

---

# Hacia nuevos modos de vinculación contractual\*

## *Towards a Modernisation of Contractual Terms*

Francisco DE ELIZALDE

Profesor de Derecho Civil  
IE Universidad  
francisco.deelizalde@ie.edu

RECIBIDO: 02/02/2015 // ACEPTADO: 24/05/2015

---

**Resumen:** El Derecho de contratos transita una senda de transformación o modernización de un gran calibre, que ha conllevado modificaciones legislativas y jurisprudenciales en ordenamientos jurídicos de referencia como el alemán, el francés, el inglés o el español. El impulso a dicho proceso parece sustentarse en una creciente tutela de las expectativas razonables de las partes, en desmedro de una concepción voluntarista del contrato. La constatación de estas premisas exige revisar el contenido del contrato, desde una perspectiva transnacional, con el fin de comprobar el alcance de la modernización sobre la noción tradicional de vinculación contractual.

**Palabras clave:** modernización; Derecho de contratos; habilidad del objeto; conformidad; información pre-contractual.

**Abstract:** Contract Law transits a modernisation or transformation path that has led to relevant changes in legal systems of reference such as German, French, English or Spanish. The process seems to be pushed forward by the growing protection in legitimate expectations of parties, to the detriment of a voluntarist concept of Contracts. The observation of these findings requires to review the concept of contractual terms, from a transnational perspective, with the end of assessing the extension of modernisation over the traditional notion of contractual abidingness.

**Keywords:** modernisation; Contract Law; fitness for purpose; conformity; pre-contractual information.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo pretendo destacar los nuevos modos a través de los cuales las partes de un contrato quedan vinculadas; modos distintos del tradicional consentimiento derivado de la autonomía de la voluntad. Es decir, expondré las razones que conducen a incorporar al contrato reglas vinculantes cuando no han sido expresamente convenidas.

---

\* Este trabajo constituye una versión revisada y actualizada del artículo «La determinación del contenido del contrato: nuevas perspectivas», publicado por el autor en X. Abel Lluich (ed.), *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 829-844. El trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2014-53972-P. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación.

Para ello abordaré, aunque sea someramente, las siguientes cuestiones: (i) en primer lugar, cómo se construye el contenido del contrato, según los principios generales de nuestro ordenamiento; para a continuación, (ii) explicar los nuevos modos de incorporación de reglas vinculantes, que pueden agruparse en dos categorías: (a) el modo objetivo de incorporación, que depende del tipo de contrato y (b) el modo subjetivo, que tiene en cuenta la conducta «*in contrahendo*» de las partes.

La amplitud del tema me obliga a ceñirme a sus aspectos principales y, por este motivo, voy a prescindir de un detalle exhaustivo de normas, centrándome, en la medida de lo posible, en los principios que de ellas se deducen. Además, intentaré realizar una comparación, en ese plano de los principios, entre los dos grandes sistemas jurídicos occidentales: el continental (de rai-gambre latina o germana) y el *Common Law*.

Para una mayor claridad, expondré la cuestión a partir de dos ejemplos, ambos del contrato de compraventa de una cosa específica, y, a través ellos explicaré el criterio rector de nuestro ordenamiento y la evolución de sus excepciones. Los ejemplos son: (i) la compraventa de una vivienda, en la que el vendedor no realiza ninguna afirmación sobre sus cualidades y (ii) la compraventa de una obra de arte, un cuadro, que el vendedor afirma ser de Van Gogh.

## 2. LA CONSTRUCCIÓN DEL CONTENIDO DEL CONTRATO: EL PRINCIPIO GENERAL

### 2.1. *La autonomía de la voluntad en la construcción y en la interpretación de la Lex contractus*

El principio general en el que se asienta la creación de cláusulas contractuales tanto en los sistemas continentales como en el *Common Law* es la autonomía de la voluntad<sup>1</sup>. La formulación del principio puede ser la siguiente: el acuerdo tiene «fuerza de ley entre las partes contratantes»<sup>2</sup>, obligándolos como la ley misma<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. O. LANDO, «Salient Features of the Principles of European Contract Law», en P. Šarčević y P. Volken (ed.), *The International Sale of Goods Revisited*, The Hague, Kluwer, 2001, p. 167.

<sup>2</sup> Arts. 1091 CC y 1134 del Código civil francés.

<sup>3</sup> Cfr. art. 1197 del Código civil argentino.

Es un principio que alcanza máximo vigor a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX<sup>4</sup> con la influencia del liberalismo económico («*laissez faire*») y de las proclamas revolucionarias en el plano político, que en el aspecto jurídico se traducen en el presupuesto normativo de que las partes son libres e iguales («*liberté, égalité*»)<sup>5</sup>.

La libertad e igualdad de las partes explica que, para esta concepción –voluntarista– del contrato, las prestaciones convenidas sean necesariamente justas y equivalentes en cuanto consentidas<sup>6</sup>. Lo libremente acordado no sólo es ley, sino que, además, conduciría necesariamente a un resultado de justicia, como sintetiza la conocida frase de FOUILLÉ: «*qui dit contractuel, dit juste*»<sup>7</sup>.

Para que la soberanía de la voluntad fuera absoluta, se reservó a las partes, adicionalmente, la interpretación del contrato. Ésta debía descifrar, en primer lugar, la intención común de los contratantes<sup>8</sup>, vinculando al juez, quien no puede desconocerla por razones de equidad<sup>9</sup>. El contrato creado por la voluntad es sagrado e intocable, lo que los juristas ingleses denominan «*sanctity of contracts*»<sup>10</sup>.

A pesar de su respeto común por la intención de las partes, hay una diferencia importante entre los sistemas continentales y el *Common Law*. Los primeros suelen privilegiar la voluntad real de las partes<sup>11</sup> y admiten como prueba cualquier medio que la acredite. En cambio, el *Common Law*, con su histórica preocupación por la certeza del Derecho y la seguridad jurídica que

<sup>4</sup> P. S. ATIYAH, *The rise and fall of the freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 506, ubica el momento de máximo apogeo en Inglaterra, en el año 1870.

<sup>5</sup> Cfr. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 137.

<sup>6</sup> L. I. ARECHEDERRA, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Montecorvo, Madrid, 1978, p. 69, explica la imposibilidad de impugnar lo convenido por referencia a un término real u objetivo: «en la relación contractual *inter partes* la equivalencia de las prestaciones, a través de la onerosidad, resulta inalcanzable». F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, § 320 (p. 262), destaca la ruptura del hermetismo de este principio frente a terceros, en casos como la simulación o el fraude de ley, en los que, apartándose del voluntarismo, se permite una comparación real u objetiva que el autor denomina «realidad social de la reciprocidad de intereses».

<sup>7</sup> A. FOUILLÉ, *La science sociale contemporaine*, Biblibazaar, Charlestone, South Carolina, 2009 (reimp. de la edición de Librairie Hachette, París, 1880), p. 410.

<sup>8</sup> V. gr. art. 1281 CC.

<sup>9</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT Y P. ESMEIN, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, VI, LGDJ, Paris, 1952, pp. 20 y 486.

<sup>10</sup> *Vid.*, sobre el concepto, H. PARRY, *The Sanctity of Contracts in English Law*, Stevens & Sons Ltd., London, 1959.

<sup>11</sup> V. gr. art. 1281.II CC.

favorezca el comercio<sup>12</sup>, prioriza la voluntad declarada: lo que importa es lo que las partes manifestaron, y en aplicación de la «*Parol Evidence Rule*»<sup>13</sup> no se admite, en principio, prueba de que no coincida con la que se presume como voluntad real.

## 2.2. *La integración legal del contenido contractual*

Pero en ninguno de los dos sistemas puede decirse que las partes sólo se obligan a lo que acordaron expresamente. La ley, en sentido material, ostenta un rol en la integración del contenido contractual, aunque su alcance sea distinto en los sistemas continentales y en el *Common Law*, según se trate de normas imperativas o dispositivas.

En primer lugar, en ambos sistemas hay que reconocer la primacía de las normas imperativas que se imponen a lo convenido<sup>14</sup>. V. gr., el control de licitud de las cláusulas pactadas.

En cambio, no existe uniformidad de criterio en lo que respecta a las normas dispositivas. El *Common Law* parte del principio «*caveat emptor*», que literalmente significa «que el comprador esté atento»<sup>15</sup>, pero su sentido jurídico

<sup>12</sup> El *Common Law* y, en particular, el Derecho inglés, mantiene una concepción preponderantemente comercial del contrato. Al respecto, O. KAHN-FREUND, C. LÉVY y B. RUDDEN, *A source-book on French law: systems, method, outlines of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 318, sostienen: «Parece ciertamente que el Derecho contractual inglés fue diseñado para una nación de tenderos (*shopkeepers*)». De ser esto así, el jurista inglés podría replicar, entonces, que el sistema francés fue pensado para una raza de campesinos (*peasants*)». H. KÖTZ, «Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective», *European Journal of Law and Economics*, 9 (2000), pp. 9-10, retoma la frase de KAHN-FREUND *et al.*, destacando que la diferencia entre la concepción jurídica inglesa y la francesa o alemana respecto del contrato puede deberse a que, mientras las altas instancias judiciales de Inglaterra (y Gales) tratan sobre todo complejos asuntos comerciales internacionales, contratos de transporte de mercancías y seguros, en cambio, en Francia o Alemania los temas objeto de decisión por los tribunales superiores versan principalmente sobre propiedad inmobiliaria, en el que al menos una de las partes no actúa en ejercicio de su profesión. KÖTZ entiende que, actualmente, debe ajustarse la expresión de KAHN-FREUND *et al.*, reemplazando «tenderos» por «ejecutivos agresivos de negocios internacionales (*hard-nosed international business executives*)» y «campesinos» por «consumidores (*consumers*)».

<sup>13</sup> G. H. TREITEL y E. PEEL, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, London, 2011, § 6-013 (p. 211): «*The parol evidence rule states that evidence cannot be admitted (or, even if admitted, cannot be used) to add to, vary or contradict a written instrument*».

<sup>14</sup> V. gr. art. 1255 CC y, en el *Common Law*, *Pearce v Brooks* (1866) LR 1 Exch. 213.

<sup>15</sup> Voz «*Caveat emptor*», en S. RAPALJE y R. L. LAWRENCE, *A dictionary of American and English Law, with definitions of the technical terms of the canon and civil laws*, I, Rothman, Littleton (Colorado), 1997, p. 182.

es más amplio, aplicándose no sólo a la compraventa sino a cualquier tipo de contrato<sup>16</sup>, y se entiende como la exigencia de que cada cual cuide de sus intereses al negociar, asumiendo la responsabilidad de sus decisiones<sup>17</sup>. La consecuencia es que las partes sólo se vinculan por lo que convienen expresamente.

Pese a su expresión latina, se trata de un concepto formulado a finales del siglo XVIII y principios del XIX<sup>18</sup> –evolución nocional que se puede parangonar con la situación del continente en esos momentos, los albores de la codificación–, aunque no es de descartar que rigiera en el Derecho inglés primitivo<sup>19</sup>.

En cambio, en los sistemas continentales los Códigos contemplaron, desde el inicio, un conjunto de reglas dispositivas para cada tipo de contrato, cuya función principal era integrar en el contenido vinculante extremos que las partes no pactaron.

Su rol ha ido variando con los tiempos. En un principio, acorde con una concepción voluntarista del contrato, se las consideró como meras reglas supletorias llamadas a integrar lagunas u olvidos de las partes. Más adelante, ya en el siglo XX, se les reconoció una función de arquetipo de una relación jurídica, un conjunto de normas que establecían un justo equilibrio entre las prestaciones de las partes, y servían para valorar los pactos que de ellas se apartaran<sup>20</sup>.

Por otra parte, los sistemas continentales suelen contener una referencia a la buena fe, que puede servir de fuente a la integración del contrato<sup>21</sup>, en detrimento de la soberanía de la voluntad. Aunque su eficacia dependerá del alcance que se reconozca al concepto sobre el contenido del contrato que, en el caso español, ha ido cambiando con el transcurso de las décadas, ampliando progresivamente su ámbito de actuación (*ex art. 3.1 CC*).

<sup>16</sup> B. NICHOLAS, «The Pre-contractual Obligation to Disclose Information. English Report», en *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, D. Harris y D. Tallon (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 169. ATIYAH, *The rise and fall...*, cit., p. 467.

<sup>17</sup> *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128, 138.

<sup>18</sup> W. H. HAMILTON, «The ancient maxim *caveat emptor*», 40 *Yale L.J.* 1133 (1931), p. 1186: «(...) the phrase '*caveat emptor*' is a Latin proverb of late Anglican vintage».

<sup>19</sup> En su estadio primitivo, como sucedió en el Derecho de otros países (por ejemplo, el alemán –*Augen auf, Kauf ist Kauf*–) y al igual que el Derecho romano más antiguo, es probable que la regla «*caveat emptor*» (si bien no enunciada con esas palabras) haya regido, como principio, en el *Common Law*. Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta, 1992, p. 306.

<sup>20</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC* (1982), pp. 1060-1062.

<sup>21</sup> V. gr. art. 1258 CC.

### 2.3. *Las cualidades de las cosas y su relación con la regla contractual*

Habiendo descrito, en grandes rasgos, el punto de partida de los sistemas continentales y del *Common Law*, considero que puede resultar clarificador recurrir a los ejemplos que he propuesto, para constatar las consecuencias prácticas de los principios. Lo que nos permitirá, luego, comparar los efectos de su evolución. Para ello, asumiremos que el objeto que se entrega en virtud del contrato de compraventa no se ajusta a lo que el comprador presupuso. Es decir, la vivienda no resulta habitable y el cuadro no es obra de Van Gogh, sino de un artista ignoto.

#### 2.3.1. La exclusión de las cualidades no convenidas

En los sistemas continentales, y me refiero tanto a los de influencia francesa como al Derecho alemán (antes de la reforma del BGB<sup>22</sup>), el vendedor no se encuentra obligado a entregar una cosa con las cualidades que el comprador le presupone existentes. En los ejemplos que nos sirven de hilo conductor, el vendedor de un inmueble no está obligado a entregar una vivienda habitable y el vendedor del cuadro no garantiza que sea un Van Gogh, por muy extraño que pueda parecer.

La razón de que las cualidades no se incorporen al contenido vinculante del contrato es que estos ordenamientos consideran el objeto –inmueble o cuadro– tal cual existe en la realidad, al tiempo de contratar, siempre que se trate de cosas específicas. El vendedor sólo se obliga a una prestación de dar, y cumple entregando la cosa tal cual existe<sup>23</sup>, porque lo contrario, es decir, entregar una cosa con las cualidades deseadas por el comprador pero que el objeto no posee, supondría un problema de imposibilidad inicial de la prestación dado que no se puede entregar lo que no existe<sup>24</sup>. Adaptando un ejemplo

<sup>22</sup> La reforma, que moderniza el Derecho de Obligaciones, se ordenó por la «*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*», de 26 de noviembre de 2001, que entró en vigor el 1 de enero de 2002. El actual § 433 (1) BGB obliga al vendedor a entregar una cosa libre de defectos materiales, que posea las cualidades pactadas o, en su defecto, la utilidad –subjetiva u objetiva– atendible por el comprador [*ex* § 434 (1) BGB].

<sup>23</sup> Art. 1468.I CC y art. 1614 del Código Civil francés. El BGB anterior a la reforma no contenía una norma similar, pero la doctrina había concluido que el objeto debía entregarse tal como se encontraba al momento de la transmisión del riesgo (la entrega, en el caso alemán). *Vid.* K. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, II, J. Santos Briz (trad.), EDERSA, Madrid, 1952, p. 91.

<sup>24</sup> Cfr. LARENZ, *Derecho...*, II, cit., p. 90.

de LARENZ<sup>25</sup>, el comprador no compra una vivienda habitable o un cuadro de Van Gogh, sino una vivienda determinada y un cuadro en concreto. Exigirle al vendedor que la vivienda sea habitable o que la autoría del cuadro corresponda a Van Gogh, cuando no lo son, resulta imposible y, por lo tanto, inexigible. Es un concepto de obligación construido sobre el deber jurídico del vendedor-deudor, que deja fuera del vínculo la otra cara de la moneda, las expectativas razonables del comprador-acreedor<sup>26</sup>.

El *Common Law*, en cambio, no tiene inconveniente en incorporar al contrato promesas sobre el estado de las cosas –v. gr., que la vivienda sea habitable o que el cuadro sea un Van Gogh–. La disquisición filosófica sobre la validez de un deber de cumplir con algo que puede no existir es, en el *Common Law*, ajena al Derecho<sup>27</sup>: se promete un resultado que no depende del cumplimiento de un deber sino que se constituye como garantía<sup>28</sup>.

Se trata de una forma distinta de entender la obligación, según la cual, resulta jurídicamente posible y lícito que el vendedor se vincule por estados de la realidad, eso sí, siempre que se pacte expresamente, porque de lo contrario rige como principio, el «*caveat emptor*», la no vinculación. Adelanto que este *iter* –en lo que respecta a la inclusión de una garantía en el concepto de obligación– es el que sigue la evolución del Derecho contractual español y europeo-continental.

### 2.3.2. Remedios que no derivan de la infracción del contenido contractual

Llegados a este punto, considero oportuno abrir un pequeño paréntesis. Que el vendedor no se vincule a entregar una cosa que satisfaga las expectativas del comprador no significa que éste carezca de remedios por la falta de consecución de la utilidad perseguida. Los presupuestos tenidos en cuenta al contratar importan en el Derecho contractual, pero deben distinguirse del contenido vinculante del contrato.

<sup>25</sup> LARENZ, *Derecho...*, II, cit., p. 90.

<sup>26</sup> Cfr. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 647.

<sup>27</sup> P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 169-170.

<sup>28</sup> K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *An introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 503. Recoge la opinión de estos autores, así como la previa de ATIYAH y A. M. MORALES MORENO, «Comentario al art. 35», en L. Díez-Picazo (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 290 (nota 8), 291 (nota 12) y 292.

Tanto en los sistemas continentales como en el *Common Law*, la parte perjudicada puede recurrir a las acciones que conceden los vicios del consentimiento –error, dolo, *misrepresentation*, etc.–, si concurren los presupuestos que las habilitan. Por ejemplo, si el vendedor afirma que el cuadro es obra de Van Gogh, probablemente prospere en cualquiera de los sistemas –aunque dependerá de los hechos concretos– una acción de anulación del contrato. El comprador podrá desvincularse del negocio jurídico, pero no exigir su cumplimiento, como sucedería si hubiera pactado una cláusula por la cual el vendedor garantizara la autenticidad del cuadro.

Además, en los sistemas continentales se ha generalizado una solución que el Derecho romano aplicaba en determinadas compraventas, el saneamiento por vicios ocultos, que permite rescindir el contrato o solicitar una reducción del precio, pero, al igual que sucede con la acción de anulación, no autoriza a exigir el cumplimiento de las cualidades presupuestas<sup>29</sup>: que se le entregue una vivienda habitable o un cuadro de Van Gogh.

Cabría preguntarse si el comprador perjudicado no podría recurrir a la buena fe, como fuente de integración del contrato, para exigir que el vendedor cumpla. La respuesta es negativa. Nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, ha limitado la intervención de la buena fe en la construcción de las cláusulas contractuales cuando la ley ya contempla remedios específicos<sup>30</sup>, como las acciones que concede el saneamiento por vicios ocultos.

### 3. LA EVOLUCIÓN

Tras haber expuesto el principio general que rige la incorporación de las cualidades del objeto en el contenido del contrato, nos adentramos a continuación en sus excepciones, que han surgido como consecuencia de una evolución conceptual.

Con carácter preliminar, encuentro oportuno poner de manifiesto las razones que impulsan esa evolución, que son comunes a los sistemas continentales y al *Common Law*.

En primer lugar, existe una ruptura del presupuesto de igualdad de las partes, reconociéndose en una multiplicidad de ámbitos la desigualdad como

<sup>29</sup> Vid. A. M. MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC* (1980), p. 681.

<sup>30</sup> SSTs de 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 8906) y 23 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2349).



presupuesto normativo<sup>31</sup>. En algunos casos, como el Derecho de consumo, esa desigualdad es motivo de una especial protección. La desigualdad se refiere, en ocasiones, a un diverso poder de negociación de las partes<sup>32</sup>; en otras, a una distinta relación con el objeto contractual, que incide en la información que se posee de la cosa, como sucede, por ejemplo, cuando el vendedor se encuentra en una mejor posición de conocer que la empresa transmitida carece de una determinada licencia<sup>33</sup>. En la «sociedad de la información», las desigualdades informativas reciben, paulatinamente, un tratamiento más adecuado al equilibrio prestacional.

Por otra parte, asistimos a una vuelta a una concepción más realista del negocio jurídico, reconociéndose, de manera creciente, la función social que le corresponde y la necesidad de que contribuya a satisfacer la finalidad de las partes –que es lo que las lleva a contratar– y, por ello, que no sea un mero instrumento de transformación jurídica. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento se persigue que el negocio jurídico no sólo recoja la obligación de transmitir un inmueble, sino que incluya, además, el deber de garantizar que sea habitable<sup>34</sup>.

Se comprenderá mejor si explico concretamente la evolución de la construcción del contenido contractual. Reitero que las vías de erosión del concepto de origen decimonónico pueden agruparse en un modo objetivo, según el tipo de contrato, y otro subjetivo, que depende de la conducta de las partes. Me ocuparé de ellos en ese orden.

<sup>31</sup> La existencia de un Derecho particular para los contratos celebrados por consumidores (v. gr., entre otras, la Directiva 93/13/CE, del Consejo Europeo, de 5 de abril de 1993) supone una ruptura de la noción unitaria del contrato, basada en la igualdad de las partes.

<sup>32</sup> Este diverso poder de negociación es susceptible de grados y no afecta exclusivamente a los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional (llamados B2B: «*Business to Consumers*»), pudiendo acaecer entre empresarios. *Vid.*, al respecto, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Thomson Civitas, 2009.

<sup>33</sup> Como sucede en los hechos de la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 6747).

<sup>34</sup> Fue el profesor CASTRO quien difundió con mayor énfasis, en el Derecho español, la relevancia de la finalidad que las partes se proponen alcanzar –el «propósito práctico»– a través del negocio jurídico. *Vid.* CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., § 27 (pp. 27-31). El propósito práctico cumple diversas funciones en el contrato; en este trabajo nos ceñimos a su incorporación a la regla contractual por una distribución normativa del riesgo. Sobre la distribución del riesgo en relación con el propósito práctico, *vid.* A. M. MORALES MORENO, «El ‘propósito práctico’, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», en *ID.*, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 337-340.

### 3.1. *El modo objetivo de vinculación*

Una primera vía de evolución del contenido vinculante del contrato se ha llevado a cabo en determinados tipos de contratos, principalmente la compraventa –que suele servir de arquetipo a los demás–, cuando el vendedor actúa en el ejercicio de su profesión.

Se distinguen, así, las compraventas en las que el vendedor reviste la condición de profesional y que, por ello, queda obligado a entregar una cosa que satisfaga al comprador –v. gr., una vivienda habitable–, de los casos en los que el vendedor es un particular, que no se obliga a ello, siguiendo el principio general. La distinción tiene un fundamento económico que recibe un reconocimiento jurídico.

#### 3.1.1. Fundamento

En la realidad económica que subyace en la codificación, la fabricación de objetos nuevos se realiza por encargo del adquirente y se regula mediante el contrato de obra, que obliga al fabricante a entregar una cosa que reúna las cualidades deseadas. Utilizando una terminología posterior, es una obligación de resultado. La compraventa, en cambio, considera objetos usados<sup>35</sup>.

En la economía contemporánea, el papel del fabricante se ha transformado y su rol en el mercado también: es él quien produce y vende los bienes sin previo encargo. Por consiguiente, la regulación de la compraventa experimenta un cambio inicial por cuanto el vendedor es, además, fabricante<sup>36</sup>.

Por otra parte, los bienes que vende suelen ser nuevos y genéricos. Por ejemplo, un televisor marca tal, modelo cual. O un coche de una determinada

<sup>35</sup> A. M. MORALES MORENO, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *ADC* (1982), pp. 670-672. El mismo autor en «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», en *La modernización...*, cit., p. 194.

<sup>36</sup> MORALES MORENO, «El dolo...», cit., p. 671. Incluso cuando existe encargo, la legislación moderna tiende a integrar la prestación en el contrato de compraventa –y no en el de obra–, como ordena el art. 3.1 de la Convención de Viena (Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980) o el art. 1.4 de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de consumo. Estudia detalladamente la cuestión P. PERALES VISCASILLAS, «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo», *AC*, nº 47-48 (2003), pp. 1199-1224.

marca y modelo. El vendedor se encuentra obligado a entregar bienes que contengan las características del género<sup>37</sup> y no puede ampararse en el defecto que presenta una cosa determinada, v. gr., el televisor concreto que adquirió el comprador.

Una tercera razón que justifica la responsabilidad del vendedor profesional es que es habitual que realice atribuciones de calidad a los productos<sup>38</sup> o, incluso, que se deduzcan de su posición en el mercado<sup>39</sup>. Por ejemplo, de los bienes de una tienda de prestigio se presume determinada calidad.

Por último, el vendedor profesional puede asumir la garantía de calidad por la posibilidad de repercutir su coste en el precio, cuyo aumento no es significativo por la multiplicidad de operaciones que ejecuta, en un mercado de masas<sup>40</sup>.

Las anteriores características no concurren en una venta efectuada por un particular y justifican la distinción entre estos contratos y los celebrados por un profesional, en cuanto al alcance de su vinculación.

### 3.1.2. Cauces jurídicos

Las excepciones al principio general (según el cual la utilidad del objeto queda al margen de la «*lex contractus*») se han canalizado mediante la técnica de incorporar al contrato, como cláusula, la garantía de que los bienes incluyen la utilidad razonablemente esperada por el comprador.

A nivel mundial, esa garantía se exige en las compraventas entre empresarios, por *mor* de la Convención de Viena, de compraventa internacional de mercaderías<sup>41</sup>, y en el plano europeo, a través de la Directiva

<sup>37</sup> Cfr. art. 1096.II CC.

<sup>38</sup> Así sucede, v. gr., en las SSTs de 10 de junio de 1983 (RJ 1983, 3454) y 4 de julio de 1997 (RJ 1997, 5842).

<sup>39</sup> Cfr. MORALES MORENO, «El dolo...», cit., p. 656.

<sup>40</sup> F. PARISI, «The Harmonization of Legal Warranties in European Law: an Economic Analysis», *Law and Economics Working Papers Series*, George Madison University School of Law, 2001, p. 11 (nota 7), disponible en <http://papers.ssrn.com/abstracts=276993> (visitado el 18/10/2012). E. PEDEN, «Policy concerns behind implication of terms in law» (2001) 117 *LQR* 459, pp. 471-472, considera que la posibilidad de repercutir los costos es una de las razones que justifica la deducción, por los tribunales ingleses, de «*implied terms in law*», cláusulas implícitas que distribuyen los riesgos entre las partes, obligando al deudor a garantizar la utilidad esperada por el acreedor, como excepción al principio «*caveat emptor*».

<sup>41</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.

1999/44/CE<sup>42</sup>, que regula las ventas de consumo entre un profesional y un consumidor.

Las dos normas se encuentran incorporadas al Derecho español<sup>43</sup>, el cual, por obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya venía reconociendo la responsabilidad reforzada del vendedor profesional, aplicando la doctrina del «*aliud pro alio*» o sancionando como incumplimiento la inhabilidad del objeto<sup>44</sup>. La distinta condición del comprador en estas normas –en una, empresario, en la otra, consumidor–, nos muestra que, a diferencia de lo que se suele entender, el elemento determinante no es el comprador, sino la condición necesariamente profesional del vendedor. La condición del comprador no influye en la garantía que se incorpora al deber de prestación, aunque puede determinar el carácter imperativo o dispositivo de la ley, como sucede, en materia de consumidores, en la que priman las normas imperativas, para dotarles de mayor protección<sup>45</sup>.

En el *Common Law*, concretamente, en el Derecho inglés, la responsabilidad del profesional se ha exigido mediante la técnica de los «*implied terms in law*», cláusulas que la ley o la jurisprudencia consideran implícitas en el contrato y que, por este motivo, vinculan<sup>46</sup>. Es una forma de sortear el principio «*caveat emptor*», obligando al vendedor profesional incluso en ausencia de un pacto expreso.

En consecuencia, existe en la actualidad un primer modo de quedar vinculado contractualmente, por causas ajenas a la voluntad, en determinados tipos de contratos, como la compraventa, que afectan a la parte que actúa en el ejercicio de su profesión. Y se exige en todos los países de la Unión Europea.

<sup>42</sup> Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de consumo.

<sup>43</sup> España se adhirió a la Convención de Viena mediante Instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990 (BOE de 30 de enero de 1991). La Directiva 1999/44/CE fue traspuesta por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Actualmente, se encuentra incluida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>44</sup> En un consolidado cuerpo de doctrina jurisprudencial que comienza con la STS de 23 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1500). En realidad, la primera sentencia que menciona la doctrina del *aliud pro alio*, tal como la conocemos, es la STS de 12 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1372). Sin embargo, no es operativa (a efectos de doctrina jurisprudencial, *ex art. 1.6 CC*) ya que el Tribunal Supremo considera que no resulta aplicable, encuadrando el caso en los vicios ocultos.

<sup>45</sup> *Vid.* LANDO, «Salient Features...», cit., p. 167.

<sup>46</sup> PEDEN, «Policy concerns...», cit., p. 459.

### 3.2. *El modo subjetivo de vinculación*

Un segundo modo de construcción de cláusulas contractuales puede denominarse «subjetivo», ya que tiene en cuenta la conducta «*in contrabendo*» de las partes.

#### 3.2.1. El principio y sus excepciones

Todo contrato, ya sea en los sistemas continentales o en el *Common Law*, se perfecciona por el encuentro entre la oferta de una parte y la aceptación de la otra, que determina el consentimiento. Ese consentimiento es fuente de la vinculación contractual y de las cláusulas que se establecen<sup>47</sup>.

Una concepción voluntarista del contrato, que asumen en cierta medida tanto los sistemas continentales como el *Common Law* –más este último, en su vertiente declaracionista– lleva consigo que las partes no queden vinculadas contractualmente, por lo que afirman u omiten durante la fase de negociación del contrato, antes de su perfeccionamiento, si luego no lo incluyen como cláusula<sup>48</sup>. Lo que no sacraliza la voluntad común, no es exigible, con independencia de que pudiera originar una responsabilidad de naturaleza precontractual.

Volviendo a nuestros ejemplos, sucedería que si el vendedor de una vivienda declarara en el proyecto de obra que el inmueble contará con una piscina pero no se incluyera este extremo en el contrato, no le sería exigible. Lo mismo ocurriría si el vendedor del cuadro afirmara que es un Van Gogh mientras el potencial comprador lo examina o lo hiciera constar en el folleto de la subasta, pero no lo garantizara en el contrato.

Lo expuesto resulta de aplicar las normas, por ejemplo, del Código Civil español<sup>49</sup> o de la «*Parol Evidence Rule*» del *Common Law*, que es incluso más

<sup>47</sup> V. gr. en el Derecho español, arts. 1255, 1261 y 1262 CC. Vid. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 326-328. Lo mismo sucede en el Derecho inglés, TREITEL/PEEL, *The Law...*, cit. § 2-001 (p. 8).

<sup>48</sup> Cfr. A. M. MORALES MORENO, «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8º de la LGCU)», en *La modernización...*, cit., pp. 231 y 233.

<sup>49</sup> La primacía de la intención común en la interpretación del contrato (ex art. 1281 CC), que relega a los restantes criterios a una aplicación subsidiaria, excluye, en la mayoría de los casos, la posibilidad de incorporar al contenido del contrato las informaciones transmitidas u omitidas «*in contrabendo*» que no fueran consentidas por las partes. La jurisprudencia ha soslayado, en ocasiones, el poderío de la autonomía de la voluntad, para vincular al deudor por la publicidad comercial, recurriendo al criterio de buena fe del art. 1258 CC [v. gr. SSTS de 27 de enero de 1977 (J. Civ. 1977, núm. 26) y 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5315)]. Sin embargo, no deja de parecerme una aplicación forzada de esa norma, cuya función auténtica es la de integrar las lagunas del contrato y no, como se la utiliza, en la interpretación de la declaración de voluntad contractual.

grave, por cuanto termina confundiendo el contrato con el documento contractual, ya que nada existe fuera de él.

Las limitaciones de una voluntad omnímoda –en sus facetas voluntarista o declaracionista–, nos llevan a cuestionarnos si resulta razonable que la información que una parte transmite a la otra durante la negociación del contrato quede fuera del mismo. Y cuando menciono la información transmitida, debería incluir también, en nuestro Derecho, la información omitida. Tan perjudicial es adjudicar la autoría del cuadro a Van Gogh como que el vendedor calle ante la creencia errónea del comprador, siendo consciente de su error.

La información que se transmite o que se omite, sobre todo si es importante, puede generar en el comprador la expectativa de recibir una cosa con determinadas cualidades que, en realidad, no ostenta. Y puede influir, en consecuencia, tanto en su decisión de contratar como en el precio que paga por el objeto.

Paulatinamente, ambos sistemas han ido percatándose de los excesos a los que conducía una interpretación del contrato asentada sólo o principalmente en la voluntad común, que desconociera la información precontractual, y han ido desprendiéndose, de modo inconsciente o por lo menos no siempre admitido, de su ropaje voluntarista.

Nuestro Derecho, primero por obra de la jurisprudencia, ha reconocido, por ejemplo, el valor contractual de la publicidad<sup>50</sup>. Las características informativas del producto que se publicitan pasan a integrar el contrato, como si se tratara de cláusulas convenidas. Actualmente, la ley lo exige expresamente en contratos celebrados por consumidores, sancionando, además, las omisiones de información<sup>51</sup>. También se ha extendido la vinculación contractual, por afirmaciones, a la información no necesariamente publicitaria, como la que es habitual que se transmita durante la negociación de una compraventa de acciones. El Tribunal Supremo ha integrado al contrato, como cláusula, las afirmaciones «*in contrabando*» del vendedor, por ejemplo, respecto de la situación financiera de la empresa –elemento decisivo del precio– aun cuando no se hubiera garantizado expresamente<sup>52</sup>.

El *Common Law* lleva más tiempo reconociendo valor de cláusula contractual a las afirmaciones realizadas durante la fase previa al contrato, siem-

<sup>50</sup> SSTs de 27 de enero de 1977 (J. Civ. 1977, núm. 26); 20 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1386); 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215), entre otras.

<sup>51</sup> Arts. 61.2 y 65 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

<sup>52</sup> STS de 19 de enero de 2001 (RJ 2001, 1320).

pre que sean importantes para quien las recibe, y tiene en cuenta, para ello, la posición de las partes respecto de esa información. Para mitigar el rigor del principio «*caveat emptor*» recurre a la ficción de que, además del contrato principal, las partes celebraron un contrato colateral (verbal) que se adiciona al principal convenido, por el que la información adquiere fuerza vinculante<sup>53</sup>.

Dos ejemplos clásicos ilustran la solución que adopta el Derecho inglés: los casos *Oscar Chess Ltd. v Williams*<sup>54</sup> y *Dick Bentley Productions Ltd. v Harold Smith (Motors) Ltd.*<sup>55</sup>. Ambos versan sobre la venta de un coche usado, en la que los vendedores transmitieron a los compradores datos equivocados respecto de la antigüedad y el millaje del coche, respectivamente, que influyeron en el precio del contrato. La diferencia es que, en el primer caso, el vendedor era un particular que vendía a un experto en la materia y, en el segundo, al revés, un profesional que vendía a un particular. La solución fue distinta. En *Oscar Chess* se consideró que la afirmación del vendedor no constituía una cláusula del contrato, ya que el comprador, perito en la materia, podría haberse cerciorado de su veracidad; en *Dick Bentley*, por el contrario, se resolvió a favor del comprador, incluyendo la afirmación del vendedor como cláusula del contrato.

### 3.2.2. Los criterios de incorporación de la información al contrato

Llegados a este punto, interesa establecer los criterios que determinan la incorporación, como cláusula contractual, de la información transmitida u omitida antes de la perfección del contrato.

Considero, al respecto, que los parámetros que deduce el Derecho inglés de la casuística sirven también para explicar la evolución de nuestro Derecho. Esos criterios son: la importancia de la información transmitida<sup>56</sup> y la posición de las partes respecto de esa información<sup>57</sup>.

La importancia de la información se explica por sí sola. En el ejemplo del cuadro de Van Gogh, las afirmaciones sobre su autoría son importantes. En cambio, quiero formular una breve aclaración sobre lo que se entiende

<sup>53</sup> J. CARTWRIGHT, *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, Sweet & Maxwell, London, 2009, § 8.06 (pp. 293-295).

<sup>54</sup> [1957] 1 W.L.R. 370, CA.

<sup>55</sup> [1965] 1 W.L.R. 623, CA.

<sup>56</sup> CARTWRIGHT, *Misrepresentation...*, cit., § 8.08 (pp. 295-298).

<sup>57</sup> *Ibid.* (pp. 298-302). En el mismo sentido, P. S. ATIYAH, «Misrepresentation, Warranty and Estoppel», en *Essays on Contract*, P. S. Atiyah, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 300.

por la posición de las partes respecto de la información. No se refiere con ello al desigual poder de negociación –como podría suceder entre un empresario y un consumidor– sino a la posibilidad relativa de conocer la exactitud de la información que se transmite o se omite. Lo que puede afectar por igual a un vendedor profesional o a un particular.

Tan sancionable es un vendedor particular que realiza dolosamente una afirmación –que el cuadro es obra de Van Gogh cuando conoce que pertenece a un artista ignoto– como un profesional en la misma situación. Aunque es verdad que en los supuestos de afirmaciones de buena fe, es decir, formuladas con la creencia de que la información que se transmite es correcta, la condición profesional o particular de las partes incide en la determinación del carácter vinculante de la afirmación, normalmente por el diferente grado de diligencia exigible a uno y otro en el conocimiento de la exactitud de la información que comunican.

#### 4. CONSECUENCIAS Y CONCLUSIONES

En este último apartado quiero destacar brevemente las consecuencias que se derivan, para el Derecho español en concreto, de las dos vías de evolución del contenido contractual comentadas: la objetiva y la subjetiva. En primer lugar, mencionaré las consecuencias comunes a ambas para, a continuación, referirme a las particulares de cada una de ellas.

Como característica común, entiendo que se avanza hacia un concepto más realista, menos voluntarista, de contrato, que incluye dentro del contenido vinculante las expectativas razonables de las partes. El contrato da un paso más en dejar de ser un mero instrumento de transformación jurídica para satisfacer, además, los motivos relevantes que llevan a las partes a contratar. Y tiene en cuenta, en la integración, la desigualdad que, en distintos aspectos, presentan los contratantes.

Ello conduce, en cierto modo, a la ruptura de las estructuras dogmáticas decimonónicas, en favor de un mayor realismo del contrato que, a su vez, deriva en una nueva puesta en valor de la justicia conmutativa. Lo que no debe perderse de vista para evitar caer en un nuevo dogmatismo sin sustento real, como sucede en algunas propuestas europeas de unificación del Derecho contractual.

Refiriéndome ahora a las consecuencias particulares, el criterio objetivo de integración del contenido contractual, que parte del tipo de contrato y del carácter profesional de una de las partes, supone, a mi juicio, una correcta ade-



cuación del vínculo a la realidad socio-económica presente. Y una fuente nada despreciable de normas dispositivas o, en su caso, imperativas, como sucede en el Derecho de consumo.

Por último, el criterio subjetivo incide de lleno en la supremacía del consentimiento, trastocando, necesariamente, la interpretación del contrato. Ya no alcanza con escrudñar la intención común de las partes para establecer las cláusulas que contiene el contrato, por intervención de las propias partes (es decir, no a causa de una integración legal, como pueden ser las normas dispositivas o imperativas) sino que corresponde interpretar, adicionalmente, el sentido de su conducta precontractual –la información transmitida u omitida–.

En el fondo, de lo que se trata es de determinar si una de las partes, por ejemplo, el comprador, puede legítimamente confiar en la información que le transmite la otra, para lo cual se analiza, como vimos, la posición relativa de las partes respecto de esa información. La interpretación busca establecer si esa confianza es razonable, lo que nos lleva a encontrar una fuente de vinculación contractual, generada por las propias partes, distinta del consentimiento (la confianza), como reconoce el Derecho inglés desde hace algo más de una década, a partir de la sentencia recaída en el caso *Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society*<sup>58</sup> o el *Derecho alemán*, con una aplicación expansiva del criterio de buena fe del § 157 BGB<sup>59</sup>.

No pretendo concluir que la voluntad desaparece como fuente de las reglas del contrato. Todo lo contrario. Sigue siendo primordial, pero su reinado absoluto se ha ido convirtiendo en una monarquía parlamentaria<sup>60</sup>. Los límites vienen impuestos, en el caso de la integración objetiva, por el legislador, a través de leyes específicas. En los criterios subjetivos, por el juez que realiza la interpretación de la conducta precontractual de las partes y determina la razonabilidad de la confianza. Por lo tanto, la antigua sacralidad del contrato se resiente por una mayor intervención de los distintos poderes públicos.

<sup>58</sup> [1998] 1 W.L.R. 896, HL.

<sup>59</sup> H. UNBERATH, «Contents and Effects», en S. Leible & M. Lehmann (ed.), *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, La Haya, 2014, p. 301.

<sup>60</sup> Según lo expresa, con ironía, respecto de la evolución del principio «*caveat emptor*», HAMILTON, «The ancient maxim...», cit., p. 1187.

