el precepto, ya que hacen la cosa «impropia para el uso a que se la destina». En el mismo sentido, LLÁCER MATA CÁS, M.^a R., «STS de 8 de abril de 1992. Legitimación del comunero para comparecer un juicio [sic] en asuntos afecten a la comunidad. Acción de incumplimiento de contrato por entrega de *aliud pro alio*; diferencia con las acciones de saneamiento por vicios ocultos», *CCJC*, 1992, p. 490.

¹³⁰ Al respecto, *vid.* MORALES MORENO, «El alcance protector...», *op. cit.*, p. 655.

¹³¹ Es por ello que, siguiendo este criterio, muchos supuestos de vicios ocultos podrían ser casos de *aliud pro alio*, como destaca BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., «STS de 6 de marzo de 1985. Compraventa: incumplimiento del vendedor: distinción entre *aliud pro alio* y cosa con vicios. Acción de cumplimiento y acción de saneamiento por vicios», *CCJC*, núm. 8, 1985, pp. 2476-2478.

La inutilidad del criterio que afirma seguir el Tribunal Supremo no nos permite establecer una forma segura de discriminar entre un *aliud pro alio* y un caso de vicios ocultos. O, lo que es igual, un supuesto en el que la utilidad del objeto se incorpora al contenido del contrato (*aliud*) de otro en el que no (vicios).

Esta situación genera inseguridad jurídica –en contra de lo establecido en el art. 9.3 CE– ya que impide a las partes contratantes prever, siquiera mínimamente, las consecuencias de sus actos ni el alcance de la vinculación contractual. Lo que nos conduce a explorar otras formas de justificar la incorporación de la utilidad al contenido del contrato, eficacia que se deriva de la doctrina del *aliud pro alio*.

Parece claro, del sustrato fáctico de las sentencias, que el recurso al *aliud pro alio* sirve comúnmente para eludir el breve plazo de caducidad de las acciones de saneamiento¹³². Pero, desde la óptica del contenido contractual y de la referida seguridad jurídica, esta constatación poco aporta. No contribuye a la certeza contractual que las partes no sepan con cierta precisión, al tiempo de perfeccionarse el contrato, si el vendedor se encuentra obligado a entregar la cosa con determinadas cualidades (cuya ausencia supondrá un incumplimiento por mor de la doctrina del *aliud pro alio*) o no.

Teniendo en cuenta lo expuesto, considero que existe una razón común que puede servir para explicar en qué casos el vendedor garantiza la utilidad del objeto y en cuáles no. Tras analizar pausadamente la jurisprudencia, constato –como algunos autores¹³³– que

¹³² CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 905.

¹³³ PRATS ALBENTOSA, L., «La entrega de cosa diversa a la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)», *Revista General de Derecho*, 1992, p. 5095, afirma, en relación con la doctrina del *aliud pro alio* que: «El Tribunal Supremo ha dado lugar con esta doctrina a una jurisprudencia fundada en razones de justicia material, una jurisprudencia de intereses destinada a ofrecer, mediante la admisión de la aplicación de las reglas generales del incumplimiento contenidas en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil, una mayor protección, de modo general, al comprador-consumidor de cosas genéricas fabricadas en serie o en masa, frente al fabricante-comerciante-vendedor de tales productos». Comparto con el autor citado la importancia de la condición del vendedor en la aplicación del *aliud pro alio*; en cambio, entiendo que su aplicación excede la compraventa genérica. FENYO PICÓN, *Falta de conformidad...*, *op. cit.*, p. 203, se fija en la condición de las partes y concluye que: «no son compraventas entre simples particulares, sino que lo normal es que el vendedor sea un perito en el objeto enajenado, no siéndolo en ese concreto tráfico el comprador. En otras palabras, el adquirente se encuentra en una situación de inferioridad, en comparación con la información y conocimiento que del objeto posee o debe poseer el vendedor, y de aquí que necesariamente aquél tenga que confiar en éste. Por ejemplo, el vendedor es el fabricante del bien, o el constructor o/y promotor del inmueble o un comerciante profesional del ramo». Al igual que manifesté respecto de PRATS ALBENTOSA, coincido con las conclusiones de esta autora en lo que respecta a la condición del vendedor y a su relevancia en la aplicación del *aliud pro alio*. En cambio, no creo que las consideraciones sobre el conocimiento y la información relativa de las partes sean necesarias en el

en la inmensa mayoría de las sentencias operativas a efectos de doctrina jurisprudencial, el vendedor interviene en la fabricación del bien, ya sea de modo directo –fabricante, constructor o productor– o bien, indirecto, como responsable de organizar la elaboración –v. gr. el promotor de viviendas¹³⁴– o con alguna otra vinculación especial¹³⁵. En las restantes, y si bien las circunstancias fácticas no siempre se detallan exhaustivamente, el vendedor es un comerciante, y el objeto del contrato, una cosa nueva. Reitero que me refiero, exclusivamente, a lo que he denominado *aliud pro alio* en sentido estricto.

De esta manera, el Tribunal Supremo incorpora la utilidad del objeto al contenido del contrato en función de la condición del vendedor, que participa en la elaboración del objeto o es un vendedor profesional, dedicado al comercio de las cosas que vende. En ambos supuestos, el objeto vendido es una cosa nueva¹³⁶, respecto de la que se garantizan las cualidades que satisfacen al comprador.

análisis del *aliud pro alio* en sentido estricto. Las afirmaciones de FENOY PICÓN son acertadas, dentro de su esquema argumental (y el objeto de su trabajo), ya que no tiene en cuenta la distinción entre *aliud pro alio* en sentido estricto y el *aliud* como fuente de responsabilidad por defectos de información, que nosotros entendemos relevante en la construcción del contenido del contrato.

¹³⁴ La mayor parte de los defectos de inmuebles se resuelven aplicando el art. 1591 CC, aunque algunas sentencias utilizan el cauce del art. 1101, sancionando la entrega de una prestación diversa. El efecto es similar: una garantía de quien transmite la vivienda referida a su utilidad, incorporando al contrato la funcionalidad del objeto. Aplican el art. 1591 CC, entre otras, las SSTs de 16 de febrero de 1985 (RJ 1985, 558); 17 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4312); 19 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8843) ó 28 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3437). Resuelven por aplicación del art. 1101 CC, las SSTs de 12 de abril de 1993 (RJ 1993, 2997); 29 de abril de 1994 (RJ 1994, 2982); 10 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4226); 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 5433) ó 25 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1406).

¹³⁵ Esa vinculación con la elaboración se da en supuestos de construcción de inmuebles y justifica la responsabilidad de los vendedores (único supuesto en el que se responsabiliza a particulares, por su estrecha vinculación con la construcción). En la STS de 29 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6302; JC 1984, 770), los vendedores de varias plazas de garaje son dueños del edificio y parecen haberlo promovido. En la STS de 16 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2661), consta que los vendedores de las plazas de garaje participaron en la construcción y promoción del edificio en la que se encuentran. Del relato de los hechos de la STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 4679) se deduce que los vendedores construyeron las plazas de garaje, objeto del contrato. En la STS de 26 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8052), se compra una plaza de garaje sobre plano (los vendedores habían recibido la plaza como contraprestación por haber aportado el solar donde se construyó el edificio) y, aunque no consta expresamente, parece que el comprador la rechaza desde que se le entrega, ocupando una plaza vecina; el Tribunal Supremo alude a las «prestaciones genéricas» y tal vez el fundamento de la responsabilidad de los vendedores radique en que se trataba de una obligación genérica cuya especificación fue rechazada *ab initio* por el comprador. La misma razón parece justificar la STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987, 5793; J. Civ. 1987, núm. 484), en la que se compran plazas de garaje sobre plano y se rechazan desde el mismo momento de la entrega.

¹³⁶ Como excepción a la regla de que se responsabiliza al vendedor que enajena cosas de su ramo, parece encontrarse la STS de 14 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6939), aunque en realidad entiendo que no es así. En ese caso, RENFE vende en pública subasta un vehículo de turismo fabricado por SEAT, que el comprador no consigue matricular porque RENFE no era un órgano administrativo, requisito indispensable para que los vehículos subastados pudieran matricularse. El Tribunal Supremo estima la acción de incum-

4. LA VINCULACIÓN POR LA INFORMACIÓN PRE-CONTRACTUAL

La evolución del contenido del contrato ha tenido una segunda causa relevante: la vinculación por la información precontractual (*rectius: in contrahendo*), es decir, aquella que las partes se transmiten u omiten comunicar –respecto de esto último, si están obligadas a ello– antes de la perfección del contrato. Cumpliendo ciertos requisitos que mencionaremos *ut infra*, esa información se garantiza en el contrato, aspecto novedoso que afecta tanto al Derecho inglés como a los países de tradición continental.

En la concepción decimonónica del contrato –en ella incluimos tanto al *Common Law* como a los ordenamientos continentales–, señaladamente voluntarista, la intención común destaca como fuente del contenido contractual. Las normas dispositivas existen, es cierto, pero su función se restringe a suplir los eventuales olvidos de las partes, las llamadas «lagunas» del contrato, como puso de manifiesto Castro¹³⁷.

Dentro de ese marco conceptual se comprende que la única vinculación que puede emanar de las partes sea la que deriva del consentimiento. Por ende, la información que no se incorpora al contrato como pacto expreso no vincula. Y ello tanto si la intención común se determine conforme a la voluntad real o a la declarada¹³⁸. La información incorrecta u omitida puede dar lugar a un vicio del consentimiento que derive en la anulación del contrato pero no en la vinculación por el estado de la realidad en el que el perjudicado confió.

La superación del voluntarismo viene dada por el renacer de las fuentes no voluntarias del contrato que incluyen no sólo las normas dispositivas *in se* sino, también, la conducta *in contrahendo* de las partes en su relación con aquellas (en contratos de consumo, la relación se da con las normas imperativas). La creciente protección de las expectativas legítimas de las partes ha extendido la garantía,

plimiento con base en el *aliud pro alio*. Sin embargo, considero que no afecta a nuestras conclusiones porque no se trata de un supuesto de *aliud* en sentido estricto ya que podría existir una omisión de información por parte de RENFE reprochable a ésta al subastar vehículos que no se pueden matricular (además de que no constituye un defecto material sino jurídico). Por otra parte, el único caso en el que no se vende un objeto nuevo es la STS de 7 de abril de 1993 (RJ 1993, 2798) pero existía una garantía del vendedor, que por ello responde.

¹³⁷ CASTRO Y BRAVO, F. DE, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, p. 1060.

¹³⁸ Cfr. MORALES MORENO, A. M., «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8.º de la LGCU)», en *La modernización...*, *op. cit.*, p. 233.

por el contrato, de la información precontractual que genera confianza¹³⁹.

Al respecto, es evidente que no toda información precontractual ha de incorporarse al contenido del contrato. En ausencia de pacto, sólo puede atribuirse el riesgo derivado de una incorrecta representación de la realidad, a una de las partes, en virtud de una norma jurídica. En España, ostentan ese carácter la ley dispositiva, los usos y la buena fe, *ex art.* 1258 CC, además, claro está, de la ley imperativa, *ex art.* 1255 CC¹⁴⁰. La información precontractual deviene vinculante cuando una de esas normas jurídicas lo exige.

La garantía de la información precontractual ha adquirido un desarrollo notorio en las últimas décadas. Es en materia de publicidad donde, por el momento, el nuevo modo de vinculación contractual se percibe con mayor nitidez. El Tribunal Supremo, en una consolidada doctrina jurisprudencial que se inicia con la sentencia de 27 de enero de 1977, considera que la información publicitaria vincula al contratante que la emite en virtud del art. 1258 CC, precepto que contempla la buena fe como fuente de la reglamentación contractual, por la cual se heterointegra el contrato¹⁴¹. La causa de la vinculación por la publicidad no se encuentra en la voluntad del emisor –en este sentido, no es oferta y presupone la existencia de un contrato– sino en la protección de la confianza del destinatario de las declaraciones públicas¹⁴². Es reiterada la referencia del Alto

¹³⁹ Para un desarrollo del tema *vid.* ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, *op. cit.*, capítulos Sexto a Noveno.

¹⁴⁰ MORALES MORENO, «Información...», *op. cit.*, p. 234.

¹⁴¹ J. Civ. 1977, núm. 26. Reconocen que la publicidad integra el contrato –aunque no siempre sea expresa la referencia a la buena fe–, entre otras, las SSTs de 21 de julio de 1993 (RJ 1993, 6176); 15 de junio de 2000 (RJ 2000, 4418); 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215); 29 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5688). Utilizan una terminología más confusa las SSTs de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8260), 15 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2347) y 28 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2164).

¹⁴² *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 61», en S. Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y la Unión Europea*, Colex, Madrid, p. 517; MORALES MORENO, A. M., «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre una propuesta de Directiva)», en *La modernización...*, *op. cit.*, p. 246; GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario al art. 61», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 784; FONT GALÁN, J. I., «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, 1988, p. 17; y Díez-PICAZO, L., «¿Una nueva doctrina general del contrato?, ADC, 1993, p. 1713. En contra, INFANTE RUIZ, F. J., «La integración del contrato con el contenido de la publicidad. Comentario a la STS de 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2004, p. 203: «El recurso a la buena fe se sustenta aquí en el mero hecho de generar una publicidad, con independencia de cuál sea su incidencia sobre el consumidor (...); es decir, el fundamento se cifra no en el riesgo de que la publicidad cree una situación de apariencia, sino en el mero dato de que exista un desfase entre el contenido de la publicidad y el contrato (...).».

Tribunal a la confianza del receptor de la publicidad –y su protección– como fundamento de su integración en el contrato¹⁴³.

En contratos de consumo, la vinculación por la información precontractual encuentra su fuente en normas imperativas. En España, si bien en un principio la incorporación de la publicidad al contenido contractual se ciñó a contratos específicos – la compraventa de consumo o el contrato de viaje combinado, por ejemplo–, por trasposición de las correspondientes Directivas europeas¹⁴⁴, en la actualidad el art. 61.2 TRLGDCU lo regula para la generalidad de los contratos de consumo. En Alemania también se ha desbordado el *acquis communautaire*, en ese caso, para extender la vinculación por las declaraciones públicas a la totalidad de los contratos de compraventa, sean o no celebrados por consumidores¹⁴⁵.

Por otra parte, la incorporación de la información precontractual al contenido del contrato es susceptible de incluir la información no publicitaria, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual, a través de diversos cauces, principalmente, la doctrina del *aliud pro alio* (en su acepción amplia) y el principio de buena fe, vincula al que comunica una información incorrecta, afectando la confianza razonable del receptor¹⁴⁶.

La justificación del Alto Tribunal no es siempre clara, si bien en cuanto al resultado al que conduce –la vinculación– coincide con la solución adoptada por las principales propuestas para la armonización del Derecho contractual europeo. Éstas asumen con naturalidad que la vinculación por la información precontractual proviene de una fuente no voluntaria. Al respecto, el art. 6:101 (1) PECL y el art. II.– 9:102 DCFR garantizan contractualmente la información que se transmite antes de contratar o al tiempo del contrato si así hubo de entenderla la otra parte teniendo en cuenta: (i) la importancia de la información, (ii) si quien transmite la información lo hace en ejercicio de su actividad profesional y (iii) la experiencia relativa de las partes. La Directiva 99/44/CE (art. 2) es más contundente por cuanto vincula por la información (pública) a menos que el receptor no haya podido razonablemente confiar en ella.

Adicionalmente, cabe la integración en el contrato de la información que se omite en infracción de un deber precontractual de información. Es lo que dispone el art. 65 TRLGDCU, según el cual corresponde integrar los contratos de consumo, en beneficio del

¹⁴³ Entre otras, las SSTs de 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215) y 30 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3995).

¹⁴⁴ Respectivamente: Dir. 99/44/CE y Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO 1990 L 158/59).

¹⁴⁵ § 434 BGB.

¹⁴⁶ Vid. ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, op. cit., pp. 255 y ss.

consumidor y conforme a la buena fe objetiva, cuando el empresario o profesional omita una información precontractual relevante. El precepto permite incorporar al contrato el estado de la realidad que se representa (incorrecto) por la falta de comunicación de información. La referencia a la buena fe objetiva ha de entenderse hecha a su función de norma de atribución del riesgo contractual (*ex art. 1258 CC*), en este caso, para proteger las expectativas legítimas del consumidor¹⁴⁷.

Según lo expuesto, el cauce que han seguido los tribunales y los legisladores españoles y europeos para vincular por la información pre-contractual ha sido el de una regulación expansiva, más o menos directa, del contenido contractual y el de una interpretación amplia de las normas existentes en la materia (en el caso español, del art. 1258 CC).

En el Derecho inglés, en cambio –sin perjuicio de las transformaciones introducidas por las Directivas europeas–, la vinculación por la información precontractual ha crecido por vía de la interpretación del contrato, formalmente basada en la intención común de las partes. Sin embargo, frente al sentido literal de las palabras que utilizan los tribunales ingleses –que, reitero, asientan en el consentimiento la incorporación de la información *in contrahendo* al contrato– se alza el profesor Atiyah (en diversas obras)¹⁴⁸, para quien la expresión «intención de las partes» no significa, en este contexto, lo que dice.

Sostiene Atiyah que los jueces raramente examinan la intención de las partes para resolver los casos de este tipo que se les presentan. Lo que se comprueba en la jurisprudencia es un recurso constante a elementos objetivos –v. gr. que el declarante era un vendedor profesional de mercaderías o que, como propietario del inmueble, tuvo mejores oportunidades de descubrir la veracidad de la información que transmitió– para establecer, a partir de los mismos, si una de las partes debe quedar vinculada por sus declaraciones¹⁴⁹. La doctrina inglesa se muestra conforme con esos criterios objetivos, si bien se suelen presentar como parámetros para determinar la intención común, y los resume en dos: (i) la importancia de la declaración para el destinatario y (ii) la posición de las partes

¹⁴⁷ Vid. ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

¹⁴⁸ Las obras de Atiyah a las que hago referencia son: *An introduction...*, *op. cit.*, pp. 180-181; «Misrepresentation, Warranty and Estoppel», en P. S. Atiyah, *Essays on Contract*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996, pp. 277-288 y 300-302; «The Binding Nature of Contractual Obligations. The Move from Agreement to Reliance in English Law and the Exclusion of Liability relating to Defective Goods», en D. Harris y D. Tallon (Eds.), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 30-33; y *The rise and fall of the freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 772.

¹⁴⁹ ATIYAH, *An introduction...*, *op. cit.*, pp. 180-181.

respecto de la información, referida a la facilidad para conocer su exactitud¹⁵⁰. Estos criterios se encuentran presentes, también, en los ya citados arts. 6:101 (1) PECL y II. 9:102 (1) DCFR.

Si ponemos en relación las advertencias del profesor Atiyah con el criterio objetivo que utiliza el Derecho inglés para interpretar la intención de las partes en este caso —el estándar de un tercero razonable¹⁵¹— se deduce que la vinculación del declarante se establece, en realidad, a partir de parámetros objetivos que no guardan relación con la intención común. Ésta parece una conveniente etiqueta que se utiliza según el caso, para atribuir o no responsabilidad al declarante, lo cual depende, en verdad, de una asignación normativa del riesgo (emanada de los tribunales que, en el *Common Law*, participan en la política normativa o en su caso, de la legislación)¹⁵². Y esa norma jurídica, que justifica la vinculación por la información *in contrahendo*, tendría por finalidad garantizar la protección de la confianza razonable del destinatario de la información¹⁵³, aspecto que menciona Lord Nourse en su voto del caso *Harlingdon and Leinster v Christopher Hull*¹⁵⁴.

La vinculación por la información precontractual a través de la interpretación objetiva del contrato es una fórmula a la que han recurrido otros países, de sistemas jurídicos continentales, como es el caso de Alemania. El Derecho alemán sigue una doble vía. La más reciente, ya mencionada, mediante la cual regula directamente la incorporación de la información al contenido contractual, como sucede respecto de las declaraciones públicas en el contrato de compraventa (§ 434 BGB). Paralelamente, y con mayor antigüedad, la jurisprudencia reconoce que la información *in contrahendo*

¹⁵⁰ Vid. TREITEL/PEEL, *The Law...*, *op. cit.*, § 9-046 (pp. 383-384); CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, Sweet & Maxwell, Londres, 2007, § 8.08 – 8.11 (pp. 295-303); y ALLEN, D. K., *Misrepresentation*, Modern Legal Studies, Sweet & Maxwell, Londres, 1988, pp. 100-105.

¹⁵¹ En especial a partir del caso *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28.

¹⁵² ATIYAH, «Misrepresentation...», *op. cit.*, p. 276. En el mismo sentido se pronuncia IBBETSON, *A Historical Introduction...*, *op. cit.*, p. 224, para quien los tribunales (se refiere a los decimonónicos) desarrollaron reglas jurídicas tras la «fachada» de la intención común. Para una exposición sobre el uso de la interpretación para introducir políticas normativas, vid. MITCHELL, C., «Interpreting Commercial Contracts: The Policing Role of Context in English Law», en L. DiMatteo & M. Hogg (Ed.), *Comparative Contract Law. British and American Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 157-169.

¹⁵³ ATIYAH, *The rise and fall...*, *op. cit.*, pp. 771-778 (esp. p. 772); ATIYAH, «Misrepresentation...», *op. cit.*, pp. 279 y 287.

¹⁵⁴ [1989] EWCA Civ 4: «*The description must have a sufficient influence in the sale to become an essential term of the contract and the correlative of influence is reliance (...)* I would say that there cannot be a contract for the sale of goods by description where it is not within the reasonable contemplation of the parties that the buyer is relying on the description».

puede vincular contractualmente, si así resulta de una interpretación objetiva o de buena fe del contrato, por mor del § 157 BGB.

De este modo, los tribunales alemanes han llegado a conclusiones similares a las del Derecho inglés, en casos muy semejantes, valorando la importancia de la información y la posición de las partes respecto de la misma, para vincular al que comunica, si –según esos parámetros– la confianza del receptor se estima digna de tutela¹⁵⁵. Y, en Alemania, de modo más patente que en el Derecho inglés, la fuente de vinculación es la buena fe (norma jurídica) y no la intención común de las partes, cuya determinación se rige por otro precepto específico (el § 133 BGB).

5. HACIA UNA NUEVA APRECIACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL MERCADO DE DERECHOS

Los impedimentos a la garantía de un estado de la realidad que, en la concepción tradicional del contrato, afectan a las cosas específicas, por mor de la imposibilidad inicial de la prestación y del sistema especial de responsabilidad de las acciones edilicias, no concurren cuando el objeto del contrato recae sobre derechos.

En este último supuesto, las redacciones originales de los Códigos civiles europeos reconocieron la garantía sobre la existencia del derecho que se transmite por medio de un contrato, como es el caso de las cesiones de créditos o derechos incorporales. Es ilustrativo al respecto lo que dispone el art. 1529 CC, según el cual el vendedor de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso. Por consiguiente, el Derecho dispositivo vincula al cedente por la existencia del crédito, en defecto de pacto. A diferencia de lo que se ordena para las cosas específicas, la inexistencia del crédito no sólo no constituye un supuesto de imposibilidad inicial sino que, por el contrario, conlleva la responsabilidad del vendedor.

La divergencia de soluciones legales entre las cosas específicas y los créditos tiene su razón de ser, posiblemente, en la materialidad, en un caso, e inmaterialidad, en el otro, del objeto contractual. Hicimos mención previamente al carácter material de la cosa como origen de la regla *impossibilium nulla obligatio est* y es precisamente la inmaterialidad del crédito la que justifica la inaplicación de la conocida regla de Celso cuando un derecho incorporal constituye el objeto del contrato. El apego a la cosa física que subyace en

¹⁵⁵ Vid. UNBERATH, H., «Contents and Effects», en S. Leible & M. Lehmann (Ed.), *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, 2014, p. 302.

las consecuencias de la imposibilidad inicial y en la impuesta factibilidad de los deberes de prestación, ambas propias de la Codificación, carece de justificación respecto de los créditos, incluso en el marco conceptual de los Códigos civiles.

La falta de relación con una realidad material, cuando el contrato recae sobre créditos, refuerza la importancia de la autonomía de la voluntad en la definición del objeto contractual. Evidentemente, no pretendo decir que ella no sea relevante si se trata de cosas. Me refiero, en cambio, a la ausencia de parámetros objetivos de satisfacción del acreedor –en esos casos–, al margen del pacto, a diferencia de lo que sucede respecto de las cosas. Si se contrata sobre éstas, es razonable que el acuerdo de las partes en relación con las cualidades atendibles en el objeto prime. Pero, en su defecto, cabe recurrir a criterios supletorios de habilidad del objeto (la utilidad normalmente esperable para cosas de la misma especie, por ejemplo), que sirven para vincular al deudor. Así funciona el explicado principio de conformidad, en el cual corresponde a las partes delimitar el objeto contractual y, en su defecto, rigen criterios legales de integración que determinan las cualidades exigibles por el contrato. De este modo, se consigue garantizar las expectativas razonables del acreedor.

Por el contrario, tratándose de créditos, resulta altamente complicado establecer un régimen de vinculación legal, por el cual el contenido del contrato se integre con normas de Derecho dispositivo –o en su caso, imperativo–. Ello porque no existe una realidad material con la que comparar la utilidad del objeto ni un uso ordinario ni, en su caso, especial, al que referir la satisfacción del acreedor. El objeto contractual en materia de créditos se delimita por el acuerdo de las partes, sin referencia exterior alguna.

Lo expuesto se presenta particularmente complejo en materia de acciones de una sociedad anónima, en especial si se han emitido. Como afirma el Tribunal Supremo, las acciones son «cosas representativas de derechos»¹⁵⁶ o, según Díez-Picazo, derechos de crédito que van unidos a una determinada posesión¹⁵⁷. Sin embargo, cuando la jurisprudencia decide en casos de incumplimientos de compraventas de acciones, argumenta en el marco de las reglas de responsabilidad derivadas de la venta de un bien mueble específico. Y, al hacerlo, oscila entre las tradicionales acciones edilicias y la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*. Pero siempre, insisto,

¹⁵⁶ STS de 17 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6050).

¹⁵⁷ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Thomson Civitas, 2008, pp. 806-807.

en el seno de la responsabilidad por una cosa defectuosa¹⁵⁸. Se dejan al margen, por tanto, las reglas que rigen la transmisión del derecho incorporal que va unido a las acciones. Esta omisión resulta especialmente inadecuada cuando las acciones no se han emitido y, por lo tanto, no existe bien mueble alguno, aspecto sobre el que la jurisprudencia guarda silencio¹⁵⁹. No sorprende, por los motivos expuestos, que disposiciones legales ajenas al fuero exclusivamente interno español, como la CISG (art. 2.d) o la inglesa SGA 1979 (S. 61), que establecen regímenes de conformidad en la compraventa de bienes muebles, excluyan a las acciones de su ámbito de aplicación objetivo¹⁶⁰.

Es propio de una economía moderna que el comercio de derechos incorporales ocupe un lugar de relevancia en el tráfico jurídico. Por ello, es comprensible que la modernización del Derecho de obligaciones y contratos haya alcanzado, también, a este sector. La mencionada centralidad de la autonomía de la voluntad ha supuesto que la evolución haya influido sobre la misma de modo particular.

La transformación ha tenido lugar a través de dos vías. La primera, incorporando al contenido del contrato la información precontractual que genera confianza, según la atribución del riesgo dispuesta por una norma jurídica, cauce que también ha afectado a las transmisiones de acciones de una sociedad. A efectos de evitar reiteraciones innecesarias, me remito a lo expuesto en el apartado precedente. La segunda, reforzando el consentimiento contractual mediante la exigencia de deberes precontractuales de información, que emanan de la buena fe¹⁶¹ sentencias o, en algunos mercados concretos como el financiero, de legislación sectorial¹⁶² y, tratándose de consumidores, de lo que dispone la normativa de protec-

¹⁵⁸ SSTs de 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 6747), 19 de enero de 2001 (RJ 2001, 1320), 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 283); 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 299); 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6950); 30 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3133) ó 21 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7809).

¹⁵⁹ REDONDO TRIGO, F., «La usucapión de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012», *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 2061 y ss.

¹⁶⁰ *Vid.* MERRET, L., «Sale of Goods», en H. Beale (Ed.), *Chitty on Contracts*, II, Sweet & Maxwell, 2015, § 44-015 (p. 1937).

¹⁶¹ *Vid.*, entre muchas, las SSTs de 18 de abril de 2013 (RJ 2013, 3387), 20 de julio de 2016 (RJ 2016, 3428) ó 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6302).

¹⁶² Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/EC del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (Directiva MiFID I) DO 2004 L 145/1. Se traspuso al Derecho español por medio de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (BOE núm. 304 de 20/12); Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (Directiva MiFID II), DO 2014 L 173/349.

ción¹⁶³. Los deberes de información persiguen equilibrar las asimetrías informativas de las partes –si las hubiera–, y para conseguirlo, han de lograr que la parte menos informada adquiera una comprensión real de los riesgos contractuales. De lo contrario, los deberes de información no serán más que una formalidad carente de sentido práctico¹⁶⁴. En los contratos de consumo que incluyan condiciones generales de la contratación, los mencionados deberes precontractuales de información integran el llamado «test de transparencia», estándar de comprensión real sobre los riesgos jurídicos y económicos del contrato que el consumidor ha de poseer para lograr un consentimiento válidamente prestado¹⁶⁵.

Por consiguiente, el consentimiento como requisito de la existencia y validez del contrato (art. 1261.1.º CC) se ve reforzado por la exigencia de deberes precontractuales de información que se demandan en el tráfico de ciertos derechos incorporeales, cualificándolo en comparación con épocas precedentes. Si bien es cierto que dichos deberes exceden los contratos de derechos incorporeales, es respecto de estos en los que su incidencia en el contenido del contrato es más notoria, por las peculiaridades señaladas.

6. EL CONTENIDO CONTRACTUAL EN LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

La última versión disponible de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)¹⁶⁶ no contiene ningún Capítulo, Sección, ni siquiera artículo, que regule con carácter general el contenido contractual. Se diferencia, así de los principales proyectos europeos de unificación del Derecho de contratos, de la reforma del Código civil francés de 2016 y, en cierto modo, de la Propuesta española de modernización del Derecho de obligaciones y contratos.

¹⁶³ Art. 60 TRLGDCU.

¹⁶⁴ Vid. BEN-SHAHAR, O. Y SCHNEIDER, C., «The failure of mandated disclosure», https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1567284; los mismos autores en: *More than you wanted to know. The failure of mandated disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2016.

¹⁶⁵ Este test ha sido clave en las sentencias que resuelven sobre las «cláusulas suelo» en préstamos hipotecarios, que han sido objeto de numerosas sentencias, entre las que destacan las SSTs de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) y 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 735). El análisis de la posterior STJUE de 23 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C154/15, C307/15 y C308/15) se ciñe a los efectos de la nulidad.

¹⁶⁶ La última versión disponible es, por el momento, la aprobada en el mes de octubre de 2014, por el comité de profesores que se encarga de elaborar los PLDC. Agradezco al Prof. Álvaro Vidal Olivares que me haya facilitado una copia.

Los autores de los PLDC manifiestan su expresa voluntad de encarar un proceso original, que tenga en cuenta la cultura jurídica latinoamericana –esfuerzo de por sí complicado pero encomiable– y que, por consiguiente, no se limite a copiar las propuestas europeas (los PECL se mencionan específicamente al respecto) ¹⁶⁷. Esta premisa no es per se suficiente para descartar un tratamiento autónomo del contenido del contrato, noción central en la práctica contractual y de creciente reconocimiento internacional.

Entre las propuestas de armonización del Derecho de contratos regional más relevantes, los PECL dedican un capítulo –sobre un total de nueve–, el Sexto, «Contenidos y efectos del contrato», que se compone de once artículos (6:101 a 6:111). De entre ellos, al menos siete regulan directamente el contenido del contrato (los arts. 6:101, 6:102, 6:104-6:108 y 6:110), incluyendo materias como: la vinculación por la información precontractual, la heterointegración del contrato –por medio de los denominados «*implied terms*», según la lógica anglosajona–, la determinación del precio y las características de la prestación.

Por su parte, el DCFR también contiene un capítulo, el Noveno del Libro Dos –libro que trata del contrato en general–, con el mismo nombre que el correlativo de los PECL («Contenidos y efectos del contrato»), cuya Sección 1 trata específicamente del contenido contractual, en nueve artículos. Su redacción es muy semejante a los correspondientes artículos de los PECL, con dos diferencias principales. Se introduce un precepto relativo al idioma del contrato (art. II.-9:109) y otro sobre la validez de las cláusulas no negociadas individualmente (art. II.-9:103), que en los PECL se regula, tal vez con mayor acierto metodológico, en el capítulo cuarto, referido a la validez del contrato (en concreto, art. 4:110).

Si nos centramos en la modernización de Derechos nacionales, observamos que la reforma del Código civil francés en materia de obligaciones y contratos eleva al contenido contractual a la condición de requisito de validez del contrato, junto con el consentimiento y la capacidad (art. 1128 CC francés). La redacción vigente del *Code* dedica diez artículos (del art. 1162 al art. 1171) a regular diversos aspectos del contenido del contrato incluyendo la determinación del precio, el control de cláusulas abusivas o las características y licitud de la prestación. En España, la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos es más escueta que los proyectos europeos antemencionados y que el Código civil

¹⁶⁷ PIZARRO WILSON, C. (coord.), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 16.

francés actual. No obstante, consagra al asunto un Capítulo entero (el IV, del Título II), que regula, en el art. 1276, la eficacia vinculante de la información precontractual pública (publicidad y promoción), y, en el art. 1277, los contratos con precio indeterminado.

Pese a que los PLDC no contemplan, al menos por el momento, una regulación del contenido del contrato como concepto autónomo, es posible analizar algunas nociones que, al respecto, aparecen a lo largo del texto de modo fragmentario y, en ciertos aspectos, contradictorio.

En primer lugar, de la definición de cumplimiento y de incumplimiento del contrato cabe deducir la noción de contenido contractual que subyace en los PLDC. Según el art. 72 PLDC («Concepto de cumplimiento»): «Cumplimiento es la ejecución de la prestación en los términos en que fue acordada». Esta definición tiene una contracara consecuente en el art. 79 PLDC («Concepto de incumplimiento»), en virtud del cual: «(1) Incumplimiento es la falta de ejecución de la prestación en la forma pactada. (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor (...)».

De la lectura conjunta de ambos preceptos parece quedar claro, como nota inicial, que la regla contractual se equipara al pacto de las partes. Se cumple si se ejecuta conforme con sus términos, se incumple en caso de inejecución total de lo convenido y existe un cumplimiento imperfecto si la prestación se ejecuta defectuosamente, divergiendo de lo acordado. En los tres supuestos, el parámetro de referencia es el pacto.

Esta acepción del contenido del contrato, limitado al acuerdo de las partes, no guarda relación con los antecedentes históricos de los países incluidos en el ámbito de aplicación territorial de los PLDC (*ex* art. 1.2, «países de América del Sur, del Caribe y las jurisdicciones del continente americano regidos por el sistema de derecho continental»), en los que la intención común es fuente principal de la regla contractual pero no la única. Tampoco parece responder al estado actual de la evolución del Derecho de contratos, en el que las fuentes no voluntarias del contenido contractual experimentan un resurgimiento. Un voluntarismo sin paliativos no se condice con el realismo al que tiende la contratación contemporánea.

No obstante, si se ponen en relación los citados arts. 72 y 79 PLDC con otras normas del mismo proyecto, se comprueba que el reinado absoluto de la voluntad no sería tal. Comenzaré el análisis con dos fuentes tradicionales del contenido contractual presentes de algún modo en los PLDC: los usos y la buena fe.

El art. 3.2 PLDC (ubicado en el Capítulo Preliminar, Sección 1: *Ámbito de aplicación*) establece que las partes «quedan obligadas por los usos ampliamente conocidos y generalmente observados en ámbito de su actividad, salvo que su aplicación no produzca resultados razonables, o que las partes los hayan excluido expresamente». La admisión de los usos como norma de Derecho dispositivo –en una redacción muy similar a la del art. 1:105 PECL– supone una indudable moderación del voluntarismo que emana de los mencionados arts. 72 y 79 PLDC.

En un sentido semejante han de interpretarse los arts. 7 y 71 PLDC que reconocen el rol de la buena fe en el contrato. Establece el art. 7 PLDC (Capítulo Preliminar, Sección 2: *Principios generales*): «(1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno». Es un texto con indudables reminiscencias del art. 1:201 PECL. Por su parte, el art. 71 PLDC (ubicado en el Capítulo 6, *Interpretación*) ordena: «En todo caso el contrato deberá ser interpretado de acuerdo con la buena fe». Aparentemente, el precepto pretende dar a la buena fe un mandato más enérgico en la interpretación del contrato si se lo compara con el art. 5:102 PECL –según el cual la buena fe es una circunstancia relevante de la interpretación, junto con otras–, en la línea del § 157 BGB.

El art. 7 PLDC es tradición común de los países de Derecho continental (en España, *vid.* art. 7 CC), como principio general del ordenamiento jurídico. Si bien no parece que existan obstáculos para extraer de ese principio una regla de integración del contrato conforme a la buena fe, puede que surjan problemas de interpretación del texto proyectado, en relación con los referidos arts. 72 y 79 PLDC. El carácter especial de estos últimos podría reservar a la buena fe una función de deber general de comportamiento leal, de incidencia más directa en las fases de negociación y ejecución del contrato, pero sin tanta influencia en el contenido contractual. En efecto, la Sección 2 («De la negociación del contrato»), del Capítulo 2 («Formación del contrato»), dedica el art. 10 al deber de negociar los términos del contrato de buena fe y el art. 11 contempla la llamada responsabilidad por culpa *in contrahendo*, por abandono de las negociaciones cuando esto es contrario a la buena fe. Asimismo, en relación con la buena fe en la ejecución del contrato, el art. 74.1 PLDC, que regula el momento de cumplimiento, establece: «La obligación debe cumplirse en el momento determinado en el contrato o que resulte de éste, de su naturaleza, los usos o la buena fe».

Por otra parte, analizando ahora el art. 71 PLDC, la buena fe en la interpretación tampoco se dirige directamente a regular el contenido del contrato, si bien en ocasiones puede servir para determinar «la responsabilidad objetiva por la conducta negocial»¹⁶⁸, lo que también se ha denominado «interpretación integradora» del contrato. De esta forma se podría, por ejemplo, vincular a la parte que realiza declaraciones precontractuales que inciden en las expectativas legítimas de su destinatario, tal como ha venido reconociendo la jurisprudencia alemana al amparo del § 157 BGB¹⁶⁹. Sin embargo, no parece lo más conveniente para un proyecto que aspira a ser aplicado en una multiplicidad de jurisdicciones –al margen de que la interpretación de buena fe no contempla otros supuestos de integración–, abandonar a la discrecionalidad del juzgador un aspecto tan central como las fuentes del contenido contractual.

Dejando de lado las fuentes y adentrándonos en el alcance de la regla contractual, sobresale en los PLDC un notorio apego a la obligación y a los deberes de prestación. Esto se pone de manifiesto en los títulos de capítulos relevantes para el contenido del contrato, como el Capítulo 7 («Cumplimiento de las obligaciones contractuales») o el Capítulo 8 («Incumplimiento de las obligaciones contractuales»). También, en el tenor literal de varios preceptos incluidos en los mencionados capítulos como los arts. 73.1 [«La obligación debe cumplirse en el lugar determinado en el contrato (...)»], 74.1 [«La obligación debe cumplirse en el momento determinado en el contrato (...)»], 75.1 [« (...) El cumplimiento anticipado de una obligación (...)»], 76 [«El cumplimiento de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo (...)»], 78.1 [«Salvo acuerdo en contrario, cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de su obligación», u 80 («Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: (a) las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas (...)»)].

Algunas de las referencias a la obligación no merecen reproche alguno, en particular, todas las que versan sobre el cumplimiento de un deber de prestación (dar, hacer o no hacer), presupuesto fáctico de los citados arts. 73.1, 74.1, 75.1, 76 y 78.1 PLDC e, incluso, del art. 80 PLDC ya que el incumplimiento esencial no se ciñe a la obligación, aunque la comprende. En cambio, cabe considerar dichas menciones a la obligación como restrictivas del contenido contractual en lo que respecta a los con-

¹⁶⁸ CASTRO Y BRAVO, F. DE, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 89-90.

¹⁶⁹ *Vid. supra*.

ceptos de cumplimiento e incumplimiento del contrato (a tenor de las denominaciones de los Capítulos 7 y 8 PLDC y de los citados arts. 72 y 79 PLDC).

Las nociones de cumplimiento e incumplimiento que asume el PLDC (arts. 72 y 79 *ut supra* citados) se refieren a la «prestación» sin incluir la posibilidad de que una de las partes garantice un determinado estado de la realidad, como modernamente se admite. Esto no sólo se desprende del tenor literal de los preceptos analizados sino de su conjunción con el art. 38.1 PLDC, según el cual: «El objeto del contrato deber ser determinado o determinable, posible y lícito». La posibilidad como elemento necesario del objeto, el cual a su vez es requisito de validez del contrato (art. 9 PLDC), se constituye en óbice de la garantía, que puede recaer sobre estados fácticos inexistentes e imposibles. Los PLDC se decantan por un concepto real de objeto que impide el pleno funcionamiento de la garantía contractual, necesariamente asentada en una acepción ideal del objeto del contrato¹⁷⁰. Se trata, como vimos, de una concepción crecientemente abandonada por los ordenamientos jurídicos modernos.

En virtud de lo expuesto, parece razonable sostener que un cuerpo de normas que aspira a regular de forma autónoma la llamada «teoría general del contrato», desligada de reglas concretas de un ordenamiento jurídico particular, debería incluir preceptos que determinen, al menos, las fuentes y el alcance del contenido contractual, aspecto central del contrato ya que delimita la vinculación de las partes. Al margen de algunas normas específicas (sobre el lugar y momento de cumplimiento de la obligación –arts. 73 y 74 PLDC– o respecto de los gastos derivados del cumplimiento –art. 78 PLDC–), los PLDC ofrecen un escenario fragmentado, de difícil compaginación y, en cierta medida, por cauces distintos a los que transcurre el proceso de modernización del Derecho de contratos.

¹⁷⁰ La indudable fuente de inspiración que, a la vista del texto de los PLDC, han sido los PECL, justifica una cierta confusión o laxitud en sede de incumplimiento contractual. El art. 80.d PLDC entiende que el incumplimiento es esencial, entre otras causas, cuando: «Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato». Siendo consecuentes con el alcance del contenido contractual, limitado a la obligación, el precepto citado debería haber hecho una mención más explícita al incumplimiento de una obligación esencial. Sin embargo, parece beber del 8:103 (b) PECL, según el cual el incumplimiento es esencial si: «*the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract (...)*». A diferencia del inciso (a) del mismo artículo, no se hace mención a la obligación, precisamente porque los PECL no excluyen la garantía como integrante de la regla contractual (se rechaza expresamente la imposibilidad inicial como causa de invalidez, art. 4:102 PECL) y la privación de lo que la parte perjudicada podía esperar conforme con el contrato puede provenir tanto del incumplimiento de una obligación como del no acaecimiento del supuesto cubierto por una garantía contractual.

7. CONCLUSIONES

El proceso de modernización del Derecho de contratos ha repercutido significativamente en el contenido del contrato. Tanto en el Derecho español como en los ordenamientos de nuestro entorno se constata: (i) un renacimiento de las fuentes no voluntarias de la reglamentación contractual, con especial hincapié en la satisfacción de las partes en relación con el objeto del contrato y en la eficacia vinculante de la información precontractual, y (ii) una renovada concepción del consentimiento, que persigue una mejora sustancial en el elemento intencional del contrato por medio de la comprensión real de los riesgos que se asumen.

En una institución compleja y de larga data como el contrato cualquier apreciación de principios respecto de un elemento central de la teoría contractual puede resultar apresurada y, por qué no, incorrecta. Aun a sabiendas de ese riesgo, de la evolución del contenido del contrato parece desprenderse que el péndulo de la justicia contractual se ha movido, una vez más, de la intención común a la protección de las legítimas expectativas de las partes. En ese movimiento, la asunción por el Derecho (imperativo y dispositivo) de la garantía como efecto del contrato asume un papel funcional.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AFSHARIPOUR, A.: «Legal Transplants in the Law of the Deal: M&A Agreements in India», *Legal Studies Research Paper Series*, University of California, Davis, School of Law, n.º 469, diciembre 2015, pp. 1-32.
- ALLEN, D. K.: *Misrepresentation*, Modern Legal Studies, Sweet & Maxwell, Londres, 1988.
- ATIYAH, P. S.: «Misrepresentation, Warranty and Estoppel», en P. S. Atiyah, *Essays on Contract*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996, pp. 275-328.
- *An introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- «The Binding Nature of Contractual Obligations. The Move from Agreement to Reliance in English Law and the Exclusion of Liability relating to Defective Goods», en D. Harris y D. Tallon (Eds.), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 21-36.
- *The rise and fall of the freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- ATIYAH, P. S., ADAMS, J. N. Y MACQUEEN, H.: *The Sale of Goods*, Longman, Harlow, 2001.
- BEATSON, J.: *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- BEN-SHAHAR, O. y SCHNEIDER, C.: «The failure of mandated disclosure», https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1567284. pp. 647-749.
- *More than you wanted to know. The failure of mandated disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2016.

- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.: «STS de 6 de marzo de 1985. Compraventa: incumplimiento del vendedor; distinción entre *aliud pro alio* y cosa con vicios. Acción de cumplimiento y acción de saneamiento por vicios», *CCJC*, núm. 8, 1985, pp. 2471-2478.
- «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, pp. 777-837.
- BETTI, E.: *Istituzioni de Diritto Romano*, II, CEDAM, Padua, 1962.
- BRIDGE, M.: *The Sale of Goods*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.
- «The UK Sale of Goods Act, the CISG and the Unidroit Principles», en P. Šarčević y P. Volken (Ed.), *The International Sale of Goods Revisited*, Kluwer, La Haya, 2001, pp. 115-155.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- «Comentario al art. 61», en S. Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y la Unión Europea*, Colex, Madrid, pp. 510-537.
- CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- CARTWRIGHT, J.: *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, Sweet & Maxwell, Londres, 2007.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 987-1086.
- *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DE NOVA, G.: *Il contratto alieno*, Giappichelli, Turín, 2010.
- *Il Sale Purchase Agreement: un contratto commentato*, Giappichelli, Turín, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Thomson Civitas, 2008.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- «Sobre la imposibilidad inicial de la prestación», en J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, I, Tirant, Valencia, 2006, pp. 1087-1096.
- «¿Una nueva doctrina general del contrato?», *ADC*, 1993, pp. 1709-1718.
- «Comentario al art. 1258», en C. Paz-Ares, L. Díez Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, II-I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 436-438.
- D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1997.
- D'ORS, A./HERNÁNDEZ-TEJERO, F./FUENTESECA, P./GARCÍA-GARRIDO, M./BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*, II, Aranzadi, Pamplona, 1972.
- EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código Civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- ELIZALDE IBARBIA, F. DE: *El contenido del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ENNECERUS, L./LEHMANN, H.: *Derecho de Obligaciones*, II-1, trad. B. Pérez González/J. Alguer, Bosch, Barcelona, 1966.
- FENOY PICÓN, N.: *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- «STS de 10 de julio de 2003. Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consi-

- guiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento esencial», *CCJC*, 2005, pp. 509-556.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, Madrid, 1996
- FONT GALÁN, J. I.: «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, 1988, pp. 7-48.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario al art. 61», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 757-826.
- GÓMEZ POMAR, F.: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret*, 3/2007, pp. 1-49.
- HONORÉ, A. M.: «The History of the Aedilician Actions from Roman to Roman-Dutch Law», en *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Clarendon Press, Oxford, 1959, pp. 132-159.
- IBBETSON, D.: *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- INFANTE RUIZ, F. J.: «La integración del contrato con el contenido de la publicidad. Comentario a la STS de 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2004, pp. 195-212.
- KASER, M.: *Derecho romano privado*, trad. J. Santa Cruz Tejerio, Reus, Madrid, 1968.
- LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, 1987.
- *Derecho de Obligaciones*, II, EDERSA, Madrid, 1959.
- *Derecho de Obligaciones*, I, EDERSA, Madrid, 1958.
- LLÁCER MATA CÁS, M.^a R.: «STS de 8 de abril de 1992. Legitimación del comunero para comparecer un juicio [sic] en asuntos afecten a la comunidad. Acción de incumplimiento de contrato por entrega de *aliud por alio*: diferencia con las acciones de saneamiento por vicios ocultos», *CCJC*, 1992, pp. 483-492.
- MARCO MOLINA, J.: «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán», en *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, F. Badosa Coll/E. Arroyo i Amayuelas (Coords.), Tirant, Valencia, 2006, pp. 165-188.
- «La incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, AAVV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 2423-2442.
- MERRET, L.: «Sale of Goods», en H. Beale (Ed.), *Chitty on Contracts*, II, Sweet & Maxwell, 2015, pp. 1929-2165.
- MITCHELL, C.: «Interpreting Commercial Contracts: The Policing Role of Context in English Law», en L. DiMatteo & M. Hogg (Ed.), *Comparative Contract Law. British and American Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 157-169.

- MONIER, R.: *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Sirey, Paris, 1930.
- MORALES MORENO, A. M.: «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en C. L. García Pérez e I. González Pacanowska (coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 23-46.
- «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012, pp. 5-28.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante (Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en su acto de recepción pública como Académico de Número)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa» en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 93-144.
- «Comentario al art. 35», en L. Díez-Picazo (Dir. y Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 286-312.
- «STS de 18 de febrero de 1994. Compraventa de local para instalar un supermercado: existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad del contrato: restitución. Incumplimiento (*aliud pro alio*): Resolución», *CCJC*, 1994, pp. 617-628.
- «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pp. 585-686.
- NICHOLAS, B.: «Dicta Promissave», en D. Daube (Ed.), *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Clarendon Press, Oxford, 1959, pp. 91-101.
- ORDÁS ALONSO, M.: *Aliud pro alio, saneamiento por vicios ocultos y compraventa de productos de consumo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- ORTI VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F.: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719-1746.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código civil español*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2006.
- PIZARRO WILSON, C. (COORD.): *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- PRATS ALBENTOSA, L.: «La entrega de cosa diversa a la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)», *Revista General de Derecho*, 1992, pp. 5081-5105.
- PUENTE Y LAVALLE, M. DE LA: *El contrato en general*, III, Palestra, Lima, 2001.
- RABEL, E.: «Origine de la règle: *impossibilium nulla obligatio*», en *Mélanges Gerardin*, Sirey, Paris, 1907, pp. 473-512.
- REDONDO TRIGO, F.: «La usucapión de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012», *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 2052-2075.
- REGLERO CAMPOS, F.: «STS de 10 de marzo de 1994. Compraventa. Demanda reconvenicional de saneamiento por vicios ocultos. Plazo: prescripción y caducidad», *CCJC*, 1994, pp. 703-717.

- RIBOT IGUALADA, J.: «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 3, 2015, pp. 1-66.
- RUBIO GARRIDO, T.: «STS de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitoria y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universidad de cosas o en globo», *CCJC*, 2005, pp. 183-196.
- SAN JULIÁN PUIG, V.: *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: «Nota crítica a "Cámara Lapuente, S.: El Arrendamiento de Bienes Muebles"», *ADC*, 2008, p. 1997-2010.
- SCHULZ, F.: *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1954.
- STEIN, P.: «Medieval Discussions of the Buyer's Actions for Physical Defects», en *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Clarendon Press, Oxford, 1959, pp. 102-111.
- S. TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, I-II.
- TREITEL, G.H./PEEL, E.: *The Law of Contract*, 13.^a Ed.: Sweet & Maxwell, Londres, 2011.
- UNBERATH, H.: «Contents and Effects», en S. Leible & M. Lehmann (Ed.), *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, 2014, pp. 297-352.
- VARA PARRA, J. J.: «La imposibilidad inicial», en S. Sánchez Lorenzo (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2013, pp. 667-726.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- «La no conformidad en la Convención de Viena», en J. A. Gaitán Martínez y F. Mantilla Espinosa (Dirs.), *La terminación del contrato*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2007, pp. 317-354.
- «Algunas reflexiones a propósito de la transposición de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el Derecho español, operada por la Ley 23/2003, de 10 de julio», en *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro*, M. J. Reyes López (Coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 237-261.
- ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2008.
- *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, OUP, Oxford, 1996.
- ZWEIGERT, K./KÖTZ, H.: *An introduction to Comparative Law*, trad. T. Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998.