

El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho Contractual

Principios UNIDROIT y Principios de Derecho Contractual Europeo ()*

por

DANIEL ESPINA

*Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Barcelona*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LOS TEXTOS PRINCIPALES EN LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO CONTRACTUAL.
- II. LA COINCIDENCIA DE LAS DISTINTAS PROPUESTAS EN FORMULAR REGLAS UNIFICADAS COMO SUPERACIÓN DE LA DIVERSIDAD LEGISLATIVA NACIONAL:
 1. LA COINCIDENCIA FUNCIONAL EN EL ÁMBITO MERCANTIL DE APLICACIÓN.
 2. LA COINCIDENCIA INSTRUMENTAL COMO ORDEN NORMATIVO A DISPOSICIÓN DE LOS CONTRATANTES.
- III. LA COINCIDENCIA MATERIAL EN LA REGULACIÓN PROPUESTA COMO DERECHO UNIFICADO DE LOS CONTRATOS:
 1. EL AMPLIO RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA COMO PILAR DEL DERECHO CONTRACTUAL
 2. LA RECONDUCCIÓN DEL DEBATE SOBRE LA CAUSA EN EL CONTRATO AL RÉGIMEN EFECTIVO DE LOS LÍMITES GENERALES A SU RECONOCIMIENTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES:

(*) Ponencia del autor en el I Congreso de Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares y celebrado los días 26 y 27 de abril de 2007. La Ponencia formaba parte de la mesa sobre el tema «“Acquis communautaire”, Principios de la Unión Europea y Principios Unidroit: ¿pueden coexistir?», y se publicará junto con las actas del Congreso.

- a) *La ponderación de la causa como elemento y requisito del contrato en el tráfico mercantil.*
 - b) *La tipicidad mercantil del contrato como superación de la cuestión causal:*
 - b') La ausencia de propia cuestión causal en la ponderación del distinto poder negociador de las partes.
 - b'') La ausencia de propia cuestión causal en la prevención normativa frente a las cláusulas abusivas.
 - c) *El mantenimiento en todo caso de la revisión causal de los fines de las partes.*
- 3. LA AUSENCIA DE ESPECIALIDAD EN MATERIA DE CAPACIDAD DE LAS PARTES.
 - 4. LA ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRODUCTIVIDAD DE INTERESES DE LAS OBLIGACIONES.
 - 5. EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA FUNCIÓN SOLUTORIA DE LOS NUEVOS MEDIOS DE PAGO.
- IV. EL DISTINTO RITMO Y EL IMPULSO RECÍPROCO ENTRE LAS DIFERENTES PROPUESTAS DE UNIFICACIÓN COMO PONDERACIÓN DE SU DIVERSO ALCANCE NORMATIVO:
- 1. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE PRODUCTIVIDAD DE INTERESES A LA PROPIA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERÉS
 - 2. LA ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO MERCANTIL DE LA SOLIDARIDAD DE LAS OBLIGACIONES.
- V. CONCLUSIÓN: UNA FORMULACIÓN UNIFORME DE LAS ESPECIALIDADES MERCANTILES DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

I. INTRODUCCIÓN: LOS TEXTOS PRINCIPALES EN LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO CONTRACTUAL

Tras el estudio, por parte de los ponentes de la primera mesa, de los problemas y caracteres generales de la construcción de un Derecho Privado europeo e internacional en el ámbito contractual, parece correspondernos ahora, a los de la segunda, la presentación general de los principales procesos encaminados a ese fin. En esta Ponencia se procurará, por ello, una presentación y comparación inicial de los textos sobre los que pretenden centrarse esencialmente las labores del Congreso: los llamados «Principios de Derecho Contractual Europeo» (1) y los «Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Inter-

(1) Véase Ole LANDO/Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I. Performance, Non-performance and Remedies*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1995; Ole LANDO/Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised (Prepared by The Commission of European Contract Law)*, Kluwer, La Haya, 2000; y Ole LANDO/Eric CLIVE/André PRÜM/Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III (Prepared by The Commission of European Contract Law)*, Kluwer, La Haya, 2003 (se citarán los dos últimos como «PECL I & II [1999]» y «PECL III [2002]»). Versión en español: *Principios de Derecho Contractual Europeo*,

nacionales» (2). No dejarán de mencionarse, con todo, otras aportaciones de inspiración más o menos cercana, en especial cuando ofrezcan soluciones o perspectivas diferentes sobre las mismas cuestiones examinadas (3).

Al efecto, se tratarán específicamente aquellos aspectos generales que permiten caracterizar funcional e instrumentalmente las diferentes propuestas, como expresión probablemente de lo ya mencionado en las intervenciones anteriores, pero dando razón, en lo posible, de su esencial coincidencia y señalando también su concreción material en las previsiones normativas que contienen. Aunque el objeto de análisis hubiese podido extenderse, se ha circunscrito a los extremos que no está previsto analizar en ponencias sucesivas, sobre la interpretación y aplicación de los textos y sobre la determinación de algunos de sus contenidos, suponiendo que su incorporación aquí no habría conducido a replantear por entero los resultados que se exponen a continuación.

II. LA COINCIDENCIA DE LAS DISTINTAS PROPUESTAS EN FORMULAR REGLAS UNIFICADAS COMO SUPERACIÓN DE LA DIVERSIDAD LEGISLATIVA NACIONAL

Frente a la pluralidad de legislaciones nacionales conexas con cada operación en el comercio internacional, o a la misma diversidad de ordenamientos entre los Estados miembros de la Unión Europea; y frente a la propia elaboración o reconocimiento estatal del respectivo derecho positivo o de los medios normativos para su coordinación; los dos textos examinados se proponen una semejante formulación privada y puesta a disposición de los interesados de reglas generales unívocas en materia contractual (cfr. art. 1:101 [1] PECL I & II [1999] y Preámbulo [I] UNIDROIT Principles 2004). Como en toda labor de

Partes I y II. Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo» (Pilar BARRES BENLLOCH/José Miguel EMBID IRUJO/Fernando MARTÍNEZ SANZ, eds.), Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

(2) Véase *Principles of International Commercial Contracts*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Roma, 1994 (versión en español: *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado [UNIDROIT], Roma, 1995 [reimp. corregida 2001]); y *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Roma, 2004 (se citará el segundo, como «UNIDROIT Principles 2004»).

(3) En especial: Giuseppe GANDOLFI (coord.), *Code Européen des Contrats, Avant-projet, Livre Première, I*, Accademia dei Giusprivatisti Europei (Pavia)/Giuffrè, Milán, 2002 (3.^a). (Se citará como «Cod. eur. contr. I.1»). Para un texto en español: José Luis DE LOS MOZOS/Agustín LUNA SERRANO, «Academia de iusprivatistas europeos de Pavia. “Código Europeo de Contratos” (Anteproyecto)», en *RGLJ*, 2001, págs. 713 a 804; Gabriel GARCÍA CANTERO (dir.), «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», en *RJN*, 44 (2002), págs. 299 a 396.

tamaño enjundia, y renovando prevenciones manifestadas históricamente frente a las codificaciones decimonónicas, parecen contraponerse las dificultades y oportunidad de su consecución técnica a la debida corrección por el estado democrático de la imposición de cierta realidad del tráfico según el interés de los grupos sociales dominantes (4). Sea como fuere, cabe presuponer una parecida pretensión normativa en ambas propuestas, más o menos inmediata en una de ellas o postergada en la otra, y procede esclarecer así por igual su recta conjunción con los ordenamientos estatales ante cuyas instancias jurisdiccionales o administrativas vayan a hacerse valer en su momento.

(4) La propia formación y desarrollo de un derecho autónomo de la práctica comercial internacional, en cuanto suerte de derecho vivo creado por los propios medios profesionales del tráfico mercantil, ha podido explicarse como una respuesta a la lentitud y dificultades de una mayor unificación por la vía legislativa; pero se explica ésta a su vez, más allá del factor técnico de las diferencias entre los sistemas jurídicos de las llamadas *civil* y *common law*, por la oposición entre los países industrializados, bajo cuya influencia dominante se ha venido desenvolviendo el Derecho Uniforme Internacional, y los países en vías de desarrollo, que han accedido a la independencia tras el proceso de descolonización; sin decisiva relevancia, en cambio, de la contraposición entre sistemas de economía de mercado y de economía centralizada, coincidentes cuando menos en desarrollar las relaciones comerciales internacionales de carácter privado dentro de la más amplia libertad contractual. Véase José María GONDRA ROMERO, «La nueva *lex mercatoria* y la unificación del Derecho del comercio internacional», en *RDM*, 1973, págs. 13 a 17, 21 a 25, 33 y 34, que ponderaba, a la sazón, aquella autonomía presupuesta, respecto de sus fuentes, por el carácter fragmentario de su contenido, dependiente todavía de los derechos nacionales; y respecto de su jurisdicción arbitral, por la falta de una propia institucionalización internacional, dependiente del reconocimiento estatal para el logro de una sanción mayor que la mera reprobación social. Antes también de que se iniciaran siquiera trabajos como los que ahora se examinarán, se previno frente a la falsa impresión de que la llamada «nueva *lex mercatoria*» se expresara ya como un conjunto normativo coherente, sobre la formulación de reglas convincentes en los arbitrajes internacionales, pues no se advertía sino la pretensión teórica de evitar la aplicación de los derechos estatales, mediante la remisión a oscuros principios generales u ordenamientos no nacionales. Se reconocía al mismo tiempo, empero, la función normativa efectiva de las reglas fijadas por este cauce, entre agentes económicos cuyo poder difuso les permite crear un marco reservado en el que no se les requiere obedecer otras; y se advertía la realidad de un cierto espacio transnacional conformado sobre la movilidad territorial de los grandes poderes económicos privados, que deciden con rapidez y discreción sobre la transferencia y localización de recursos y actividades significativas, protagonizando incluso la organización efectiva de las relaciones entre los diferentes Estados en el ámbito económico, al seguirse identificando con la riqueza de cada nación los intereses de las grandes empresas rivales dilucidados en la evolución del colonialismo europeo y la posterior expansión norteamericana. Véase François RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, en *Revue générale de droit international public*/Pedone, París, 1977, págs. 369 a 372, 398 a 400, 408 a 413, 433, 434 y 439 a 444, que señalaba la propia autonomía como sistema normativo no estatal de los códigos formulados por técnicos al servicio de comerciantes, que los asumen en el ejercicio de su poder económico privado, sobre la eficacia de sanciones de exclusión patrimonial consistentes en la privación del acceso a las actividades bajo la competencia inorgánica de cierto número, quizá restringido, de sujetos o empresas con fines determinados; lo que parece suceder como proyección de las libertades formales de

1. LA COINCIDENCIA FUNCIONAL EN EL ÁMBITO MERCANTIL DE APLICACIÓN

Aunque quizá parezca una trasposición no enteramente ponderada del mismo contexto comercial y transnacional en el que venían desarrollándose y discutiéndose las labores unificadoras de este tipo, cabe señalar una propia coincidencia funcional en el ámbito de aplicación de los dos textos analizados sobre la consideración última de la organización y desarrollo empresarial de cualquier actividad económica. La unificación de reglas que suponen, en todo caso, viene a retomar con ello el debate recurrente sobre la unificación del Derecho Civil y el Derecho Mercantil en los ordenamientos nacionales que mantienen esta distinción, como ocurre con el español.

Ciertamente, sólo los Principios de UNIDROIT se conciben a sí mismos como propio instrumento del tráfico internacional entre empresas, al enunciar su noción básica como reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, frente a su paralela proyección en cuanto modelo de reglamentación común de toda relación contractual (Preámbulo [I] UNIDROIT Principles 2004). Cuando menos, se considera típicamente la contratación con algún elemento interterritorial, al establecerse unas reglas generales aplicables a los contratos internacionales, aun propuesta su posible función también en la contratación puramente nacional, estando conectados todos los elementos relevantes del contrato con un solo país, por el acuerdo de las partes al efecto (cfr. Preámbulo [I] [Comm. 1 y 3] UNIDROIT Principles 2004). Y se atiende igualmente la contratación entre empresarios, estableciendo reglas generales aplicables a los contratos mercantiles, aunque sólo pretenda prevenirse con ello frente al derecho imperativo nacional aplicable a la contratación con consumidores, que intervengan en el contrato fuera del comercio o del ejercicio de una profesión, o a la contratación directamente entre particulares (cfr. Preámbulo [I] [Comm. 2 y 3] UNIDROIT Principles 2004) (5).

contratar y del poder reconocido a los particulares sobre sus bienes según los derechos de los diferentes Estados, cuya legislación imperativa u orden público se neutraliza arbitrariamente por la misma desconexión de estos supuestos respecto de ordenamientos nacionales concretos; de modo que, por fin, terminaba previniendo frente a una separación estricta entre Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, que habría ocultado la realidad de dicho fenómeno de cambiante sumisión y sustracción a los ordenamientos estatales oscureciéndola bajo la consideración esquiva de usos y prácticas comerciales o profesionales, o de pretendidos principios generales.

(5) Cierta concepción pragmática de la comercialidad ha sido considerada un rasgo sustancial de base de casi todos los instrumentos normativos elaborados en esta materia, a partir de la misma expansión del fenómeno de las relaciones jurídicas privadas en el comercio internacional a partir del fin de la II Guerra Mundial. Véase Rafael ILLESCAS ORTIZ, «El derecho uniforme del comercio internacional: elementos de base», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont* (3 vols.), Universitat de València/Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1786 a 1790, que subraya la omisión deliberada del debate conceptual sobre la dicotomía continental en la delimitación de lo

Los Principios de Derecho Contractual Europeo, en cambio, parecen haberse formulado como reglamentación común de toda relación contractual, sobre la escueta noción genérica de su aplicación como reglas generales de Derecho Contractual en la Unión Europea (art. 1:101 [1] PECL I & II [1999]) (6). Y aun así, la coincidencia material que después se advertirá entre el contenido de sus normas y las del otro texto principal que aquí se examina, exigiría concluir, cuando menos, una misma inspiración y una plena adopción normativa de aquella proyección funcional al tráfico internacional entre empresas, extendidas acaso sus razones a la regulación de toda actividad económica (7). La propuesta, en realidad, se habrá elaborado ya en el marco económicamente cualificado del establecimiento de un mercado co-

mercantil frente a lo civil, al punto de haberse mencionado el carácter civil o comercial de las partes o del contrato para disponer expresamente que no se tendrá en cuenta a los efectos de determinar la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (art. 1.3); pero que advierte también una creciente preocupación por fijar con exactitud el campo de aplicación del derecho uniforme frente a las normas de tutela de los consumidores, mediante una indirecta o implícita caracterización empresarial y profesional del mismo instrumento convencional, de cuya aplicación se excluyen las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico [art. 2.a), *pr.*]; de modo que no se trata de excluir la limitación del supuesto regulado según la realidad de la empresa, frente al común de los contratos, sino de superar la restricción tradicional de la materia al comercio en sentido estricto, como muestra la progresiva consideración de también la prestación de servicios, la transformación de la naturaleza o la circulación de capitales.

(6) De ahí que, coincidentes en el ambicioso objetivo de establecer un conjunto de reglas generales en materia contractual, se haya contrapuesto este enunciado de un propósito de aplicación a cualquier contrato, internacional o no, comercial o no, a la limitación anterior de los Principios de UNIDROIT a los contratos cuya naturaleza sea mercantil e internacional. Véase M.^a del Pilar PERALES VISCASILLAS, «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit (ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)», en *RDM*, 1997, págs. 231 y 232.

(7) Quizá se haya convertido en un lugar común, en el debate paralelo sobre las relaciones entre una y otra disciplina, observar esta generalización del Derecho Mercantil y subsiguiente comercialización del Derecho Civil, al haberse extendido a otros sectores de la sociedad las exigencias económicas que antes fueron peculiares del comercio y de los comerciantes, a causa del predominio de las grandes empresas mercantiles e industriales, y de la multiplicación descomunal de su contratación en masa con el público; y habiéndose hecho también patrimonio común de todos los ciudadanos, en la realidad del tráfico, aquellas operaciones tradicionalmente reservadas a los comerciantes; de modo que la misma unificación del derecho de las obligaciones, con la consiguiente desaparición de la codificación del comercio en algunas legislaciones, habría supuesto una propia adopción generalizada de estas normas e instituciones mercantiles, con la salvedad de aquellas referidas inalienablemente al estatuto del empresario y el patrimonio empresarial, o de los contratos esencialmente ligados a la actividad de la empresa y que no pueden ya concebirse sin su participación. Véase Joaquín GARRIGUES/Alberto BERCOVITZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Aguirre, Madrid, 1976 (7.^a), págs. 28 a 35, que señalan al punto la subsistencia de la autonomía jurídica y científica del Derecho Mercantil, aun de perder así su autonomía legislativa.

mún por la Comunidad Europea, y su consecución mediante la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para su funcionamiento [cfr. arts. 2, *pr.*, y 3.1.h), Tratado Constitutivo (ahora según Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997)]; un ámbito, en fin, que será materialmente conformado por la actividad empresarial, sin perjuicio de que el mayor alcance del proyecto político comunitario se proponga también la cohesión económica y social, previendo por ello su contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores [cfr. arts. 2, *in fine*, y 3.1.t), según Tratado de la Unión Europea (Maastrich, de 7 de febrero de 1992) y ahora Tratado de Amsterdam (1997)].

2. LA COINCIDENCIA INSTRUMENTAL COMO ORDEN NORMATIVO A DISPOSICIÓN DE LOS CONTRATANTES

La misma pretensión del carácter general con que se formulan unas y otras reglas, que tiende a presentarlas como modelo común de reglamentación aplicable a toda relación contractual, no sólo debería ponderarse con una recta delimitación funcional de su ámbito de aplicación, o cuando menos de las especiales razones de su contenido normativo, sino también por su pareja concepción como herramienta técnica formulada en auxilio del tráfico económico frente a la diversidad legislativa imperante. En realidad, tanto los Principios de UNIDROIT como los Principios de Derecho Contractual Europeo sólo parecen partir de su aplicación directa cuando las partes acuerden que su contrato sea regido por ellos, o los incorporen a él (cfr. Preámbulo [II] UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:101 [2] PECL I & II [1999]).

Desde este punto de vista, cabría incluso plantear el eventual carácter de estos textos como condiciones generales de la contratación, según la misma noción del supuesto recogida también en el ordenamiento español, en cuanto cláusulas predisuestas y redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, con independencia de su autoría material, si su incorporación al contrato fuere impuesta por una de las partes a la otra (cfr. art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación) (8). En su caso, regiría cuando menos el requisito general por

(8) En contra, se ha negado expresamente el carácter de condiciones generales de los contratos a las recopilaciones y codificaciones de usos y prácticas del comercio internacional como formulación escrita y ordenada de pautas de conducta a seguir por las partes en la contratación; aunque, al no integrar tan sólo prácticas socialmente exigibles y ampliamente aceptadas, sino también otras normas nuevas o de ocasión a las que sus confeccionadores atribuyen tal carácter, el sometimiento a ellas no se concibe sino en virtud de un pacto expreso de sumisión incluido por las partes en el contrato. Con todo, ya no se supone cuestión su incorporación como clausulados generales al contrato, sino su carácter de normas formuladas de modo abstracto y general, y la consiguiente determinación por

el que, según parece, un contrato formalizado por escrito deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas y ser firmado por todos los contratantes, habiendo sido aceptadas por el adherente tras informarle expresamente el predisponente acerca de su existencia y facilitarle un ejemplar de ellas (cfr. art. 5.1 de la Ley 7/1998) (9).

En los demás supuestos en que prevén después su propia aplicación, en cambio, aquellas reglas generales pueden limitarse a apuntar la posibilidad de que sean tenidas en cuenta en el ámbito de lo que, en primer lugar, parece muy cercano a una integración consuetudinaria de la declaración de las partes, que según las disposiciones generales sobre los contratos en la codificación española se expresa señalando que los contratos obligan desde su per-

la voluntad de las partes del sometimiento total o parcial a una u otra de sus modalidades. Véase Rafael ILLESCAS ORTIZ, «El Derecho Uniforme del comercio internacional y su sistemática», en *RDM*, 1993, págs. 69 a 72. A lo que parece, esta objeción apunta propiamente a la distinta voluntad contractual encerrada en aquella remisión de la completa declaración de las partes a cierto clausulado general, ya redactado al efecto, frente a este supuesto diverso, quizá peculiar o especialmente relevante en el comercio internacional, en que los contratantes dan por suficientemente acabada su reglamentación de la operación —incorporando también ciertas condiciones generales o remitiéndose a ellas—, para señalar a continuación el texto de referencia que consideran como marco normativo de su relación. En alguna medida, se plantea con ello la efectiva realidad ordenadora en el tráfico de ciertos cuerpos de normas formulados privadamente, apuntando a la sola cuestión de determinar cuál deba ser aplicable en cada oportunidad; pero no se resuelve el problema subsiguiente de encajar esta posible relevancia normativa en el sistema jurídico de los ordenamientos estatales, según sus propias técnicas reguladoras.

(9) Desde una perspectiva general, esta aplicación de los textos examinados por acuerdo de las partes pudo enfrentar el inconveniente de la relativa novedad de su primera formulación, y la presumible dificultad de su conocimiento y elección por los contratantes; pero se predijo desde el primer momento, en cambio, un mayor desarrollo de su aplicación por los árbitros. Frente al mayor ajuste presupuesto de los jueces nacionales a la solución impuesta por el derecho aplicable, según la correspondiente norma de conflicto, se apuntaba así la flexibilidad ofrecida especialmente por el arbitraje de equidad, para suplir de este modo la indeterminación de la norma sin embargo aplicable; las lagunas, resultado del carácter fragmentario e incompleto del propio Derecho Positivo Uniforme, y hasta de los propios derechos nacionales; o la falta de elección del derecho aplicable por las partes, así como la inadecuación manifiesta del derecho aplicable respecto de la seguridad y agilidad requeridas por el comercio internacional. Véase PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 236, 237, 246 a 248, 269 y 270. Solventado este aspecto práctico de la cuestión con la misma formulación y publicación de principios generales, según las reglas aceptadas en la práctica arbitral y contractual internacional, no se ha ocultado su vertiente teórica, en cuanto la nueva transparencia ofrecida por esta reciente redacción de las distintas propuestas no bastaría para superar el tradicional secretismo arbitral en el discernimiento de su contenido. Frente a la ausencia de la necesaria publicidad legal de la *lex mercatoria*, se requería de un progresivo grado de transparencia también en la adopción de sus decisiones, lo que se considera logrado ya, en gran medida, con la creciente publicación de los laudos por organismos especializados, desde el último tercio del siglo XX, y la subsiguiente homogeneidad y coherencia de sus resoluciones, con una ulterior consolidación de su doctrina. Véase Klaus Peter BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Münster University/Kluwer, La Haya, 1999, págs. 61 a 64.

fección, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258, *in fine*, del Código Civil). Quizá desde esta perspectiva quepa mostrar el pleno sentido de haber enunciado por igual que los Principios de UNIDROIT o los Principios de Derecho Contractual Europeo podrán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* u otras expresiones semejantes, o cuando las partes no hayan escogido derecho u ordenamiento jurídico alguno aplicable al contrato (cfr. Preámbulo [III y IV] UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:101 [3] PECL I & II [1999]).

Ello supone, empero, que en cada regla formulada por estos textos uniformes deberían apreciarse los caracteres de las normas a las que cabe conceder el rango de propia fuente del Derecho. Se exigiría así una suficiente continuidad, uniformidad, vigencia territorial y relevancia o contenido jurídico obligatorio del precepto, en cuanto deberá operar sobre un cierto contrato sin propia conexión con la voluntad de las partes. Cabe recordar, en este sentido, que los actos de comercio se regirán, en defecto de las disposiciones contenidas en la codificación mercantil española, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza (art. 2.I, seg., del Código de Comercio); y, en general, que tendrán la consideración de costumbre los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, exigiéndose al efecto que resulte probada esta costumbre, concebida como fuente del ordenamiento jurídico que sólo regirá en defecto de ley aplicable y siempre que no sea contraria a la moral o al orden público (art. 1.3.I, *in fine*, y II del Código Civil [según Decreto 1836/1974]). De ahí, en fin, que con aquella anunciada aplicación indirecta o implícita de reglas generales, no mencionadas expresamente por las partes, pueda suponerse atendido en mayor medida un segundo ámbito de menor alcance normativo, referido a la mera interpretación de la propia declaración de los contratantes, en el que no será extraña la previsión común de tener en cuenta el uso o la costumbre del país para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse (art. 1.287 del Código Civil). Concebida la labor interpretativa como acierto de la intención de los contratantes, según los términos del contrato, se trataría acaso de atender la constancia de una voluntad contraria de las partes, de acuerdo también con el apunte mercantil de no tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido usual de las palabras dichas y escritas, en la ejecución y cumplimiento de los contratos de comercio según los términos en que fueren hechos y redactados (cfr. arts. 1281.I, *pr.*, del Código Civil, y 57, *pr.*, del Código de Comercio) (10).

(10) Los requisitos de la propia costumbre mercantil, como fuente de producción normativa del Derecho Uniforme del comercio internacional, se consideran sustancialmente idénticos a los exigidos a la práctica negocial para su consideración como norma

Una consideración no muy alejada parece merecer la aplicación normativa prevista por la posibilidad de utilizar los Principios de UNIDROIT para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme, o para interpretar o complementar el Derecho nacional (Preámbulo [V y VI] UNIDROIT Principles 2004); o por la posibilidad de dar solución al punto controvertido con los Principios de Derecho Contractual Europeo cuando no lo hagan el ordenamiento o la ley aplicables (art. 1:101 [4] PECL I & II [1999]). En este caso, se plantea la significación de sus reglas como formulación racional y especialmente cuidada de modelos objetivos de conducta, que pueden generalizarse como exigencias de corrección y rectitud en el tráfico, a los efectos de dilucidar en cada ocasión —como no deja de prever el ordenamiento español— el contenido específico de aquella buena fe con que se ejecutarán y cumplirán los contratos de comercio; al modo en que los contratos en general, desde que se perfeccionan, obligan también al cumplimiento de todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, además de a lo expresamente pactado (cfr. arts. 57, *pr.*, del

consuetudinaria en los ordenamientos nacionales. Se ha señalado, en cambio, el distinto carácter de las normas elaboradas con tal denominación de usos y prácticas por ciertas agencias asociadas a las sociedades de mercaderes y sus más conspicuos asesores en cuestiones relativas al comercio internacional y su régimen jurídico, que requieren de pacto individual para su aplicación al caso concreto, aparte aspiren a crear *opinio iuris* como propia convicción social. Se las asemeja en mayor medida, pues, a los usos y prácticas negociales, en cuanto conducta propia de las mismas partes a lo largo de contratos anteriormente pactados, cuya aplicación a una relación actual se supone tácitamente aceptada, en el sentido de usos interpretativos pero no todavía normativos. Véase ILLESCAS, en *RDM*, 1993, págs. 64 a 69, que señala cómo la distinción se refleja también en la congruente separación sistemática adoptada por el Derecho Positivo en materia de compraventa internacional de mercaderías, ora de la propia costumbre, como uso que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate, ora de la llamada costumbre convencional, como cualquier uso en que hayan convenido las partes y cualquier práctica que hayan establecido entre ellas (art. 9.1, *in fine*, y 2, *in fine*, de la Convención de Viena de 1980). Con carácter también general, viene previniéndose semejantemente respecto del fenómeno preconsuetudinario que supone la codificación o formulación de usos del tráfico mercantil internacional hasta la propia consolidación normativa de sus propuestas, no reducidas tampoco a la mera fijación por escrito de usos ya existentes y operantes en la práctica más difundida, sino empeñadas también en corregirlos, según el mejor equilibrio de los intereses implicados, cuando ello se estima preciso. Y aun así, se advierte que el fundamento de su aplicación en la voluntad de las partes contratantes sirve en realidad a potenciar su reducida eficacia como normas consuetudinarias, excluida la costumbre contra ley y exigida la vigencia local de los usos, contra aquel carácter autónomo e internacional que quieren reunir las reglas comerciales uniformes. Véase GONDRA, en *RDM*, 1973, págs. 25 a 32, en relación con el reconocimiento común de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico español, que sólo regirá en defecto de ley aplicable (art. 1.3.I, *pr.*, del Código Civil [según Decreto 1836/1974]); y con la consideración mercantil paralela de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, por los que se regirán los actos de comercio en defecto de las disposiciones contenidas en el propio Código de Comercio (art. 2.I, *seg.*, del Código de Comercio).

Código de Comercio, y 1.258, *in fine*, del Código Civil) (11). Se trataría de apelar, en fin, al especial poder de convicción y al prestigio normativo de

(11) Este modo de operar un cuerpo normativo extraño a la propia soberanía estatal guarda cierto parecido con la consolidación histórica del *ius commune* en la vida jurídica de la Cataluña medieval, contra una fuerte reacción de la nobleza de cuño feudal que no evitó la extraordinaria amplitud de su efectiva introducción en todas las manifestaciones del derecho, desde principios ya del siglo xiii, en cuanto bastó para ello con que la misma prohibición de recibir, admitir, enjuiciar o alegar en causas seculares las leyes romanas o góticas, o los derechos y decretales canónicas, estableciese que de no bastar los usos de Barcelona o la costumbre del lugar debía procederse según la natural razón (Jaime I en Barcelona, año 1251 [cap. 3], *Constitutions y altres drets de Catalunya* [1704], 3, 1, 8). Véase Santiago SOBREQUÉS I VIDAL, «Història de la producció del Dret Català fins al Decret de Nova Planta», en *Llibre del II Congrés Jurídic Català 1971*, Barcelona, 1972, págs. 94 y 95. Una recepción más rápida e intensa del Derecho romano en Cataluña que en los demás Estados de la península ibérica, hasta la casi entera romanización de su Derecho propio a fines de la edad media, se ha fundamentado en un extraordinario desarrollo industrial y comercial, frente al carácter rudimentario de un Derecho nacional adecuado a la sociedad agrícola y limitado a instituciones sucesorias y matrimoniales, que fueron asimiladas también a los modelos romanos por juristas imbuidos de sus doctrinas ante las semejanzas en su circunstancia o fin económico. Véase E. DE HINOJOSA, «La réception du droit romain en Catalogne», en *Mélanges Fitting, LXXV^e Anniversaire de M. le Professeur Hermann Fitting, II*, Imprimerie Générale du Midi, Montpellier, 1908, págs. 393, 407 y 408. Quizá no deba suponerse casual, pues, que la expansión del comercio internacional y de la actividad empresarial transnacional estén conduciendo hoy a una unificación del derecho aplicable, no sólo por imposición de comerciantes y empresarios poderosos, sino también por la vía más sutil de cierta preferencia intelectual por los resultados de determinada labor técnica de ordenación normativa. Y quizá no sea impertinente recordar que el abundante uso tradicional de la doctrina romano-canónica por los juristas catalanes, con citas cosmopolitas de autores y leyes de otros países, se había fundado en su apreciación y valoración racional con arreglo a su motivación, y en la nota peculiar de una especial relevancia de la equidad, sin reducirla a pareceres meramente personales no fundados en las circunstancias objetivas del caso concreto; lo que evitaba el simple argumento de autoridad según criterios cuantitativos y mecánicos, o el mero ejercicio lógico y aun juego bizantino en la aplicación de reglas y valoración de opiniones como normas generales; y permitió prever, finalmente, respecto de su calificación tan sólo como fuente persuasiva o auxiliar en otros ordenamientos históricos, que las causas hubiesen de decidirse también según doctrinas de los doctores, y conforme a reglas del Derecho Común y que aportan los doctores sobre materia de equidad, de faltar el canónico o civil, amén de los usos, constituciones, capítulos de Corte y demás derechos del país (Felipe II en la primera Corte de Barcelona, año 1599 [cap. xxxx], *Constitutions y altres drets de Catalunya* [1704], 1, 30). Véase Ángel LATORRE, «El Derecho Romano como parte integrante de la tradición jurídica catalana», en *Llibre del II Congrés Jurídic Català, 1971*, Barcelona, 1972, págs. 208 a 212. En realidad, entre las funciones de los Principios de UNIDROIT se ha señalado la muy parecida de servir como fuente de la equidad que opera en el arbitraje comercial internacional de equidad, partiendo del esfuerzo que han supuesto para dotar de sistemática y plenitud a una nueva *lex mercatoria* cuyos caracteres normativos se discuten justamente por no constituir un propio conjunto de reglas con carácter de plenitud, y no formar parte del sistema de fuentes de los Estados actuales, aun aplicadas sin embargo por los operadores económicos, y hasta reconocidas judicialmente sobre la consideración de la autonomía privada o de los usos en la conformación del contrato. Véase Alfonso Luis CALVO CARAVACA/Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contrato internacional, nueva *lex mercatoria* y Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales», en *Estu-*

unos textos propuestos como marco general de ordenación de la actividad contractual y de solución de las controversias que en ella se produzcan y deban enjuiciarse (12).

dios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo (4 vols.), Civitas, Madrid, 2003, págs. 1543 a 1553.

(12) Las soluciones formuladas en estas propuestas pueden acordarse a la práctica comercial internacional y a las pautas de las diversas legislaciones nacionales, pero su propia aplicación como principios generales del derecho o como *lex mercatoria* no parece operar tanto por efecto automático de cierta sumisión de las partes al efecto, o de su misma incorporación como cláusula del contrato, cuanto por la convicción de los árbitros sobre su efectiva representación de los principios o caracteres generales de dicha práctica contractual, en términos muy parecidos al valor, en todo caso, de los diferentes textos como punto de referencia doctrinal. Cfr. PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 237 a 246, que advierte, por lo demás, sobre la necesaria consideración de la propia historia legislativa de cada precepto, ejemplificada en las dificultades de acertar un uso o principio general a falta de una regla unívoca sobre el carácter irrevocable de la oferta contractual que establezca un plazo determinado para su aceptación. Esta última cuestión, en materia de compraventa internacional de mercaderías, queda remitida a la interpretación y aplicación del derecho positivo por los tribunales: se presume la irrevocabilidad de la oferta hasta la fecha señalada, pero cabe siempre que del conjunto de la declaración del oferente resulte tan sólo la voluntad de que expire entonces el plazo para aceptarla —sin ulterior excepción a la posibilidad general de revocar la oferta hasta la perfección del contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado su aceptación—, al haberse mantenido en el texto normativo la referencia al «plazo fijo para la aceptación» tras rechazarse en los debates preparatorios su efecto decisivo como peculiar modo de expresión de aquella irrevocabilidad [cfr. art. 16.1 y 2.a) de la Convención de Viena de 1980]. Esta ambigüedad, señaladamente, se ha recogido después con una misma redacción normativa y pareja prevención conceptual en los Principios de UNIDROIT (art. 2.1.4 [2] [a] [Comm. 2.a] UNIDROIT Principles 2004); mientras que los Principios de Derecho Contractual Europeo tercian expresamente en el debate tipificando ya el propio señalamiento de un plazo fijo para la aceptación como supuesto, en sí mismo, de ineficacia de la revocación de la oferta (art. 2:202 [3] [b] [n. 2] PECL I & II [1999]). Véase M.^a del Pilar PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 427 a 442; y John O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, La Haya, 1999 (3.^a), págs. 162 y 163. Con carácter general, la unificación doctrinal y la subsiguiente codificación por escrito, no directamente vinculante, de los principios generales del Derecho en este ámbito, fruto del trabajo desarrollado por representantes prestigiosos del mundo académico, ha llevado a evocar también la cuestión del papel de la doctrina científica entre las fuentes del Derecho, al modo de aquella experiencia culminada históricamente con la doctrina del *ius commune* enseñada en las universidades medievales frente a una práctica judicial ligada a los derechos locales, ante cuyas lagunas e incertidumbre se alzaba la autoridad y racionalidad de la opinión de los doctores, apreciada según su número y autoridad, la generalidad o especialidad del respectivo ámbito de estudio, su eventual irracionalidad o error evidente. Véase Fabrizio MARELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, en Francesco GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXX, CEDAM, Padua, 2003, págs. 244, 245, 261 a 269 y 276 a 295, que contrapone la hostilidad posterior de las codificaciones nacionales, en el siglo XIX, a un cierto mantenimiento de aquel reconocimiento en el ordenamiento internacional, verdaderamente crucial en la propia individualización y precisión de un derecho no escrito, amén de indispensable

Aun advertida esta posible conclusión unitaria, respecto de la indefinición que puede aquejar a los textos analizados sobre las diversas vías directas e indirectas que expresamente prevén para su misma aplicación, los Principios de Derecho Contractual Europeo añaden además cierta convicción sobre su relevancia efectiva como propuesta también de un nuevo Derecho uniforme y autónomo, asumido oficialmente por las instancias comunitarias y llamado a establecerse en cierto pie de igualdad junto a los ordenamientos positivos de los diferentes Estados. De ahí, cabe suponer, que se hayan ocupado en introducir una norma de conflicto específica respecto de la determinación del derecho aplicable por una sumisión expresa de los contratantes, de modo que los propios Principios determinarán la existencia y validez del acuerdo de las partes de adoptarlos o incorporarlos (art. 1:104 [1] [Comm.] PECL I & II [1999]).

Se reproduce así expresamente un criterio generalizado en el Derecho Internacional Privado Europeo, por el que la existencia y la validez del consentimiento de las partes, en cuanto a la elección de la ley aplicable, se regirán por las disposiciones establecidas sobre la existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, en cuanto sometidas a la ley que sería aplicable si el contrato o la disposición fueran válidos (cfr. arts. 3.4 y 8.1 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 [80/934/CEE]); y se supera con ello, pues, el debate sobre su posible consideración como cuestión de calificación, para determinar la norma de conflicto aplicable, que se haría con

respecto de los principios generales del Derecho, según se recoge en la debida aplicación de las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas del Derecho Internacional conforme al cual el Tribunal Internacional de Justicia decide las controversias que le son sometidas [art. 38.1.d) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945)]. Ha llegado a señalarse, por fin, que el objetivo quizá más importante de toda redacción de cualesquiera principios en general sería el papel de referente que puedan desempeñar en la enseñanza e investigación jurídica, al crear un lenguaje común con el que comunicarse estudiosos y estudiantes, y una medida sobre la que apreciar las diferencias comparadas entre las diversas soluciones ofrecidas para una misma cuestión en los distintos ordenamientos. No se atribuye así, a las propuestas elaboradas en la actualidad, un carácter propio de principios generales de los ordenamientos nacionales, pendiente todavía de que la experiencia en la comunidad o cultura jurídica respectiva muestre su adopción y percepción como tales en la práctica contractual efectiva, pero sí parecen ser, con todo, el primer texto común al que pueden acudir los académicos europeos desde la recepción del Derecho Romano. Véase Jan M. SMITS, «PECL and the Harmonisation of Private Law in Europe», en Antoni VAQUER (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo. The Principles of European Contract Law Part III*, Universitat de Lleida/Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 576 y 577. Entretanto, también los trabajos en curso han sido conscientes de la relevancia de estos extremos, señalándose ahora expresamente que podrán utilizarse como materiales curriculares en los estudios universitarios de Derecho, promoviendo la enseñanza del Derecho Contractual sobre una base verdaderamente comparada (Preámbulo [Comm. 8] UNIDROIT Principles 2004).

arreglo a la ley del foro nacional que entendiera de una eventual controversia, como se prevé siempre para la ley española (cfr. art. 12.1 del Código Civil [según Decreto 1836/1974]) (13). Con la misma inspiración se reproduce también la subsiguiente prevención general respecto de la debida certeza sobre la efectiva formación de aquel acuerdo de elección de la ley aplicable, en especial de apreciarse tácitamente o por el silencio de una de las partes, de modo que, a efectos de probar que no ha dado su consentimiento, cualquiera de ellas pueda remitirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual, si de las circunstancias resulta que no es razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley que sería aplicable si el contrato o la disposición fueran válidos (cfr. art. 8.2 del Convenio de Roma de 1980) (14). Se prevé a continuación, pues, la facultad de que una

(13) Cfr. Nuria BOUZA VIDAL, «Derecho de Obligaciones», en Adolfo MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado, II. Parte especial*, Atlas, Madrid, 1987 (10.^a), págs. 347 a 350, respecto de la norma uniforme europea, objeto de remisión, relativa a la ley aplicable al consentimiento y validez de fondo del contrato. La cuestión se ha caracterizado por el círculo vicioso que parece encerrar aquella apreciación de la validez de la misma cláusula de sumisión a cierta ley según la misma ley que sería aplicable si la sumisión fuese válida, es decir, la propia ley que la cláusula tiene por objeto designar, tratándose de un elemento de la norma de conflicto que procedería examinar según el Derecho del foro respecto de esta admisibilidad y efectos de su designación de la ley aplicable. Véase François RIGAUX/Marc FALLON, *Droit international privé, II. Droit positif belge*, Larcier, Bruselas, 1993 (2.^a), págs. 518 y 519. Aparte el debate sobre el acierto funcional de la norma, este círculo vicioso de regir las condiciones de fondo del propio pacto de los contratantes sobre qué ley deberá regir su contrato según esta misma ley elegida por ellos para regir el contrato en el pacto en cuestión —que precede además lógica y cronológicamente al contrato cuya ley atiende—, se ha pretendido evitar mediante cierta presunción de la validez inicial del acuerdo de elección contenida en aquella determinación positiva de la ley aplicable sobre la consideración hipotética de que «el contrato o la disposición fueran válidos» (cfr. art. 8.1, *in fine*, del Convenio de Roma de 1980). Véase Jacques FOYER, «Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980», en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, París, 1994, págs. 174 y 175. En realidad, la literalidad del Derecho Positivo europeo ha permitido destacar cierta norma material, relativa a la propia validez del contrato o cláusula de sumisión como medio de elección de la ley aplicable, y distinguirla con ello de la norma de conflicto relativa a qué ley regirá la existencia y validez del «consentimiento» de las partes al efecto —más que del «contrato»— en cada ocasión (cfr. art. 3.4, *pr.*, y art. 8.1, *pr.*, del Convenio de Roma de 1980). Cfr. Paul LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1991, págs. 305, 306 y 326.

(14) Se presupone aquí la norma uniforme europea, según la cual la elección por las partes de la ley que rija el contrato deberá ser expresa, pero cabe también que resulte de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias (cfr. art. 3.1.I, seg., del Convenio de Roma de 1980); y se mantiene la simplicidad y seguridad de concentrar todas las cuestiones relativas al fondo del contrato bajo el imperio de una misma ley que debe reputarse conocida por ambas partes, según la consiguiente función profiláctica de la autonomía privada, en el Derecho Internacional Privado, como mecanismo de evitar conflictos y proporcionar previsibilidad en la elección del Derecho aplicable, dependiente de otro modo del foro concreto en que se litigue; pero sin olvidar dar una solución razonable a

parte pueda fundarse en la ley del país de su residencia habitual, para establecer que no consintió su adopción o incorporación, si según las circunstancias resultara irrazonable determinar los efectos de su conducta de acuerdo con los propios Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 1:104 [2] [Comm.] PECL I & II [1999]).

III. LA COINCIDENCIA MATERIAL EN LA REGULACIÓN PROPUESTA COMO DERECHO UNIFICADO DE LOS CONTRATOS

La plena apreciación de los logros alcanzados con esta formulación uniforme de reglas generales para el Derecho Contractual no puede reducirse a apuntar su presumible proyección o base funcional en la realidad empresarial del tráfico transnacional, según cierta inserción natural en el curso de una experiencia ya consolidada en el comercio internacional. Tampoco queda limitada a poner de manifiesto la tensión existente entre su efectividad normativa, como orden de reglas conformadas con virtualidad propia en un determinado ámbito inorgánico, y su precario encaje en el sistema normativo de los diferentes Estados, como instrumento que opera por la influencia persuasiva de su eventual superioridad técnica y adecuación valorativa a las condiciones económicas y sociales correspondientes. Cuando menos, debería seguir a continuación un análisis del propio contenido de sus más destacadas previsiones normativas, aun sin llevar a cabo un estudio exhaustivo de todas ellas. Aquella labor de dar cuerpo a una propuesta sistemática de tamaño pretensión no ha eludido cierta prevención respecto de la ausencia de pleno sustento democrático en su efectiva realización; y esta fijación material de su contenido específico afronta también la moderación por el estado social del acento liberal originario de la codificación decimonónica, que conforma todavía los ordenamientos nacionales, sobre la misma consideración de la dificultad y oportunidad de los trabajos empeñados para ello (15).

posibles abusos frente a un contratante débil, al que cabría imponer de distintas maneras aquella sumisión. Véase Miguel VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS/Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, III, Civitas, Madrid, 1986, págs. 776 a 780.

(15) Precisamente respecto los Principios de Derecho Contractual Europeo, se ha recordado la inevitable elección política implicada en la misma formulación de las nociones y conceptos que habrá requerido su elaboración, aunque no dejen de ser necesarios y ofrezcan además el beneficio evidente de un lenguaje y una terminología comunes a la progresiva internacionalización del debate académico, y hasta de la enseñanza del Derecho Privado; pero que deben, finalmente, suponer alguna toma de posición entre la autonomía individual y la solidaridad colectiva como posibles ideas subyacentes al ordenamiento contractual, en el que puede distinguirse siempre la defensa del libre mercado frente a

1. EL AMPLIO RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA COMO PILAR DEL DERECHO CONTRACTUAL

El debate sobre la extensión general de la autonomía privada en el sistema contractual puede partir de su consideración presupuesta como expresión del libre desarrollo de la personalidad, que es uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social, junto a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el respeto a la ley y a los derechos de los demás (cfr. art. 10.1 de la Constitución Española). Su función conformadora del régimen jurídico de los contratos resulta luego del amplio reconocimiento del derecho a la propiedad privada y de la libertad de empresa entre los derechos y libertades de los ciudadanos (cfr. arts. 33.1, *pr.*, y 38, prim. [*pr.*], de la Constitución Española). Presupuesto este fundamento, expresado de uno u otro modo, los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo han establecido la libertad general de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido (art. 1.1 UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:102 [1] *pr.* PECL I & II [1999]). Se refunden así, tanto la libertad de contratar por la que las partes constituyen entre ellas la relación contractual, cuanto la posibilidad ulterior de reglamentarla consiguientemente, es decir, de que los contratantes —en términos de la codificación española— establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (cfr. art. 1.255, *pr.*, del Código Civil).

El inmediato carácter internacional del supuesto regulado, y la debida fijación singular de la ley aplicable a cada operación, han exigido de los Principios de UNIDROIT la previsión general de que no restringirán la aplicación de las normas de carácter imperativo que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado, ya sean de origen nacional, internacional o supranacional, bastando con remitir implícitamente las demás consideraciones comunes sobre la materia a ese Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico aplicable al contrato (cfr. art. 1.4 [Comm. 2 y 4]

la regulación o intervención estatal; la inspiración histórica en los postulados de la ilustración frente a la ponderación de los efectos de la industrialización; la perspectiva filosófica racionalista frente a la marxista; la eclosión social del ciudadano en los siglos XVIII y XIX frente al surgimiento de nuevos movimientos emancipatorios en los siglos XIX y XX; la lógica económica del primer capitalismo frente al desarrollo del estado del bienestar; o una política liberal, en fin, frente a otra socialista. Véase Martin W. HESSELINK, «The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Comisión», en M. W. HESSELINK/G. J. P. DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001, págs. 25, 26 y 48 a 53, que excluye expresamente, empero, la conclusión imponderada de una poco sostenible oposición de cierta jungla presupuesta en la práctica comercial frente al ámbito doméstico de la contratación de consumo, al tratar de mostrar el carácter algo anticuado del texto como Derecho general de los contratos, en cuanto parece evitar la mayoría de las cuestiones involucradas en este debate, eludiendo dar tratamiento a los que quizá sean logros principales del siglo XX respecto del empleo, los arrendamientos, el consumo y demás supuestos de partes débiles en la contratación.

UNIDROIT Principles 2004) (16). Retomada, en cambio, aquella formulación de los Principios de Derecho Contractual Europeo como propia alternativa a los completos Derechos estatales en materia contractual, será necesario contemplar directamente los posibles conflictos de leyes derivados de la presencia o intromisión ulterior de la ley nacional de algún tercer Estado respecto de la unificación propuesta entre los miembros de la Comunidad Europea.

Sin dejar de atender, pues, a la función ordenadora de la autonomía privada, se ha recogido también aquella salvedad general en Derecho Internacional Privado respecto de las normas de aplicación inmediata o necesaria del foro, cualquiera que sea su fuente, al modo en que las leyes penales, la de policía y las de seguridad pública obligan tradicionalmente a todos los que se hallen en territorio español (art. 8.1 del Código Civil [según Decreto 1836/1974]); a lo que se refiere el reconocimiento, en todo caso, de la debida eficacia de las normas imperativas de Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables independientemente de la ley a la que se sujete el contrato según las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado (art. 1:103 [2] PECL I & II [1999]). Más allá de esta excepción del orden público atendible directamente por el foro, y subrayando la autonomía normativa de la propuesta, se parte ya de la exclusión por las partes de los Derechos imperativos nacionales, tras la elección de los Principios como ley aplicable al contrato, siempre que lo permita la ley de otro modo aplicable (cfr. art. 1:103 [1] PECL I & II [1999]). Con todo, sólo se recoge con ello la solución habitual por la que la elección de la ley aplicable determina la imperatividad de las normas que lo sean en ese derecho, pero no las de otro Derecho nacional; a lo que se añade expresamente una innovadora previsión de la unificación europea del Derecho Internacional Privado: se procura facilitar, en especial, el reconocimiento y ejecución ulterior de la sentencia en un tercer Estado, distinto de aquél en que se haya dictado, tomando en consideración las disposiciones imperativas de una ley extranjera distinta también de la que resulte aplicable al contrato en virtud de la norma de conflicto pertinente, pero con la que la situación tenga una conexión, si según el Derecho de dicho país distinto fuesen aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato (cfr. art. 7.1, prim., del Convenio de Roma de 1980) (17).

(16) Lo que se advierte aquí, de nuevo, es el matiz que la práctica arbitral puede dar a este mantenimiento del Derecho nacional aplicable al contrato, aun elegidos los «Principios» por las partes como ley reguladora de su relación, al considerar las normas de orden público, también internacional más que nacional, y ajustarse especialmente a los usos, dadas las facilidades concedidas por los poderes de amigable componedor o los arbitrajes de equidad, con la consiguiente libertad de aplicar el texto analizado como estándar autónomo. Véase PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 275 y 276.

(17) Véase Luis Díez-PICAZO/E. ROCA TRÍAS/A. M. MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 147 y 148. Aparte las normas imperativas en sentido común, en cuanto no derogables por los contratantes en el ordena-

Respondiendo a este mismo carácter completo y autónomo del orden normativo proyectado, se han enunciado los límites generales a aquella libertad de contratar con una expresa sujeción de las partes a las normas imperativas de los propios Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 1:102 [1] *in fine* PECL I & II [1999]). Probablemente, basta con suponer recogida aquí una previsión genérica como la que establece, en el Derecho Mercantil español, que las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción aunque recaigan sobre operaciones de comercio (art. 53 del Código de Comercio). Con todo, se ha debatido sobre el alcance de la buscada omisión de una mayor referencia a los otros límites comunes de la moral y el orden público, que tampoco los contratantes pueden contravenir al establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (cfr. art. 1.255, *in fine*, del Código Civil) (18).

miento del país con que la operación mantenga cierta conexión, se suponen atendidas aquí las normas imperativas en sentido de Derecho Internacional Privado, aplicables cualquiera que sea la ley rectora del contrato, por haberse definido con este alcance material y espacial en el ordenamiento al que pertenezcan, procurando excepcionalmente una aplicación coordinada de la ley del contrato y de estas disposiciones extranjeras, cuando su naturaleza y objetivos estén verdaderamente en juego y quepa asociarse a ellos según los valores del propio ordenamiento del juez, procurando la menor restricción posible del Derecho directamente aplicable según la norma de conflicto. En vistas a una armonía internacional de soluciones basada en cierta solidaridad normativa entre Estados, facilitada acaso en el espacio jurídico presupuesto de la Comunidad Europea, el mismo Derecho Internacional Privado, que determina la ley aplicable, prevé así una aplicación también de la ley del lugar de ejecución del contrato, persiguiendo una efectividad real de lo juzgado frente a la relatividad de las soluciones dictadas en cada país y la eventualidad de soluciones contradictorias según el foro en que se litigue. Véase VIRGÓS SORIANO, en GARCÍA DE ENTERRÍA/GONZÁLEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, III, págs. 812 a 825, que compara esta solución con una percepción tradicional del problema centrada todavía en el respeto de la soberanía extranjera, y en la necesidad o inevitabilidad de los efectos de las normas de intervención de terceros países bajo cuyo poder territorial se mantenga de hecho la operación, frente a lo que en el ordenamiento español sólo se había apuntado la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de la ejecución que requieran intervención judicial o administrativa, como limitada moderación de la extensión general de la ley reguladora de una obligación a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción (cfr. art. 10.10, seg., del Código Civil [según Decreto 1836/1974]).

(18) Como parte de otros trabajos desarrollados paralelamente, el llamado Código Europeo de Contratos ha subrayado, en cambio, la salvaguarda de cierto control de los fines de las partes mediante el mantenimiento expreso de esta referencia al orden público y la moral, en atención a la formulación por la autonomía privada de nuevos esquemas contractuales útiles a las relaciones de los negocios, supliendo además la ausencia general del requisito de la causa en cuanto función económica y social de cada tipo contractual (cfr. art. 2.1 [Rapp. II.2] Cod. eur. contr. I.1). Habiendo considerado como elementos esenciales del contrato tan sólo el acuerdo de las partes y el contenido del contrato, reconoce con ello los contratos abstractos y remite el problema de su juridicidad al control de licitud de su contenido (cfr. art. 5.3 [Rapp. II.7] Cod. eur. contr. I.1). Se trata, pues, de mantener el consiguiente enjuiciamiento o valoración de la llamada causa del contrato, como fin objetivo característico de cada tipo respecto de los demás —aparte los motivos particulares o los fines subjetivos por y para los que determinadas partes lo celebren en

Los Principios de Derecho Contractual Europeo han excluido de forma expresa ocuparse en una regulación de la invalidez del contrato derivada de su ilegalidad o inmoralidad, ante la consideración de la gran variedad existente en el tratamiento de esta cuestión entre los mismos Estados miembros de la Comunidad, pero atendiendo ya a la oportunidad de remitirla a ulteriores estudios y desarrollos de la propuesta (art. 4:101 *pr.* [Comm.] PECL I & II [1999]) (19). Los Principios de UNIDROIT atienden además su función normativa en mayor medida instrumental como auxilio del tráfico comercial internacional, de modo que contienen también una exclusión expresa del tratamiento de la inmoralidad o la ilegalidad como causas de invalidez del contrato, pero lo suponen remitido al Derecho nacional aplicable (art. 3.1[b] [Comm.] UNIDROIT Principles 2004).

La falta de consideración expresa del orden público no excluye tampoco su reconducción material presupuesta al orden constitucional de cada Estado, que sería siempre atendible en los términos ya señalados de aquella debida aplicación de las normas de carácter imperativo que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado o independientemente de la ley a la que se sujete el contrato según éstas (cfr. art. 1.4 UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:103 [2] PECL I & II [1999]) (20). Los Principios de Derecho Contractual Europeo, en cualquier caso, recuperan finalmente esta perspectiva, centrándose ya en el propio ámbito comunitario de la realidad regulada, y disponen expresamente la ineficacia del contrato en la medida en que contraría principios que se consideren fundamentales en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 15:101 PECL III [2002]) (21).

cierta ocasión—, que no tanto se requiere cuanto define necesariamente al negocio; pero a la que se aplicarían sin embargo los principios establecidos para la propia causa de la obligación, como fin inmediato y objetivo al que se dirige la atribución patrimonial. Este último sí es un elemento o requisito del contrato según la codificación española, de modo que no hay contrato sino cuando concurre también la causa de la obligación que se establece, y se presume que la causa existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, aunque no se haya expresado en el contrato, al modo de cierta abstracción procesal pero no material (cfr. arts. 1261.3.º y 1.277 del Código Civil). Cfr. Manuel ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 207 a 212 y 217 a 221.

(19) En realidad, desde otros proyectos ocupados en esbozar una lista de las reglas aceptadas en la práctica arbitral y contractual internacional, la nulidad del contrato que infrinja las buenas costumbres se ha considerado un principio general de la llamada *lex mercatoria*. Véase BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, pág. 285.

(20) Esta sola consideración de normas imperativas —también como límite general a la libertad contractual de las partes (art. 1:102 [1] *in fine* PECL I & II [1999])— se supone que restringe propiamente la posibilidad de inducir normas no expresamente formuladas del conjunto de principios inspiradores de cierto orden político y social. Véase Díez-PICAZO/ROCA TRIAS/MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, págs. 146 y 147.

(21) Se advierte en esta disposición cierta solución final de compromiso respecto de la propia proyección normativa del texto de los «Principios», entre una futura codificación

Sea como fuere, los dos textos examinados coinciden, finalmente, en establecer el carácter dispositivo general de la regulación que contienen. Así, podrán las partes excluir su aplicación y derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que se disponga algo diferente en los propios Principios de UNIDROIT o los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 1.5 UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:102 [2] PECL I & II [1999]).

2. LA RECONDUCCIÓN DEL DEBATE SOBRE LA CAUSA EN EL CONTRATO AL RÉGIMEN EFECTIVO DE LOS LÍMITES GENERALES A SU RECONOCIMIENTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Los Principios de UNIDROIT, localizando la cuestión sistemáticamente en el régimen de validez de los contratos, excluyen el requisito tradicional de la causa, considerando que todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional (art. 3.2 [Comm. 1 y 2] UNIDROIT Principles 2004). Los Principios de Derecho Contractual Europeo relegan todavía, en mayor medida, esta consideración causal, previendo sin más en el régimen de formación y perfección del contrato que éste se concluye, sin necesidad de otro requisito ulterior, por llegar las partes a un acuerdo suficiente con intención de obligarse (art. 2:101 [1] PECL I & II [1999]). Las dos regulaciones coinciden así en omitir conscientemente aquel requisito común, también en la codificación española, por el que no hay contrato sino cuando concurre la causa de la obligación que se establezca, además del consentimiento de los contratantes y el objeto cierto que sea materia del contrato (art. 1261.3.º del Código Civil).

europea y un mero trabajo oficioso de efectividad restringida, de modo que termina afrontándose en ella la cuestión de la inmoralidad y el orden público. Ésta fue excluida, en un primer momento, de la labor emprendida, y se ha evitado después la relatividad y variedad de las diferentes tradiciones sociales nacionales, pero se presupone, por fin, cierta remisión a los textos fundacionales de la Comunidad Europea, o al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950, en el marco del Consejo de Europa. Véase Hector L. MACQUEEN, «Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles», en Arthut HARTKAMP/Matijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Carla JOUSTRA/Edgar DU PERRON/Muriel VELLMAN (ed.), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi/Kluwer, Nimega, 2004 (3.ª), págs. 415 a 418 y 420 a 425, que señala también cómo se permite adoptar una considerable flexibilidad, frente a la solución tradicional de la nulidad radical, definiendo el supuesto sobre una ineficacia dependiente de la medida de la contravención, y previéndose la ineficacia de sólo parte del contrato (cfr. arts. 15:101 y 15:103 [1] *pr.* PECL III [2002]).

a) *La ponderación de la causa como elemento y requisito del contrato en el tráfico mercantil*

Semejante reducción de los requisitos de validez o formación del contrato a su mínima expresión presupone también su carácter consensual. Los textos estudiados han excluido los llamados contratos reales, que se perfeccionan con la entrega efectiva de la cosa, como supuesto difícilmente compatible con las modernas prácticas y percepciones de los negocios (art. 3.2 [Comm. 3] UNIDROIT Principles 2004); y han eximido expresamente de la necesidad de concluir o probar el contrato por escrito, o de sujetarlo a otra exigencia de forma, pudiendo probarse por cualquier medio, incluidos los testigos (art. 2:101 [2] PECL I & II [1999]). Se obvian con ello los dos índices tradicionales sobre los que fundar la validez del contrato y su carácter jurídico vinculante, la causa y la forma —o la entrega de la cosa—; pero parece plantearse de nuevo el recurrente debate sobre la exigencia de una cierta conformación funcional de la operación, homologable según algún equilibrio típico de prestaciones en el tráfico, con la que apreciar la debida suficiencia y justificación de un intento serio de obligarse, legalmente atendible y socialmente reconocible (22).

(22) En el ordenamiento español cabe partir de la ausencia de un número cerrado de los negocios cuya validez se admite, de modo que no se requiere de una aplicación excepcional de la analogía ni de un positivo amparo consuetudinario para el reconocimiento de otros negocios no recogidos en las leyes; pero parece necesario conjugar al efecto cierta relevancia presupuesta de la significación social del intento práctico de las partes, a pesar de haberse formulado la noción general del contrato en la codificación común con independencia de su contenido concreto, previéndose que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1.254 del Código Civil). Este consentimiento, en realidad, se manifiesta por el curso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, que constituyen, a su vez, los otros dos requisitos sin cuya concurrencia no hay contrato (cfr. arts. 1261.2.º y 3.º y 1262.I del Código Civil); y respecto de los que se establece a continuación que pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, y los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (cfr. art. 1271.I y III), y que no producen efecto alguno los contratos cuya causa sea ilícita por oponerse a las leyes o a la moral (cfr. art. 1.275). El alcance obligatorio del contrato, pues, no resulta por sí mismo de la pura coincidencia en la declaración de las partes, requiriéndose además una causa suficiente para su validez y carácter jurídico vinculante, aun cuando los contratos se perfeccionen por el mero consentimiento, y desde entonces obliguen al cumplimiento de lo pactado, siendo obligatorios cualquier que sea la forma en que se hayan celebrado (cfr. arts. 1.258, *pr.*, y 1.278, *pr.*, del Código Civil). Propiamente, se atenderá ya, bien la adopción de aquella causa típica correspondiente a la naturaleza de cierta figura regulada, según la peculiar conformación o el esquema fijado en su misma definición legal, implícita luego como requisito funcional bastante del contrato; bien el ajuste a la causa genérica reseñada en la codificación para los contratos onerosos, que implica una atribución patrimonial y se concibe sobre la reciprocidad de prestaciones o la utilidad recíproca, entendiéndose por ella, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (art. 1.274, *prim.*, del Código Civil). Concurriendo una causa gratuita —entendida por tal, en los

Cabe apuntar, cuando menos, cierto requisito funcional añadido a la suficiencia del llamado pacto nudo para la constitución contractual de la obligación, al modo en que, según la codificación española, serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles cualesquiera que sean la forma y la clase a que correspondan (cfr. art. 51.I, prim. [pr.], del Código de Comercio); pero se requiere al efecto, aun en un ámbito ya probatorio, que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho Civil tenga establecidos, no siendo por sí sola bastante la declaración de testigos para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba (art. 51.I, prim. [in fine] y seg.) (23). Quizá se contemple de este modo cierta tipicidad social de

contratos remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (art. 1.274, seg., del Código Civil)—, la cuestión queda desplazada por el requisito formal exigido arquetípicamente para la donación, aun como propio acto dispositivo, siendo solamente válidas las donaciones de bienes inmuebles si los donantes las hacen y los donatarios las aceptan en una escritura pública; y debiendo hacerse por escrito las de bienes muebles, siendo válidas las verbales tan sólo de entregarse simultáneamente el bien donado (cfr. art. 531-12.1, prim., y 2, prim. y seg., del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 5/2006], y arts. 632.II, seg., y 633.I, pr., del Código Civil). Cfr. Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967 (reimp. 1971), págs. 185 a 188 y 199 a 204, que añade otras causas no aludidas expresamente, pero atendibles conforme a principios generales de moralidad y sociabilidad, como el cumplimiento de un deber moral o social, a las que podría ser referido también un contrato atípico para justificar su eficacia, aunque la ley las recoge respecto de la propia atribución patrimonial, en sede de cobro de lo indebido como suerte de obligación que se contrae sin convenio, al disponer que aquél a quien se pida la devolución de la cosa entregada que nunca se debió, o que ya estaba pagada, puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa (art. 1901, seg., del Código Civil).

(23) Se declaraba así el principio de libertad de forma como el más adecuado a las exigencias de rapidez características de la contratación mercantil, rectificando el criterio del primer codificador español del comercio, para el que podían los comerciantes contratar de palabra, y eran válidos sus contratos aunque no se hubiesen redactado por escrito, siempre que el interés del contrato no excediera de 1.000 reales de vellón, no teniendo fuerza obligatoria civil los contratos por mayor cantidad sin reducirse necesariamente a escritura pública o privada (cfr. arts. 237.I, pr., y 238 del Código de Comercio de 1829). Esas mismas exigencias, sin embargo, llevaron a negar una libertad semejante en cuanto al modo de probar la existencia de los vínculos jurídicos creados por la mera voluntad de los contratantes, siguiendo un criterio de desconfianza hacia la prueba de testigos, aunque sólo se prohiba como prueba única, pudiendo constituir un elemento de convicción del juzgador si concurre con otra. El régimen consiguiente no entraña así una propia cuestión de validez del contrato, sino que implica cierta coacción material hacia la forma no desmentida por la realidad del tráfico mercantil, como instrumento de una mayor claridad en la determinación de los derechos y obligaciones recíprocos, evitando discusiones y litigios sin requerir tampoco la observancia de inútiles formalidades ni representar obstáculo para la rapidez de la contratación. Véase Joaquín GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil, III.1.º Obligaciones y contratos mercantiles (Teoría general. Cuentas en participación. Compraventa. Comisión. Agencia. Corretaje)*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, págs. 68 a 70 y 75 a 77.

la operación en el tráfico, tratándose de establecer disposiciones generales sobre los contratos de comercio comprendidos en la codificación mercantil o cualesquiera otros de naturaleza análoga a ellos (cfr. art. 2.II del Código de Comercio); y aparte se remita también, ora a la imposición bilateral de obligaciones a ambos contratantes, según la noción común de la causa en los contratos onerosos, entendida como la prestación o promesa de una cosa o servicio por cada parte a la otra (cfr. art. 1.274, prim., del Código Civil); ora al soporte formal de la declaración de los contratantes, que salvaría incluso los requisitos de validez implícitos en el reconocimiento general de la causa gratuita (cfr. art. 1.274, seg.) (24).

Los Principios de Derecho Contractual Europeo parecen renunciar por entero a una noción continental del contrato, en cuanto fundado en la voluntad de las partes y sujeto a la concurrencia cumulativa de los requisitos de consentimiento, objeto y causa; y han depurado incluso la misma perspectiva anglo-

(24) Por lo demás, aun excluido expresamente en el Derecho Uniforme proyectado todo ulterior requisito para la formación o conclusión del contrato, evitando la necesidad de la causa, de la forma o de una efectiva prestación inicial, no dejaría de contemplarse una cierta reciprocidad en sentido amplio, como razón más convincente y atendible para el mantenimiento de una obligación —y así el precio a pagar por la contraparte, frente a la materialización posesoria de la obligación mediante cierta constancia escrituraria, o mediante la entrega de los bienes, a falta de dicha contraprestación—; lo que serviría, cuando menos, como elemento relevante en la apreciación, interpretación y determinación del alcance del intento de las partes de obligarse, que se determina según la declaración y conducta de cada parte, tal y como fuese razonablemente entendida por la otra (cfr. art. 2:102 PECL I & II [1999]). Véase Matthias STORME, «The Binding Character of Contract - Causa and Consideration», en Arthur HARTKAMP/Martijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Carla JOUSTRA/Edgar DU PERRON (ed.), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi/Kluwer, La Haya, 1998 (2.^a), págs. 241 a 246, que concluye con ello una atribución de menor efecto y vinculación obligatoria a falta de aquella reciprocidad o formalidad, frente al mero intento o apariencia de intento de obligarse de las partes; y modera al efecto cierta vuelta a una concepción tradicional del contrato fundada en la perspectiva antropológica del cumplimiento de las propias promesas como afirmación de la propia identidad, atendiendo las representaciones previamente realizadas de uno mismo, frente a otros motivos egoístas o altruistas, como el beneficio, la estabilidad en las relaciones mutuas, la recompensa, la gratitud, el aprecio o el honor. Sin esta u otra lectura correctora de aquella exclusión general del requisito de la causa, se ha considerado especialmente desafortunado que los Principios de Derecho Contractual Europeo no hayan reflejado el que parece verdadero *common core* del Derecho Europeo en este punto, al obviar la función de los diversos requisitos establecidos positivamente —causa, forma y prestación— para garantizar la efectiva voluntad del promitente de quedar vinculado, respecto de los contratos que carecen o en que puede dudarse que exista un vínculo correlativo de la otra parte, al no ser de cambio típico oneroso; por lo que se propone añadir, respecto de las dificultades de percibir aquella intención de obligarse jurídicamente, una exigencia ulterior de escritura pública para la validez de la donación de inmuebles, y de documento privado o entrega de la cosa para la validez de la donación de bienes muebles o cualquier otro contrato que sólo genere obligación para una de las partes. Véase Javier FAJARDO FERNÁNDEZ, «Forma, objeto y causa/consideration», en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, págs. 424, 425 y 427 a 430.

sajona —que exige proveer con algo de valor en intercambio de una promesa para reputar su juridicidad, a pesar de adoptar su acento peculiar en la garantía de la actuación comprometida como prestación—, concibiendo la conclusión del contrato por aquel mero intento de las partes de vincularse jurídicamente y alcanzar un acuerdo suficiente (cfr. art. 2:101 [1] [Comm. A] PECL I & II [1999]) (25). Contemplan así la asunción unilateral de obligaciones por una sola de las partes sin mayores requisitos añadidos al consentimiento contractual, en ofrecimientos a título gratuito que deban ser aceptados, suponiendo que pueden dar lugar a una actuación de la contraparte en atención a ellos, además de poder ser realizados también sinceramente por personas mentalmente sanas sin responder a una actuación alocada; pero, en realidad, no alcanzan sino a estimar su habitual servicio a fines comerciales legítimos, según la experiencia del tráfico (cfr. art. 2:101 [Comm. E] PECL I & II [1999]). Consideran expresamente, incluso, propias promesas unilaterales, que obliguen al promitente sin aceptación del promisorio al que se comunican, y contemplan con ello promesas dirigidas también a la generalidad del público sobre cierta prestación con fines benéficos; pero las conciben ya en el ámbito mercantil presupuesto de cierta actividad empresarial; de las promesas abstractas incorporadas a ciertos instrumentos de crédito; o de la vinculación frente al beneficiario de un crédito documentario del banco que lo emite en forma irrevocable, según las instrucciones del ordenante, y del banco corresponsal que confirma a continuación su apertura, obligándose también a su disponibilidad, al avisar al vendedor y asegurarle el pago de una mercancía en tránsito al comprador (cfr. art. 2:107 [Comm. A] PECL I & II [1999]).

Los Principios de UNIDROIT fundan más explícitamente la omisión del requisito causal, para la validez del contrato, en la oportunidad de evitar eventuales litigios ante la falta de relevancia práctica de la cuestión en el ámbito de las operaciones comerciales, en las que suele concurrir siempre la asunción bilateral de obligaciones por ambas partes, sin apenas excepción (cfr. art. 3.2 [Comm. 1] UNIDROIT Principles 2004). A una menor pretensión, quizá, del proyecto normativo que contienen, se añade así, también, una mayor consciencia de su propia proyección funcional a la realidad mercantil del comercio internacional.

b) *La tipicidad mercantil del contrato como superación de la cuestión causal*

Aquella tipicidad del contrato, en la propia ley o en la realidad del tráfico, se refiere propiamente a su función económica y social característica, y sirve

(25) Cfr. DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, págs. 124 a 129, 171 y 172, que destacan así la posición de los «Principios», junto al Derecho inglés, frente a sus muy notables diferencias con la concepción del contrato en los ordenamientos europeos continentales.

a determinar el marco jurídico en el que encajar el intento de las partes, presupuesto un reconocimiento general de su validez y eficacia como modelo de reglamentación de obligaciones a disposición de la autonomía privada. Se trata, en fin, de aquel modo en que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones, los efectos que naturalmente se derivan del cual no cabrá restringir en la ejecución y cumplimiento de los contratos de comercio, según la codificación española (cfr. art. 57, *in fine*, del Código de Comercio); o de aquella naturaleza del contrato, según la cual obligan también los contratos en general, además de al cumplimiento lo expresamente pactado, a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (cfr. art. 1.258, *in fine*, del Código Civil); y de aquel comprenderse en la ley mercantil, o tener una naturaleza análoga a los comprendidos en ella, por el que se les reputará actos de comercio, a los efectos de que esta legislación especial fije su propio ámbito de aplicación frente al Derecho Común, que rige a falta de las disposiciones contenidas en ella y de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza (cfr. art. 2.I, *ter.*, del Código de Comercio).

Suponiendo que en la práctica comercial internacional tan sólo llegará a presentarse este aspecto de la cuestión, y dando así por resuelta la suficiencia del pacto nudo para la constitución contractual de la obligación, adopta su pleno sentido el que las regulaciones uniformes propuestas se hayan centrado en los límites generales de la autonomía privada, y en especial en el deber común de ejercer los derechos subjetivos conforme a las exigencias de la buena fe, según expresa también el ordenamiento español, debiendo observarse siempre las exigencias subjetivas de la buena fe y objetivas de la honradez en los tratos en las relaciones jurídicas privadas (cfr. art. 7.1 del Código Civil [según Decreto 1836/1974], y art. 111.7 del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 29/2002]). Así, los Principios de Derecho Contractual Europeo sujetan expresamente la libertad contractual de las partes a las exigencias de la buena fe y la lealtad negocial, de acuerdo con las cuales deberán actuar también con carácter general (arts. 1:102 [1] y 1:201 [1] PECL I & II [1999]); y los Principios de UNIDROIT se remiten semejantemente a la diversidad de deberes de conducta imperantes en el tráfico, según el sector de actividad y el contexto social o la dimensión y tecnificación de las empresas, mediante el establecimiento de un deber general de actuación de las partes de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial en el comercio internacional (art. 1.7 [1] [Comm. 3] UNIDROIT Principles 2004) (26).

(26) El principio de la buena fe se reconoce con ello como estándar de comportamiento imperativo para las partes, con carácter general y durante toda la vida del contrato, lo que incluye también las negociaciones previas y no sólo la ejecución o propia formación y perfección del contrato. Expresamente, las partes tienen plena libertad contractual para negociar los términos de un contrato sin incurrir en responsabilidad por el fracaso en

b') La ausencia de propia cuestión causal en la ponderación del distinto poder negociador de las partes

Considerándolo como régimen típico de la infracción de esta buena fe y lealtad negocial, los Principios de Derecho Contractual Europeo prevén la posible anulación o impugnación del contrato según las circunstancias concurrentes en su celebración relativas a una especial debilidad negociadora de una parte aprovechada conscientemente por la otra (cfr. arts. 1:201 [Comm. A] y 4:109 [1] *pr.* [Comm. A] PECL I & II [1999]). Al efecto, se tipifica el supuesto sobre la doble consideración del abuso o explotación por la contraparte de la particular vulnerabilidad de la víctima, lo que permite evocar la nulidad de los contratos de préstamo —y de toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero— por su carácter leonino, de haber motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, según la prevención histórica del legislador español frente a la actuación presupuesta del usurero profesional (cfr. arts. 1.1, *in fine*, y 9, *pr.*, de la Ley de 23 de julio de 1908) (27).

En dicho ámbito funcional cabe reconducir a los deberes de conducta imperantes en el tráfico un primer elemento del supuesto, acaso subjetivo, referido al conocimiento o debido conocimiento de la dependencia o especial confianza de la otra parte; de su apuro económico o necesidad urgente; o de su imprevisión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad negociadora (cfr. art. 4:109 [1] [a] y [b] *pr.* PECL I & II [1999]). Y puede remitirse también a las condiciones corrientes de mercado para el tipo de contrato en cuestión, el segundo elemento típico, acaso objetivo ya, del aprovechamiento de una situación en gran medida desleal o con un beneficio excesivo, según

alcanzar un acuerdo, pero la parte que negocie o interrumpa las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte (art. 2.1.15 [1] y [2] [Comm. 2] UNIDROIT Principles 2004). Esta consideración fue saludada en su momento como una acertada innovación de las labores de UNIDROIT, frente a cierta prevención tradicional en los ordenamientos anglosajones respecto de la misma cuestión. Véase PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 284 a 287, que señalaba su mera consideración anterior como principio interpretativo de los textos positivos uniformes, con la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional que procede tener en cuenta en la interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (art. 7.1, *in fine*, de la Convención de Viena de 1980).

(27) Véase Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, págs. 233 a 235, que apuntan este paralelo en la ley española, frente al problema diverso de la rescisión por lesión *ultra dimidium* de las ventas de inmuebles en algunos derechos; y suponen refundidas así, bajo el común denominador de la explotación de un contratante particularmente vulnerable, las distintas reglas de los ordenamientos anglosajones sobre la llamada influencia indebida o los convenios desproporcionados o leoninos.

las circunstancias y fines del contrato (cfr. art. 4:109 [1] [b] *in fine* PECL I & II [1999]). De este modo, por fin, cabría dar cumplido sentido a la concepción de la situación como infracción de aquella exigencia general de buena fe, según se presupone expresamente (cfr. art. 1:201 [Comm. A] PECL I & II [1999]).

En esta última dirección, los Principios de UNIDROIT enuncian una regla paralela sobre la noción típica de que una parte pueda dar por anulados el contrato, o una cláusula del contrato, si, en el momento de celebrarlo, diesen a la otra parte una ventaja excesiva e injustificada (art. 3.10 [1] *pr.* [prim.] UNIDROIT Principles 2004); para lo que cabe atender, entre otros factores, bien el aprovechamiento desleal por la otra parte de la dependencia de la primera, su apuro económico o necesidad urgente, su imprevisión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad negociadora (art. 3.10 [1] [a]); bien la naturaleza y finalidad del contrato (art. 3.10 [1] [b]). Se presupone al efecto aquella consideración de lo comúnmente aceptado en el tráfico, y se atiende expresamente la relevancia de los parámetros éticos que prevalezcan en el sector pertinente del comercio o de los negocios, por lo que no debería resultar contradictoria la posibilidad añadida de contemplar aquellas situaciones en que lo injustificado de la ventaja excesiva concurre por igual sin que la parte beneficiada por ella haya abusado de una débil posición negociadora de la otra parte (cfr. art. 3.10 [1] [b] [Comm. 2.b y c] UNIDROIT Principles 2004) (28). Cuando menos, cabe seguir evocando la legislación española especial sobre la nulidad de los contratos de préstamo, y de toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, que se refiere igualmente a aquellos en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las

(28) En general, no se pretende tanto una formulación separada de dos perspectivas distintas, cuanto su reunión final bajo una misma noción de desigualdad grave, como cuestión sustantiva de validez, al modo en que también tienden a interrelacionarse en los derechos nacionales, de una parte, la desigualdad en el poder negociador de los contratantes, que permita a uno de ellos aprovecharse de la debilidad del otro para obtener un resultado excesivamente favorable; y de otra, la gran deslealtad, como propia desigualdad entre las obligaciones respectivas, con gran desequilibrio del contrato. Véase Michael Joachim BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational, Irvington (Nueva York), 1994, págs. 90, 91 y 101 a 105, que considera la norma como una novedosa y más realista consideración de las relaciones comerciales, cuestionada crecientemente la presunción de que el contrato entre comerciantes se concluye siempre según principios leales de negociación, por profesionales competentes y experimentados, ante la realidad de muy diferentes niveles de formación y habilidad técnica, con no menor tentación de explotar las debilidades o necesidades ajenas; y que sólo excluye de su ámbito de aplicación las situaciones de monopolio u oligopolio, en que aquella ventaja excesiva sea obtenida por la parte dominante y padecida irrazonablemente por la contraparte en comparación con otros competidores, sin propia dependencia económica, lo que se sujetaría ya a las reglas sobre prohibición de prácticas restrictivas de la competencia.

circunstancias del caso (cfr. arts. 1.1, *pr.*, y 9, *pr.*, de la Ley de 23 de julio de 1908) (29).

(29) El supuesto regulado, de este interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, fue concebido por el mismo legislador sobre la consideración de un vicio de fondo relativo a una ausencia real y positiva de consentimiento (cfr. art. 1.1, *pr.*, de la Ley de 23 de julio de 1908); al tiempo que se procuraba una recta ponderación de la delicada relación en que se encuentra el orden jurídico con el orden ético, al imponer el primero sanciones a la infracción del segundo, respecto de aquel interés que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales (cfr. art. 1.1, *in fine*). Véase la intervención del diputado señor Azcárate en la discusión sobre la totalidad de la «Proposición de ley sobre nulidad de ciertos contratos de préstamo» que él presentara al Congreso de los Diputados (sesión del jueves 7 de mayo de 1908 [*DSC-CD*, 1907, 6284 y 6285]), y que respondía con ello a cierta desconfianza despertada en el trámite parlamentario acerca de su eficaz resultado, por no fijarse en el Proyecto cuál fuere el interés normal del dinero, frente a lo que señalaba precisamente que no se iba contra el principio de libertad de interés, establecido con la abolición de toda tasa sobre el interés del capital en numerario dado en préstamo (art. 1 de la Ley de 14 de marzo de 1856), y reafirmado, si cabe, para el préstamo mercantil al poder pactarse su interés sin tasa ni limitación de ninguna especie (cfr. art. 315.I del Código de Comercio). Desde esta perspectiva, se adoptó una amplia delimitación de supuestos genéricos, con la consiguiente flexibilidad de un sistema represivo configurado por conceptos jurídicos indeterminados y un amplio margen de apreciación judicial, lo que sigue pareciendo el modo más adecuado de garantizar la efectiva autonomía de la voluntad y libertad negocial de las partes, como exigencia material y no sólo formal de la libertad de contratar, en el ámbito también de los servicios financieros y respecto de la oportuna protección de los consumidores de crédito, con renovado sentido tras la liberalización también de los tipos de interés y comisiones de las entidades de depósito, desde que los tipos de interés de las operaciones activas de los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, cualquiera que sea su plazo y modalidad, serán los que libremente se pacten con la clientela en los respectivos contratos (art. 1, *pr.*, de la Orden de 17 de enero de 1981 [véase hoy la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito]). Véase Alberto TAPIA HERMIDA, «La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito. Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985», en *RDBB*, 1987, págs. 149 a 160 y 175 a 177, que parte así de una limitación de la libertad de empresa por la debida garantía de la defensa de los consumidores y usuarios, según su respectivo reconocimiento en la Constitución Española entre los derechos y deberes de los ciudadanos y los principios rectores de la política social y económica (cfr. arts. 38, prim. [*pr.*], y 51.1, *pr.*, Const.). El supuesto puede concebirse acaso sobre el mantenimiento último de cierto equilibrio contractual, como debida proporcionalidad entre los intereses y el capital según el plazo del préstamo, pero su concreción legal se caracterizará también como una expresión particular de la debida consideración concreta de aquella distinta situación de las partes en la perfección del contrato, según los límites generales a la autonomía privada y al ejercicio de los derechos subjetivos, por los que no cabe contravenir las leyes, la moral ni el orden público, y los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, no amparando la ley el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial (cfr. arts. 7.1 y 2, prim. [según Decreto 1836/1974], y 1.255, *in fine*, del Código Civil). Cfr. Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, *La deuda de intereses*, EUB, Barcelona, 2002, págs. 114, 115, 124, 128, 134, 139 y 140, que, respecto del práctico desuso de la ley, propone reconducir aquel criterio del interés normal del dinero, como dato extrajurídico basado en parámetros macroeconómi-

Sea como fuere, se formulan expresamente estos supuestos como exclusión de un eventual requisito contractual de justo equilibrio en el intercambio de prestaciones de igual valor (art. 4:109 [Comm. A] PECL I & II [1999]); o señalando que ni siquiera sería suficiente una desproporción sustancial entre el valor y el precio o algún otro elemento que trastornara el equilibrio de las prestaciones, sin un desequilibrio de tal magnitud que resultara escandaloso para una persona sensata (art. 3.10 [1] [Comm. 1] UNIDROIT Principles 2004) (30). No parece posible retomar, pues, aquella cuestión de una exigencia general de cierta conformación funcional de la causa onerosa, apuntada quizá en ordenamientos como el catalán, por el carácter rescindible de los contratos de compraventa, permuta u otros onerosos relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del precio justo, aun concurriendo en el contrato todos los requisitos necesarios para su validez (cfr. art. 321.I de la *Compilació del Dret Civil de Catalunya* [Texto Refundido por *Decret Legislatiu* 1/1984, de 19 de julio]) (31).

cos, a un baremo acorde con el tráfico, y propia delimitación cuantitativa frente al arbitrio judicial, con el que cabría contar en la actualidad sobre la consideración especial del fenómeno de la inflación, según la medición y revaloración periódica del interés legal que se determina anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (cfr. art. 1.I de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero [según Ley 13/1994]).

(30) Parecía necesaria alguna precisión de este tipo sobre qué desproporción se entenderá excesiva, ante la presumible disparidad judicial en la aplicación de la amplia noción típica del supuesto, partiendo de aquella compleja combinación de cierta atención individualista a la libertad contractual de las partes con cierta consideración altruista del precio justo, que remite a una difícil determinación, ora de la voluntad de los contratantes en una situación inicial imaginaria, sin disparidad entre las respectivas posiciones negociadoras, ora del equilibrio entre el precio convenido por ellos y el precio de mercado. Véase HESSELINK, en HESSELINK/DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, págs. 57, 58 y 66, que ejemplifica así el balance final de un mayor carácter social del texto uniforme propuesto frente a la mayoría de códigos europeos, aunque la abstracción de los términos utilizados puede ofrecer cierta ventaja retórica —o hasta probatoria— a la parte que asuma la regla tradicional de la autonomía privada, enunciada en primer lugar, frente a su ponderación subsiguiente por la sujeción de la libertad de las partes a las exigencias de buena fe y lealtad negocial, o por el deber general de cooperación impuesto a cada parte respecto de la otra para dar plenos efectos al contrato (cfr. arts. 1:102 [1] y 1:202 PECL I & II [1999]).

(31) En sentido estricto, este derecho territorial no dispone una exigencia causal de carácter estructural, referida a un propio desequilibrio entre las prestaciones en más de la mitad del valor de la cosa; ni altera el requisito común de tan sólo correspondencia o conexión entre ellas, en cuanto sigue entendiéndose por causa en los contratos onerosos, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (cfr. art. 1.274, prim., del Código Civil). Tan sólo se atiende excepcionalmente la ausencia presupuesta de ánimo liberal en el enajenante, respecto de un enriquecimiento experimentado en tal medida por el adquirente, que supondría ya una consideración mixta de este peculiar resultado práctico o función económica del contrato junto al mero intercambio típicamente oneroso entre la cosa y el precio. Así se explica que no se repunte la nulidad, presupuesta en la misma noción legal de la rescisión por lesión la concurrencia de todos

En efecto, el supuesto previsto como unificación del Derecho Contractual Europeo pretende expresamente atender la ignorancia de una parte aprovechada por la otra, más que el carácter abultado o desacostumbrado del provecho obtenido respecto de un precio o contraprestación normal, que puede resultar también sin mayor ilicitud de una reducción repentina de la oferta general de cierto producto en el mercado; así como la deslealtad, más que la cuantía del provecho, para valorar las posibilidades singulares de la parte, más que lo razonable del precio en sí mismo considerado (art. 4:109 [1] [Comm. D y E] PECL I & II [1999]) (32). Presupuesta la validez estructural del contrato,

los requisitos necesarios para la validez del contrato; y que no proceda expresamente la acción rescisoria en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el deseo de liberalidad del enajenante (art. 321.I, *in fine*, y II, prim. [*in fine*], de la *Compilació del Dret Civil de Catalunya* [Texto Refundido por *Decret Legislatiu* 1/1984]). Cfr. Fernando BADOSA COLL, «Rescisión por lesión. Carácter de la acción de rescisión por lesión en la Compilación catalana. Ejercicio de la acción de rescisión por lesión por uno de los coherederos del enajenante. Sentencia de 5 de abril de 1968», en *RJC*, 1969, págs. 82 a 92, que excluye, en todo caso, una justificación del supuesto en la mala fe del contratante no perjudicado, que se aprovecha del estado de necesidad o general debilidad económica del enajenante, al ser irrelevante el conocimiento o ignorancia de la lesión por el comprador o adquirente demandado, que podrá evitar la rescisión, sin más, mediante el pago en dinero al vendedor o enajenante del complemento del precio o valor lesivos, con los intereses, a contar de la consumación del contrato (cfr. art. 325 de la *Compilació del Dret Civil de Catalunya* [*Decret Legislatiu* 1/1984]); y al preverse como efecto de la rescisión que no tendrán que ser restituidos los frutos o intereses anteriores a la reclamación judicial, y deberán ser abonados los gastos extraordinarios de conservación o refracción y las mejoras útiles, lo que supone tratar al adquirente como a todo poseedor de buena fe que pierde la posesión por cualquier causa en favor de otra persona con mejor derecho a poseer, aun siendo prácticamente imposible que desconozca aquella desproporción existente entre el precio que paga y el valor de la cosa que adquiere (cfr. art. 324, *in fine*, de la *Compilació* [*Decret Legislatiu* 1/1984], y arts. 522-2, *pr.*, 522-3.1, prim., y 522-4.1 y 2 del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 5/2006]). (En el Derecho español, esto último supone alterar además el régimen común de la rescisión, por la que ésta obligaría a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, pero con sus frutos, y del precio, pero con sus intereses [cfr. art. 1295.I, prim., del Código Civil]; amén de no rescindirse ningún contrato por lesión fuera de los que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, o los celebrados en representación de los ausentes, siempre que las personas a quienes se representa hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos [cfr. art. 1.293]).

(32) Por el contrario, la formulación de un supuesto equivalente en los trabajos desarrollados por otros expertos, en el llamado Código Europeo de Contratos, parece concebirlo como propia generalización de la rescisión por lesión. Se suple así expresamente la eliminación del requisito de la causa, como función económica y social del contrato, con cierta exigencia de una debida utilidad de su contenido, al modo de correspondencia con algún interés de las partes, aun no patrimonial ni apreciable en dinero (cfr. arts. 25, *pr.*, y 26 [Rapp. IV.1 y 2] Cod. eur. contr. I.1). Con todo, su regulación específica propone una semejante consideración del provecho abusivo respecto de la situación de la víctima, más que de cierto límite cuantitativo o de una iniquidad contractual mal avenida con las exigencias de la práctica comercial, de modo que se prevé la rescisión del contrato en el que una de las partes obtiene una prestación u otra ventaja patrimonial manifiestamente desproporcionada en relación a su contraprestación respectiva, abusando de la situación de

pues, se refunde ahora el criterio mercantil tradicional, contenido también en la codificación española, por el que no se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión, pero indemnizará daños y perjuicios el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción penal (art. 344 del Código de Comercio) (33).

peligro, necesidad, incapacidad de comprender o querer, inexperiencia o sumisión económica o moral de la otra parte (arts. 30.3 y 156 [Rapp. 3 y 4] Cod. eur. contr. I.1).

(33) La norma muestra el interés legislativo en la subsistencia de las compraventas mercantiles, aun cuando supongan alguna pérdida para el comprador, prefiriéndose la indemnización de daños y perjuicios a romper un eslabón en la cadena de las operaciones comerciales, además de atenderse con ello los mayores riesgos con que debería contar el comerciante, o la persona que opere con él o para su comercio. Véase José M.^a GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, *Comentarios al Código de Comercio y Jurisprudencia Española, III*, Martín, Valladolid, 1945 (3.^a), págs. 458 y 459. Históricamente, se había señalado igualmente que la rescisión por lesión no se aplicaba a las ventas mercantiles por oponerse al objeto con que se celebran, según el carácter distintivo y la naturaleza de las operaciones de comercio; y que era ya las más de las veces imposible, por la rapidez con que se multiplican y por la celeridad con que se ceden, transportan y aun consumen las cosas vendidas. Véase Pablo GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho Mercantil, I*, Sánchez, Madrid, 1867 (3.^a), págs. 113, 114 y 253, respecto de la primera codificación española, en que tampoco las ventas mercantiles se rescindían por lesión enorme ni enormísima, y sólo tenía lugar la repetición de daños y perjuicios contra el contratante que procediere con dolo en el contrato o en su cumplimiento (art. 378 del Código de Comercio de 1829). Un claro posicionamiento legal de este tipo, por otra parte, es lo que se echaba en falta ante el silencio de otras codificaciones mercantiles históricas sobre la cuestión, enfrentado conceptualmente el carácter de equidad u orden público de la norma común sobre la rescisión por lesión, en mayor medida que un eventual alcance normativo del mero fin especulativo presupuesto en el espíritu y movimiento comercial; o que una extensión funcional, hasta el ámbito inmobiliario tradicional del supuesto, de la noción típica de la compraventa mercantil de cosas muebles (cfr. art. 325, *pr.*, del Código de Comercio). Cfr. G. P. CHIRONI, «La rescissione per lesione enorme e la vendita commerciale», en *Riv. dir. comm.*, 1916 (I), págs. 261 a 265. Desde esta perspectiva funcional, la norma española parece contemplar el supuesto mismo de lesión, aun sin considerar tanto su cuantía cuanto lo malicioso de su producción, para excluir paradójicamente la rescisión, y mantener con ello la obligación misma, con el añadido desconcertante de una indemnización de daños y perjuicios. Véase Juan OSSORIO MORALES, «La lesión en el contrato de compraventa», en *AAMN*, VIII (1954), págs. 265 y 266, que excluye también una caracterización del supuesto por la concurrencia del llamado dolo causante, como palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes con las que es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiere hecho, pues produciría ya, de ser grave, la nulidad del contrato (cfr. arts. 1.269 y 1.270.I, *pr.*, del Código Civil); aunque quizá plantee así la posible consideración, algo equívoca, de un dolo meramente incidental a la propia prestación del consentimiento, que supondría aquella misma sanción de sólo obligar al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (cfr. art. 1270.II). Sea como fuere, el precepto mercantil se refiere a cierta desviación reprochable del curso recto de los acontecimientos, respecto de la honestidad en los tratos imperante en el tráfico, lo que apunta, en cualquier caso, al deber general de observarla en las relaciones jurídicas privadas y de ejercer los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, según se recoge en la codificación común y se toma como referente en la materia en aquellos textos uniformes del comercio internacional (cfr. art. 7.1 del Código Civil [según Decreto 1836/1974], art. 111-7 del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 29/2002], art. 1:201 [Comm. A] PECL I & II [1999] y art. 1.7

Se supera también, finalmente, la rigidez de la nulidad parcial de la cláusula de intereses en el referente anterior del préstamo usurario; y se evita al menos el debate sobre el alcance de haberse previsto típicamente que, declarada con arreglo a la ley especial la nulidad de un contrato, el prestatario esté obligado a entregar tan sólo la suma recibida; o el prestamista a devolverle lo que exceda del capital prestado, tomando en cuenta el total de lo ya percibido, si el primero hubiese satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos (cfr. art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908) (34). Cuando menos, y atendiendo ahora la

[1] [Comm. 1] UNIDROIT Principles 2004). (En otro orden de cosas, junto a esta ilicitud constitutiva, de haber procedido un contratante con malicia o fraude «en el contrato», la norma contempla también una subsiguiente exigencia ejecutiva, frente a igual malicia o fraude, pero ya «en su cumplimiento», al modo en que se prevé, con carácter general, que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe [cfr. arts. 57, *pr.*, y 344, *seg.*, del Código de Comercio]). Por lo demás, cuando se busca alguna alternativa a la función que desempeña aquella rescisión por lesión, para fundar cierta corrección judicial del daño resultante del propio contenido del contrato en los ordenamientos jurídicos que no la contemplan con carácter general, se consideran de modo semejante las situaciones de inobservancia de la buena fe en la adopción abusiva de una posición de fuerza durante la fase de formación del contrato, apuntándose la debida restitución del interés de una parte alterado por el comportamiento de la otra sobre el referente positivo de que los contratos obligan también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe (cfr. art. 1258, *in fine*, del Código Civil); lo que sería incluso más operativo que la ineficacia del contrato, al permitir su mantenimiento con una indemnización de daños que recomponga el exceso en el precio pagado respecto de los valores de mercado, amén de atender otros gastos en que se hubiere incurrido inútilmente, o la pérdida consiguiente de expectativas. Véase José Antonio MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato. En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 261 a 264 y 331 a 339, que discurre al efecto sobre la contraposición, por una parte, de la propia ruptura rescisoria del equilibrio contractual, que confrontaría el conjunto de los intereses de los contratantes con el resultado de lo pactado; y por otra, de la irrogación de un daño sobrepasando los límites comunes al ejercicio de los derechos subjetivos, que atendería en cambio, ya la buena fe, como deber ético de no aprovechar la inferioridad de condiciones de la parte contraria, ya el abuso de derecho, como inmoralidad o ilicitud de explotar la situación ajena obteniendo un enriquecimiento abusivo, en cuanto la ley no ampara tampoco el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (cfr. art. 7.2, *prim.*, del Código Civil [según Decreto 1836/1974]).

(34) Frente a los supuestos ordinarios de nulidad plena del contrato, se observa aquí la formulación legislativa de una regla especial, según cierto propósito de combatir la usura como llaga social, aun antes que como desgracia individual, de modo que el prestatario, víctima de la usura, viene obligado todavía a devolver la cantidad realmente recibida, y el prestamista a devolver, en su caso, lo que exceda del capital. Se altera así el régimen general de la nulidad que provenga de ser ilícita la causa, por oponerse a las leyes o a la moral, pues si el hecho en que consiste aquella causa torpe estuviere de parte de un solo contratante, no podría éste repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido; y el otro, que fuere extraño a la causa torpe, podría reclamar lo que hubiere dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido (cfr. arts. 1.275, *seg.*, y 1306.2.º del Código Civil). Al eximirse además de los intereses al deudor, no se contempla tampoco la obligación de pagar el interés legal o normal del dinero, contra lo que puede parecer más oportuno de reputarse subsistente un contrato parcialmente lícito, aunque quizá se atienda con ello —nula tan sólo la cláusula

economía de cada operación, la parte legitimada para impugnar o anular el contrato, por beneficio excesivo o ventaja desleal, podrá solicitar del juez su adaptación, para ajustarlo a lo que habría podido acordarse de haberse cumplido con aquellas exigencias generales de buena fe y lealtad negocial (cfr. art. 4:109 [2] PECL I & II [1999]); y la parte legitimada para esa misma impugnación o anulación, del contrato o de la cláusula que dé una ventaja excesiva e injustificada a la otra parte, podrá solicitar una adaptación judicial de pareja entidad, para su ajuste a estándares comerciales de lealtad negocial (cfr. art. 3.10 [2] *in fine* UNIDROIT Principles 2004). Esta adaptación, además, podrá solicitarla judicialmente incluso el otro contratante, de advertir de ello sin dilación a la parte que le hubiese comunicado que daba por anulado el contrato antes de que ésta haya actuado confiando en tal anulación (cfr. art. 4:109 [3] PECL I & II [1999] y art. 3.10 [3] prim. UNIDROIT Principles 2004) (35).

b'') La ausencia de propia cuestión causal en la prevención normativa frente a las cláusulas abusivas

Los Principios de Derecho Contractual Europeo han extendido expresamente, a cualesquiera contratos mercantiles y entre particulares, la armoni-

usuraria— a que no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado, según el régimen común del simple préstamo, y tampoco los préstamos mercantiles devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito (cfr. arts. 1.755 del Código Civil, y 314 del Código de Comercio). Cfr. Juan DE HINOJOSA, «Cuestiones prácticas. Sobre la imprescriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios», en *RDP*, 1934, págs. 244 a 247. Sea como fuere, se advierte así una finalidad preventiva que puede parecer impropia de las normas civiles, pero que sirve de estímulo para que dejen de llevarse a cabo contratos de este tipo, lo que no ocurriría si el usurero pudiese recibir los intereses usuales aun en el peor de los casos. Cfr. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 421 y 422, que supone que la existencia de un efectivo mercado crediticio, en que el prestatario puede obtener dinero a precios competitivos, ha llevado a la inaplicación de la ley especial a los contratos entre particulares y entidades bancarias, reduciendo su función a la represión de conductas marginales de no profesionales.

(35) Se presupone con ello un nuevo régimen de invalidez o ineficacia de los contratos respecto de los tradicionales vicios del consentimiento, entre los que se regula el mencionado supuesto, de modo que la parte interesada habrá debido ejercer su derecho cursando una notificación al otro contratante, sin necesidad de que un tribunal realice intervención alguna (cfr. art. 4:112 PECL I & II [1999] y art. 3.14 UNIDROIT Principles 2004). Se generaliza así cierta idea de anulabilidad —o quizá se construya una nueva noción de impugnabilidad—, por la que queda en manos de la parte protegida el poder de invocar o no aquella invalidez; y cabe además esta invocación mediante declaración extrajudicial —aparte una propia modificación de la reglamentación obligatoria original sin nuevo convenio entre los contratantes—; aunque, al no preverse otro régimen de nulidad, no se aprecie mayor significación de estos extremos en este caso. Cfr. Antonio Manuel MORALES MORENO, «Validez del contrato», en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*, págs. 388 a 390.

zación comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, previendo al efecto, en el marco sistemático general del régimen de validez de los contratos, que una parte pueda dar por anulada aquella cláusula que no haya sido negociada individualmente si, en contra de las exigencias de la buena fe y negociación leal, causa en su perjuicio un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones derivados del contrato, según la naturaleza de la prestación debida, el resto de cláusulas del contrato y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración (cfr. art. 4:110 [1] [Comm. A] PECL I & II [1999]) (36). Con dicha referencia a la buena fe y la corrección en el tráfico, puede darse un especial alcance a la conformación típica de cada operación, según su regulación legal o realidad social, de modo que opere todavía como marco inexcusable de la expresión contractual de los fines económicos de las partes. En el ámbito circunstancial de esta falta de un propio sustrato material en la declaración de voluntad de alguno de los contratantes, sin plena autodeterminación común sobre el completo contenido de la relación, se retomaría así aquella recurrente cuestión de la causa como requisito o elemento del contrato.

Cuando menos, se prevé con ello el debido cumplimiento con carácter general de cierto requisito de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, al modo en que cabe excluir en todo caso la utilización de cláusulas abusivas, en cuanto estipulaciones no negociadas individualmente o prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, según lo que la ley española atiende tan sólo de producirse en perjuicio de un consumidor, en relación con la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales [cfr. arts. 10.1.c) (según Ley 7/1998) y 10.bis.1.I, prim. (según Ley 44/2006), de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios] (37). Se contempla además todo supuesto de predisposición

(36) Como en el Derecho Comunitario, se advierte aquí una perspectiva todavía tradicional, atinente al curso peculiar de la conclusión del contrato según los elementos estrictos de cierta noción legal de condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente, frente a un propio enjuiciamiento sustantivo del contenido y resultado de la negociación, que atendería, con carácter general, aquella desigualdad en el poder negociador de las partes según los hechos concretos concurrentes en cada caso, pudiendo suponerse un abuso no menor en cláusulas efectivamente negociadas. Véase Thomas WILHELMSSON, «Standard Form Conditions», en HARTKAMP/HESSELINK/HONDIUS/JOUSTRA/DU PERRON/VELLMAN, *Towards a European Civil Code* (2004 [3.ª]), págs. 440 y 441.

(37) El ordenamiento español adolece en este punto de una técnica legislativa muy discutible, corrigiendo un precepto anterior con una definición sin embargo indirecta e incompleta del supuesto, y trasponiendo a un tiempo en otro nuevo la armonización europea en la materia; por lo que no llega a implicar un control del contenido del contrato en relación con el precio, de modo que éste deba ser justo, sino con aquellas cláusulas que, pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio

del contenido de la relación por una de las partes, con mera adhesión de la otra, al modo en que esta última previsión del legislador español menciona las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios (art. 10.1, *pr.*, de la Ley 26/1984 [según Ley 7/1998]); lo que puede superar materialmente la noción de condiciones generales de la contratación en el mismo ordenamiento, como cláusulas también predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, pero habiendo sido redactadas ya con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (cfr. art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril) (38).

importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en el sentido de la norma comunitaria (cfr. art. 3.1, *in fine*, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). Véase Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Disposición Adicional Primera.Dos: artículo 10.1.c) LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, págs. 686 y 687, que mantiene de este modo la interpretación con que procuró reconducirse el debido cumplimiento de aquel requisito de buena fe y justo equilibrio —reputado literalmente «de las contraprestaciones» en la legislación modificada—, apuntando a esta exclusión de las cláusulas abusivas, que se definían ya por comportar en el contrato una posición de desequilibrio «entre los derechos y obligaciones de las partes» en perjuicio de los consumidores y usuarios [cfr. art. 10.1.c), *pr.*, y art. 10.1.c) 3.^a, *in fine*, de la Ley 26/1984 (texto original)].

(38) La ley española parece excluir estas últimas notas de generalidad y uniformidad de las cláusulas objeto de regulación, para mantener las de su predisposición e imposición por una de las partes, al modo en que el Derecho Comunitario contempla las cláusulas no negociadas individualmente, que hayan sido redactadas previamente y sobre cuyo contenido no haya podido influir en el consumidor, en particular en el caso de los contratos de adhesión (cfr. art. 3.2.I de la Directiva 93/13/CEE). Se plantea cierta duda, empero, sobre la exigencia de estos caracteres respecto de las denominadas «cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios», sin mayor precisión literal, que podrían distinguirse de aquella propia consideración material del supuesto en «las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios» (cfr. art. 10.1, *pr.*, de la Ley 26/1984 [según Ley 7/1998]). Cfr. Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS, «El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)», en *DN*, 86 (1997), págs. 8 a 10 y 16, que señala, como vía para reconducir la cuestión, la consideración presupuesta de declaraciones jurídicamente relevantes pero no propiamente contractuales, bajo aquella noción de «cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios», respecto de las que no se presentaría la posibilidad misma de su negociación. Aun contempladas con ello todas las cláusulas contenidas en la propia «oferta» contractual, perderían también su peculiar carácter de ser negociadas con el consumidor antes del momento de perfección del contrato, al no corresponderse ya el resultado contractual con el mero tenor de aquella «oferta» inicial; mientras que en el caso de una posible negociación sin que las cláusulas sufrieran modificación alguna, quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la norma por la consideración coordinada de las «no negociadas individualmente». Véase Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Disposición Adicional Primera.Dos: artículo 10.1.a) y b) LGDCU», en R. BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de Condiciones*

Aun así, sólo llegará a advertirse la función común del tipo contractual en la interpretación o integración de la declaración de las partes, tras determinarse en estos términos la nulidad de cierta porción de su contenido por ser abusivo o desleal, en cuanto procederá tener en cuenta el uso o la costumbre del país, respecto de las ambigüedades del contrato sin embargo subsistente, para suplir la omisión consiguiente de cláusulas que de ordinario suelen establecerse (cfr. art. 1.287 del Código Civil); o completar lo expresamente pactado, que conserve su licitud, con todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (cfr. art. 1.258, *in fine*). En efecto, el legislador español no ha podido más que extender a este supuesto el régimen originalmente aplicable a las condiciones generales, para prever que serán nulas de pleno Derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas, pero que el juez que declare la nulidad de estas cláusulas integrará el contrato cuando subsista sin ellas, pudiendo declarar la ineficacia del contrato mismo sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada (cfr. art. 10.bis.2, prim., seg. [pr.] y cuar., de la Ley 26/1984 [ahora según la Ley 44/2006]). Por lo demás, aquella previsión unificadora del tráfico internacional ha procurado también cierto reajuste nuevamente mercantil de su modelo comunitario, eliminando la lista de cláusulas abusivas prohibidas que contiene —aun reconociendo su utilidad orientadora en la resolución de controversias entre pequeñas y grandes empresas—, ante la imposi-

Generales de la Contratación, págs. 670 a 677, que sólo supone extendido el mecanismo de control, pues, más allá de las condiciones generales, pero habiéndose mantenido siempre los caracteres de cláusulas predispuestas e impuestas, en cuanto no negociadas por el consumidor. Propiamente, se presume siempre la utilización de verdaderas condiciones generales, tratándose, a continuación, del debido cumplimiento, por unas y otras cláusulas, del requisito de entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado [cfr. art. 10.1.b) de la Ley 26/1984 (ahora según Ley 7/1998)]. Se atiende así el concepto mismo de consumidor, según la realidad del tráfico, que implica por esencia una pluralidad o generalidad de ellos respecto de la que sería antirracional y antieconómica la prerredacción de cláusulas para contratos aislados, con consumidores específicos, siendo la justificación más clásica de la contratación mediante condiciones generales precisamente racionalizar y agilizar la contratación. Véase Eduardo POLO, «Apuntes críticos a la Ley sobre condiciones generales de la contratación», en *EC*, 54 (2000), págs. 156 a 160, respecto del abandono por el legislador de cierto intento original de extender la protección frente a cualquier cláusula abusiva, con independencia de su predisposición o negociación individual, en toda clase de contratos celebrados con consumidores; y aun en todo contrato de adhesión en que el adherente no tuviere la cualidad de consumidor; frente a la final consideración de la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, a pesar de seguir anunciándose la protección de los legítimos intereses de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual (cfr. Exp. de Mot. III, seg., y art. 8.2, pr., de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).

bilidad de proceder a su recta fijación en el marco de la diversidad comercial de la contratación (cfr. art. 4:110 [1] [Comm. B] PECL I & II [1999]).

c) *El mantenimiento en todo caso de la revisión causal de los fines de las partes*

Sea como fuere, la cuestión sustancial del oportuno control de la licitud de la causa, como concreto intento práctico vertido por las partes en la función típica de cada figura contractual, no parece tanto excluida, cuanto remitida a otras consideraciones equivalentes. Los Principios de UNIDROIT excluyen la exigencia de todo elemento o requisito causal del contrato, pero tan sólo eluden tratar su invalidez por ilicitud o inmoralidad para remitir la cuestión al Derecho nacional aplicable (cfr. art. 3.1 [b] [Comm.] UNIDROIT Principios 2004); mientras que los Principios de Derecho Contractual Europeo hacen lo propio como prevención técnica ante la situación todavía pendiente de los estudios en curso sobre la formulación de una regla uniforme en la materia (cfr. art. 4:101 *pr.* [Comm.] PECL I & II [1999]).

En alguna medida, se supone de nuevo la ausencia material de problemas específicos, requeridos de soluciones especiales, en un ámbito del tráfico reducido a la actividad empresarial transnacional, al modo en que el ordenamiento jurídico español se limita a prever que los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos —así como a sus modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes—, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en la codificación del comercio o en las leyes especiales, por las reglas del Derecho Común (cfr. art. 50 del Código de Comercio). Al efecto, se establece que es ilícita la causa, como requisito sin cuya concurrencia no hay contrato, cuando se opone a las leyes o a la moral (art. 1.275, seg., del Código Civil); pero serviría al mismo fin, de enjuiciar el propósito práctico de las partes, la regla común por la que los actos contrarios a las normas imperativas y las prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (art. 6.3, según Decreto 1836/1974); al tiempo que la contravención de la moral o el orden público se contempla también como límite general al ejercicio por las partes de la libertad de conformar el contrato según tengan por conveniente (cfr. art. 1.255, *in fine*) (39).

(39) Cuando menos, el tratamiento de la cuestión causal, omitido en aquellos textos del Derecho Contractual Uniforme, se supone que remite sin mayor objeción a esta consideración alternativa de la eficacia general de las normas imperativas y demás límites a la autonomía privada. Véase Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, págs. 173 a 177, que observan con igual perspectiva la omisión también del requisito del objeto cierto que sea materia del contrato, en términos de la ley

3. LA AUSENCIA DE ESPECIALIDAD EN MATERIA DE CAPACIDAD DE LAS PARTES

Los textos de Derecho Uniforme examinados excluyen también el tratamiento de la invalidez derivada de la falta de capacidad, considerándola una cuestión de orden público o relativa a la ley personal de las partes más que a la ley del contrato (cfr. art. 3.1 [a] [Comm.] UNIDROIT Principles 2004 y art. 4:101 *in fine* [Comm.] PECL I & II [1999]) (40). Frente a una consideración expresa de quien pueda prestar consentimiento, propia de una codificación civil, parece optarse de nuevo por la perspectiva con que se enfocara la cuestión en la codificación del comercio, al modo en que la española se limita a prever que los contratos mercantiles, en todo lo relativo a la capacidad de los contratantes que no se halle expresamente establecido en ella o en las leyes especiales, se regirán por las reglas generales del Derecho Común (cfr. art. 1.263, *pr.*, del Código Civil, y art. 50 del Código de Comercio) (41).

española (art. 1261.2.º del Código Civil), con la sola cuestión específica de su necesaria determinación, en cuanto no debe requerir de nuevo convenio entre los contratantes (cfr. art. 1.275, *seg. [in fine]*). Este último aspecto, por lo demás, se entiende recogido implícitamente en la exigencia de un acuerdo suficiente de las partes para la conclusión del contrato, según los Principios de Derecho Contractual Europeo (cfr. art. 2:101 [1] [b] PECL I & II [1999]). Véase STORME, en HARTKAMP/HESSELINK/HONDIUS/JOUSTRA/DU PERRON, *Towards a European Civil Code* (1998 [2.ª]), pág. 246. Por otra parte, la pareja omisión del requisito de la causa en los trabajos distintos sobre el llamado Código Europeo de Contratos, en cuanto novedad probablemente más llamativa y hasta escandalosa en la materia, se estima por igual como una depuración y perfil de sus funciones en el Derecho Contractual, que seguirían cumpliéndose mediante la expresa nulidad del contrato que resulte contrario al orden público, a las buenas costumbres o a una regla imperativa establecida para la protección del interés general o la salvaguarda de situaciones de importancia social primaria [art. 140.1.a) Cod. eur. contr. I.1]. Véase Gabriel GARCÍA CANTERO, «Hacia un concepto europeo de contrato. Comentario a las Disposiciones Preliminares del Proyecto de Pavía», en Carlos VATTIER/José M.ª DE LA CUESTA/José M.ª CABALLERO (dir.), *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Comentarios en homenaje al Profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos* (2 vols.), Dykinson/Universidad de Burgos, Madrid, 2003, págs. 148, 149, 153 y 154, que excluye así todo propósito de que la contratación civil derive mayoritariamente por cauces de inmoralidad o ilicitud.

(40) En otros trabajos paralelos, en cambio, exigencias de certeza han llevado a mencionar expresamente la capacidad, aun como condición de validez más que elemento constitutivo del contrato; de modo que, salvo disposición en contrario, fijando un límite de edad inferior, pueda ser concluido por una persona física con dieciocho años cumplidos, o que haya sido emancipada u obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional (art. 5.1 [Rapp. II.7] Cod. eur. contr. I.1).

(41) Históricamente, se anticipó en el ámbito mercantil la posterior rebaja general de la mayoría de edad a los veintiún años —antes de que empezara para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos—, por la convicción de que eran bastantes cuando se contaba con la preparación profesional técnica y práctica que se procuran por su propio interés los jóvenes que piensan dedicarse al comercio (cfr. art. 4.1.º del Código de Comercio [texto original], y art. 1 del Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad). Con cierta peculiaridad y hasta confusión conceptual, empero, se regulaba al efecto la llamada «capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio»,

4. LA ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRODUCTIVIDAD DE INTERESES DE LAS OBLIGACIONES

Al regular el resarcimiento por incumplimiento contractual, los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo han adoptado plenamente el criterio del devengo automático de intereses por retraso en las obligaciones pecuniarias, de modo que si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, o se retrasa el pago de una suma de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación de pagarla hasta el momento del pago (art. 7.4.9 [1] *pr.* UNIDROIT Principles 2004 y art. 9:508.1 *pr.* PECL I & II [1999]) (42). En principio, el tipo del interés devengado será el promedio del interés bancario preferente para préstamos a corto plazo que predomine en la moneda y el lugar del pago, lo que procura atender al que se le habrá aplicado al acreedor cuando pida prestado el dinero no recibido tempestivamente del deudor (cfr. art. 7.4.9 [2] *prim.* [*pr.*] [Comm. 2] UNIDROIT Principles 2004 y art. 9:508.1 *in fine* [Comm. B] PECL I & II [1999]) (43).

como elemento de identificación del estado de comerciante, en cuanto son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (cfr. arts. 1.1.º y 4, *pr.* [ahora según la Ley 14/1975], del Código de Comercio). Así, cabe distinguir aquella realización personal de actos jurídicos, a la que se refiere propiamente la capacidad de obrar como requisito del consentimiento contractual, y esta condición de comerciante, que puede concurrir también en los menores o los incapacitados, al poder continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes (cfr. art. 5, *prim.*, del Código de Comercio [ahora según el Real Decreto-ley 33/1978]). Véase Emilio LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho Mercantil Español, I. Nociones generales - Historia - Fuentes - Interpretación - Comerciantes individuales - Sociedades mercantiles - Mediadores - Auxiliares - Agentes - Efectos del estado de comerciante*, Bosch, Barcelona, 1950, págs. 306, 307, 333, 337 y 338, que parte de la exigencia presupuesta de actuar en nombre propio para la consideración como comerciante, de modo que ésta puede quedar excluida en quien obra comercialmente con capacidad de obrar, pero en representación de otro —como los guardadores del menor o incapaz—, y suponerse, en cambio, en quien no tiene capacidad de obrar, no pudiendo registrar su negocio personalmente —como el propio menor o incapaz—; y señala, por fin, que la cualidad de comerciante puede ser requisito del concepto de varios contratos, definidos como mercantiles por ser comerciantes ambas partes o una de ellas, pero no reúne por ello el carácter de propio requisito esencial para contratar, sino el de elemento tipificador de la comercialidad en esos contratos específicos (véase LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español, III. Obligaciones comerciales - Doctrina general de las obligaciones mercantiles y de sus fuentes, especialmente del contrato - Contratos de comercio en particular*, Bosch, Barcelona, 1959, págs. 71 y 72).

(42) Este devengo de intereses por la suma de dinero impagada desde el momento debido del pago, salvo acuerdo en contrario, parece además una regla generalmente aceptada en la práctica arbitral y contractual internacional, sobre la que se ha formulado un propio principio o estándar de la llamada *lex mercatoria*. Véase BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, pág. 306.

(43) Esta precisión supone una novedosa especificación del uso o costumbre que fundara por igual el derecho de una parte a percibir los intereses correspondientes, si la

Se recoge con ello otro de los principios tradicionales de la contratación mercantil, que no ha dejado de advertirse ni siquiera en la codificación española, aun cuando sólo parece enunciar el criterio común por el que la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá también en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, pero sólo si el deudor incurriere en mora (cfr. art. 1108.I del Código Civil). Al efecto, incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación (art. 1100.I del Código Civil). Sólo dejará de ser necesaria esta intimación del acreedor, para que la mora exista, cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente (art. 1100.II.1.º del Código Civil); o —tal vez frente a un propio término esencial, que excluya ya toda utilidad posterior de la prestación— cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación (cfr. art. 1100.II.2.º); mientras que en las obligaciones recíprocas —y, según parece, de cumplimiento simultáneo— ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe (cfr. art. 1100.III, prim.); y desde que uno de los obligados cumple su obligación —y, quizá, sin especial interpelación por su parte—, empieza la mora para el otro (cfr. art. 1100.III, seg.) (44).

otra no paga el precio o cualquier suma adeudada, en el régimen positivo de la compraventa internacional de mercaderías (cfr. art. 78, *pr.*, de la Convención de Viena de 1980). Al respecto, se han ensayado prácticamente todas las soluciones posibles, apuntándose arbitrariamente en alguna ocasión la consideración semejante del tipo de interés fijado por la ley nacional del país donde radique el establecimiento del vendedor —en que deberá pagarle el precio el comprador si no estuviere obligado a hacerlo en otro lugar determinado [cfr. art. 57.1.a) de la Convención de Viena de 1980]—, suponiendo que entre comerciantes, debido al retraso, cabe esperar que el acreedor recurrirá al crédito bancario al tipo normalmente aplicado en su propio país con respecto a la moneda del pago. Véase PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 244 a 246 y 248 a 250.

(44) Cfr. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996 (5.ª), págs. 633 a 635 y 639 a 644, que distingue al efecto la hipótesis en que uno de los contratantes ha cumplido efectivamente con su obligación, y la recíproca es de cumplimiento simultáneo, en que el cumplidor tendría derecho a considerar en mora al incumplidor de manera automática; frente a los supuestos en que seguiría precisándose interpelación, más poner la propia prestación a disposición de la otra parte allanándose a cumplir, si ambas obligaciones —de cumplimiento simultáneo o sucesivo— fuesen ya exigibles, pero ninguno de los contratantes hubiese cumplido con la suya; y los supuestos en que la constitución en mora de un contratante mediante denuncia o interpelación no requeriría que el otro cumpliera todavía con la propia, por no ser de cumplimiento simultáneo y no haber vencido; o no se excluiría tampoco el requisito de la intimación, cumplida la primera obligación y vencida posteriormente la segunda. Sin embargo, esta inteligencia del régimen legal no es pacífica, y se ha supuesto que, dada la interdependencia entre obligaciones recíprocas, salvo que se haya fijado que una se cumpliría antes que la otra, no basta para la mora de uno de los deudores con la simple llegada del

En este contexto, aquella productividad mercantil de intereses en las obligaciones dinerarias resulta del establecimiento expreso de un régimen automático de mora sin interpelación al deudor, en cuanto su efecto consiguiente seguirá siendo la indemnización de los daños y perjuicios causados, a la que quedan sujetos —según la previsión también común— los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en morosidad, como en dolo o negligencia, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas (cfr. art. 1.101 del Código Civil) (45). La cuestión sólo se plantea, a continuación, respecto de la extensión funcional de este régimen, pues los efectos de la morosidad, en el cumplimiento de las obligaciones mer-

momento del cumplimiento, o con el requerimiento del acreedor —según se trate de obligaciones en que la mora es automática o bien requiere de reclamación—, sino que hace falta, además, que el otro acreedor-deudor cumpla o se allane a cumplir debidamente lo que le incumbe como contraobligación. Véase Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2004 (12.^a), págs. 193 a 195.

(45) La vigente codificación comercial española pretendía fijar los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones en armonía con la verdadera índole de las operaciones mercantiles, según la presunción fundada en la realidad de la vida mercantil por la que los comerciantes no tienen nunca improductivos sus capitales, reputándoseles siempre con la firme voluntad de cobrar los que se les deben cuando se ha señalado día fijo para el vencimiento de la obligación; de modo que terminó acordándose a la práctica general y la antigua máxima de la jurisprudencia mercantil —*dies interpellat pro homine*—, estableciendo que aquellos efectos comenzarán, en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento (art. 63.1.º del Código de Comercio). Sólo para los contratos que no tengan este día señalado, se mantuvo la formalidad establecida anteriormente como regla general, por la que los efectos de la morosidad no comenzaban sino desde que el acreedor interpellare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez, escribano u otro oficial público autorizado para recibirla (cfr. art. 261 del Código de Comercio de 1829, y art. 63.2.º del Código de Comercio [1885]). Véase la Exposición de Motivos al «Proyecto de ley, presentado por el señor Ministro de Gracia y Justicia, solicitando se publique como ley el relativo al Código de Comercio», con la firma de Manuel Alonso Martínez, en la sesión del Congreso de los Diputados del lunes 20 de marzo de 1882 (*DSC-CD*, 1881-82, Apéndice 38.º al núm. 85 [2259 a 2269], págs. 8 y 9). De ahí, pues, que esta derogación del principio de interpelación al deudor para su constitución en mora pueda tomarse como una formulación indirecta de aquella productividad de intereses de pleno Derecho, que no se contempla entre los escasos preceptos codificados sobre las obligaciones mercantiles, pero responde a la misma necesidad de exacto cumplimiento de unos contratos que no aparecen aislados, sino que constituyen otros tantos eslabones de una cadena indefinida de ellos cuya ejecución está respectivamente condicionada: comenzando así los efectos de la mora el mismo día del vencimiento, procederá el pago de intereses desde la liquidez y exigibilidad de la obligación. Véase GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, III.1.º, 7 a 10, 12 y 13, que lo considera además una pura compensación de la falta de disponibilidad del capital, presupuesta una productividad del dinero que el acreedor habría previsto invertir en su propio negocio y le correspondería; de modo que concibe la mora como un supuesto autónomo de responsabilidad por el retraso mismo en el cumplimiento, según las exigencias de la vida comercial, superando todo debate sobre la exigencia o no de culpa como requisito añadido, propia quizá de cierta percepción tradicional de un estricto carácter indemnizatorio de los intereses en el ámbito común.

cantiles, comenzarán en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento (art. 63.1.º, *in fine*, del Código de Comercio); pero tan sólo podrán hacerlo, en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez, notario u otro oficial público autorizado para admitirla (art. 63.2.º) (46).

(46) La norma parece referirse a las obligaciones con un término prefijado por las partes o por su reglamentación legal típica, pero quizá pueda aplicarse a prácticamente toda obligación mercantil, pues se prevé, de este modo, tras haberse fijado un plazo legal para el vencimiento de incluso las obligaciones puras, al contado o sin plazo, como recta atención a la importancia del crédito en el tráfico comercial. En efecto, frente a la previsión común del carácter exigible desde luego de toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes, o por las disposiciones de la propia codificación del comercio, serán exigibles a los diez días después de contraídas (cfr. art. 1113.I, *pr.*, del Código Civil, y art. 62, *pr.*, del Código de Comercio). Cfr. A. ALONSO UREBA, «Contrato mercantil», en *EJB* (1995), 1650, que supone excluido, en todo caso, un supuesto fáctico distinto de aquel contrato con día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, en que los efectos de la morosidad comenzarán al día siguiente (cfr. art. 63.1.º del Código de Comercio). (Es una cuestión distinta que el plazo general de diez días se refiera a las obligaciones que sólo produjeran acción ordinaria, y se reduzca excepcionalmente al día inmediato, si llevaran aparejada ejecución [cfr. art. 62, *in fine*, del Código de Comercio]). Establecido este aplazamiento general como criterio supletorio, sólo quedaría acaso el supuesto peculiar de una conformación del vencimiento como en una suerte de obligación a la vista, en que el plazo opere sobre un término no determinable sin aquella intimación al deudor; y respecto del que cabría todavía dar sentido a aquella regla que sigue cerrando el régimen mercantil sobre los efectos de la morosidad, en los contratos que no tuvieran día señalado para su cumplimiento, exigiendo una interpelación al deudor judicial o notarialmente formalizada (cfr. art. 63.2.º del Código de Comercio). Al fin y al cabo, un término de días o meses vista en la letra de cambio, como caso paradigmático, obligaba al pago el día en que se cumplían los señalados, contándolos desde el siguiente al de la aceptación, o del protesto notarial por falta de haberla aceptado (cfr. arts. 452.2.º y 504.2.º del Código de Comercio [derogado por Ley 19/1985]); aparte de que quepa hoy determinar este vencimiento de una letra de cambio a un plazo desde la vista, tanto por la fecha de la aceptación o del protesto, como por la de la declaración equivalente, firmada y fechada por el librado en la misma letra, denegando la aceptación (cfr. arts. 40.I y 51.II, *prim. [pr.]*, de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque). Sólo tras esta constancia de su debida presentación cabrá calcular los réditos del importe de la letra no aceptada o no pagada desde la fecha del vencimiento, que el tenedor puede reclamar a la persona contra quien ejerce la acción cambiaria (cfr. art. 58.I.2.º, *pr.*, de la Ley 19/1985). Con todo, suele darse por supuesto, y se ha precisado expresamente, que el plazo legal para el cumplimiento de la obligación por el que se reputa el carácter automático de la mora, sin necesidad de interpelación al deudor y con efectos desde el día siguiente, debe entenderse como el especial que los preceptos codificados señalan en cada caso, y no el general previsto para las que no lo tengan así prefijado (cfr. arts. 62 y 63.1.º del Código de Comercio). Véase Manuel BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1991 (9.ª), págs. 419 y 420. Aquel devengo de intereses moratorios en forma automática en el supuesto también en que no exista plazo, ni legal ni convencional, sólo pudo señalarse como connotación especial mientras se previó expresamente su producción a partir

Por lo demás, no se ha alterado sustancialmente esta perspectiva tras la transposición de la armonización europea con el objeto de combatir el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago de deudas dinerarias en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la administración pública [cfr. arts. 1 y 2.c) de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales]. Así, el obligado al pago de la deuda dineraria, surgida como contraprestación en operaciones comerciales, incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por la ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor (art. 5 de la Ley 3/2004); aparte quepa suponer que este interés devengado por demora será pagadero el día siguiente a la fecha o al término del plazo de pago que se fije en el contrato [cfr. art. 3.1.a) de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales] (47). A tal efecto, por fin, el tipo legal de interés

del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto, a aquél en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido para esta falta de pacto expreso, en que se entendía que los comerciantes debían efectuar el pago del precio de las mercancías que compraran el mismo día de su recepción (cfr. arts. 1.2, 16, *pr.*, y 17.1 [texto original] y 5, *prim.* [ahora según la Ley 55/1999], de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista). Véase Rodrigo URÍA/Aurelio MENÉNDEZ/Mercedes VÉRGEZ, «El contrato mercantil», en Rodrigo URÍA/Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil, II (La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación)*, Civitas, Madrid, 2001 (1.^a), págs. 48 y 49, respecto de un supuesto que se ha ajustado en la actualidad a las medidas generales de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, rigiendo ahora un plazo legal de treinta días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías (cfr. art. 17.1 de la Ley 7/1996 [según la Ley 3/2004]).

(47) En dichas operaciones comerciales, que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, se presupone el carácter recíproco de las obligaciones, y el acreedor tendrá derecho al interés de demora por la contraprestación dineraria cuando concurren simultáneamente los dos requisitos, no sólo de no haber recibido a tiempo la cantidad debida —siendo el deudor responsable del retraso—, sino de haber cumplido también sus propias obligaciones contractuales y legales [cfr. art.6.a) de la Ley 3/2004]. Así, a falta de pacto entre las partes, el plazo de pago será de treinta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que estos bienes o servicios [cfr. art. 4.2.c) de la Ley 3/2004]; o de treinta días después de la fecha en que tenga lugar su aceptación o verificación, si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación de los bienes o los servicios mediante el cual deba verificarse su conformidad con lo dispuesto en el contrato [cfr. art. 4.2.d)]. En realidad, también se altera con ello la regla común de la exigibilidad desde luego de las obligaciones salvo condición, por la que, si no se hubiere fijado por el contrato el tiempo en que el comprador está obligado a pagar el precio, deberá hacerse el pago en el tiempo en que se haga la entrega de la cosa vendida (cfr. arts. 1113.I, *pr.*, y 1500.II del Código Civil). Esta misma norma se incluye tradicio-

de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales (art. 7.2.I de la Ley 3/2004).

5. EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA FUNCIÓN SOLUTORIA DE LOS NUEVOS MEDIOS DE PAGO

La consideración del interés general de los negocios en facilitar y dotar de rapidez y fiabilidad a los pagos, con la prevención sin embargo frente a regímenes demasiado detallados por la rápida evolución de las técnicas del tráfico internacional en este aspecto, han fundado la previsión uniforme de que el pago de una deuda dineraria pueda efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago (cfr. art. 6.1.7 [1] [Comm.] UNIDROIT Principes 2004 y art. 7:107 [1] [Comm. A y B] PECL I & II [1999]). Consiguientemente, el deudor podrá pagar mediante transferencia bancaria sin especial autorización del acreedor, como señalan expresamente los Principios de Derecho Contractual Europeo; y deberá darse por satisfecho el acreedor que recibe el pago en una forma acostumbrada en el

nalmente en el régimen mercantil del contrato de compraventa, de modo que, puestas las mercaderías vendidas a disposición del vendedor, empezará para el comprador la obligación de pagar el precio al contado o en los plazos convenidos con el vendedor; pero quizá no deba eludirse, respecto de este posible pago al contado, aquel vencimiento siempre aplazado de las obligaciones que no tuvieren término prefijado, si sólo producen acción ordinaria, a los diez días después de contraídas (cfr. arts. 62 y 339.I, *in fine*, del Código de Comercio). Una concesión de crédito de este tipo podría apreciarse hoy en la nueva previsión legal de que el plazo de pago, a falta de pacto entre las partes, será de treinta días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, cuya fecha no se preste a duda, recibidos anteriormente los bienes o realizada ya la prestación de los servicios [cfr. art. 4.2.a) y b), *pr.*, de la Ley 3/2004]. No parece necesario, cuando menos, concluir por ello una exigencia renovada de interpelación al deudor para que incurra en mora, identificada con la presentación de la factura o la solicitud de pago. Cfr. M.^a Luisa ZAHÍÑO RUIZ, «La transposición de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en el Derecho Privado español», en Ferrán BADOSA COLL/Esther ARROYO I AMAYUELAS (coord.), *La armonización del Derecho de Obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 356 a 361, que pondera esta referencia a una factura o solicitud de pago equivalente, a pesar de su posible asimilación con aquella interpelación o efectiva exigencia de cumplimiento —respecto del carácter automático del despliegue de los efectos de la mora también en los supuestos en que la fecha o plazo no se haya fijado en el contrato—, en cuanto se trata si acaso de fijar el inicio del plazo legal de pago [cfr. art. 4.2.a) y b), *pr.*, de la Ley 3/2004], según una documentación que forma parte de la propia ejecución del contrato y los empresarios o profesionales están obligados a expedir y entregar por las operaciones que realicen en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional (cfr. art. 1.1, prim. [*pr.*], del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación [según Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre]).

lugar de su establecimiento, como indican los Principios de UNIDROIT (48). La única prevención general parece referirse al cambio que ello puede suponer respecto de la regla general sobre el lugar de pago de las obligaciones dinerarias no determinado o determinable en el contrato, que procedería en el establecimiento del acreedor, pero pasaría a realizarse en cualquiera de las instituciones financieras en que hubiese hecho saber que disponía de una cuenta, de modo que se ha recogido expresamente la posibilidad de que lo limite a una cuenta específica, o hasta de que excluya esta forma de pago (cfr. art. 6.1.8 [1] [Comm. 1] UNIDROIT Principles 2004).

En todo caso, cabrá superar el debate sobre la dación en pago quizá producida respecto de la debida identidad de la prestación en la relación obligatoria fundamental entre el beneficiario y el ordenante de una transferencia, pues en lugar de la propia cantidad de dinero pactada se ofrece un abono por orden del deudor en cierta cuenta bancaria del acreedor, con la consiguiente vinculación de su banco por el monto correspondiente según el llamado servicio de caja anejo a la cuenta misma; lo que se enfrenta a la

(48) La norma presupone, pero en cierto modo también sustenta, la existencia efectiva de un sistema bancario de pagos suficientemente desarrollado, en cuanto el reconocimiento legal del propio estatuto crediticio de la banca parece producirse primeramente con esta consideración del pago mediante transferencia bancaria como extinción de la obligación del deudor, equivalente a un pago en metálico. Así se ha destacado, incluso, respecto del proceso de conversión de los cambiadores de moneda en propios banqueros privados en Cataluña, ya en el siglo XIII, con el inicio de su regulación positiva ante la pérdida de importancia relativa de los prestamistas judíos respecto de los cristianos, lo que supuso la reducción a escritura de las costumbres locales impuesta por la insatisfactoria situación del ordenamiento tras la exclusión como fuente de los Derechos romano, gótico y canónico. Ello tuvo lugar, precisamente, mediante el reconocimiento expreso de los pagos realizados por los banqueros de Barcelona a los acreedores por cuenta de sus deudores, confiándolo en sus libros jurados ante los veguers de la ciudad, respecto de tanto los créditos quirografarios como otros créditos (Costumbres de Barcelona vulgarmente llamadas «Recognoverunt proceres» [Pedro II en el Privilegio concedido a la Ciudad de Barcelona. Dado en Barcelona, a 3 de los idus de enero 1283], *Constitutions y altres drets de Catalunya* [1704], 2, 1, 13, 57 [«De solutionibus quae fiunt per camposores Barchinonae»]). Véase Abbott Payson USHER, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe, I*, Harvard University, Cambridge (Massachusetts), 1943, págs. 3 a 9, 184 a 187, 237 a 243 y 245, sobre la importancia no menospreciable de esta primera actividad bancaria en las sociedades de la época, aun requerida para cada operación la presencia del cliente en el establecimiento del banquero —facilitada por la movilidad de éste o su concentración cerca de la lonja—, lo que no impidió un significativo sistema de relaciones entre bancos, manteniendo depósitos los unos en los otros, a pesar de que la compensación centralizada de pagos sólo sería posible con el muy posterior desarrollo del cheque negociable, sin más que alguna muestra esporádica en el siglo XV; y que supone atestiguada una general observancia de aquella regla sobre el valor de los libros jurados, al haberse previsto subsiguientemente que el cambiador debiera escribir todas las partidas que hiciere en su libro mayor jurado, y no en otros libros o escrituras, y que de toda partida que el cambiador hiciere a alguien por cualquier razón se le tuviere así como por depósito o por encomienda (Jaime II en la Corte de Barcelona, año 1299 [cap. IV], *Constitutions y altres drets de Catalunya* [1704], 1, 4, 35, 1).

prevención común, en la codificación española, de que el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada (art. 1170.I, *pr.*, del Código Civil); así como a la de que el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida (art. 1166.I). Podrá también eludirse la cuestión del carácter obligacional o crediticio de la posición del banco ante el beneficiario tras el abono en su cuenta del monto de la transferencia, manteniendo desde ese momento un nuevo saldo a su disposición; lo que apunta a cierta asunción por la entidad de crédito de la deuda original del ordenante, como suerte de modificación de aquella obligación fundamental sustituyendo a la persona del deudor (cfr. art. 1203.2.º del Código Civil); aunque la novación consiguiente, consistente en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor (cfr. art. 1.205). En general, para que aquella obligación comercial fundamental quedara extinguida por otra bancaria que la sustituya en razón de la transferencia, sería preciso que así se declarare terminantemente, o que la antigua y la nueva fuesen de todo punto incompatibles (cfr. art. 1.204 del Código Civil). Reconocida normativamente por los textos uniformes, en cambio, la finalidad típica de esta interposición bancaria en los pagos se le atribuye ya la función solutoria propia de un medio de pago ordinario; y se evitan las limitaciones de una muy discutible virtualidad de la única actividad efectiva del beneficiario de la transferencia según la práctica mercantil, en la mera recepción sin reserva de los extractos de cuenta con el nuevo abono correspondiente, lo que no alcanza a constituir un propio consentimiento como acreedor respecto de la extinción de la relación comercial subyacente (49).

(49) La importancia creciente de estos pagos mediante transferencia había planteado la oportunidad de fijar en el ordenamiento una solución clara de su alcance solutorio, aun partiendo de aquella extendida caracterización del supuesto según el Derecho general de obligaciones, respecto del efecto de la operación bancaria en el cumplimiento de la obligación principal subyacente entre su iniciador u ordenante y el beneficiario. La consideración para ello de la función en el tráfico del llamado dinero bancario, disponible a la vista por una parte y destinado a una cuenta también a la vista a favor de la otra, pudo apuntar entretanto a cierta corrección imponderada del requisito consiguiente de consentimiento del acreedor, que pretendía apreciarse por actos concluyentes, al disponer éste de la suma ingresada en su cuenta; y también implícitamente, de haber indicado en la correspondencia comercial su cuenta corriente bancaria; o hasta dando pleno valor positivo al silencio, de haber sido notificado del abono y no dar orden de retroceder o rechazar la transferencia. Las dudas que planteaban estas u otras aproximaciones, con todo, impidieron concretar el régimen pertinente en los trabajos sobre la materia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que limitaron sus reglas sobre el momento en que se completa una transferencia de crédito a la obligación del banco del beneficiario, respecto de éste, por el monto de la orden de pago aceptada en su beneficio; y excluyeron tan sólo que la conclusión de la transferencia por un monto inferior a la suma indicada en la orden de pago, por haber deducido uno o varios bancos receptores sus respectivas comisiones, pueda perjudicar las acciones del beneficiario para

Resuelto afirmativamente este alcance liberatorio de un pago bancario en el ámbito comercial, los Principios de UNIDROIT presumen después de una caracterización suplementaria del supuesto, sobre la consideración del banco acreditado como representante del beneficiario en cuya cuenta se hace el abono por orden del deudor, de modo que cabe prever en general que la obligación de éste se cumple y extingue al hacerse efectiva la transferencia de fondos a la institución financiera del acreedor (cfr. art. 6.1.8 [2] [Comm. 2] UNIDROIT Principles 2004). Frente a otra posible caracterización peculiar de la operación, se atiende así la función que puede tener por lo común, en sede de extinción de las obligaciones por pago, una propia indicación del banco del acreedor en el mismo contrato fundamental; con lo que se habría previsto ya la posterior transferencia y permitido por medio de ella el pleno cumplimiento regular, aun dirigido al banco como tercero; pues, con carácter general, el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada, justamente, para recibirlo en su nombre (cfr. art. 1.162, *in fine*, del Código Civil).

Ante circunstancias distintas, en cambio, deberá enjuiciarse en qué medida resulta una efectiva disponibilidad dineraria por la cuantía equivalente, como efecto del servicio de caja anejo contractualmente a la relación previa entre el beneficiario de la transferencia y el banco en el que se le acreditan los fondos, por el que se conforman las obligaciones de esta entidad de crédito respecto de los abonos recibidos en cuenta corriente; lo que parece concurrir, cuando menos, tras operar la revisión y conformidad sin reserva del beneficiario a dichos abonos, según la misma práctica bancaria sobre la recepción de los pertinentes extractos de cuenta. Podría apreciarse luego la concurrencia de un pago válido, como lo será comúnmente también el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor (cfr. art. 1163.II

recuperar la diferencia con arreglo al régimen jurídico aplicable a la obligación subyacente con el iniciador (cfr. art. 19.1, seg., y 2, seg., de la Ley modelo sobre transferencias internacionales de crédito [1992]). Como simple nota al pie o mera sugerencia, el texto propuesto como ley uniforme apuntaba también, cuando la finalidad de la transferencia de crédito sea cumplir una obligación del iniciador con el beneficiario que pueda cumplirse mediante una transferencia a la cuenta indicada por el iniciador, que la obligación se considerará cumplida en el momento en que el banco del beneficiario acepte la orden de pago y en la medida en que esa obligación quedaría satisfecha por el pago de la misma suma en efectivo. Cfr. Ignacio LOJENDIO OSBORNE, «La ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito», en *RDM*, 1993, págs. 113 y 114 (y «Transferencia bancaria. Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells* [3 vols.], La Ley, Las Rozas [Madrid], 1994, págs. 1490 y 1491), que suponía excluido, pues, un propio efecto solutorio de la transferencia, o de un ingreso en la cuenta corriente del acreedor, al modo en que la entrega de documentos mercantiles sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, quedando entretanto en suspenso la acción derivada de la obligación primitiva (cfr. art. 1170.II, *pr.*, y III del Código Civil).

del Código Civil) (50). Sólo para otros instrumentos comerciales, sin una propia interposición bancaria como la operada mediante una acreditación en la cuenta del acreedor, se reproducirán en las normas uniformes la previsión tradicional de su carácter tan sólo para pago, sin propio efecto solutorio, al modo en que, según la codificación española, la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubieren sido realizados, o cuando por culpa del acreedor

(50) En general, en caso de un ruego previo del acreedor para que se realice la transferencia, o de mediar su consentimiento a una oferta del deudor al efecto, existirá un propio pacto de transferencia, por el que el acreedor quedaría obligado a aceptar el aviso de su banco tras recibirla, siendo momento del pago el del abono en la cuenta, como consecución de todo lo debido en sustitución de la entrega de efectivo. La mera sustitución de este negocio de entrega, empero, por la puesta a disposición que hace el banco en el aviso de transferencia, supone la realización de un abono o asiento contable cuya razón debe buscarse ya en el titular de la cuenta, de modo que el transferente u ordenante sólo pagaría si el destinatario no manifiesta su disenso al recibir el aviso bancario, formando el monto transferido una partida de su cuenta; y cabría incluso, en virtud del servicio de caja en la misma cuenta corriente, que el banco siga siendo acreedor del beneficiario, por mantener éste un saldo todavía en contrario aun después del nuevo abono. Véase José GIRON TENA, «Contribución al estudio de la transferencia bancaria», en *Estudios de Derecho Mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 429 a 432, que distinguía así esta relación entre los clientes de los bancos intervinientes en la transferencia, cuya función de pago sigue sin regulación positiva en el ordenamiento español, de la relación de cada uno de ellos con su banco, respecto de las que sí se han regulado especialmente la obligación de la entidad del ordenante sobre el plazo y el importe por el que realizar una transferencia, y la de la entidad del beneficiario sobre el plazo en que poner a disposición los fondos resultantes de ella, en operaciones transfronterizas efectuadas por iniciativa de una persona física o jurídica destinadas a acreditar una cantidad de dinero en una cuenta de la que pueda disponer otra, realizadas dentro de la Unión Europea y entre Estados miembros, hasta una cantidad total equivalente a 50.000 euros, siempre que haya intervenido en su ejecución una entidad situada en España (cfr. arts. 1, 5.1.1, 6.1.1 y 7.1.1, prim., de la Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea). Por lo demás, el resultado no sería muy dispar de haberse supuesto la novación por cambio de deudor como el resultado característico de esta interposición bancaria en los pagos, según el fenómeno delegatorio por el que el abono en la cuenta del beneficiario operaría como una promesa de pago del banco, sustituyendo y extinguiendo las obligaciones anteriores entre las partes, tanto la deuda que el transferente debía hacer efectiva al beneficiario según la relación de valor, como la obligación por la que el banco debe atender la orden del transferente según la relación de provisión. Aun desde esta perspectiva, la apreciación más expedita y segura del consentimiento del acreedor, exigible al efecto, se ha fundado por fin en el mismo contrato bancario de apertura de la cuenta corriente en la que se le abona después la cantidad transferida, según las condiciones generales predisuestas habitualmente por la banca española para la adhesión de sus clientes, reconociendo la práctica bancaria de aceptar como manifestación de voluntad el silencio o la conducta omisiva del beneficiario ante un ingreso comunicado por el banco pasado cierto plazo desde su aviso. Cfr. Miguel MOTOS GUIRAO, «Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor», en *RDM*, XXV (1958), págs. 266 a 273 y 293 a 298, que considera además el alcance presuntivo de haberse admitido pagos anteriores efectuados por la vía de un ingreso directo o de una transferencia a la cuenta bancaria, o el hecho concluyente de la disposición por el beneficiario del monto abonado en ella.

se hubiesen perjudicado (cfr. art. 1170.II del Código Civil). Así, en los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo, se presumirá por último que el acreedor sólo recibe un cheque u otra orden o promesa de pago bajo la condición de que será cumplida (art. 6.1.7 [2] UNIDROIT Principles 2004 y art. 7:107 [2] prim. PECL III [2002]).

IV. EL DISTINTO RITMO Y EL IMPULSO RECÍPROCO ENTRE LAS DIFERENTES PROPUESTAS DE UNIFICACIÓN COMO PONDERACIÓN DE SU DIVERSO ALCANCE NORMATIVO

1. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE PRODUCTIVIDAD DE INTERESES A LA PROPIA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERÉS

Su proyección última como cierta sustitución o plena alternativa frente a los ordenamientos nacionales, puede haber fundado una mayor extensión de las materias tratadas por los Principios de Derecho Contractual Europeo, aunque sigue advirtiéndose una persistente coherencia funcional con la perspectiva adoptada también por otros textos uniformes, a los que podría incorporarse su regulación sin mayores contradicciones valorativas. Así, como una parte del régimen propuesto en el pago de las obligaciones pecuniarias, se prevé la capitalización de los intereses por mora, siendo añadidos al capital pendiente cada doce meses; de modo que, tras su devengo en el período previsto, se aplican en el período siguiente a todo el nuevo monto, en cuanto activo de cuyo beneficio se ve privado el acreedor tanto como del retraso en el pago del propio principal, además de prevenirse con ello efectos especialmente perjudiciales para el pequeño empresario (art. 17:101 [1] [Comm. C] PECL III [2002]) (51). En cualquier caso, la caracterización mercantil del supuesto parece darse por supuesta incluso en el ordenamiento español, en que la autonomía privada en esta materia puede parecer engañosamente más amplia en el Derecho Común que en la ley comercial (52).

(51) Otros trabajos paralelos han previsto igualmente la capitalización del interés en la debida reparación por inexecución, ejecución inexacta o retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, estableciendo que los intereses correspondientes producen, a su vez, intereses complementarios (art. 169.5 *pr.* [Rapp. 4] Cod. eur. contr. I.1). De nuevo, este principio de anatocismo, como posibilidad de cargar un interés compuesto sobre los intereses, se ha considerado también un principio general según las reglas aceptadas en la práctica arbitral y contractual internacional. Véase BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, pág. 308.

(52) Con carácter general, se presupone concedida una amplia libertad contractual a las partes, habiéndose previsto tan sólo que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto (art. 1109.I del Código Civil); mientras que para el préstamo mercantil,

2. LA ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO MERCANTIL DE LA SOLIDARIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Más señaladamente aun, los Principios de Derecho Contractual Europeo adoptan una regla general de solidaridad en las obligaciones contractuales, a

como modelo de los contratos de financiación entre los especiales del comercio, podría regir el principio contrario, por el que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses (art. 317, prim., del Código de Comercio). No deja de preverse, sin embargo, que en este último caso los contratantes podrán capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos (art. 317, seg. del Código de Comercio). Se prohíbe con ello, en realidad, pactar un interés compuesto para antes de vencer la deuda, pero no para los que, vencidos, dejen de pagarse. Véase LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, III, pág. 321. Pudo antojarse sorprendente aquella admisibilidad civil del pacto de anatocismo, frente a su aparente exclusión en la contratación comercial, que opondría contradictoriamente la tutela común del deudor a la tutela mercantil del crédito y del acreedor; pero se ha señalado así la posibilidad de pactarlo sobre estos intereses devengados y no satisfechos, por mora o incumplimiento imputable al deudor, en cuanto serían ya líquidos y exigibles (cfr. art. 317, seg., del Código de Comercio); lo que resultaría además congruente con la previsión genérica, para el mismo préstamo mercantil, de que los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso, o en su defecto el legal (art. 316.I). La prohibición en cuestión, por fin, puede referirse a un interés compuesto u otra fórmula análoga que, bajo la implícita consideración de su carácter usurario, prevea el devengo de intereses por los ya devengados pero todavía no exigibles, aun producidos por días y percibidos día a día como frutos civiles o frutos en dinero (cfr. art. 317, prim., del Código de Comercio, y arts. 451.III, *pr.*, del Código Civil, y 541-4.2, *in fine*, del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 5/2006]). Véase José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al artículo 10 LGDCU», en *RDBB*, 1988, págs. 296 a 301, que discute así la opinión quizá más extendida, contraria a toda capitalización de intereses, aparte señale después su ilicitud como cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, al suponer incrementos de precio que no se corresponden a prestaciones adicionales, aun susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad o separación (cfr. Disp. Adic. 1.^a I.24 de la Ley 26/1984 [ahora según Ley 7/1998]). Frente a un supuesto y siempre equívoco devenir pacífico de las relaciones civiles, la codificación del comercio quizá previno estos abusos o maquinaciones usurarias, al modo en que la primera legislación liberal en la materia excluyó que los intereses vencidos y no pagados pudieran devengar intereses durante el término del contrato (cfr. art. 7, prim., de la Ley de 14 de marzo de 1856); pero pudiendo capitalizarse los liquidados y no satisfechos transcurrido el plazo, y estipular de nuevo réditos sobre el aumento del capital, sin mayor límite que la sujeción a nulidad del pacto convencional de intereses en el simple préstamo si no constara por escrito (cfr. arts. 2, seg., y 7, seg.). La cuestión debatida del interés aplicado a las cantidades impagadas en el propio concepto de interés, quedaría así remitida a esta última exigencia de que se pacte por escrito para que lo devenguen los préstamos, reputándose interés toda prestación pactada a favor del acreedor (cfr. arts. 314 y 315.II del Código de Comercio). Sustantivamente, sólo se requeriría al efecto la exigibilidad e impago del monto sobre el que aplicarlos, al modo en que las normas del Derecho Internacional Uniforme han presumido que ello procederá habitualmente cada doce meses (cfr. art. 317, seg., del Código de Comercio, y art. 17:101 [1] PECL III [2002]). (Según la misma inspiración, parece prevenirse también la acumulación irregular de nuevas partidas al principal del préstamo con ocasión de pleitearse sobre su devolución, para que,

falta de acuerdo expreso o tácito de las partes, para evitar perjuicios desproporcionados del acreedor; y establecen, pues, que si varios deudores deben realizar una sola y misma prestación a un acreedor según el mismo contrato, se les considera solidariamente responsables, salvo que la ley o el contrato dispongan otra cosa (art. 10:102 [1] [Comm. B] PECL III [2002]) (53). Cual-

interpuesta una demanda, no pueda hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos [cfr. art. 319 del Código de Comercio]). Sea como fuere, la codificación vigente supera con ello una más alejada perspectiva histórica, desde la que se expresó con mayor rotundidad que no se debía rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles, ni en otra especie de deuda comercial (art. 401, prim. [pr.], del Código de Comercio de 1829); y sólo se concebía la posibilidad de incluirlos posteriormente en un nuevo contrato, como aumento de capital, llegado el momento en que se hiciera su liquidación y estuviesen ya vencidas y fuesen exigibles de contado las obligaciones de que procedieran (cfr. art. 401, prim. [in fine] y ter.). Cfr. Vicente L. MONTES PENADES, «Observaciones sobre la capitalización de intereses en los préstamos mercantiles», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, págs. 1892 a 1894 y 1896 a 1898, que sostiene, por el contrario, cierta continuidad legislativa de la limitación moral del préstamo que puede entreverse en este último antecedente, referido al ámbito mercantil en que generalmente se producen las operaciones de financiación, de modo que se excluya un propio interés moratorio respecto del impago de los intereses, generado tan sólo por el principal (cfr. arts. 316.I y 317, prim., del Código de Comercio); y quepa, a lo sumo, pactar un interés remuneratorio sobre los intereses, aun con anterioridad al vencimiento —al convenirse el préstamo mismo, como sería habitual en la práctica—, ya para incorporarlos al capital pendiente, ya para crear con ellos una nueva cuenta de capital, pero con efecto tan sólo sobre los no pagados siendo exigibles y determinada su cuantía (cfr. art. 317, seg.).

(53) La referencia a la noción de una misma «prestación», en su acepción técnica, supone que el texto uniforme utiliza un término anglosajón («performance») en el sentido que habría adoptado progresivamente en el lenguaje internacional del Derecho Comparado como materia de la obligación (o «aquello que debe hacerse»), frente a su significado natural en el Derecho Contractual inglés, como propia ejecución (realización o consecución ya de «aquello que debe hacerse»); apreciación que se confirma también al prevenirse, a continuación, que la solidaridad no queda excluida por el hecho de que los deudores no estén obligados en las mismas condiciones, lo que requiere presumir la unidad de esa prestación a pesar de alterarse las modalidades o los extremos en que deba llevarse a cabo su ejecución (cfr. art. 10:102 [3] PECL III [2002]). Véase SIMON WHITTAKER, «A few observations on the “Plurality of Debtors”, and on the Effects of Release», en VAQUER, *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, págs. 30 a 38, que discute, por lo demás, el aparente establecimiento de una propia regla de solidaridad entre deudores, reducida a la sujeción por una misma obligación y en un mismo contrato, lo que no contempla el supuesto del tercero fiador y sólo excluye la necesidad de un pacto expreso de las partes frente a la presunción o regla supletoria contraria. Esta última es la contenida en la codificación española, según la cual sólo habrá lugar a que cada uno de los acreedores tenga derecho a pedir, o cada uno de los deudores deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la sola obligación en que concurren dos o más de ellos, cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria (cfr. art. 1.137, seg., del Código Civil); y si del texto de dicha obligación no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros (art. 1.138). Si la división fuere imposible, surge la propia mancomunidad: sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá

quiera que sea el efectivo alcance del precepto, parece confirmarse así, según la nueva realidad del tráfico, la extensión del que fuera principio mercantil tradicional a las modernas codificaciones unificadas del Derecho de las obligaciones, superando otras prevenciones favorables al deudor (54). Procurando

hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores (art. 1.139, prim., del Código Civil).

(54) Se ha argumentado expresamente, en este sentido, en otras labores unificadoras, para fundar una regla pareja por la que el acreedor tendría derecho a exigir a cualquiera de ellos la ejecución íntegra de aquella misma prestación la obligación de cuyo cumplimiento resulte a cargo de dos o más deudores según el contrato (cfr. art. 88.1 *pr.* [Rapp. III.4 y 5] Cod. eur. contr. I.1). La historia de la preferencia distinta por la división a prorrata en las legislaciones civiles modernas parece responder a una tradición milenaria, madurada durante la época bizantina y medieval, en tiempos en que la piedad por el deudor prevaleciera sobre los intereses del crédito y del comercio; aunque la misma evolución del Derecho romano apunta a su establecimiento primero mediante disposiciones positivas, y al modo de una propia excepción, hasta que en el Derecho justinianeo se requirió ya de un claro enunciado de la solidaridad, o quedó ésta a la apreciación por distintas circunstancias de la comunidad del acto. Aun impuesta así una concepción de la divisibilidad como figura normal, en el caso de varios obligados por una deuda común, no deja de reputarse ilógica y antieconómica; mientras que las necesidades mercantiles fundaron después su exclusión regular mediante cláusulas expresas en los contratos, llegando a adquirir el carácter de costumbre la presunción contraria de solidaridad, que se consideraría de nuevo más adecuada a la vida económica moderna configurada por el surgir de la gran industria. Véase Pietro BONFANTE, *Le obbligazioni (Lezioni tenute alla R. Università di Roma nell'a. accademico 1918-1919 e raccolte da S. Marracimo)*, Roma, 1919, págs. 164 a 169 (y *Corso di diritto romano, IV. Le obbligazioni [dalle lezioni]*, en *Opere complete di Pietro Bonfante, VII*, Giuffrè, Milán, 1979, págs. 81 a 84), que defendía por ello, antes de que tuviera lugar en la vigente codificación italiana, la extensión también a los contratos civiles, uniformados así con los mercantiles, de la presunción de solidaridad entre codeudores en las obligaciones comerciales a falta de convención contraria (art. 40.I, *codice di commercio* [1882]). Respecto del ordenamiento español, se concibió también progresivamente, no sólo la modificación singular de obligaciones específicas, sino un efecto distintivo o hasta una característica esencial de toda obligación mercantil, sobre la consideración presupuesta de usos o principios generales que debían prevalecer sobre el Derecho Común; pero faltó en la codificación del comercio una norma general proclamando la solidaridad, por lo que debe enfrentarse siempre la presunción civil de división de la deuda en tantas deudas distintas cuantos deudores haya (cfr. art. 1.138, *in fine*, del Código Civil). Con todo, no se advierte aquí una propia presunción, como norma procesal que el juez deba cumplir deduciendo cierta afirmación principal mediante la prueba de otra instrumental a la que la ley la vincule, salvo prueba en contrario; sino una norma material de interpretación, como disposición supletoria que el juez aplicará después a esos hechos probados, de no advertirse en el supuesto una unidad formal de la obligación, con unidad de la operación y unidad de fin, sobre la que fundar ya la solidaridad, al haberse conformado un interés en el que participe cada parte sin exclusiva en su titularidad. Para concluir en estos términos, se parte de que aquella división común sólo procederá de no resultar otra cosa del texto de la obligación, sin propia exigencia de carácter expreso en la declaración de los contratantes, sino en la determinación de la solidaridad por «la obligación» misma (cfr. arts. 1.137, seg., y 1.138, *pr.*, del Código Civil). Véase Antoni FONT RIBAS, «Génesis y evolución del principio de solidaridad (Aproximación al centro de gravedad del sistema crediticio)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (4 vols.), Civitas, Madrid, 1996, págs. 3243 a 3261.

la protección de la víctima, en el ámbito tanto contractual como extracontractual, los Principios de Derecho Contractual Europeo han establecido por fin que también resultan obligaciones solidarias cuando varias personas son responsables de un mismo daño (art. 10:102 [2] [Comm. C] PECL III [2002]).

V. CONCLUSIÓN: UNA FORMULACIÓN UNIFORME DE LAS ESPECIALIDADES MERCANTILES DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Confirmada la general coincidencia normativa entre los principales textos del Derecho Uniforme de los contratos, es probable que una perspectiva historicista acierte a subrayar en el futuro la relevante coincidencia también entre los miembros de las distintas comisiones y grupos de trabajo, como no han dejado de señalar en su presentación, por ejemplo, los mismos organizadores del «I Congreso de Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit». Tratando de dar razón del contenido de la regulación en que se ha coincidido de este modo, sin embargo, puede ser más clarificadora la advertencia de una suerte de consolidación positiva de los principios especiales de las obligaciones y los contratos mercantiles, congruentemente con la única proyección segura del proceso de unificación emprendido al ámbito económico del comercio internacional. Confrontadas las distintas propuestas, cuando menos, con un ordenamiento jurídico como el español, no parece fácil zafarse de la reconfortante impresión de contar, por fin, con una formulación segura de aquellas reglas del tráfico mercantil que la codificación todavía vigente no llegó a enunciar expresamente, y cuyo reconocimiento ha conllevado, en ocasiones, alambicadas argumentaciones. Se mostraría también, pues, la notable función persuasiva de aquella elaboración normativa como oportuno contraste en el estudio y la aplicación de los distintos ordenamientos positivos nacionales.

RESUMEN

DERECHO CONTRACTUAL UNIFORME

Las propuestas de unificación del Derecho Contractual Europeo guardan una gran similitud con los criterios normativos que parecen imperar entre los grandes operadores económicos del tráfico mercantil internacional, elaborados a

ABSTRACT

UNIFORM CONTRACT LAW

Proposals for a unified European contract law strongly resemble the regulatory framework allegedly prevailing among chief economic operators in international commercial transactions, as already ascertained by arbitration and specialised institutions like UNIDROIT.

partir de la experiencia del arbitraje y de los trabajos de instituciones especializadas como Unidroit. Estos textos uniformes suponen también una significativa formulación de los principios y las especialidades tradicionales del Derecho Mercantil de las obligaciones y los contratos, que no siempre se contienen con claridad en las distintas legislaciones nacionales.

Moreover, uniform texts offer a relevant formulation of principles and traditional singularities in business contract law, not always clearly stated in various national legal systems.

(Trabajo recibido el 21-01-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)