

# Una obra jurídica monumental de nuestros días: El *Marco Común de Referencia*. Breve descripción y modesta valoración

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ

Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 13/12/2014

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 18/02/2015

**Resumen:** Este trabajo pretende poner de relieve los enormes méritos que, a juicio del autor, reviste el documento cuya denominación en su original en inglés es la de *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Se pondera el gran valor doctrinal del proyecto en cuestión, poniéndose el acento, de manera especial, en la afortunada conjugación de los conceptos y criterios propios del *civil law* con los del *common law*. Examinando el contenido y la estructura del documento, con las obligadas limitaciones de espacio, el autor trata de justificar el calificativo del "monumental" que él atribuye al modestamente llamado *Borrador*.

**Palabras clave:** Codificación del Derecho civil europeo. Obligaciones y contratos. *Marco Común de Referencia*. Conciliación entre el *civil law* y el *common law*.

---

\* Este texto es la *versión extensa* de la conferencia pronunciada por el autor en la apertura del curso 2014/2015 de la Academia Vasca de Derecho. En Bilbao, el día 28 de octubre de 2014.

## **Egungo lan juridiko erraldoia: Erreferentzia Marko Bateratua. Azalpen laburra eta balorazio zuhurra**

**Laburpena:** Lan honek azpimarratu nahi du, egilearen ustez, halako agiriaren egundoko merituak; agiri horrek jatorrizko izendazioa du, ingelesez, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Bertan goraipatzen da doktrinaren ikuspuntutik proiektuak duen balioa eta berenberegiz azpimarratzen da zein egoki uztartzen diren bertan *civil law* eta *common law*; are zehatzago, *civil law* delakoak berez dituen kontzeptuak eta irizpideak eta *common law* delakoak dituenak. Agiriaren edukia eta egitura aztertuz gero, kontuan hartuta lan honen luzera mugatua, egilea saiatzen da “erraldoi” izenlagun hori justifikatzen, hain zuzen ere, berak zuhurtasun osoz *Zirriborrea* deitzen duen hori.

**Gako-hitzak:** Europako Zuzenbide zibilaren kodegintza. Betebeharrak eta kontratuak. *Erreferentzia Marko Bateratua*. *Civil law* eta *common law* direlakoan arteko uztardura.

## **A portentous legal text of our times: The Common Frame of Reference. A brief description and humble valuation**

**Abstract:** This paper is intended to highlight the enormous merits, which in the opinion of the author, which the document whose original name in English is the *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* entails. The considerable doctrinal value of the project shall be considered, with an emphasis given, in particular, to the successful convergence of the concepts and criteria inherent to *civil law* with those of *common law*. Examining the content and structure of the document, with the required space constraints, the author tries to justify the adjective of “portentous” which he has given to the document with the unpretentious title of *Draft*.

**Key words:** Codification of European civil law. Obligations and contracts. Common Frame of Reference. Conciliation between *civil law* and *common law*.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y OBJETO DE ESTA APORTACIÓN. II. PUNTUALIZACIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES. III. ESTRUCTURA DE LA OBRA: UN MUY BIEN CONSTRUIDO *CÓDIGO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS*. IV. LA PECULIAR FORMA DE NUMERAR LOS “ARTÍCULOS” DEL PROYECTO. V. EL GRAN “DESAFÍO”: LA *CONJUGACIÓN* DE LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS DEL *CIVIL LAW* CON LOS DEL *COMMON LAW*. VI. RECAPITULACIÓN.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y OBJETO DE ESTA APORTACIÓN

1. Cuando me repuse del sobresalto que me produjo la invitación (aunque no todavía repuesto del compromiso que supone hablar en este foro), me planteé la cuestión de cuál había de ser el tema de mi intervención.

—Parecía claro que tenía que ser una materia marcadamente “académica”. Con todo respeto hacia otras opciones, no podía tratarse de unas palabras propias de las páginas económicas de un periódico.

Deseché enseguida (lo digo en forma jocosa) temas como el fidecomiso de residuo o la servidumbre de paso (aunque esto último cuente con la todavía reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2014, que declara fijar una doctrina jurisprudencial sobre dicha servidumbre).

—Por otro lado, entendí que tenía que tratarse de un tema *nuevo*. Y si era posible, más que nuevo, *actual*.

—Por fin, me pareció que debía tratarse de una materia *de amplio espectro*, en el sentido de sobrepasar los límites de un determinado ordenamiento jurídico. E incluso los límites de nuestras fronteras, tanto estatales como autonómicas.

Sobre esas bases, me decidí por una obra que me ha dado mucho que pensar últimamente y sobre la que sigo trabajando y publicando en los úl-

timos tiempos. Pero debo advertir de que lo que hoy diré está pensado exclusivamente para este acto, aunque limitado a una razonable extensión.

2. El título de mi conferencia recoge mi propósito de que contenga elementos *descriptivos* (o de información) y *valorativos*; esto segundo implica la formulación de algunas opiniones personales sobre el tema desarrollado.

No obstante, no se trata de dos partes diferenciadas, sino que mi intención es intercalar esas opiniones personales al hilo de los diversos apartados en los que divido el examen del magno documento sobre el que voy a tratar.

## II. PUNTUALIZACIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES

1. El título de esta conferencia habla del *Marco Común de Referencia*. Aunque la advertencia no sea necesaria para los oyentes *avisados*, tengo que hacer la obvia puntualización de que el *Marco Común de Referencia* (MCR) no existe todavía. Más aún, no faltan quienes dudan de que exista alguna vez. Y, desde luego, parece fundada la idea de que probablemente no exista nunca, al menos con el alcance que por parte de ciertos sectores del mundo jurídico europeo quiere dársele.

El *Marco Común de Referencia*, hablando con propiedad, es todavía sólo un objetivo “político” de la Unión Europea. Ese adjetivo de “político” se encuentra varias veces en la *Introducción* de la obra a la que me voy a referir en esta intervención. Dicho de otro modo, es un propósito, un deseo, para muchos una ilusión. El *Marco Común de Referencia*, en sentido estricto, constituye un “plan de acción”, propuesto por la Comisión Europea en dos documentos, de febrero de 2003 y octubre de 2004.

El documento de 2003<sup>1</sup> dijo: “*El presente plan de acción tiene por objeto suscitar reacciones sobre el conjunto propuesto de medidas reglamentarias y no regla-*

---

<sup>1</sup> COM (2003) 68 final, párrafo 98.

mentarias, así como contribuciones para seguir reflexionando sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo. También pretende continuar el debate abierto, amplio y detallado abierto (sic) por la Comunicación sobre Derecho contractual europeo, con la participación de las instituciones de la Comunidad Europea y de la población, incluidas las empresas, las asociaciones de consumidores, el personal académico y los profesionales de la justicia”.

El documento de 2004<sup>2</sup> consistió en una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulado “*Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*”. Era un programa de actuación, en el que se propusieron los objetivos y otras posibles funciones del MCR. Se establecieron los criterios y el procedimiento para la elaboración del MCR, previendo su adopción por la Comisión para el año 2009. En el Anexo I se determinó la posible estructura del MCR, compuesta por “principios”, “definiciones” y “reglas modelo”, esto es, un sistema de artículos, en la forma propia de un código. En el Anexo II se fijaron ciertos parámetros en relación con un instrumento optativo que debería ser tenido en cuenta durante la ulterior discusión del texto proyectado. Las “reglas modelo” tenían como propósito fundamental el de servir como una especie de “caja de herramientas o guía” de los legisladores.

El año 2007, la Comisión publicó un *Libro Verde*, a modo de revisión del *acquis* en materia de consumo<sup>3</sup>.

El 23 de septiembre de 2005 se había publicado un informe de la Comisión<sup>4</sup>, titulado “*Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo*”. En él se dispuso la constitución de una *red MCR*, formada por un grupo de expertos de las partes interesadas en él. Se decía que “*su participación garantiza que la investigación tenga en cuenta el contexto práctico en el que se aplicarán las normas,*

---

<sup>2</sup> COM (2004) 651 final.

<sup>3</sup> De 8 de febrero de 2007, COM (2006) 744 final.

<sup>4</sup> COM (2005) 456 final.

así como las necesidades de los usuarios”. Añadía el documento que “la selección de los expertos se basó en cuatro criterios: la variedad de tradiciones jurídicas, el equilibrio de los intereses económicos, la experiencia y el compromiso. Se llevó a cabo en dos rondas de evaluación, la segunda de las cuales tenía como objetivo cubrir una serie de carencias iniciales por lo que respecta a la representación profesional y geográfica. En la actualidad, la red está formada por 177 miembros, con una amplia representación de los Estados miembros y las profesiones”.

El Libro Verde, por otra parte, estableció también las reglas de funcionamiento de la red MCR, fijando asimismo las “cuestiones más importantes” que esa red de expertos debería abordar.

2. Cuando me refiero al *Marco Común de Referencia*, hablo de una obra jurídica de formidable categoría (aunque con el modesto título de “*borrador*”), fruto de la actividad de dos grupos de trabajo, integrados por varias decenas de juristas europeos (en su mayor parte, civilistas) de sobresaliente calidad. Esos dos grupos de trabajo son los que en su denominación en inglés se llaman *Study Group on a European Civil Code* y *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*<sup>5</sup>. Este último grupo de trabajo desarrolló su actividad desde el año 2002. Funcionó de forma casi simultánea a la actividad del otro grupo de trabajo, es decir, el *Study Group on a European Civil Code*; su finalidad era la de sistematización y consolidación del Derecho privado europeo comunitario<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> La palabra “*acquis*” identifica el concepto de *acquis communautaire*, locución utilizada, incluso cuando no se habla o escribe en francés, para dar nombre a lo que en español se conoce como “*acervo comunitario*”. Creo que interesa señalar que la palabra francesa en cuestión ha sido admitida en otras lenguas europeas; por ejemplo, en el acreditado *Diccionario Oxford*, español-inglés, inglés-español, cuarta edición, Oxford University Press, s.d., en el que, por cierto, se atribuye a la palabra (inglesa) *acquis* la misma pronunciación figurada que la que es propia de la lengua francesa.

<sup>6</sup> Resultado del trabajo del *Acquis Group* fue un texto publicado con el título de *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract 1*, Munich, Sellier, 2007. Traducido al español por ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los principios del derecho contractual comunitario”, *Anuario de Derecho civil*, 2008, páginas 211-239.

Debe tenerse presente que el documento que me ocupa tiene un contenido considerablemente mayor que el que la Comisión Europea tuvo en mente al formular sus propuestas sobre un *Marco Común de Referencia* de 2003 y 2004. Así se anuncia, con la correspondiente explicación, en la *Introducción* de la edición *resumida* de la obra, edición a la que me voy a referir enseguida<sup>7</sup>.

3. A finales de 2009 se publicó la *full edition* de la obra a la que me refiero, escrita en inglés<sup>8</sup>. Se compone de seis gruesos volúmenes, con un total de páginas próximo a las 5.000<sup>9</sup>.

Tiene un título y un subtítulo, pero en realidad es este último el que describe la fisonomía del trabajo. Esos título y subtítulo son, respectivamente, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law and Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

Procede señalar que las siglas del subtítulo (*DCFR*), que corresponden al texto en inglés, son la forma usual de citar el documento, del mismo modo que las tres últimas letras (*CFR*) son las utilizadas comúnmente para dar nombre al *Marco Común de Referencia* en sentido estricto (también siglas del nombre en inglés, las más frecuentes). Por eso, y aunque no me gusta ni hablar ni escribir con siglas, haré uso de ellas de ahora en adelante.

4. La *edición completa* de la obra fue precedida, en primer lugar, de una edición que recibió el nombre de *Interim Outline Edition*<sup>10</sup>.

En efecto, era una edición *provisional*, puesto que sólo constaba de siete libros, el primero de ellos titulado “disposiciones generales”, y el último con la rúbrica de “enriquecimiento injustificado”.

---

<sup>7</sup> Página 24.

<sup>8</sup> Existen algunas versiones *oficiosas* (y no siempre completas) a otros idiomas europeos. En español, por ejemplo, VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, coordinador, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Barcelona, Bosch, 2011.

<sup>9</sup> Munich, editorial Sellier. Localizable en internet, bajo el título de la obra.

<sup>10</sup> De la misma editorial, 396 páginas.

Por otra parte, era una edición *resumida* (o abreviada), puesto que sólo contenía el texto de los artículos propuestos, sin comentario ni anotación ningunos.

En enero de 2009, y por la misma editorial, fue publicada una denominada *edición resumida (Outline Edition)*<sup>11</sup>.

Las tres ediciones fueron preparadas por los dos grupos de trabajo antes mencionados, siendo editores los profesores Christian Von Bar (Osnabrück), Eric Clive (Edimburgo) y Hans Schulte-Nölke (también de Osnabrück). También se citan como directores, aunque con un papel secundario, una serie de eminentes juristas europeos, entre los cuales destaca Hugh Beale (de Warwick), que desempeñó la función de codirección, junto con el Profesor Lando, en los *Principles of European Contract Law* (el *PECL*, al que enseguida me referiré)<sup>12</sup>.

5. El que formalmente es el título *principal* de la obra habla, en sus últimas palabras, de *European Private Law*.

a) La referencia a un *Derecho privado europeo* mueve a pensar que en el ánimo de no pocos juristas europeos está el ambicioso proyecto de, no ya una especie de *Código de obligaciones y contratos*, como es el *DCFR*, sino todo un *Código civil europeo*. En este sentido, es de interés la cita de la obra *Towards a European Civil Code*<sup>13</sup>.

La “aspiración” a un imaginario *Código civil europeo* es ciertamente admirable y, como tal deseo, puede ser compartido. No obstante, hoy me parece una ilusión. En un tono en parte serio y en parte jocosos, el pres-

---

<sup>11</sup> Son 643 páginas.

<sup>12</sup> De hecho, en la *full edition*, los firmantes de la *Introducción* fueron: Christian VON BAR, Hugh BEALE, Eric CLIVE y Hans SCHULTE-NÖLKE, por este orden.

<sup>13</sup> Editores HARTKAMP, Arthur, HESSELINK, Martijn, HONDIUS, Ewoud, JOUSTRA, Carla, DU PERRON, Edgar, y VELDMAN, Muriel, obra colectiva, Nijmegen, Kluwer Law International, 2004; como indica su título, este libro alcanza a todo el Derecho civil, es decir, incluye también trabajos sobre el Derecho de familia y de sucesiones, propiedad, sociedades, etc.



tigioso Profesor Hesselink, de la Universidad de Amsterdam, no hace mucho<sup>14</sup>, escribió que el objetivo de un *Código civil europeo* es contemplado por unos juristas con entusiasmo, y por otros con *horror*. Me adhiero a este último sentimiento, porque aunque fuera posible, en un plazo no muy largo, un *Código europeo* en la materia que conocemos como *Derecho civil patrimonial* (Derecho de obligaciones y de derechos reales<sup>15</sup>), me parece por ahora ilusoria la pretensión de un régimen jurídico *unificado* en otros sectores del Derecho civil. No me resulta fácil imaginar la posibilidad de un régimen único, por ejemplo, en *partes* tan “sensibles”, como se dice ahora, cuales son el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones. Las enormes diferencias culturales que existen entre los países

---

<sup>14</sup> Martijn HESSELINK: “*The consumer rights directive and the CFR: two worlds apart?*” Publicación del Parlamento Europeo, de febrero de 2009. *Briefing Note* de 13 páginas. Creo oportuno hacer notar que, en ese breve pero luminoso trabajo, el autor intentó, entre otras cosas, y refiriéndose al llamado Derecho de consumo, promover la idea de un régimen *codificado*, frente al sistema fragmentario y sectorial que hoy conocemos. En las *conclusiones* de su trabajo, HESSELINK formuló tres proposiciones: En primer lugar, la propuesta de Directiva y el proyecto de *Marco Común de Referencia* están casi totalmente desconectados. Es una lástima, a la luz de la posibilidad de que el *Marco Común de Referencia* constituya un Derecho de contratos europeo más coherente. En segundo término, la propuesta de Directiva encajaría muy bien en un escenario que condujese a un Código europeo de derechos del consumidor, en una o dos décadas. El Parlamento y el Consejo deberían expresar su posición al respecto. En tercer lugar, el nivel de protección de los consumidores en la Directiva propuesta es significativamente menor que el adoptado en el *Borrador del Marco Común de Referencia*. Por eso, el Parlamento debería utilizar el modelo de las normas del *Marco Común de Referencia* para la presentación de enmiendas a la Directiva proyectada. Aquel proyecto acabó siendo la Directiva 2011/83, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modificaron dos directivas anteriores (de 1993 y de 1999) y se derogaron otras dos (de 1985 y 1997). Fue objeto de transposición al Derecho español por medio de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Según el preámbulo de la Ley española, la Directiva de 2011 deroga la normativa europea anterior sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al igual que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

<sup>15</sup> Con la salvedad de ciertas modalidades de *titularidad de bienes* que presentan notables particularidades en algunos ordenamientos nacionales.

de la Unión Europea hacen poco imaginable que ciertos principios o ciertas instituciones de algunos ordenamientos nacionales sean susceptibles de conciliación con los de otros países<sup>16</sup>.

También merece mención el objetivo constituido por el llamado *Common core*. En 1968 se publicó el volumen I de una obra cuyo título general es suficientemente expresivo. Se trata de *A Study of the Common Core of Legal Systems*<sup>17</sup>, palabras que reflejan bien el propósito que guió a los autores, en el marco de un proyecto de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad norteamericana de Cornell. El objetivo era el de tratar de hallar, en efecto, el “núcleo común” que, en relación con una determinada materia jurídica, puede existir en diversos sistemas jurídicos. Desde luego, supera los límites de Europa.

En una línea parecida, aunque habiéndose publicado ya los *Principios de Derecho contractual europeo* y el *Marco común de referencia*, no hace mucho se editó el volumen correspondiente a Derecho de contratos en la serie *Ius commune casebooks for the Common Law of Europe*<sup>18</sup>.

Por un camino distinto, desde luego, discurren los *Principios de UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales. Obra del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, se ha dicho de ellos que constituyen uno de los esfuerzos más apreciables para uniformar el Derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales y que pueden ser calificados como una moderna *lex mercatoria* internacional. Su última versión fue publicada en el año 2010.

<sup>16</sup> Es posible que en el llamado *Derecho de la persona* pudiera no haber tantas dificultades, por cuanto se trata de una materia en la que tratados y convenios internacionales han sentado unos principios que, por así decirlo, gozan de una cierta *universalidad*.

<sup>17</sup> El editor de la obra fue SCHLESINGER, Rudolf B., corriendo la publicación a cargo de Oceana Publications, Nueva York.

<sup>18</sup> *Cases, Material and Text on Contract Law*, de BEALE, Hugh, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, RUTGERS, Jacobien, TALLON, Denis, y VOGENAUER, Stefan, Oxford, Hart Publishing, 2.ª edición, 2010.

6. El proceso de redacción del DCFR está muy bien descrito en la *edición resumida*<sup>19</sup>. Se dice cómo el documento tuvo sus precedentes en otros (podría decirse preparatorios), formados por un conjunto de trabajos, por así decirlo sectoriales, denominados como “series”. Ese conjunto, constituido por seis volúmenes, tuvieron el título de “*Principles of European Law*” (PEL)<sup>20</sup>.

Paralelamente, el grupo de trabajo cuyo objeto de estudio era el llamado *acquis* venía realizando sus propuestas por medio de *series* separadas. Esa actividad contribuyó a la tarea de asegurar que el Derecho de la Unión Europea fuera adecuadamente recogido.

Es igualmente digno de mención el hecho de que un grupo de estudiosos, por iniciativa de la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, viniera trabajando sobre el CFR. Su actividad se materializó en un libro de considerable importancia<sup>21</sup>.

b) Por otro lado, en el DCFR no parece existir el más mínimo atisbo de una *cosa* tan extraña como es el tan aireado proyecto de *Código mercantil*, promovido por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación.

En este sentido, pongo de relieve que en el documento que me ocupa no existe ninguna mención a un *Derecho mercantil europeo*. Basta la lectura del cuidadoso índice analítico de la *edición resumida* de la obra<sup>22</sup>, para observar que la expresión “*commercial*” sólo se utiliza para alguna muy concreta particularidad de lo que nosotros llamaríamos contratos mercantiles. Por ejemplo, el casi aislado artículo III.-3:710, cuando se refiere al concepto de *intereses* en los contratos mercantiles.

<sup>19</sup> Páginas 33-34 y 47-56. En este último lugar, se identifican los grupos de trabajo que condujeron al documento, así como sus integrantes. Con indicación de los miembros de coordinación, compilación y redacción.

<sup>20</sup> Así, trabajos sobre la compraventa, el arrendamiento, los contratos de servicios, etc.

<sup>21</sup> Editores, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, y MAZEAUD, Denis, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich, Sellier, 2008.

<sup>22</sup> Páginas 571 a 643.

La palabra “*commercial*” únicamente se incluye en el índice para hacer referencia a “las buenas prácticas comerciales”, concepto que, como me parece obvio, nada tiene que ver con la supuesta particularidad de un Derecho de obligaciones y contratos, por así decirlo, *mercantil*. Esto es, distinto de un régimen común de obligaciones y contratos al que no procede aplicar ningún adjetivo (quiere decir, adjetivo diferenciador)<sup>23</sup>.

También debe hacerse notar que no hay referencia alguna a un régimen *específicamente mercantil* del Derecho de obligaciones en proyectos de reforma de carácter *nacional* como son, por ejemplo en Francia, los siguientes: (i) el que se suele identificar como *Proyecto Catala*, remitido al Ministro de Justicia el 22 de septiembre de 2005; se trata de un trabajo titulado “*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 de Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*”<sup>24</sup>. (ii) A comienzos de los años 2000, se constituyó en Francia un grupo de trabajo por iniciativa de la Academia de Ciencias morales y políticas, bajo la presidencia del profesor François Terré. Su propósito fue también el de recoger ideas en torno a una nueva reglamentación del Derecho de obligaciones, tanto en el ámbito nacional francés como en el de una eventual normativa europea. Consecuencia de dicho objetivo fue un documento titulado “*Propositions de réforme du droit des contrats*”, que se publicó en una monografía colectiva en la que se integraron trabajos sobre aspectos particulares del texto propuesto. Texto propuesto que, en su caso, constituiría una nueva redacción del Libro III del Código civil francés, en su Título I<sup>25</sup>. (iii) También procede la cita del

<sup>23</sup> Quizás sea la excepción el caso del contrato de *agencia mercantil* (“*commercial agency*”), objeto de la Parte E del Libro IV.

<sup>24</sup> V. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 60, núm. 2, 2007, páginas 621-848.

<sup>25</sup> El texto propuesto se encuentra en la obra colectiva que acabo de mencionar. Es decir, en *Pour une réforme du droit des contrats*, director François TERRÉ, París, Dalloz, 2009, páginas 11-33.

*Projet de réforme du droit des contrats* que la Chancellerie (Ministerio de Justicia) dio a conocer en septiembre de 2008<sup>26</sup>. Este proyecto tiene por objeto el Título III del Libro III del *Code*. (iv) El Ministerio de Justicia francés dio a conocer otro proyecto, de fecha mayo de 2009, cuyo título es *Projet de réforme du droit des contrats*. (v) El 9 de mayo de 2011 se publicó por el Ministerio de Justicia francés un documento que se sometía a consulta pública. Su denominación es la de *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi contrats*. Consta de dos partes, la primera dedicada al régimen de las obligaciones en general (clases de obligaciones, extinción de la obligación, transmisión de la obligación y prueba de la misma), mientras que la segunda parte trata sobre los cuasicontratos actualmente contemplados por el Código civil francés (gestión de negocios y pago de lo indebido), así como sobre la figura del enriquecimiento sin causa, ahora denominada “enriquecimiento injustificado”.

Lo que intento subrayar con las citas que acabo de hacer es que los proyectos franceses que he mencionado pretenden ser un *régimen único* en la materia que académicamente conocemos como *obligaciones y contratos* sin “conurrencia” alguna con una reglamentación especial para obligaciones y contratos *mercantiles*. Lo cual, por cierto, es coherente con el contenido del Código de comercio del país vecino, cuyos ocho libros (excluyo los dedicados a los territorios de ultramar) se dedican, *exclusivamente*, a materias de innegable carácter *mercantil* (acto de comercio, comerciante, sociedades mercantiles, otras formas de compraventa y cláusulas de exclusiva, libertad de precios, títulos valores, empresas en crisis, jurisdicciones comerciales y organización del comercio y algunas profesiones *mercantiles* reglamentadas)<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> El texto consta de 195 artículos, proponiendo la modificación del Libro III del Código francés y sobre todo su Título III, cuya rúbrica es “*les obligations*”. El Subtítulo I versa sobre “*el contrato*”. Los últimos artículos del documento (172 a 195) están redactados a modo de propuesta de reforma de artículos ya existentes del *Code*.

<sup>27</sup> Me sirvo de la versión del *Code de commerce* consolidada al 8 de noviembre de 2014 (editada el siguiente día 16).

Por otro lado, creo que también son dignos de mención —a efectos del presente inciso— los casos del Código civil de Québec de 1991 y de Holanda de 1992.

El 18 de diciembre de 1991 fue aprobado el Código civil de Québec, que histórica, técnica y conceptualmente pertenece a la familia del francés<sup>28</sup>.

Adoptando precisamente el esquema del Código francés, el Libro quinto (“De las obligaciones”) contiene un Título primero sobre las *obligaciones en general*. El Capítulo segundo, sobre el *contrato*, después de dos secciones, la primera con una “disposición general” y la segunda sobre la naturaleza del contrato y algunas de sus clases, contiene una tercera que recae sobre la *formación del contrato* (artículos 1385 a 1424). El Título segundo (artículos 1708 a 2644) contiene la regulación de los llamados “contratos nominados”; por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, el mandato, el préstamo, el depósito, la sociedad, la transacción, el convenio arbitral, el fletamento y los seguros terrestres y marítimos.

La densa regulación de *obligaciones y contratos* en el Código civil hace que en Québec no exista un Código de comercio. Circunstancia que no impide que ciertas materias “contractuales” estén sometidas a reglamentos especiales; así ocurre, por ejemplo, en relación con los llamados *contratos de consumo*, objeto de una Ley al respecto. Todo ello significa, por lo tanto, que las reglas generales sobre los que podríamos llamar *contratos mercantiles* se encuentran en el Código civil.

Por lo que respecta a Holanda, y como es sabido, el 1 de enero de 1992 entraron en vigor los Libros 3, 5, 6 y 7 del denominado, quizás no con mucha propiedad, *nuevo Código civil holandés*. El Libro 6 es la “Parte general del Derecho de obligaciones”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Mi fuente es *Le Code civil du Québec. Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Ministerio de Justicia, 1993.

<sup>29</sup> Al referirme a esos textos legales, sigo la edición trilingüe (holandés, inglés y francés) publicada, en su título en francés, como *Nouveau Code civil Néerlandais. Le droit patrimonial*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

De acuerdo con el original sistema de revisión del Código holandés, el Código de comercio de aquel país, prácticamente vacío de contenido desde 1934, desapareció totalmente con la terminación del Código civil nuevo. En la nota preliminar a la edición del Código civil que acabo de citar<sup>30</sup>, se pone de manifiesto cómo sus redactores entendieron que no era adecuado mantener por más tiempo el Derecho civil y el Derecho mercantil en dos códigos separados. Y se señala que en el nuevo Código civil, el Derecho mercantil se incorpora en los Libros 2 (personas jurídicas), 7 (contratos en particular) y 8 (Derecho del transporte).

A mi juicio, la de Québec y la de Holanda sí son una buena forma de legislar.

5. El aparente subtítulo del *DCFR*, al usar la palabra “*draft*”, pone de relieve que se trata sólo de un borrador. O, si se quiere, de uno de los hoy llamados “materiales de trabajo”.

En la *Introducción* de la obra se repite en varias ocasiones –ya lo he dicho– que se trata de un documento *académico*, no *político*<sup>31</sup>. Y como posibles *propósitos* del trabajo se hace referencia a su utilización por la doctrina jurídica y a una también posible fuente de inspiración para los proyectos de modificación o reforma de los códigos nacionales e incluso de las soluciones de casos planteados ante los tribunales<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Página XIV.

<sup>31</sup> Páginas 10 a 15, sobre todo.

<sup>32</sup> Este último objetivo se encontraba ya en el *PECL*. De hecho, los tribunales de los países de la Unión Europea vienen apoyándose con frecuencia, como argumento adicional, en el *PECL*. Para el caso de España, v. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo”, en *Derecho Privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), Madrid, Civitas, 2008, páginas 453-500. Con anterioridad, también PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios Unidroit y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas”, en *Diario La Ley*, 6725, 31 de mayo de 2007, páginas 1-7.

6. También yo debo justificarme en lo terminológico.

a) En primer lugar, porque en el título de esta conferencia se usa la expresión de “obra jurídica monumental”.

Entiendo que es así, por tres motivos.

(i) La considero monumental por su objetivo.

Teniendo como tiene la obra un carácter puramente académico, se trata de un esfuerzo inspirado por el sugestivo propósito de ser una guía (de ahí su nombre de “borrador”) de lo que quizás algún día pueda llegar a ser un *Código europeo de obligaciones y contratos*.

Es cierto que el objetivo “européista” está pasando por una cierta crisis, sobre todo desde el fracaso de la en su día propuesta Constitución Europea, pero en el terreno del Derecho civil persisten los propósitos de llegar a ese Código europeo, sobre todo a partir de las encomiendas, por parte de la Comisión, de 2003 y de 2004.

Desde luego, la obra que me ocupa no fue la primera en el tiempo. Procede recordar, sobre todo, dos *proyectos* que vieron la luz en la misma línea.

En primer lugar, me refiero a la obra titulada *Principles of European Contract Law (PECL)*. Publicada en el año 2000, fue el resultado del trabajo de la llamada *Comisión Lando*, que fue disuelta a comienzos de 2001<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> La Haya, Kluwer Law International. Publicado en español como *Principios de Derecho contractual europeo. Parte I y II*, con el subtítulo “Los trabajos de la ‘Comisión de Derecho contractual europeo’, edición: Ole LANDO y Hugh BEALE”, edición a cargo de BARRES BENLLONCH, Pilar, EMBID IRUJO, José Miguel, y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003. La Parte III se publicó en español, con el mismo título, siendo también los mismos los editores y los responsables de la edición española, Madrid, Consejo General del Notariado, 2007. Esta obra ha sido objeto de abundantes trabajos en español, pero merecen particular atención la traducción y comentarios del libro de Díez-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002.



El *DCFR* se justifica a sí mismo diciendo que tiene su origen en otro de la Comisión Europea, de 2003, ya mencionado, que se tituló como “Plan de acción para un Derecho de contratos europeo más coherente”<sup>34</sup>. Y es muy ilustrativo que en la propia portada de la obra se reconozca la inspiración en el *PECL*. Se dice: “*Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law*”<sup>35</sup>.

Después, el *Anteproyecto de Código europeo del contrato*. Elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos. El equipo redactor es conocido como “*Grupo de Pavía*”. Ha trabajado bajo la inspiración del profesor Giuseppe Gandolfi<sup>36</sup>.

En una breve monografía todavía reciente, traté sobre varios proyectos europeos y nacionales de “unificación” o simple modernización del Derecho de obligaciones, poniendo de relieve las novedades a mi juicio más destacadas. A tal fin, estudié por separado el que llamaríamos *Derecho de contratos* y el *Derecho de la responsabilidad civil*<sup>37</sup>.

(ii) En segundo término, la obra me parece monumental por su método.

---

<sup>34</sup> Página 4 de la edición resumida de 2009. Es la edición que adoptaré de ahora en adelante, salvo advertencia en contra.

<sup>35</sup> De hecho, en la edición a la que vengo refiriéndome se dedica una buena parte (páginas 101 a 130) a establecer las *correspondencias* o *concordancias* entre *PECL* y el propio *DCFR*. No obstante, en la página 24 de la *Introducción* se pone de relieve que la cobertura (o alcance) del *DCFR* es considerablemente más amplia que lo que la Comisión Europea parece que tuvo en mente para la cobertura del *CFR*. Y se añade que el Marco Común de Referencia “académico” no está sujeto a las restricciones del Marco Común de Referencia “político”. Aunque el *DCFR* está vinculado al *CFR*, está concebido como un texto independiente. Los grupos de trabajo comenzaron de acuerdo con la tradición del Derecho de contratos de la Comisión, pero con el objetivo de extender su cobertura. Cuando ese trabajo empezó, no había discusiones políticas sobre la creación de un *CFR*, ni en materia de Derecho de contratos ni sobre ninguna otra parte del Derecho.

<sup>36</sup> DE CORES, Carlos, y GANDOLFI, Giuseppe, *Código europeo de contratos*, traducción de DE LOS MOZOS, José Luis, y ROGEL, Carlos, Madrid, Editorial Reus, 2009.

<sup>37</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Derecho de obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*, Barcelona, Bosch, 2013.

En la elaboración del *DCFR*, como he dicho, colaboraron dos grupos de trabajo, integrados por abundantes juristas de toda Europa.

Y visto el contenido de la *edición completa* de 2009, queda claro que la metodología utilizada consistió en llevar a cabo, primero, un documentado estudio de los ordenamientos nacionales europeos en materia de Derecho de obligaciones.

Para fundamentar esta afirmación, pongo de relieve el siguiente dato.

Cada uno de los “artículos” (*rules*) de este magno proyecto va seguido de unos *Comentarios* (*Comments*) y de unas *Notes*. Los primeros son una explicación de cada “norma”, frecuentemente ilustrada con ejemplos de *casos*. Esos *casos* de cada *Comment* reciben la gráfica denominación de *illustrations*. Más adelante aludiré a alguna institución concreta. Esas *ilustraciones* dotan a la obra de un gran valor, por dos motivos: en primer lugar, porque permiten conocer la raíz o el fundamento de cada artículo; y en segundo término, porque de ese modo el *DCFR* adquiere un muy marcado carácter “*didáctico*”.

Las *Notas* son una descripción de cómo está regulada la materia de cada artículo en los ordenamientos nacionales europeos (los de la Unión Europea y otros). Esto último es un material de altísimo valor en el terreno de la investigación jurídica, pues, por citar un ejemplo, en la “nota” correspondiente al artículo del *DCFR* sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa, se encuentran breves descripciones del régimen en el Derecho español, en el alemán, en el polaco, en el húngaro, en el griego, etc.; con abundantes referencias jurisprudenciales y doctrinales, también de cada país. Como es obvio, esas referencias a los ordenamientos *nacionales* han de tomarse con las reservas propias de cualquier opinión doctrinal; además, se trata de resúmenes que no podían ser demasiado extensos.

(iii) En tercer lugar, la obra merece ser calificada de monumental por su resultado, esto es, por su contenido.

Pero de este extremo me ocuparé a continuación, al referirme a la estructura del trabajo.

b) Y, desde luego, la obra es *actual*. Tan actual, que realmente se encuentra en proceso de reelaboración o de perfeccionamiento, según se desprende, entre otras cosas, de su propio nombre de *borrador*.

### III. ESTRUCTURA DE LA OBRA: UN MUY BIEN CONSTRUIDO CÓDIGO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1. El trabajo que me ocupa<sup>38</sup> tiene dos partes significativas. Una primera es la *Introducción*<sup>39</sup>, donde los editores se refieren al significado del *DCFR*, a sus objetivos y a su contenido.

Es en el último de esos subapartados donde se alude a los *Principios*, palabra que forma parte del título de la obra.

En la *Introducción* del trabajo se hace referencia al significado de la palabra *principios*, que ya se había adoptado en el título del documento conocido como *PECL*. Tal expresión puede entenderse como sinónimo o equivalente a reglas que no tienen fuerza de ley. Y por *principios* pueden también entenderse aquellas reglas que tienen una naturaleza mucho más general, como son las de libertad contractual o buena fe<sup>40</sup>.

Y más adelante<sup>41</sup> se pone de manifiesto que la decisión finalmente adoptada fue la de tener en consideración tanto unos principios que podríamos calificar como *subyacentes* (en inglés, *underlying*) cuanto otros principios que se podrían denominar *fundamentales* o *primordiales* (en inglés, *overriding*).

---

<sup>38</sup> Sigo refiriéndome a la *edición resumida* de 2009.

<sup>39</sup> Páginas 1 a 47. Esa *Introducción*, después de una descripción de carácter general, versa sobre los propósitos del documento, su contenido, la revisión de la edición *resumida provisional*, la cobertura (o alcance, u objeto) del *DCFR*, su estructura y su lenguaje, sus relaciones con otros documentos anteriores, el modo en el que el *DCFR* puede ser usado como un trabajo preparatorio para el *CFR* y sobre el desarrollo de la edición *resumida* que vengo citando en este trabajo.

<sup>40</sup> Página 9.

<sup>41</sup> Páginas 13 a 18.

Los *principios subyacentes* son los inspiradores de cada “artículo” del documento, de forma que pueden ser detectados en la regla o reglas contenidas también en cada artículo<sup>42</sup>.

Por el contrario, los *principios fundamentales* tienen una naturaleza altamente política. Y dentro de ellos están el de protección de los derechos humanos, promoción de la solidaridad y responsabilidad social, la preservación de la diversidad cultural y lingüística, la protección y promoción del bienestar y la promoción del mercado interior<sup>43</sup>.

El propio documento<sup>44</sup>, en su apartado de “*Principios*”, se cuida de explicar con pormenores el significado y la manifestación –en el texto– de los llamados *principios subyacentes*, de forma que los de libertad, seguridad, justicia y eficiencia se ilustran con su aplicación a diferentes materias de las que constituyen objeto del documento (por ejemplo, en el ámbito contractual, en el de las obligaciones no contractuales y en el de la propiedad).

2. En la tan repetida *Introducción* de la obra, se exponen los criterios que se adoptaron para estructurar el *DCFR*<sup>45</sup>.

Como he señalado más arriba, los redactores se inclinaron por tomar como modelo la estructura que en los códigos europeos se adopta en la reglamentación de lo que conocemos como *obligaciones y contratos*. Esto es, la fórmula de comenzar con los conceptos de carácter general (la obligación y el contrato, aunque no siempre en este orden), para luego desarrollar la regulación específica de determinados contratos y la de figuras que, arrancando en realidad de la compilación justiniana, hemos venido conociendo con las denominaciones de *cuasicontratos* y *cuasidelitos*.

---

<sup>42</sup> En la página 13 de la *edición resumida* se lee: *These are the principles which are all-pervasive within the DCFR. They can be detected by looking into the model rules. They are underlying principles. They furnished grounds for arguments about the merits of particular rules.*

<sup>43</sup> En la página 14 se advierte de que también desempeñan su papel principios como los de libertad, seguridad, justicia y eficiencia.

<sup>44</sup> Páginas 57 a 99. En la *edición completa*, versión internet, son las páginas 47-77.

<sup>45</sup> Páginas 25 a 29.

Enseguida aludiré a algunas particularidades que el *DCFR* presenta, en relación con el *modelo* constituido por los códigos inspirados en el francés.

Y cuando en la *Introducción* se explica la estructura de la obra, se hacen también observaciones sobre el cuidado puesto en materia de lenguaje. Se enfatiza el propósito de hacer uso de una redacción accesible e inteligible, objetivos que, a mi juicio, se han alcanzado de forma muy meritoria. Ha ayudado al respecto, sin duda, el gran esfuerzo hecho en la “definición” de los conceptos, extremo al que pronto voy a referirme<sup>46</sup>.

3. El “articulado” se estructura en diez Libros, con los siguientes epígrafes o rúbricas:

I. *Disposiciones generales.*

Considero de interés destacar algún extremo:

El artículo I.-1:101, en su apartado 1, dispone que las *rules* pretenden ser utilizadas principalmente en relación con contratos y otros actos jurídicos, derechos y obligaciones contractuales y no contractuales y materias relacionadas con la propiedad. El apartado 2 establece un elenco de cuestiones que quedan fuera del campo de aplicación del documento. Luego siguen algunas definiciones, de particular relieve. El artículo I.-1:110 versa sobre cómputo de plazos.

II. *Contratos y otros actos jurídicos.*

Vendría a corresponderse con el Título II del Libro IV de nuestro Código civil. Es decir, la *teoría general del contrato*.

---

<sup>46</sup> Aunque sea adentrándome en un terreno delicado, considero que el inglés en el que la obra está escrita es especialmente asequible, en la medida en que su lenguaje es muy *lineal*, con párrafos en general cortos, con escasas oraciones subordinadas y muy cuidadoso en no abusar de los sinónimos que dificultarían la comprensión de un lector que no fuera un perfecto anglófono.

Antes he señalado que, en su estructura y en su sistemática, el documento revela una clara inspiración en los desarrollos doctrinales constituidos por tratados y manuales de *Derecho de obligaciones y contratos*. Pues bien, con el único propósito de ilustrar esa apreciación reproduzco a continuación, a modo de ejemplo, la estructura interna de este Libro II<sup>47</sup>.

Su Capítulo 1 se dedica a “disposiciones generales”, principalmente orientadas a fijar conceptos que habrían de utilizarse en lo sucesivo. El Capítulo 2 versa sobre la “no discriminación”. El 3 se dedica a negociaciones previas (o tratos preliminares, según nuestra terminología) y a los deberes precontractuales (dividido en cinco secciones). El Capítulo 4 tiene por objeto la *formación* del contrato, con secciones sobre disposiciones generales –de nuevo fijación de conceptos–, oferta y aceptación y “otros actos jurídicos”. El Capítulo 5 reglamenta el llamado *derecho de desistimiento* (en el pasado denominado a veces en español como *derecho de arrepentimiento*<sup>48</sup>). El Capítulo 6 trata sobre la representación. El 7 trata sobre “motivos de invalidez”, con una sección sobre disposiciones generales, otra sobre lo que denominamos *vicios del consentimiento* (o de la *intención*), y una tercera sobre infracción de principios fundamentales o reglas imperativas<sup>49</sup>. El Capítulo 8 se refiere a la *interpretación*, con dos secciones; una sobre interpretación de los contratos y la segunda sobre interpretación de “otros actos jurídicos”. El Capítulo 9 recae sobre contenido y efectos del contrato, con cuatro secciones: la primera sobre el *contenido* –con abundantes referencias a las cláusulas o estipulaciones (*terms*)–, la segunda sobre simulación, la tercera sobre efectos de una estipulación en favor de tercero y la cuarta sobre cláusulas injustas (o cláusulas abusivas); en inglés *unfair terms*.

---

<sup>47</sup> Adoptando una fórmula que nos es muy conocida, el *DCFR* se divide en libros. Cada Libro se subdivide a su vez en capítulos, secciones y a veces subsecciones.

<sup>48</sup> En inglés, *right of withdrawal*.

<sup>49</sup> El concepto de *principios fundamentales* remite a lo que como tales se reconocen en las leyes de los Estados miembros de la Unión Europea.

### III. Obligaciones y correlativos derechos.

Se correspondería con el Título I del Libro IV de nuestro Código. Esto es, *teoría general de las obligaciones*.

Por las mismas razones que las expuestas en relación con el Libro II, considero oportuno reproducir los epígrafes o rúbricas de este Libro III. Se observa fácilmente cómo su estructura se parece tanto a la que sería propia de un manual de Derecho civil español, en la correspondiente materia.

El Capítulo 1 es de disposiciones generales, no faltando tampoco un artículo (III.-1:102) relativo a *definiciones*<sup>50</sup>.

El Capítulo 2 se refiere al cumplimiento de las obligaciones, con artículos referentes al lugar de cumplimiento, al momento del mismo, al cumplimiento anticipado, al cumplimiento de las obligaciones alternativas, al cumplimiento encomendado por el deudor a un tercero, al cumplimiento (cosa distinta de lo anterior) por parte de un tercero, a la forma de pago, a la imputación de pagos, etc.

El Capítulo 3 versa sobre los *remedios* en caso de incumplimiento<sup>51</sup>. La Sección 1 contiene disposiciones generales (entre otras la relativa a la notificación del acreedor al deudor acerca de la *no conformidad* del primero sobre los bienes o servicios entregados o ejecutados por el deudor).

---

<sup>50</sup> Inspirado por el marcado carácter “didáctico” que en general es propio del *DCFR* (en muchos sentidos, parecería que se trata de un manual de estudio), el primer artículo de este Capítulo dispone que el Libro III se aplica, salvo que se disponga otra cosa, a todas las obligaciones que constituyen el objeto del proyecto, tanto contractuales como no, y a los correlativos derechos al cumplimiento de las mismas.

<sup>51</sup> Utilizo la palabra española *remedios*, ya bastante afinada en nuestra terminología (precisamente como consecuencia de la versión de textos cuyo original está escrito en inglés), como traducción directa de la inglesa *remedies*. Esa traducción literal conduce a un lenguaje un tanto extraño para nosotros. Sugiero la posibilidad de que, en vez de hablar de “remedios por el incumplimiento”, se diga “*consecuencias del incumplimiento*”. Creo que cuando en inglés se habla de “*remedies*”, se está aludiendo a lo que entre nosotros se considerarían *acciones* y *excepciones* en caso de incumplimiento.

La Sección 2 se refiere precisamente a los instrumentos de los que dispone el acreedor cuando el cumplimiento por parte del deudor no se ajusta a los términos de la obligación. La Sección 3 trata sobre el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento forzoso. La Sección 4 se refiere a la “negativa a cumplir”, traduciendo así la expresión inglesa *withholding performance*<sup>52</sup>. La Sección 5 se refiere a la extinción de la obligación<sup>53</sup>. La Sección 6 trata sobre el derecho a la reducción del precio en el caso en el que el acreedor acepta un cumplimiento no ajustado a los términos de la obligación. La Sección 7 versa sobre daños e intereses debidos por el deudor en caso de incumplimiento.

El Capítulo 4 de este Libro III se refiere a los casos de pluralidad de deudores y acreedores, también un extremo muy característico de la teoría general de la obligación en nuestra doctrina. Sus dos subsecciones versan, sucesivamente, sobre pluralidad de deudores y pluralidad de acreedores.

El Capítulo 5 se refiere al “*change of parties*”, que se correspondería con lo que acostumbramos a denominar “modificación subjetiva de la obligación”. La Sección 1 tiene por objeto la “cesión de derechos” (dividida

---

<sup>52</sup> Se trata, a mi juicio, de lo que entre nosotros se denomina habitualmente *exceptio non adimpleti contractus* (o, en su caso, *exceptio non rite adimpleti contractus*), conceptos no presentes en nuestro Código civil; es decir, de creación jurisprudencial. El artículo III.-3:401 del DCFR, en su apartado 1, dispone que el acreedor que está obligado a cumplir una obligación recíproca al mismo tiempo o después del cumplimiento por parte del deudor, tiene derecho a negarse a cumplir su obligación hasta que el deudor haya manifestado su voluntad de cumplir o haya cumplido.

<sup>53</sup> La palabra inglesa es “*termination*”. No obstante, los autores del documento son tan conscientes de que este término es tan poco “técnico”, que el apartado 2 del artículo III.-3:501 declara que, en esta Sección, la palabra “*terminate*” tiene el sentido correspondiente a cada caso de *extinción*. Básicamente, la “terminación”, en este caso, vendría a corresponderse con la resolución por incumplimiento establecida en el artículo 1.124 del Código civil español. La Subsección 1 de esta Sección 5 tiene artículos relativos a las causas de “terminación”, al alcance, ejercicio y pérdida del derecho a “terminar”, a los efectos de la “terminación” y a la restitución.



en seis subsecciones)<sup>54</sup>. La Sección 2 versa sobre *sustitución y adición de deudores*. La Sección 3 tiene por objeto la “transmisión de la posición contractual”<sup>55</sup>. La Sección 4 trata sobre la transmisión de derechos y obligaciones en el caso de insolvencia del “agente”<sup>56</sup>. El Capítulo 6 es sobre compensación y confusión. El 7 se refiere a la prescripción, con secciones sobre disposiciones generales, plazos y cómputo de los mismos, ampliación del plazo (incluyendo la figura de la *suspensión*), renovación del plazo de prescripción, efectos de la misma y exclusión y modificación convencional del régimen de prescripción.

Interesa señalar que los autores de la obra concibieron este Libro como un conjunto de normas aplicables tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales, salvo que otra cosa se disponga en relación con concretos artículos. El objetivo era el de fijar criterios uniformes y evitar repeticiones innecesarias.

Así, el artículo III.-1:101 sobre “alcance del Libro”, dice que éste se aplica, excepto que se determine otra cosa, a todas las obligaciones objeto del *DCFR*, tanto sean contractuales como no, así como a los correspondientes derechos a su cumplimiento.

#### IV. *Contratos en particular y derechos y obligaciones derivados de ellos.*

Vendría a ser algo similar a los Títulos IV a XV del mismo Libro IV del Código español. Es decir, una serie de contratos *típicos y nominados*<sup>57</sup>.

Dividido en Partes: A. Compraventa. B. Arrendamiento de cosas. C. Servicios. Dividido a su vez en capítulos referentes a distintos contratos de esta naturaleza: Construcción (contrato de obra). Manteni-

<sup>54</sup> Se ajustaría a nuestra *cesión de crédito*.

<sup>55</sup> Lo correspondiente a nuestra *cesión del contrato*.

<sup>56</sup> Debe hacerse notar que la palabra inglesa “*agent*”, en el *DCFR*, significa la persona autorizada para actuar por otra.

<sup>57</sup> En la *Introducción*, página 26, se señala la posibilidad de que esa serie de contratos en particular aumente en futuras redacciones.

miento<sup>58</sup>. Almacenamiento. Diseño (o proyecto). Información y asesoramiento. Tratamiento (médico). Mandato. Agencia mercantil, franquicia y distribución. D. Préstamo. E. Garantía personal (*personal security*). Se correspondería con la *fianza*. F. Donación. Conceptualmente equivalente al Título II del Libro III de nuestro Código.

Es digno de destacarse, aunque muy explicable, el hecho de que los contratos sobre “*servicios*” se subdividan en varias modalidades diferentes, superándose así la histórica distinción entre *servicios* y *obra*, como corresponde a la actual diversidad de modalidades que la palabra *servicios* entraña.

V. *Intervención benévola en los asuntos de otro (o ajenos)*.

Es decir, la *gestión de negocios ajenos*, el *cuasicontrato* de la Sección 1ª del Capítulo I del Título XVI del Código español.

El artículo V.-1:101, de definición, dice que este Libro se aplica cuando una persona, el *interviniente*<sup>59</sup>, actúa con la intención predominante de beneficiar a otro, el *principal*<sup>60</sup> y (a) el interviniente tiene un motivo razonable para actuar, o (b) el principal aprueba el acto sin incurrir en un retraso indebido que pudiera afectar negativamente al interviniente.

El apartado 2 de este artículo declara que el interviniente no tiene un motivo razonable para actuar si (a) tiene una razonable oportunidad de conocer los deseos del principal pero no lo hace, o (b) sabe o puede entenderse razonablemente que conocía que su intervención es contraria a los deseos del principal.

El artículo siguiente versa sobre la intervención consistente en cumplir un deber de otro.

<sup>58</sup> No encuentro otra palabra española que responda al significado del denominado en inglés contrato de *processing*.

<sup>59</sup> La palabra inglesa *intervener*, como tal, no se suele encontrar en diccionarios bilingües de ese idioma.

<sup>60</sup> Los términos *interviniente* y *principal* se corresponden, evidentemente, con las expresiones tradicionales de *gestor oficioso* y *dueño del negocio*.

Y el artículo V.-1:103 determina que este Libro V no se aplica cuando el interviniente (a) está autorizado para actuar, en virtud de una obligación contractual o de otra naturaleza para con el principal; (b) está autorizado, fuera del ámbito de este Libro, a actuar de forma independiente respecto del consentimiento del principal; o (c) está autorizado para actuar como consecuencia de una obligación para con un tercero.

VI. Responsabilidad *no-contractual* (“*Non-contractual liability*”) –o *responsabilidad extracontractual*– derivada del daño causado a otro.

Equivalente a *las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*, del Capítulo II del Título XVI del Código español. Y, desde luego, a todas las disposiciones legales que reglamentan en España la *responsabilidad civil*.

A mi entender, merece destacarse la sistemática que se adopta al respecto, bastante diferente de la que es tradicional en el *sistema* de responsabilidad civil propio de los ordenamientos del Derecho continental europeo. Se adopta como punto de partida el concepto de *daño*, definido como “*daño legalmente relevante*”. Es decir, según nuestra terminología habitual, el daño que implica responsabilidad se asocia con la *antijuridicidad*. Esto, en el Capítulo 2.

El Capítulo 3 versa sobre lo que en la forma actual de hablar denominamos *criterios de imputación de responsabilidad*<sup>61</sup>. Partiendo de la regla general de responsabilidad por dolo o por culpa, aunque no necesariamente coincidiendo con lo que con esos conceptos queremos decir en la doctrina tradicional<sup>62</sup>, se contemplan hipótesis como las del daño causado por personas de menos de dieciocho años y por los menores de catorce años y por quienes están sometidos al cuidado de otra persona<sup>63</sup>. En la

<sup>61</sup> Sin duda, no es casualidad, ni un capricho del lenguaje, que en la rúbrica de este Capítulo no se utilicen las palabras inglesas de *responsibility* o *liability*, sino la de *accountability*, que obedece a la misma idea (responder del daño causado a otro), pero en la raíz filológica de *poner algo a cargo de (a cuenta de) alguien*.

<sup>62</sup> En inglés, respectivamente, *intention* y *negligence*.

<sup>63</sup> Este último caso sería el del incapacitado, por ejemplo.

Sección 2, sobre responsabilidad sin dolo o culpa, se incluyen los supuestos de daño causado por empleados y “representantes”, daño causado por la situación de inseguridad de un inmueble, daño causado por animales, daño causado por productos defectuosos, daño causado por vehículos de motor y daños causados por sustancias y emisiones peligrosas.

A continuación, en sólo tres artículos, se trata sobre la *causalidad* (Capítulo 4).

El Capítulo 5 versa sobre “defensas”, esto es, circunstancias que excluyen la responsabilidad. Se contemplan las situaciones de consentimiento o conducta de la persona víctima del daño, las circunstancias de la persona responsable o de terceros (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, legítima defensa, intervención benévola o estado de necesidad, así como el caso de protección del interés público). También se tiene en cuenta el trastorno mental. Bajo la misma rúbrica se menciona el caso de exclusión o limitación contractual de responsabilidad.

El Capítulo 6, con tres secciones, trata sobre los llamados “*remedios*”, desglosándose su contenido en tres secciones: reparación, compensación y prevención.

El Capítulo 7 es de “reglas complementarias”.

Como no podía ser de otro modo, el documento afronta la “histórica” cuestión, que tanto ha dado que escribir, de la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. De hecho, el artículo VI.-1:103, sobre “*campo de aplicación*”, declara que la “regla básica” antes citada no se aplica, entre otros casos, en tanto en cuanto su aplicación podría entrar en contradicción con el objetivo de otras reglas de Derecho privado. Y se añade que esa “regla básica” tampoco afecta a otros *remedios* disponibles por otros motivos jurídicos<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> En este caso se utiliza la palabra inglesa *legal*, no la de *juridical*.

En los *Comentarios* a este artículo<sup>65</sup>, se pone de manifiesto que su principal área de aplicación se refiere a la relación con el Derecho de contratos. Debe tenerse en cuenta que no todo incumplimiento de una obligación contractual constituye una responsabilidad extracontractual, del mismo modo que una responsabilidad extracontractual determinante de daño a una parte contratante no necesariamente resulta del incumplimiento de una obligación contractual. Se añade que las *reglas* del documento no sólo han alcanzado una considerable aproximación de los plazos de prescripción de los derechos contractuales y extracontractuales, sino que han acercado notablemente las consecuencias jurídicas del incumplimiento de una obligación contractual y de la responsabilidad extracontractual. Por lo que, se concluye, los criterios del *DCFR* han diluido el significado práctico del problema de la *conurrencia de acciones*. Donde el Derecho de contratos y el de la responsabilidad extracontractual se superponen, únicamente se distinguen la una de la otra en extremos marginales. Por otro lado, se considera que el Derecho de contratos goza de prioridad en el caso de conflicto entre los conceptos que le son propios, en relación con el Derecho de la responsabilidad extracontractual<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Volumen 4, páginas 3010 y siguientes de la *edición completa*, versión de internet.

<sup>66</sup> En las *Notas* a este mismo artículo, páginas 3021-3022, se hace una breve referencia al problema de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en el Derecho español. La distinción a la que me refiero encuentras a veces dificultades a efectos de la aplicación de reglas de la Unión Europea sobre competencia judicial internacional, reconocimiento de resoluciones extranjeras y ley aplicable a las obligaciones (contractuales o extracontractuales). En este punto, v. MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto, "Nuevas perspectivas en la calificación de las acciones de responsabilidad en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado", en curso de publicación. En sus conclusiones, el autor dice: "*Pese a que ya son décadas de jurisprudencia del TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) dirigida a interpretar los conceptos 'materia contractual' y 'materia extracontractual' y a establecer sus límites, primero en el marco del CB (Convenio de Bruselas de 1968), y después en el del RBI (Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000), el asunto sigue suscitando cuestiones prejudiciales de compleja solución. Pese a que la línea trazada por el Tribunal parece nítida, la realidad demuestra que la casuística desborda con facilidad esa barrera. La labor del TJUE va a seguir siendo fundamental. Se consolida la calificación extracontractual de las acciones interpuestas por acreedores frente a administradores o socios por deudas de la sociedad, incluso en los casos en los*

*VII. Enriquecimiento injustificado*

Ausente esta materia, como tal, de nuestro Código, es necesaria la invocación de la doctrina jurisprudencial al respecto. En el *DCFR*, merecen particular interés los artículos VII.-1:101 y VII.-2:101, comprensivos de la “regla básica” y de las circunstancias en las que un enriquecimiento es injustificado.

La “regla básica” dice que una persona que obtiene un enriquecimiento injustificado atribuible a la desventaja de otra está obligada respecto esa otra persona a restituírle<sup>67</sup> el enriquecimiento.

Respecto de las circunstancias en las que un enriquecimiento es injustificado, el documento (artículo VII.-2:101) dice que concurre esa circunstancia si existe un enriquecimiento, salvo que (a) la persona enriquecida ostente un derecho contra la persona en desventaja por virtud de un contrato o de otro acto jurídico, una resolución judicial o una norma jurídica;

---

*que no haya un nexo causal entre el perjuicio patrimonial y la actuación del socio o administrador. Los casos más complejos son aquellos en los que se interponen pretensiones fundadas en normas sobre responsabilidad extracontractual. En estos casos el TJUE se reafirma en la calificación autónoma, sin tomar en consideración la calificación de las legislaciones nacionales. La calificación requerirá en muchos casos un cuidadoso análisis de los hechos y de las normas para determinar si la acción se basa o no en un incumplimiento contractual. El TJUE se reafirma también en interpretar la materia extracontractual como residual respecto de la materia contractual, ya que en la medida en que la determinación de la ilicitud del acto al que se refiere la acción requiera la interpretación del contrato, ésta será la calificación preferente. En relación con los títulos-valores, cuando una persona adquiere unos derechos sobre unos títulos de una persona distinta de quien los emitió, se hace una interpretación similar a los supuestos de cadena de contratos (como en los casos de responsabilidad por productos), cuando los derechos que adquiere el consumidor son distintos de los del primer adquirente. El Tribunal sigue utilizando los mismos criterios hermenéuticos que ya empleó en las primeras sentencias sobre el CB. La consecución del objetivo de uniformidad en la aplicación de los reglamentos y el principio de previsibilidad continúan siendo decisivos a la hora de calificar.*

<sup>67</sup> Traduzco así el verbo inglés “reverse”, aunque no siempre se trata propiamente de una *restitución*. El artículo VII.-5:101 contempla la hipótesis de “enriquecimiento transferible” (cuando se trata de una cosa), pero el artículo siguiente versa sobre el enriquecimiento *no transferible*, caso en el que la persona enriquecida tiene que pagar el valor monetario del enriquecimiento a la persona perjudicada.

(b) la persona en desventaja consintió libremente y sin error en esa desventaja. También es injustificado el enriquecimiento si (a) la persona en desventaja concedió tal enriquecimiento: (i) con un propósito no logrado, o (ii) con una expectativa que no se hizo efectiva, (b) la persona enriquecida conoció, o podía esperarse razonablemente que conociera, el propósito o la expectativa, y (c) la persona enriquecida aceptó, o podría razonablemente entenderse que había aceptado, que el enriquecimiento tendría que ser objeto de restitución en las mencionadas circunstancias.

Es claro que el enriquecimiento injustificado al que se refiere el *DCFR* da cabida al cuasicontrato que nuestro Código denomina “cobro de lo indebido” (Sección 2ª del Capítulo I del título XVI del Libro IV, artículos 1.895 a 1.901). Basta ver la *ilustración 1* de las que se contienen en los *Comentarios* a la “regla básica” del artículo VII.-1:101.

Aunque ese caso pueda parecer muy elemental considero oportuno reproducir el texto de la referida *ilustración*, porque, además, pone muy claramente de relieve el carácter “didáctico” que, como antes decía, reviste el *DCFR*. Se observa cómo el *ejemplo* remite a diversos artículos o, en su caso, párrafos o subpárrafos, de artículos integrantes de este Libro.

Antes de las *ilustraciones* del mentado artículo VII.-1:101, se dice que en cada caso en el que podría producirse una responsabilidad por enriquecimiento injustificado, debe determinarse si los elementos de la regla básica se cumplen, si existe algún medio de defensa y, si no es el caso, cuál es el alcance de la responsabilidad.

El ejemplo de cobro indebido, al que antes me refería, es el siguiente. Por error, el adquirente P hace una segunda transferencia bancaria del precio de la cosa adquirida a V, que es el vendedor, siendo así que un empleado de P había realizado ya una transferencia del precio de compra el día anterior. V se ha enriquecido porque ha adquirido un derecho contra su banco B al pago de la suma ingresada en su cuenta bancaria (VII.-3:101) —enriquecimiento—, según el párrafo (1)(a). Ese enriquecimiento está justificado en relación con B, pero en relación con P no está justifi-

cado, porque V no ostentaba ningún derecho contra B a ese pago (segundo error) y P no había tenido la intención de hacer un regalo a V. La cuestión se centra, pues, en el (inexistente) motivo de justificación en relación con P (VII.-2:101) –circunstancias en las que un enriquecimiento es injustificado, párrafos (1)(a) y (b)–. Ese enriquecimiento de V (en la forma de un crédito en su cuenta corriente) está justificado en relación con el banco de V, pero no tiene nada que ver con el asunto. P ha sufrido un perjuicio (o desventaja) porque el banco de P (correctamente) redujo el correspondiente montante de la cuenta corriente de P (VII.-3:102 –desventaja o perjuicio–, del párrafo (1)(a)). El enriquecimiento de V es atribuible al perjuicio de P: P transfirió parte de su patrimonio a V (VII.-4:101 –casos de “atribución patrimonial” determinante de un enriquecimiento– párrafo (a)). Técnicamente hablando, desde luego, P no transfirió su derecho contra su banco a V, pero los concretos mecanismos técnicos para la transferencia bancaria no eran en este caso de carácter material: desde el punto de vista económico y legal, los bancos, en este caso, sólo constituyen una maquinaria para efectuar una forma de pago sin desembolso de dinero, que puede ser equiparado a una transferencia de dinero efectivo (o metálico). Si P hubiese ingresado metálico en el banco de V y en la cuenta de este último, el caso podría considerarse incluido en el artículo VII.-4:101 –formas de atribución patrimonial–, párrafo (d). Lo ocurrido en el ejemplo propuesto significa que el enriquecimiento de V es un “bien transferible”: los saldos de una cuenta corriente bancaria pueden ser devueltos por medio de una transferencia bancaria. En consecuencia, V está obligado respecto a P a devolver el segundo pago (VII.-5:101, “enriquecimiento transferible”, párrafo (1))<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Señalaba antes, y es oportuno repetirlo, que los *Comentarios* a cada artículo del *DCRF* intentan dar a cada *norma* o *conjunto de normas* un significado tan claro y preciso que no deje lugar a dudas. Por mantenerme en la figura jurídica en la que ahora me encuentro (el enriquecimiento injustificado), no está de más señalar, también con el carácter de ejemplo, que el primer apartado del *Comentario* a la “regla básica” constituida por el artículo VII.-1:101, dice que esa regla, puesta en relación con las siguientes disposiciones del Libro VII, deter-



VIII. *Adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes*

Se correspondería, con obvias reservas, con abundantes preceptos de los Libros II y III de nuestro Código<sup>69</sup>, con exclusión del régimen relativo a las *sucesiones*.

Cabe preguntarse si esta materia es un *cuerpo extraño* en un Código de obligaciones y contratos, pero creo que es razonable que se incluya en el *DCFR*. En la *Introducción*<sup>70</sup> se pone de relieve que en muchos casos es difícil determinar con precisión la exacta línea divisoria entre el Derecho de contratos y algunas otras áreas del Derecho<sup>71</sup>.

De hecho, el *DCFR* contempla la totalidad del Derecho de obligaciones como una entidad o unidad orgánica. Por eso —se añade—, en el proyecto se tienen en cuenta determinadas áreas de los que conocemos como *derechos reales*, en relación con la propiedad de bienes muebles. Y se concluye que algunos aspectos de los *derechos reales* tienen una gran importancia para el buen funcionamiento del mercado interior.

IX. *Garantías reales sobre bienes muebles (Proprietary security in movable assets)*.

---

mina las circunstancias en las que nace la obligación de resarcir a la persona cuya situación de desventaja ha dado lugar al enriquecimiento; del mismo modo que determina el significado de “enriquecimiento” y el de “desventaja”, el alcance de la responsabilidad, la existencia de posibles medios de defensa —frente a la pretensión del *enriquecido*— y la relación entre esta norma y otras reglas legales con el mismo o similar efecto.

<sup>69</sup> El artículo VIII.-1:101, en su apartado 1, declara que este Libro se aplica a la adquisición, pérdida y protección de la propiedad de bienes y a extremos específicos relacionados con lo anterior.

<sup>70</sup> Página 25.

<sup>71</sup> En TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVII, 2014, fascículo 1, páginas 113-168, se contienen ilustraciones bibliográficas sobre la necesidad de incluir reglas sobre derecho de propiedad en el Marco Común de Referencia (en concreto, página 141).

En este caso, la traducción al español no es tan fácil como en otros. El propósito de este Libro queda razonablemente perfilado en el apartado 1 de su artículo primero (IX.-1:101), al formular la “Regla general” de que este Libro se aplica a los derechos que se mencionan a continuación, sobre bienes muebles y basados en contratos de garantía real. Esos derechos son los derechos de garantía y la tutela de la propiedad basada en la *retención*.

En el *Comentario* a esa “regla general”, dentro de la *edición completa*<sup>72</sup>, se advierte de que el apartado 1 del artículo introduce una distinción básica en esta materia: la garantía puede derivar de “derechos de garantía” o del derecho de retención. Y en el mismo texto se añade que esas dos técnicas básicas vienen definidas y especificadas en los tres artículos siguientes. Así, el artículo IX.-1:102 se refiere al derecho de garantía sobre un bien mueble (“*security right in movable asset*”)<sup>73</sup>. Y el artículo IX.-1:103 trata sobre el *derecho de retención*, concepto que se define en el apartado 2 del propio artículo<sup>74</sup>.

En definitiva, en este Libro IX se ponen de manifiesto, pero se abordan con solvencia, algunos de los problemas que derivan de la difícil distinción entre *derechos de crédito* y *derechos reales*.

Creo que interesa poner de relieve que el *DCFR*, al regular la cuestión relativa a la efectividad de las garantías reales respecto a terceros, arbitra un sistema de *registro*. En efecto, el artículo IX.-3:301 es el primero de la Sección 3 del Capítulo 3. La rúbrica de ese Capítulo habla por sí sola:

---

<sup>72</sup> Páginas 4446 y siguientes de la versión en Internet.

<sup>73</sup> En el *Comentario* a este artículo (apartado A), se señala que no es fácil delimitar el ámbito de aplicación de este Libro IX, porque no existe un término uniforme para todos los derechos reales de garantía sobre bienes muebles (no sólo en el plano europeo, sino también en la mayoría de los Estados miembros). A continuación se describe el fenómeno desde el punto de vista histórico, partiendo de la fórmula de garantía basada en la posesión (la prenda), hasta llegar a soluciones como la garantía sin desplazamiento de la posesión.

<sup>74</sup> Por su parte, el artículo IX.-1:104 establece qué reglas (del propio *DCFR*) son aplicables a ese *derecho de retención*.

“Efectividad (de los derechos de garantía) en relación con terceros”. En su artículo IX.-3:102, sobre métodos para alcanzar esa efectividad, el párrafo 1 anticipa el instrumento de un sistema de registro, en relación con todo tipo de bienes. El apartado 2 expresa esa efectividad, en el caso de bienes muebles corporales, mediante la posesión, por parte del acreedor, de los bienes gravados; en el caso de ciertos bienes intangibles, la efectividad se contempla mediante el ejercicio, por parte del acreedor, de un *control* sobre los bienes gravados.

Y, como decía, es en la Sección 3 donde se reglamenta (por cierto, con mucho detalle) la figura de un Registro Europeo de garantías reales. Se tienen en consideración extremos como los siguientes: estructura y funcionamiento del Registro, acceso al mismo, identificación de quien proporciona la garantía y descripción de los bienes gravados, protección de quien presta la garantía, acceso al Registro como medio de información, contenido de la información registral, duración, renovación y anulación de asientos, transmisión del derecho de garantía o del bien gravado, costos, reglas de prioridad (es decir, de *prelación*), etc.

El documento tiene en cuenta la posible existencia (actual) de sistemas de registro o anotación en algunos ordenamientos nacionales.

#### X. *Trusts*

Figura que, en sentido estricto, es desconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

#### IV. LA PECULIAR FORMA DE NUMERAR LOS “ARTÍCULOS” DEL PROYECTO

La numeración de los artículos es aparentemente complicada, porque no se sigue un orden correlativo desde el 1 hasta el final. Por el contrario, cada capítulo, y en su caso cada sección, se numeran con un criterio de “centenares”, es decir, comenzando siempre en el 101, aunque esa sec-

ción no tenga más que 10 artículos. La sección siguiente empieza en el 201, la siguiente en el 301, etc.

Por ejemplo, la numeración de los artículos relativos a los deberes en las negociaciones preliminares y precontractuales (Capítulo 3 del Libro II) es la siguiente:

Sección 1 (*deberes de información*): se empieza a numerar de la siguiente forma: II.-3:101. Así, hasta II.-3:109. A continuación, la Sección 2 (*deber de prevenir errores y de acuse de recibo*) –dos artículos– se numera como II.-3:201 y II.-3:202. La Sección 3, sobre *deberes en la negociación y de confidencialidad* –dos artículos– se numeran como II.-3:301 y II.-3:302. La Sección 4 (un artículo), sobre *bienes o servicios no solicitados*, se numera como II.-3:401. Y la Sección 5, sobre *daños por el incumplimiento de los deberes de este Capítulo* (un artículo) se numera como II.-3:501<sup>75</sup>.

Esta forma de numeración puede parecer enrevesada, pero se ha considerado la más razonable, teniendo en cuenta que se trata de un texto que se supone que va a ir construyéndose “por acopio” o “por acumulación”. El método de numeración impide, por seguir el ejemplo citado, que la introducción de un artículo en la Sección 2 del Capítulo 3 del Libro II obligue a reenumerar todos los artículos de ese Capítulo y de ese Libro. Y, en definitiva, de todo el articulado del documento en su conjunto<sup>76</sup>.

## V. EL GRAN “DESAFÍO”: LA CONJUGACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS DEL *CIVIL LAW* CON LOS DEL *COMMON LAW*

1. He dejado aparte, para darle lugar propio, otro gran mérito del trabajo que me ocupa.

Me refiero al hecho de que el *DCFR* es, a mi juicio, una feliz *conjugación* (en el sentido de conciliación) de los conceptos y de los criterios

<sup>75</sup> Como es claro, el número romano se refiere al Libro de la obra.

<sup>76</sup> Este sistema de numeración se había adoptado, entre otros, en el *PECL*.

(en definitiva, del “modo de pensar”) del *civil law*, o Derecho codificado, y del *common law*, o Derecho de creación judicial.

No parece necesario profundizar en las considerables diferencias que separan a esas dos “grandes familias” de los *sistemas jurídicos* de los Estados europeos. La primera, representada por casi todos los países de la Europa continental, y la segunda principalmente expresada por el Derecho de Gran Bretaña (o, como acostumbramos a decir, aunque no con toda propiedad, Derecho inglés)<sup>77</sup>.

Los *contrastos* entre los dos sistemas jurídicos fueron en su día lúcidamente expuestos por Castán Tobeñas<sup>78</sup>. Entre otras cosas, escribió:

*“Las características diferenciales de los Derechos del grupo anglo-americano radican principalmente en la plasticidad de sus fuentes y en el espíritu casuístico, realista y práctico de sus métodos jurídicos. Se ha observado muchas veces la contraposición que existe entre la concepción racionalista del mundo, propia de los europeos continentales, y la concepción empírica que los anglosajones tienen del universo. En los primeros domina el pensamiento abstracto y deductivo. En los segundos, el pensamiento concreto, enemigo de las ideas generales y de las construcciones teórico-dogmáticas. Pues bien: esto tiene que producir una diferencia considerable en la manera de concebir y aplicar el Derecho. Mientras que el Derecho inglés distínguese por su carácter eminentemente judicial, por un sistema de elaboración del Derecho que se mueve, de antiguo, en torno al caso concreto (case law), el Derecho continental europeo da primordial importancia a la ley, porque ve la realización y la garantía de la justicia en la existencia de preceptos abstractos y generales. ‘La fuerza del Common Law —escribe Roscoe Pound— reside en su manera de tratar los casos concretos, mientras que la fuerza de su rival, el moderno Derecho romano, radica en el desarrollo lógico de conceptos generales’.*

<sup>77</sup> Sigue siendo, en este punto, obligada la referencia al excelente libro de DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, séptima edición, 1978. Existe una traducción al español, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1973. V. también, SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, primera edición, 2000.

<sup>78</sup> CASTAN TOBEÑAS, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, Reus, 1956.

*Los juristas latinos ven, algunas veces, en esta nota del Common law un demérito del Derecho inglés. El profesor español Cossío y Corral dice que ‘la concepción jurídica anglosajona responde a la de los juristas romanos, antes de haber pasado por el tamiz de las escuelas italianas, o a la de los jueces germanos, antes de recibir el Derecho romano... El Derecho inglés es un Derecho de jueces... De aquí que la ciencia jurídica inglesa sea naturalmente asistemática, más próxima, tal vez, a la realidad, dotada de un carácter eminentemente práctico; pero tal vez también menos capaz que la continental de obtener puntos de vista unitarios que permitan abarcar y reducir toda la complejidad de la vida jurídica a líneas que faciliten su comprensión’. Pero, con la misma razón, aunque en sentido inverso, los autores anglosajones ven en la característica de que se trata el gran acierto, la gran excelencia de su sistema jurídico, cuando menos a los efectos de tratar y resolver los problemas concretos. ‘Cuando se trata –observa el Decano Pound– de una comparación entre sistemas abstractos, el Common law se encuentra en las peores condiciones; pero, en cambio, siempre ha prevalecido cuando se ha tratado de someter a prueba su eficacia para resolver controversias particulares’.*

Esos dos grandes sistemas jurídicos se vieron, por así decirlo, *obligados* a conciliarse como consecuencia de la producción normativa (que ha resultado ser tan enormemente abundante) de los órganos de la hoy Unión Europea. Ahora no atribuimos gran mérito al hecho de que una directiva comunitaria, cualquiera, reglamente una determinada materia como consecuencia de la aportación conjunta de juristas formados en la “cultura” del *civil law* y del *common law*. Pero se trata, a mi entender, de un fenómeno de notabilísima importancia, que es causa, y a la vez consecuencia, del incuestionable proceso de aproximación que durante bastantes de las últimas décadas se ha ido produciendo en la formación académica de juristas originariamente inspirados en las características de cada uno de los dos sistemas.

Lo que, a mi juicio, faltaba por materializarse era la conciliación de esos dos diferentes “modos de pensar” en un proyecto académico de tan alta categoría científica como es el *DCFR*. Pongo de relieve que en el *PECL* se señalaba, como uno de sus objetivos, el de realizar una función de mediación entre el *common law* y el *civil law*.

Si imaginariamente nos remontáramos a hace treinta años, por ejemplo, nos parecería casi *milagroso* que juristas ingleses y de la Europa continental (simplificando mucho la definición) fueran capaces de entender y alcanzar con éxito el objetivo de una *legislación* común o única.

Para empezar, y como es obvio, la idea misma de un *Derecho codificado* (o incluso, simplemente, la de *Derecho escrito*<sup>79</sup>), resulta casi *extraña* para un jurista británico<sup>80</sup>.

Hoy, viendo que el *DCFR* es una realidad (sólo *académica*, pero realidad), creo que tenemos motivos para maravillarnos de que juristas de toda Europa, con tan elevada y relevante participación de británicos, hayan sido capaces de articular un *proyecto de código* de la magnitud del que me ocupa.

2. Son manifestaciones de esa unificación de criterios algunos rasgos como los siguientes:

a) El contenido y la estructura del proyecto se ajustan significativamente a los cánones de los códigos civiles de la *familia* del francés.

---

<sup>79</sup> Hablo, desde luego, del *Derecho básico*.

<sup>80</sup> En su día, causó sensación el conocido como “*Contract Code*” de Mc Gregor. En 1965, el Parlamento británico creó la *Law Commission*, a efectos de una codificación del Derecho de contratos. Fruto de aquella iniciativa fue el llamado “*Contract Code*”, elaborado en su integridad por el profesor de Oxford McGregor (MCGREGOR, Harvey; *Contract Code*, traducción y nota preliminar de DE LA CUESTA SÁENZ, José María, y VATTIER FUENZALIDA, Carlos, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997). Se trata de un verdadero “texto articulado” (el propio autor utiliza la palabra *artículo*), en el que se establecen reglas características de la teoría general del contrato, aunque no completa en relación con el contenido que a dicha teoría suele asignarse en la doctrina del *Derecho codificado*. El autor, después de cada artículo, formula una especie de “justificación” del mismo, inspirándose sobre todo en criterios o principios de la jurisprudencia británica. No obstante, McGregor pretendió que su texto fuese también admisible a la luz de las reglas legales y de las soluciones jurisprudenciales de los países de Europa continental.

Quiere decir que el *DCFR* se parece al Libro IV del Código civil español<sup>81</sup>, aunque con la diferencia —de clara inspiración en el *common law*— de que la reglamentación de la figura del contrato precede a la del concepto de obligación. Parece claro que está presente el punto de vista del Derecho anglosajón, en el que la materia que me ocupa ha sido denominada siempre, académica y doctrinalmente, *contract law* o *law on contracts*.

En el inglés jurídico tradicional, la palabra *obligations* ha tenido siempre un carácter puramente instrumental, frecuentemente utilizada como equivalente a *duties*. Esta última palabra se utiliza, no obstante, en el *DCFR*; por ejemplo, en la rúbrica del Capítulo 3 del Libro II<sup>82</sup>.

Por lo que acabo de decir, y como he apuntado más arriba, el contenido y la estructura del *DCFR* tienen notable parecido (salvo en cuestiones de orden expositivo) con los de los tratados y manuales de *Derecho de obligaciones y contratos* de autores franceses, alemanes, españoles, o incluso ingleses. Los *Comentarios* y las *Notas* vienen a dotar a la obra de una fisonomía muy próxima a la de cualquiera de los códigos comentados que se han prodigado en los últimos tiempos.

---

<sup>81</sup> En realidad, debe decirse que el parecido es con el Libro III del Código civil francés, sobre *las diferentes maneras por las que se adquiere la propiedad*. Como es sabido, el Libro IV de nuestro Código es una especie de “fragmentación” del Libro III del *Code*, otorgándose independencia o autonomía formales a la reglamentación de las obligaciones y contratos, aunque estos últimos siguen siendo contemplados como un modo de adquirir la propiedad, según el artículo 609.

<sup>82</sup> En el comentario al artículo 1:102, sobre “definiciones”, se advierte de que, en general, en el *DCFR* se acude a la palabra *obligation* para denominar el deber de cumplimiento que una parte de la relación jurídica, el deudor, tiene con la otra parte, el acreedor. Es decir, se establece una delimitación entre *duty* y *obligation*. El comentario señala también que *obligation*, como nombre de la relación jurídica entre deudor y acreedor, aparece cada día con menos frecuencia en los instrumentos legales modernos, europeos e internacionales. En este último sentido, por ejemplo, recuérdese que los Reglamentos comunitarios 864/2007 y 593/2008, respectivamente conocidos como *Roma II* y *Roma I*, versan sobre la ley aplicable a las *obligaciones* extracontractuales y contractuales, también respectivamente.



b) Otra manifestación del fenómeno al que me refiero es la de la terminología en conceptos jurídicos fundamentales.

Por encima de todo, sobresale la circunstancia de que la rúbrica del Libro II del proyecto hable de “*Contracts and other juridical acts*”.

La locución *acto jurídico*, procedente de la Pandectística, es completamente ajena a la terminología jurídica inglesa. Empezando por la idea de que el adjetivo “*juridical*”, aunque existe en inglés como equivalente a “jurídico” en español, es prácticamente desconocido en el Derecho del *common law*. En él, lo que en español diríamos “jurídico”, de ordinario se expresa como “*legal*”. Por ejemplo, en la locución *ordenamiento jurídico*, que en inglés se diría *legal system*<sup>83</sup>.

El artículo II.-1:101 determina el significado de “contrato” y “acto jurídico”. En mi traducción, el apartado 1 dice que un contrato es un acuerdo con el que se pretende establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico. Es un acto jurídico bilateral o multilateral. Y el apartado 2 dice que un acto jurídico es una declaración o un acuerdo, tanto expreso como derivado de una conducta, que pretende producir un efecto jurídico como tal. Puede ser unilateral, bilateral o multilateral.

Otro ejemplo significativo en este punto es la rúbrica del Libro VI del DCFR, que dice: “*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*”.

Es evidente que con la expresión “*non-contractual liability*” el DCFR se refiere a la llamada, en el Derecho continental, *responsabilidad extracontractual*.

En los *Comentarios* del borrador se dice expresamente que la referida expresión inglesa, ajena a la terminología del *common law*, se utiliza para evitar los prejuicios que pudieran derivar del uso de la palabra inglesa clásica

---

<sup>83</sup> En el *Diccionario Oxford*, antes citado, la expresión en español “laguna jurídica” se traduce al inglés como *a legal loophole* o *a loophole in the law*.

(*torts*) y del término francés también clásico (*délit*); del mismo modo, se desecha (aunque gramaticalmente sea posible) la locución *civil responsibility*.

Todavía más, debe tenerse presente que la expresión “*non-contractual*” se aplica, genéricamente, al sustantivo inglés *obligation*. Así, por ejemplo, cuando el documento se refiere a las obligaciones que una persona tendría por estar en posesión de bienes sujetos a una *garantía real* o como consecuencia de ser un *trustee*<sup>84</sup>.

Aunque desde el punto de vista conceptual no parezca muy ortodoxo calificar algo no por lo que es, sino por lo que *no es*, considero que fue un acierto de los redactores del *DCFR* el recurso a la fórmula de “*non-contractual*”, que es una forma de decir “*extracontractual*”. Acudir a una cierta *simetría terminológica* evita así las dificultades que entraña encerrar en una única categoría, con nombre propio, todo lo que *no es contrato*.

Me parece que también debe destacarse en *DCFR* la relevancia atribuida al fenómeno de la *formación del contrato*. En contraste con la notable parquedad con la que esa cuestión es contemplada en los códigos de la *familia* del francés, el documento objeto del presente trabajo dedica a la materia el amplio Capítulo 4 del Libro II, inmediatamente después de que el Capítulo 3 se hubiese dedicado a un también prolijo régimen de los *deberes* en los tratos preliminares y en la fase precontractual. Se trata, en conjunto, de 31 artículos con los que se colman las abundantes *lagunas* que en esa materia muestran –como decía– los ordenamientos *codificados*<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> En la página 23 de la *Introducción* se puntualiza que el Libro III (sobre la obligación) se aplica tanto a la contractual como a la que no lo es. Por otra parte, en las páginas 28 y 29 de la misma *Introducción* se explica o justifica que la técnica utilizada en el documento sea la de encuadrar artículos en el Libro III, en la medida en que dichos artículos fueran aplicables por igual a las obligaciones contractuales y a las no contractuales.

<sup>85</sup> Traté sobre este extremo en De ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, en “Lealtad en el periodo precontractual (la conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)”, en *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIII, fascículo II, abril-junio 2010, páginas 575-636.

Estimo que debe resaltarse asimismo (algo de conceptual y algo de terminológico) el hecho de que la *voluntad* –palabra característica del *Derecho codificado*– se ve superada por la expresión *intención*, propia de la forma de hablar del Derecho del *common law*, en el que no es *familiar* la locución “declaración de voluntad”<sup>86</sup>.

Por eso, hoy son motivo de especial atención los requisitos que deben darse para que pueda entenderse concluido un contrato. Ha contribuido a ello, desde luego, la experiencia jurisprudencial, pues son muchos los casos en los que es objeto de contienda la determinación de si una manifestación, hecha por una de las partes en el curso de las negociaciones preliminares, fue o no constitutiva de una genuina *declaración de voluntad*. Parece como si se formulase de nuevo, pero en términos muy pragmáticos, la conocida teoría de los pandectistas –aunque muy discutida– de que existe una diferencia entre *declaración de voluntad* y *voluntad de declarar*<sup>87</sup>. También, creo, influye el impacto del modo de pensar del Derecho

---

<sup>86</sup> Me ocupé de la presencia de las palabras *consentimiento*, *voluntad* e *intención* en nuestro Código civil en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo IV, *Otras formas de expresión*, Madrid, Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer España, 2012, páginas 3–174. Utilización de la última palabra (*intención*), que casi sólo se encuentra en los artículos relativos a la interpretación de los contratos. Se halla en el artículo 1.281 (dos veces), en el que el párrafo segundo habla de *intención evidente*, y en el artículo 1.289, donde los términos *intención* y *voluntad* se formulan como sinónimos. El vocablo *consentimiento* predomina en el Libro IV, mientras que el de *voluntad* es el más frecuente en la reglamentación de las *sucesiones* (Título III del Libro III).

<sup>87</sup> Esta distinción, aunque en su formulación es algo “bizantina”, no es del todo irrelevante, en la medida en que existen actos jurídicos (la llamada por la dogmática alemana “*actuación de la voluntad*”) en los que no concurre la finalidad de ser comunicados, pero que, no obstante, producen el efecto de crear, modificar o extinguir derechos o relaciones jurídicas. Es el caso de la ocupación (artículo 609 del Código civil), la adquisición de la posesión por acto propio (artículo 438), el abandono (artículo 612), la aceptación de la herencia a la que se refieren los artículos 999 y 1.000, la confirmación tácita (artículo 1.311), etc. Por otro lado, los llamados, también por la doctrina alemana, “*actos reales*” se caracterizan por la nota de que requieren sólo que se lleve a cabo un resultado de hecho,

anglosajón, en cuyas construcciones teóricas la palabra “*voluntad*”, hablando del contrato, no es precisamente frecuente; se acude mucho más a la idea de “*intention*”.

Esta última palabra, “*intención*”, tal y como la entienden los juristas del *common law*, podría interpretarse por los continentales como una toma de posición en la controversia doctrinal que tantísima tinta hizo correr en la dogmática del *civil law*. Me refiero a la intensa polémica entre *voluntaristas* y *declaracionistas*, precisamente en relación con el verdadero significado de “*declaración de voluntad*”. Pero no es así: en el pensamiento anglosajón, la apelación a la *intención* no excluye, en absoluto, la posibilidad de que tal intención, como genuina expresión de la voluntad de contratar, sea deducida de hechos objetivos<sup>88</sup>.

La cuestión que me ocupa está nítidamente definida en el *Marco Común de Referencia*. El artículo 4:101 del Libro II (“*Contratos y otros actos jurídicos*”), con el que comienza su Capítulo 4 –precisamente el que versa sobre “*formación del contrato*”–, dispone: «Requisitos para la conclusión del contrato. Un contrato se concluye, sin ningún otro requisito, si las partes: (a) *tienen la intención de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico*; y (b) alcanzan un acuerdo suficiente».

---

pero productor de efectos jurídicos por imperativo de la ley. Son, por ejemplo, el hallazgo de un tesoro (artículo 351 del Código civil), la edificación, plantación o siembra (artículo 358), los casos de la llamada “*conmixtion*” (artículos 381 y 382), la adquisición de la posesión y su abandono (artículos 438 y 460) o el de la constitución del deudor en estado de mora (artículo 1.100), en tanto en cuanto el autor del acto puede, incluso, no tener la *voluntad* de que se produzcan los efectos que el ordenamiento atribuye a su conducta.

<sup>88</sup> En este punto, me parece muy significativo lo dicho por Harvey MCGREGOR en su *Contract Code*, arriba citado. En su muy estimable trabajo académico, el artículo 51, sobre acuerdos no dirigidos a quedar las partes jurídicamente vinculadas, dice: «1) *Un acuerdo no es contrato si las partes no pretenden quedar jurídicamente obligadas por él; sin embargo, la intención de quedar jurídicamente obligado se presume*. 2) Esta presunción puede ser enervada, a) si el acuerdo es de tal naturaleza que la exigibilidad jurídica no se le atribuye usualmente, o b) *por las palabras o conductas de las partes* o las circunstancias en que se celebra el acuerdo».

El artículo siguiente, el 4:102, titulado “*Cómo se determina la intención*”, reza: “La intención de una parte de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico se determina *por medio de las declaraciones o conductas de esa parte*, cuando hubiesen sido razonablemente interpretadas por la otra”.

Y el artículo 4:103, desarrollando las mismas ideas, dice: “Acuerdo suficiente. (1) El acuerdo es suficiente si: (a) *los términos del contrato han sido suficientemente definidos por las partes para que el contrato produzca efectos*; o (b) *los términos del contrato, o los derechos y obligaciones de las partes, derivados de él, pueden ser suficientemente determinados de cualquier otro modo para que el contrato produzca efectos*. (2) Si una de las partes se niega a concluir un contrato, aunque las partes hayan convenido en algún extremo determinado, no hay contrato, a no ser que se hubiese alcanzado un acuerdo sobre el extremo en cuestión”<sup>89</sup>.

c) Es muestra de lo que vengo diciendo el hecho de que el *DCFR* contenga una parte tan importante de *definiciones*.

No es sólo que el *borrador* defina cuidadosamente todas las figuras jurídicas que en él se contemplan (por ejemplo, en el caso de cada uno de los contratos regulados), sino que el documento, en su parte final, tiene un Anexo de *definiciones* comprensivo de más de 150 vocablos o conceptos jurídicos de la más diversa naturaleza. Cito unos ejemplos: “acto jurídico”, “representación”, “invalidez”, “simulación”, “beneficiario”, “reclamación”, “condición”, “conducta”, “discriminación”, “cosa corporal”,

---

<sup>89</sup> Las precedentes traducciones son mías. Debo advertir, por eso mismo, que la traducción del apartado (2) del artículo 4:103 exigiría, a mi juicio, decir que “*se hubiese alcanzado efectivamente un acuerdo sobre el extremo en cuestión*”. Digo eso porque, de no ser así, el texto en inglés adolece, también a mi entender, de un posible error en la formulación de la norma. En efecto, si la hipótesis o premisa de ese apartado es la de que las partes “*have agreed on some specific matter*”, no acierto a comprender el significado de la salvedad constituida por las últimas palabras de la norma: “*unless agreement on that matter has been reached*”. Me parece que lo que ese último inciso del apartado quiere decir es que no haya duda (es decir, sea patente) que las partes han llegado a un acuerdo sobre ese *extremo determinado* (“*some specific matter*”).

“daño”, “negligencia”, “bienes muebles”, “cumplimiento”, “incumplimiento”, “obligación recíproca”, “terminación” (del contrato)<sup>90</sup>, “posesión”, “día festivo”, etc., etc.

Además, las *definiciones* contribuyen a fijar el significado de palabras que podrían entenderse de diversas maneras. También a título de ejemplos, observamos cómo en el Libro I se determina el alcance que debe darse a la expresión “por escrito”, o a la de “firma”. En el Libro II, el Capítulo 6 perfila el concepto y el alcance de la palabra “representación”. Antes, se habían definido conceptos como “oferta”, “aceptación” o “contratos no concluidos mediante oferta y aceptación”. Del mismo modo, al comienzo del Libro III se fija el significado de términos como “obligación”, “cumplimiento” o “incumplimiento”. En ese mismo Libro III, se determina el concepto y el alcance del vocablo “compensación”, a efectos del Derecho de obligaciones.

Por otro lado, son abundantes los lugares en los que utiliza la palabra inglesa *scope* para expresar con precisión el significado de artículos relativos a una determinada figura jurídica. Esto sucede, asimismo a modo de ejemplos, en el Libro IV, e incluso al comienzo mismo de algunos otros Libros; es el caso del Libro V, donde se determina el *scope* de la noción de “inter-

<sup>90</sup> Sobre este concepto (al que antes me he referido) trata la Sección 8 del Capítulo 3 del Libro III. Traduzco literalmente la palabra inglesa (*termination*), que, aunque no del todo, se correspondería con el vocablo español “extinción”. La *termination* a la que se refiere el texto puede derivar de varias causas (“*grounds for termination*”): (i) cuando el incumplimiento de una obligación contractual es “fundamental”; (ii) cuando, producido un retraso en el cumplimiento de una obligación contractual y el acreedor hubiere concedido al deudor un plazo adicional de razonable duración, el deudor no cumple dentro de ese plazo añadido; (iii) en el caso en el que el deudor ha manifestado que no cumplirá la obligación o cuando, por otro motivo, resultase claro que tal incumplimiento se va a producir; (iv) cuando, considerando razonablemente el acreedor que se va a producir el incumplimiento de una obligación contractual, y habiendo solicitado al deudor una “adecuada garantía” de que la obligación va a ser cumplida, el deudor no ofrece esa “garantía” dentro de un plazo razonable. Algunas de estas hipótesis se ajustarían a la resolución por incumplimiento del artículo 1.124 de nuestro Código.

vención benévola en asuntos de otro (o ajenos)”, o del Libro VI (sobre la responsabilidad extracontractual), o del Libro VII (enriquecimiento injustificado), o del IX (garantías reales sobre bienes muebles).

Es evidente que este esfuerzo de dejar claro el sentido de cada expresión obedece a la necesidad de contar con un *vocabulario jurídico* propio y evitar los problemas que podrían derivar de lo que en cada ordenamiento nacional se entiende por un vocablo determinado. Por referirme a un único ejemplo, es claro que no en todos los países europeos se entiende lo mismo cuando se utiliza una denominación tan *elemental* como es la de “bienes inmuebles”<sup>91</sup>.

d) Considero importante la observación de que el documento incorpora el conocido como *Derecho de los consumidores*, pero no dotándole de un régimen autónomo o independiente, sino mediante la técnica de “incrustar”, dentro de abundantes pasajes, ciertas particularidades en las que se contempla, precisamente, el caso del “contrato de consumo”; esto es, aquel en el que las partes son una empresa (*business*) y un consumidor (*consumer*)<sup>92</sup>. Por decirlo de alguna manera, es como si en el Código civil

<sup>91</sup> La cuestión a la que me he referido, en la que se entrecruzan aspectos conceptuales y lingüísticos, fue cuidadosamente examinada en la obra colectiva (coordinadoras, POZZO, Barbara, y TIMOTEO, Marina) *Europa e linguaggi giuridici*, Milán, Giuffrè, 2008. En este libro se contempla, entre otros, el problema del contexto comunitario, en relación con un legislador multilingüe. Se tienen en consideración las particularidades del lenguaje jurídico en algunos idiomas, como el alemán, el italiano o el inglés. Y tiene mucho interés su último capítulo, sobre la interpretación de la Corte de Luxemburgo de los textos multilingües. Desde luego, la cuestión del *lenguaje* del DCFR es bien distinta de la relativa a los problemas que se pueden plantear cuando en el desarrollo de una relación conducente a un contrato se han utilizado idiomas diferentes. Esta última circunstancia se analiza en TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “Discrepancias lingüísticas en el contrato: nuevas normas de interpretación en el Derecho contractual europeo”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, coordinador Luis Díez-Picazo, Civitas, Cizur Menor, 2014, I, páginas 3501-3520; en la página 3518, la autora alude al tratamiento de esta cuestión en el DCFR.

<sup>92</sup> En la *Introducción* del documento, páginas 24-25, se dice que los dos grupos de trabajo que cooperaron en el DCFR coincidieron en que el Derecho de consumo no es un área

español, por ejemplo, se insertaran, en los lugares sistemáticamente procedentes, reglas particulares para lo que podríamos llamar “el mundo del consumo”. De esta forma, tales *normas* son coherentes con la reglamentación característica de un imaginario *Código de obligaciones y contratos*.

Se manifiesta el propósito fundamental de preservar el *Acquis*.

En la *Introducción*, merecen destacarse los siguientes aspectos<sup>93</sup>:

- La protección de los consumidores se contempla como uno de los principios fundamentales (apartado 12).
- El concepto de “consumidor” justifica la forma de definir los deberes específicos de las empresas respecto a los consumidores (apartado 28).
- Los dos *Grupos* autores del documento coinciden en que el Derecho de consumo no es un área autónoma del Derecho privado (apartado 40).
- No se contemplan en el documento los contratos de crédito al consumo (apartado 76 de la *Introducción*).
- Desde el punto de vista de los dos *Grupos*, la utilidad del *DCFR*, como un instrumento optativo, no es menor para las transacciones de consumo (apartado 80).
- La *libertad* es uno de los *principios* inspiradores del documento (apartado 2 del capítulo de *principios* dentro de la *Introducción*).
- Se pretende corregir la desigualdad en el “poder de negociación” (apartado 10 de los *principios*).

---

autónoma del Derecho privado. Sobre este extremo, v. mi conferencia (multicopiada) titulada *Los contratos de consumo en el Marco Común de Referencia (DCFR): un régimen que considero sensato y equilibrado*, en las *Jornadas de Derecho Mercantil*, celebradas con motivo de los 10 años de existencia de los Juzgados de lo mercantil. En Bilbao, Universidad de Deusto, día 23 de octubre de 2014.

<sup>93</sup> Me adapto ahora a la *edición resumida*.



A continuación, expongo ejemplos de reglas concretas encaminadas a la protección de los consumidores.

- En el Libro I, el artículo 1:105 define con precisión los conceptos de *consumidor* y *empresa (business)*.

En el Libro II:

- En el artículo 1:110 se alude a las cláusulas “no negociadas individualmente”.
- Es particularmente importante en la materia todo el Capítulo 3, sobre *negociaciones y deberes precontractuales*. Traduzco como “negociaciones” la palabra inglesa *marketing*.

Se trata de quince artículos, especialmente dedicados a los deberes de información, al deber de prevenir errores y acuse de recibo y a los deberes de confidencialidad.

- También se dedica notable atención (ocho artículos) al llamado *derecho de desistimiento*, que a veces se denominó, en el pasado, *derecho de arrepentimiento*. Es en el Capítulo 5.
- En el artículo II.-8:103 se recoge el llamado principio de *interpretación contra proferentem*.
- En el Capítulo 9, dentro del régimen de contenido y efectos de los contratos, se dedica la Sección 4 a las que podrían traducirse como *cláusulas injustas (“unfair terms”)*. Se trata de diez artículos.
- En el Libro III, el artículo 3:108 se refiere a la hipótesis en la que la empresa es incapaz de cumplir sus obligaciones en un contrato concluido con un consumidor por medio de una comunicación a distancia.
- En el Libro IV, sobre la compraventa, se encuentran:

Artículo IV.A.-2:304. Dentro de la regulación de la “no conformidad” de los bienes vendidos (respecto de lo que acerca de ellos podía esperar

el comprador), se dedica atención al caso de incorrecta instalación de la cosa vendida cuando el comprador es un consumidor.

Dentro de la misma materia, el artículo 2:309 versa sobre los límites al acuerdo de derogación de los derechos del comprador, cuando éste es un consumidor.

Artículo IV.A.-4:201-202 (acciones del comprador en los casos de “falta de conformidad”).

Artículo 5:103: transmisión del riesgo en un contrato de compraventa con un consumidor.

Artículo IV.A.-6:101-108, sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo.

En materia de arrendamiento de cosas, el artículo IV.B.-3:105 se refiere a la instalación incorrecta en un contrato de consumo de arrendamiento de cosas.

La idea de *situación de desventaja* en un contrato se encuentra, por ejemplo, en:

Artículo II.-3:103 (deber de proporcionar información cuando el contrato se concierda con un consumidor que se encuentra en situación de particular desventaja).

Artículo II.-3:109, acciones por el incumplimiento del deber de información.

Artículo II.-9:403 (significado de “injusta” -una cláusula- en los contratos entre una empresa y un consumidor).

Artículo VII.-1:101, dentro del *enriquecimiento injustificado*. En la misma materia, el artículo VII.-3:102. Igualmente, en el artículo VII.-6:101.

En materia de contratos celebrados a distancia, artículos II.-3:106 y artículo II.-5:201, este último sobre desistimiento del consumidor en ese tipo de contratos.

En materia de interpretación del contrato, artículo II.-9:410, sobre cláusulas que se presumen injustas en contratos entre una empresa y un consumidor.

En el contrato de mandato, el artículo IV.D.-5:101 contempla la hipótesis de que el mandante es un consumidor.

En el contrato de fianza (*garantía personal*), los artículos IV.G.-4:101-107 establecen reglas especiales de garantía en favor de los consumidores.

- El examen pormenorizado de *rules* en favor de los consumidores justificaría la redacción de dos o tres tesis doctorales.

e) Creo adecuado terminar este apartado poniendo de relieve un extremo en el que, a mi juicio, el “estilo” del *common law* parece imponerse al del *civil law*.

Me refiero a la circunstancia de que el *DCFR* contiene entre sus “principios”, junto con los de libertad, justicia y eficiencia, el de *seguridad*. Se alude expresamente a la “certeza jurídica” y a la “previsibilidad” (se entiende, de las “soluciones”, entre ellas las sentencias judiciales)<sup>94</sup>.

No obstante, son abundantes las ocasiones en las que, por mucho que el texto quiera contemplar hipótesis muy concretas, el *DCFR* acude a “términos abiertos” o conceptos jurídicos necesitados de adaptación a cada caso (en buena medida, *conceptos jurídicos indeterminados*).

Por mencionar sólo seis de los artículos que versan sobre *deberes precontractuales*, encontramos, por ejemplo, expresiones como las siguientes:

*Lo que la otra persona “pudo esperar razonablemente”, estándares de calidad y cumplimiento “que serían normales según las circunstancias”, una “buena práctica comercial”.* Esto se encuentra en el artículo II.3:101.

En el II.3:102: *lo que un “consumidor medio” podría esperar que se debiese, teniendo en cuenta “todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comu-*

---

<sup>94</sup> V. páginas 44-53.

nicación empleado” la “información relevante necesaria” para tomar una decisión, “requisitos de diligencia profesional”.

En el artículo II.3:103: consumidor en “especial desventaja”, un deber “adecuado a las circunstancias”, una “información clara”, un “plazo razonable”, “según las circunstancias”.

En el II.3:106: como “sea adecuado en cada caso” (o, dicho de otro modo, como “corresponda en cada caso”), “medio duradero” (información o comunicación).

En el III.3:302: “tanto por su naturaleza como por las circunstancias”, lo que una parte “sabe o se puede razonablemente esperar que sepa”, la parte que “razonablemente prevé”.

Pero no es sólo eso, sino que en el artículo I.1:103, que define el capital concepto de *good faith and fair dealing*, se habla de *actuar de forma inconsecuente* y de *haber confiado razonablemente*, una parte, en las declaraciones o conducta de la obra.

Los propios autores del *DCFR* son conscientes de esta circunstancia, cuando advierten de que una cuestión previa es la de si la seguridad contractual está más protegida por “reglas rígidas” o por reglas que, utilizando “términos abiertos”, como *razonable*, dejan lugar a la flexibilidad<sup>95</sup>.

En el *DCFR*, en suma, se ha optado por una determinada fórmula de técnica normativa, desde luego muy próxima a la que es característica de la *legislación* de la Unión Europea. Es una decisión defendible, ciertamente, mas creo que tiene cabida la pregunta de si la técnica de abundantes “reglas rígidas”, pero con también frecuente necesidad de acudir a “términos abiertos” (en otras palabras, a la discrecionalidad judicial), habría o no justificado la fórmula contraria: esto es, la de someter los *deberes precontractuales* a unos “grandes principios” (buena fe, lealtad, información, confidencialidad), sin entrar en pormenores.

---

<sup>95</sup> Página 47, donde la *Introducción* desarrolla el principio de “seguridad” (jurídica), uno de los inspiradores del proyecto.

Como decía antes, la técnica de los “términos abiertos” es más propia de un sistema inspirado en las *decisiones judiciales* que de otro gobernado por el principio de *reglas legales*.

## VI. RECAPITULACIÓN

1. Es muy difícil –y creo que el intento de hacerlo constituiría un acto de presunción y una temeridad– formular un vaticinio sobre el futuro del *Marco Común de Referencia* en sentido estricto, esto es, el objetivo “político” así denominado por la propia Comisión Europea. No faltan razones, a mi juicio, para sospechar que el llamativo crecimiento que la Unión Europea ha experimentado en los últimos años, con lo que entraña de incremento de las diferencias culturales y sociales, va a traducirse en obstáculos para alcanzar el objetivo que está en la raíz del propio nombre de *Marco Común de Referencia*. Es decir, el designio de alcanzar un más coherente Derecho europeo de contratos, por usar las mismas palabras que la Comisión utilizó en su ya citada Comunicación de 12 de febrero de 2003.

Ahora bien, lo que me parece incontestable es que el documento al que he venido refiriéndome, discretamente denominado *Borrador*, constituye una obra que debe calificarse de admirable.

Al comienzo de este trabajo intentaba justificar que en su título se hable de *obra monumental*. Y creo no incurrir en hipérbole al utilizar esa expresión<sup>96</sup>.

Es claro que el documento puede suscitar opiniones encontradas, incluso en algún extremo de relieve en lo que podría denominarse la *arquitectura* de la obra. Y, con más razón, se explicarían eventuales discrepancias sobre las *soluciones* que el documento da a determinados extre-

---

<sup>96</sup> En este caso, desde luego, en el sentido de aumentar excesivamente aquello de lo que se habla, pues no debe olvidarse que *hipérbole* es también la figura retórica contraria, es decir, la de que el exceso consista en una disminución.

mos de su denso contenido. Porque, y ya que hablo de *soluciones*, no puede ignorarse que el *DCFR* a pesar de su reiteradamente proclamado carácter “académico” (esto es, sólo académico), está inspirado —como si de un texto legal se tratara— por el propósito de encontrar desenlaces razonables, basados en criterios sólidos, inspirados en la justicia y armoniosos (en definitiva, esto son las *soluciones*), a la ingente variedad de conflictos propios del Derecho de la contratación.

2. Haciendo uso de un formidable acto de imaginación<sup>97</sup>, y salvados todos los anacronismos a los que se quiera acudir, se me ocurre —no ya sugerir, sino pensar— que el *DCFR* podría tener un cierto parecido con la compilación justiniana. En concreto, con el Digesto.

No sería fácil, dada la proximidad semántica de esas palabras, decidir si el *DCFR* es una *recopilación* o una *compilación*. De un lado, el documento es, en buena medida, una colección de escritos diversos. Y de otra parte, también se puede decir que se trata de una obra que reúne informaciones, preceptos o doctrinas aparecidos antes por separado en otras obras. Este segundo sentido, más próximo a la idea de *compilación*, excluiría en este caso el terrible significado que, etimológicamente, correspondería a la obra de los *compiladores*<sup>98</sup>.

En el intenso, pero no excesivamente dilatado en el tiempo, proceso que condujo a la codificación de Justiniano<sup>99</sup>, se procedió a recoger tex-

<sup>97</sup> Aquí, la palabra *formidable* se utiliza en el sentido coloquial que le atribuye nuestro Diccionario; o sea, no en el primero y más fundado etimológicamente, que asigna a *formidable* el significado de lo que causa gran temor o pavor.

<sup>98</sup> A estos efectos, y viéndome en la necesidad de beber en aguas ajenas, me inspiro en la observación de KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho romano*, traducción de la cuarta edición alemana por MIQUEL, Juan, Barcelona, Ariel, 1991, página 172 (observación que me habría pasado desapercibida), de que *compilare*, en uno de sus significados, quiere decir robar o saquear. El eminente romanista alemán, a mi juicio, sabía que estaba haciendo un juego de palabras al poner de relieve que los juristas autores de la codificación justiniana “saquearon”, a tal fin, los escritos de los juristas clásicos y las constituciones.

<sup>99</sup> De nuevo me remito a KUNKEL, obra citada, páginas 170-184, brillante síntesis de lo entonces acontecido.

tos antiguos (a veces, muy antiguos), algunos constitutivos de normas jurídicas en sentido estricto y otros en los que no se advierte claramente tal carácter.

Lo cierto es que el resultado (hablo ahora del *Corpus iuris civilis*, como conjunto) fue una obra imperecedera, que ha alimentado el pensamiento de los juristas desde entonces hasta ahora. Y, circunstancia notable, tanto de los formados en la tradición que, inspirada en el Código civil francés llamamos *romano-francesa*, como de los representativos del *common law*. El maestro Kunkel la calificó con elogios que no parecen discutibles. Habló de “su monumentalidad”, comparándola con la “grandiosidad” de la catedral de Santa Sofía, de la “colosal empresa”, de la “gigantesca empresa” y, en definitiva, de un “hecho inconmensurable y de carácter histórico universal”<sup>100</sup>.

Hoy, desde luego, las circunstancias concurrentes no son similares a las que inspiraron el impulso codificador de Justiniano, pero el *DCFR* presenta algunas semejanzas con la obra compiladora promovida por el emperador. No se trata, como entonces, de la necesidad de que el legislador “acotara y ordenada la tradición jurídica en su conjunto”<sup>101</sup>, sino de la oportunidad o conveniencia de que una Europa razonablemente bien articulada en lo institucional y en lo económico cuente con un documento que, en el menos ambicioso de los casos, sea un instrumento jurídico que poder tomar como “referencia” (esta palabra no parece ser casualidad, y la estimo particularmente afortunada) para una quizás no muy lejana armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales, de suerte que un fenómeno tan importante como es el tráfico de bienes y servicios se vea dotado de un alto grado de previsibilidad de la resolución de los conflictos. Y, por lo tanto, de un también alto grado de seguridad en las transacciones.

El *DCFR*, en definitiva, y a mi juicio, constituye una obra de la que Europa puede sentirse orgullosa.

---

<sup>100</sup> Obra y lugar citados.

<sup>101</sup> KUNKEL, obra citada, página 170.