

Los contratos incompletos como mecanismo de gestión de riesgos: tratamiento en los nuevos instrumentos de modernización del derecho de contratos*

AMANDA KALIL

Contratada predoctoral de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

RESUMEN

En los sistemas de derecho continental, para que el contrato sea válido y eficaz es indispensable la presencia de los elementos esenciales, entendidos como determinados aspectos que otorgan su existencia y validez, de modo que cuando concurre todo ello se haría referencia a un contrato jurídicamente completo. Pero en el tráfico jurídico hay situaciones que obligan al jurista a repensar el modelo clásico de contrato y encontrar una solución jurídicamente válida para las situaciones que se materializan en las transacciones. De esta forma surgió la figura del contrato incompleto, ampliamente discutido desde la perspectiva económica, pero que ahora viene abriéndose paso en el Derecho civil en el contexto de la modernización del derecho contractual. Los instrumentos de modernización abarcan un gran número de previsiones, si bien no obligatorias, que sirven y se aplican en el día a día de los contratos celebrados en Europa y también en el mundo, siendo una de estas previsiones la del contrato incompleto, entendido como el contrato que tiene términos en blanco. Este tipo contractual surge desde un matiz económico para gestionar los riesgos en las operaciones contractuales con grandes inversiones económicas, pero poco a poco, respaldado por los instrumentos de modernización del derecho contractual, se fortalece como expresión de la libertad contractual y como instrumento de asignación negativa de los riesgos.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2016/80035-P) La modernización del contrato de servicios en el Derecho privado: Del Código Civil a los nuevos instrumentos jurídicos del Derecho contractual europeo y las Directivas.

PALABRAS CLAVE

Contratos incompletos. Derecho contractual europeo. Instrumentos de modernización contractual. Riesgo contractual.

Incomplete contracts as a risk management mechanism: treatment in the new instruments of modernization of contract law

ABSTRACT

In the continental law systems, for the contract to be valid and effective, the presence of the essential elements, understood as certain aspects that grant its existence and validity, is indispensable, so that when all this occurs it would be done reference to a legally complete contract. However, in the contract law there are situations that require the jurist to rethink the classic model contract and find a legally valid for situations that materialize in transactions solution. Thus, the figure of incomplete contract emerged, widely discussed from an economic perspective, but now is making his way in the civil law in the context of the modernization of contract law. The instruments of modernization cover a large number of provisions, although not mandatory, that serve and apply in the day-to-day of contracts concluded in Europe and also in the world, one of these provisions being that of the incomplete contract, understood as the contract that has blank terms. This contractual type arises from an economic nuance to manage risks in contractual operations with large economic investments, but gradually, backed by the instruments of modernization of contractual law, it is strengthened as an expression of contractual freedom and as an instrument of negative allocation of the risks.

KEY WORDS

Incomplete contracts. European contract law. Contractual modernization instruments. Contractual risk.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Descripción definición del contrato incompleto.* II.1 Los fundamentos y causas del contrato incompleto. a) El contrato incompleto como genuina expresión de libertad contractual. b) La justificación del contrato incompleto.—III. *La gestión de los*

riesgos contractuales mediante el instrumento de contratos incompletos. III.1 El contrato como instrumento de asignación de riesgos. III.2 Mecanismo de gestión.–IV. *El problema del objeto del contrato en la tradición del civil law.*–V. *El contrato incompleto en los nuevos instrumentos de modernización del derecho contractual.* V.1 Principios de UNIDROIT (PICC). a) Contratos con términos abiertos. b) Contratos con precio abierto. V.2 Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL). V.3 Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR). V.4 El «principio de razonabilidad» como criterio de integración del contrato incompleto.–VI. *La «recepción» de la doctrina del contrato incompleto en el Derecho español.* VI.1 La propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos en España (PMCC).–VII. *Conclusiones.*– *Bibliografía.*– *Tabla de jurisprudencia citada.*

I. INTRODUCCIÓN

La noción de «inacabado contractual» tiene principalmente dos perfiles, uno económico y otro jurídico. Desde el punto de vista económico, son innumerables los trabajos al respecto y los diversos estudios sobre su concepto y su aplicación al tráfico jurídico mercantil. Sin embargo, desde la perspectiva jurídica y más específicamente desde el Derecho civil de contratos, aún es un campo en expansión que requiere de los juristas un análisis pormenorizado de esta figura en el actual contexto socioeconómico; por ello, la jurisprudencia española, de manera paulatina, considera la amplia posibilidad de actuación y teorización de los contratos incompletos, facilitando el surgimiento de planteamientos que trascienden las consecuencias esperadas por la teoría clásica del derecho contractual, alcanzando así nuevos postulados.

Los estudios relacionados con los contratos, propuesto a principio de los años 80 por Holmström presentaba una propuesta matemática que se convirtió en un modelo eficiente de contrato, proporcionando optimización de esfuerzos y reducción de costes para los agentes¹; por otra parte se produjeron importantes aportaciones de la mano de autores como Grossman (1986), Moore (1988, 1990) y Hart (1990), el cual centra sus estudios en el reconocimiento de las condiciones contextuales que están determinadas por las posibilidades reales para la redacción de contratos de manera que en su redacción se abra el espectro a la inclusión de toda posible situación que pueda suscitarse afectando el cumplimiento del contrato

¹ Para un estudio detallado de la propuesta, véase HOLMSTRÖM, *Rev. Econ. Stud.*, 1982, p. 169.

en sí²; permitiéndoles alcanzar el galardón del Premio Nobel de economía de 2016 otorgado por la academia sueca; lo cual es, ante muchos, un merecido galardón para quienes a través de su teoría han desarrollado importantes aportaciones a la economía y también al derecho.

Partiendo de una teoría económica, analizar jurídicamente los contratos incompletos requiere abandonar algunas de las concepciones clásicas de la teoría del contrato y la rigidez del vínculo contractual, en aras de un Derecho de la contratación más moderno y eficaz. Por ello, en este trabajo intentaremos delimitar el concepto de contrato incompleto y analizar cómo este se manifiesta, sin el propósito de agotar la materia, más bien como una aproximación a los principales problemas jurídicos que plantea.

Para que podamos entender cómo el contrato incompleto puede manifestarse en nuestro sistema, es preciso comprender también sus definiciones, delimitaciones y principalmente cuál es su naturaleza. Por ello, trataremos de presentar esta figura para que tras el análisis realizado podamos alcanzar algún resultado. Una vez que tengamos claro la aparentemente novedosa figura del contrato incompleto, y hagamos una reflexión jurídica en materia contractual, trataremos de exponer cómo éste puede ser un eficaz gestor negativo de riesgos del contrato; pues de alguna manera los contratos se ven expuestos a condiciones contextuales variables.

En esta misma línea, en el contexto de la modernización del Derecho contractual los instrumentos que se han ido desarrollando a lo largo de los últimos veinte cinco años nos brindan un punto de apoyo importantísimo, ya que plasman la evolución social y económica contemporáneas y muestran la necesidad de un acuciante avance en el Derecho de la contratación que atienda a dicha evolución. Por ello, la figura del contrato incompleto gana contornos más significativos a la luz de los principales instrumentos de modernización.

Para este análisis, trataremos los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante, UNIDROIT) y los Principios del Derecho Europeo de Contratos (en adelante, PECL) y el Borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR), los cuales constituyen la culminación de principios de *soft law* a nivel internacional y europeo, respectivamente, que sirven como base hacia una unificación del Derecho contractual europeo³. Asimismo, también analizaremos la Pro-

² Para conocer los trabajos relacionados véase: GROSSMAN y HART, *J. Polit. Econ.*, 1986, p. 691; HART y MOORE, *Econometrica*, 1988, p. 755; HART y MOORE, *J. Polit. Econ.*, 1990, p. 1119.

³ Sobre los instrumentos de modernización véase: PÉREZ-VELÁZQUEZ, 2014, pp. 89-152.

puesta de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos (en adelante, PMCC)⁴.

Si bien está claro que los principios de *soft law* son textos normativos que no tienen fuerza imperativa, son principios que comparten el objetivo de internacionalización del Derecho contractual. En este contexto, resulta especialmente importante destacar que dichos textos suministran algunas reglas jurídicas novedosas cuyo estudio puede resultar significativo para el entendimiento del contrato incompleto.

En este trabajo se busca analizar y comentar las principales características del contrato incompleto –sin el propósito de agotar las cuestiones atinentes– para este fin, en primer lugar, se expondrán los aspectos referentes al contrato incompleto desde las teorías económicas del contrato y la distinción desde la óptica jurídica. En segundo lugar, se explorarán aspectos relacionados con la utilización del contrato incompleto con el fin de realizar una gestión negativa de los riesgos contractuales, en cuanto mecanismo novedoso de la praxis contractual que coadyuva en la realización de los contratos de larga duración o en las transacciones comerciales más complejas. Asimismo, en este apartado se destacarán los límites de la figura del contrato incompleto, por cuanto no es una figura que pueda ser utilizada ante cualquier circunstancia y frente a cualquier contratante.

En tercer lugar, para reforzar la idea de que los contratos incompletos no sólo son una realidad en el tráfico mercantil y que ganan fuerza en el mundo contractual en general, analizaremos el tratamiento que los mencionados instrumentos de modernización del Derecho contractual dispensan a este tema, lo que permitirá hacer una aproximación a la normativa de *soft law*. Por último, se realizará un estudio de las sentencias españolas en la que aparecen cuestiones relacionadas con el contrato incompleto, para concluir tratando la integración en el ordenamiento español de la mencionada figura.

II. DESCRIPCIÓN Y DEFINICIÓN DEL CONTRATO INCOMPLETO

La teoría del contrato incompleto, también denominada como «open term contract»⁵ o «relational contract»⁶, se aleja completa-

⁴ En este trabajo no se analiza la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980) por no tratarse de un instrumento de *soft law*, ya que este documento es un Tratado Internacional de carácter vinculante para los Estados firmantes y por tanto se incorpora al Derecho interno de cada país.

⁵ GERGEN, *Columbia L. Rev.*, 1992, pp. 997-1081.

⁶ MACNEIL, *Northwestern Univ. L. Rev.* 1978, pp. 854-905; GOETZ y SCOTT, *Virginia L. Rev.*, 1981, pp. 1089-1150.

mente de la teoría contractual clásica⁷, y defiende como supuesto básico de su formulación que «ningún contrato establece todos los eventos que podrían interferir en la ejecución de las obligaciones»⁸ y por ello, todos los contratos son, en esencia, incompletos⁹.

De acuerdo con Hart¹⁰, los contratos son «forzosamente» incompletos debido a imprevistos que no pueden ser incorporados *ex ante* por las partes y que tampoco la ley puede «predecir». En el contexto de cambios tecnológicos, eventos inesperados y/o riesgos económicos masivos, surge la figura del contrato incompleto, adaptándose a las nuevas realidades económicas globales para, de este modo, crear un contrato más flexible¹¹.

Desde el punto de vista económico, la definición utilizada y reiterada por casi todos los estudios de la teoría económica del contrato¹² es la suministrada por los economistas Hart y Holmstrom, donde la idea principal es que el contrato no puede predecir todas las circunstancias del futuro¹³. Para esta teoría, como hemos mencionado, todo contrato es incompleto por el hecho de que no es posible prever todas las situaciones posibles de ganancias y pérdidas¹⁴, concluyendo que, en la práctica no existen contratos completos.

Partiendo de la idea desarrollada por los citados economistas, la teoría económica de los contratos desarrolló las condiciones necesarias para garantizar condiciones que permitieran celebrar contratos con mayor efectividad, en contextos de múltiples condiciones variables, como el cambio fluctuante en los precios o costes de una transacción, por lo que se ha avanzado en el desarrollo de un área de investigación con respecto a la teoría de los contratos bajo la figura del contrato incompleto, lo cual básicamente actúa como un elemento que permite cubrir una serie de condiciones que escaparían al contrato completo¹⁵. Podemos concordar con Gómez Pomar y Gili Saldaña cuando afirman que los contratos de distribución constituyen el mejor

⁷ Partiendo de la premisa que los contratos deben especificar, en un principio, todas las características físicas de una transacción, como fecha, local, precio y cantidades, en un contrato completo no habría necesidad de verificación o determinación adicional de los derechos y obligaciones de las partes durante su ejecución, ya que el instrumento contractual debe ser capaz de determinar todas las posibilidades de eventos futuros involucrados con el objeto de la contratación. No obstante, el contrato incompleto algunos aspectos contractuales pueden no figurar en el instrumento. Para una consulta breve de los elementos contractuales, véase DÍAZ GÓMEZ, 2019, pp. 63-78.

⁸ BELLANTUONO, 2000, p. 61

⁹ PINHEIRO Y SADDI, 2005, p. 117

¹⁰ HART, SHLEIFER Y VISHNY, *Quarterly Journal of Economics*, 1996, pp. 1126-1161

¹¹ Véase: BAKER Y KRAWIEC, *Florida State Univ. L. Rev.*, 2006, pp. 725-755. VALENTINO, *Rivista Di Diritto Privato*, 2008, pp. 509-545.

¹² En sentido económico remitimos, por todos, al trabajo realizado por el Catedrático de la Universidad de Lisboa, Fernando ARAÚJO, 2006.

¹³ CASTAÑO-MARTÍNEZ, *Boletín económico de ICE*, 2017, p. 69.

¹⁴ BELLANTUONO, 2000, p. 61

¹⁵ SERRANO MOYA, *Summa Iuris*, 2015, p. 157.

ejemplo de contratos incompletos, ya que, en el momento de su celebración, las partes no pueden prever ni especificar todos los comportamientos relevantes referentes al contrato y que la incertidumbre juega un papel decisivo sobre determinadas variables económicas¹⁶.

No obstante, desde la perspectiva jurídica hay importantes matizaciones, ya que entre los principales problemas jurídicos que surgen del contrato incompleto, nos encontramos con la ausencia de elementos esenciales¹⁷. El estudio jurídico del contrato incompleto fue desarrollado primeramente en la tradición civilista italiana, la cual hizo referencia al contrato incompleto como el contrato no perfeccionado por defecto de elementos constitutivos¹⁸, ya que los juristas entienden por contrato incompleto la situación en la que las partes no reglamentan explícitamente algún aspecto indispensable de la relación contractual, que está enmarcada en un panorama jurídico al que debe dar respuesta.

Por el contrario, según los economistas, el carácter incompleto del contrato se da con independencia de la existencia de lagunas en el contenido, ya que está relacionado con la imposibilidad de prever las consecuencias de todas las circunstancias futuras que pueden alterar el equilibrio contractual¹⁹. En resumen, un contrato completo jurídicamente puede resultar incompleto para la teoría económica y viceversa.

Hecha esta distinción básica sobre el propio concepto, es importante aclarar que en este trabajo nos centraremos en un análisis jurídico de esta figura contractual, con la mirada puesta en los aspectos que interfieren en la propia formación de la relación contractual, por tanto, aunque en este estudio nos referiremos al contrato incompleto desde el punto de vista económico, en contraposición a la jurídica, no nos adentraremos en los pormenores de la teoría económica del contrato, por cuanto esta materia excede el objeto de estudio de este trabajo.

Así las cosas, el contrato incompleto se podría definir como un contrato celebrado válidamente, eficaz, donde las partes intencionalmente deciden no estipular sobre una determinada cuestión, dejando de forma deliberada un término en blanco para su posterior negociación o determinación por un tercero. Esta modalidad se

¹⁶ GÓMEZ POMAR Y GILI SALDAÑA, *InDret*, 2010, p. 11.

¹⁷ La norma sobre los elementos esenciales están en el Código Civil desde 1889 y nunca ha sido reformada; por ello se corrobora que «su interpretación ha de amoldarse a los cambios que se han producido en el tráfico jurídico de bienes y servicios, unos cambios que en muchos casos son meramente económicos, consecuencia de las transformaciones operadas en el mercado que podemos identificar, por lo que aquí interesa, con la masificación de las relaciones económicas y la globalización de las mismas, además de la irrupción de las nuevas tecnologías de la comunicación». VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Artículo 1261» 2016, p. 1.

¹⁸ FARINA, *RPD*, 2015, p. 114.

¹⁹ Para un estudio más profundo de las diferencias entre la visión económica y jurídica del contrato incompleto ver la obra de FICI, 2005.

justifica sobre todo en los contratos de larga duración y los contratos de ejecución continuada o diferida, ya que las partes prefieren un contrato flexible frente un contrato que presente una asignación del riesgo *ex ante*, rígida e inmutable²⁰.

Es cierto que esta específica técnica de contratación se aplica más profusamente en el ámbito mercantil, como consecuencia de la complejidad de ciertas transacciones comerciales y de la presencia de incertidumbres en el momento de celebrar el negocio jurídico en cuestión. Cuanto más complejo es el negocio, más probabilidad hay de ser un contrato incompleto²¹. La teoría clásica en la que los contratos a largo plazo deben ser rígidos es contrapuesta a la de un contrato incompleto, donde se permiten «cabos sueltos» o «huecos» que serán rellenados en un momento ulterior al de la celebración del contrato, y tan solamente si ocurre alguna circunstancia que lo permita.

Tal como explica Araújo²², el «inacabado contractual» es la respuesta pragmática a un contexto económico y jurídico de imperfecciones y oscilaciones, fruto de la constatación de que tal vez no valga la pena alargar las negociaciones cuando las resultantes estipulaciones no erradicarán o no cubrirán de manera eficaz los riesgos correspondientes. En este sentido, Fici define el contrato incompleto como «un modelo alternativo de administración de riesgos, caracterizado por un procedimiento de decisión y asignación de riesgos a posteriori»²³. En el contrato incompleto, por ejemplo, el riesgo contractual por incumplimiento no se asigna inicialmente, sino que se determina el procedimiento para su gestión *ex post*.

Como ya se ha dicho, el contrato incompleto consiste en dejar abiertos determinados términos contractuales, por esta razón, consideramos que tal concepto se refiere fundamentalmente a la cuestión del riesgo que debe ser soportado por una de las partes ante el incumplimiento. Cuando se celebra el contrato se establece varias relaciones obligatorias en las que las partes ocupan posiciones polarizadas, pero deciden que no designarán quién asumirá el riesgo de las operaciones, ni siquiera ante la imposibilidad por causa sobrevinida no imputable a ninguna parte. A título de ejemplo: un contrato de compraventa de un coche de segunda mano donde las partes, personas físicas, pueden determinar que sólo se asignará el riesgo por pérdida fortuita de la cosa si este evento sucede, pero dejando ya establecido el procedimiento para tal asignación²⁴.

²⁰ GUERINONI, 2007, pp. 8 y ss.

²¹ SEGAL, *Rev. Econ. Studies*, 1999, p. 58.

²² ARAÚJO, 2007, p. 380.

²³ FICI, 2005, p. 2.

²⁴ Este trabajo se centrará en analizar cómo el contrato incompleto puede ser un instrumento de gestión del riesgo contractual, pero no entraremos en la teoría del riesgo, pues se trata de una materia que desborda el propósito del presente trabajo.

II.1 LOS FUNDAMENTOS Y CAUSAS DEL CONTRATO INCOMPLETO

a) **El contrato incompleto como genuina expresión de la libertad contractual**

El contrato incompleto encuentra su fundamento primigenio en el principio de libertad contractual²⁵, como expresión de la autonomía privada, entendida esta, como es sabido, como el poder que se reconoce a los particulares para establecer las reglas y normas que han de regir su ámbito personal o privado²⁶. Por ello, De Castro y Bravo definió este poder como «la médula del negocio jurídico»²⁷.

Como es sabido, las normas de derecho dispositivo ofrecen un modelo contractual considerado en principio como el normal, deseable por ambas partes, susceptible de eliminar los costes de negociación y previsión de todas las eventualidades futuras del contrato²⁸. Pero hay situaciones en que negociar todas las cláusulas sería demasiado costoso por no poder prever absolutamente todas las eventualidades posibles y al mismo tiempo garantizar la ejecución del contrato. En este contexto, adquiere pleno sentido la figura del contrato incompleto.

El meritado principio aparece en la inmensa mayoría de los Códigos Civiles del mundo y, de manera muy destacada, en el BGB, el cual está marcado por la libertad e igualdad de las partes contratantes²⁹, lo que abarca, entre otros aspectos, la libertad de determinar el contenido de un contrato. Entre los Códigos Civiles latinoamericanos más recientes destaca una reformulación del principio de libertad contractual en el Código Civil brasileño de 2002, cuyo artículo 421 reconoce la libertad contractual, pero limitada por la función social del contrato³⁰, destacando asimismo su artículo 425 en el que se reconoce el derecho de las partes a celebrar contratos atípicos. La libertad de pacto es reconocida como principio básico de la contratación en prácticamente todos

²⁵ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RPD*, 1972, p. 871; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 145 y ss.

²⁶ DE CASTRO Y BRAVO, 1997 (rep. fasc. 1985), pp. 12-13.

²⁷ *Ibid.*, p. 31.

²⁸ BALLESTEROS GARRIDO, 1999, p. 22.

²⁹ MIQUEL-SALA, 2013, p. 287.

³⁰ Se entiende por función social el deseo de justicia social propio del Estado de Bienestar constitucional. Es una manifestación del fenómeno denominado publicación, socialización o constitucionalización del Derecho Privado. En un sentido interno, la relación contractual debe reflejar una adecuada justicia y equilibrio; en un sentido externo, debe evitar que el contrato perjudique intereses socialmente valiosos.

los códigos civiles de los ordenamientos jurídicos del *civil law* y también en sistemas de *common law*³¹.

En efecto, los tipos contractuales tradicionales ofrecidos por el ordenamiento jurídico se muestran, en la mayoría de los casos, insatisfactorios para la protección de los intereses de la autonomía privada en el ejercicio de sus actividades. Este problema ocurre principalmente en las operaciones económicas complejas que se alargan en el tiempo y se revisten de fuerte incertidumbre, con posibilidad de supervivencia de diversos riesgos económicos³².

El principal argumento a favor del contrato incompleto es, por tanto, la autonomía privada, entendida como la expresión máxima del poder de las partes para establecer reglas jurídicas vinculantes, con «fuerza de ley», y que sean acordes con sus necesidades. Así pues, se encuentra la asignación del riesgo, partiendo de la idea de máxima libertad de las partes para dar vida y disciplinar sus relaciones jurídicas. Existe entonces la posibilidad de establecer el contenido del contrato por el libre acuerdo de las partes, aunque varía según la naturaleza jurídica del contrato y del objetivo perseguido por las mismas.

La asignación de riesgos se inserta en la causa del negocio, es decir, en los efectos principales perseguidos por las partes con miras a la atención de sus pretensiones. En definitiva, hay que poner de relieve el reparto de los riesgos establecido por la voluntad negociadora, que traduce el equilibrio del negocio, impidiendo que el intérprete rehaga la valoración del riesgo ya efectuada por la autonomía privada.

Debo advertir que el contrato incompleto encuentra como límite infranqueable los contratos con consumidores y usuarios, no solo por su naturaleza imperativa³³, pero también porque el contrato incompleto vulnera todo un sistema protector, especialmente en la modalidad de precio abierto, ya que, de acuerdo con el texto refundido de la LGDCU³⁴, el empresario está obligado a informar del precio total nada más empezar una contratación con el consumidor, aunque en una fase de información precontractual es necesario informar el precio cierto³⁵. Por otro lado, la asignación de riesgos no puede ser gestionada cuando una de las partes no está en igualdad de condiciones, piénsese, por ejemplo, frente a la asimetría informativa que se encuentra el consumidor y que también se manifiesta en el momento de la celebración del contrato y durante la ejecución³⁶.

³¹ VAQUERO-LÓPEZ, 2013, p. 895.

³² Sobre los contratos de larga duración y la implicación del contrato incompleto, véase BONANNO SCHUNCK, 2016, pp. 45-53.

³³ MIQUEL-SALA, 2013, p. 287.

³⁴ Artículo 20 y Artículo 60 de la LGDCU.

³⁵ FERRANTE, *InDret*, 2010, p. 13.

³⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ Y INFANTE RUIZ, 2019, pp. 31-32.

b) La justificación del contrato incompleto

Las dos principales razones por la que se celebra un contrato incompleto desde un punto de vista económico son los costes de la transacción³⁷ y la información asimétrica. En el primer supuesto, las partes optan por dejar las lagunas pues prefieren los beneficios derivados de la contratación que dejar de contratar por la incertidumbre³⁸. En el segundo supuesto, frente a una información asimétrica, las partes prefieren abstenerse de incluir una cláusula específica que se refiera al grado de información que pueda poseer exclusivamente una de las partes del contrato. Este interés económico conecta, además, con un interés jurídico. De este modo, las partes evitan que en el futuro el contrato sea impugnado por error por la parte que no dispone de la información específica³⁹.

Es importante mencionar que, de acuerdo con los economistas Philippe Aghion y Richard Holden⁴⁰, el contrato incompleto plantea graves problemas desde el punto de vista de la eficiencia económica y que frecuentemente las inversiones en relaciones contractuales incompletas pueden verse perjudicadas. Por estas razones, debe considerarse que las cuestiones económicas y de gestión empresarial implicadas en este modelo contractual son innumerables y merece un análisis más profundo y especializado.

Desde la óptica jurídica, la principal razón para la celebración de un contrato con ausencia de sus «elementos básicos» estriba en la limitación del conocimiento. En otras palabras, las partes tienen la voluntad de vincularse, sin embargo, un determinado aspecto de la relación está limitado por una falta de conocimiento acerca de las circunstancias futuras y aun así deciden vincularse sin la «completitud» contractual⁴¹.

b.1) LOS COSTES DE TRANSACCIÓN

Los costes de transacción, teoría desarrollada en los años 60 por Ronald Coase⁴², representa el complejo de costes necesarios para la

³⁷ GERGEN, 1992, p. 1006.

³⁸ SPIER, *The Rand J. Econ.*, 1992, p. 434.

³⁹ Sobre el error véase: MORALES MORENO, 1988. Sobre los deberes de información véase: DE LA MAZA GAZMURI, 2010.

⁴⁰ AGHION Y HOLDEN, *J. Econ. Perspect.*, 2011, p. 184.

⁴¹ El ejemplo más claro de este tipo son los contratos de prestación de servicio con precio abierto. Una persona quiere contratar los servicios de un profesional para reparar el coche, en la fase negocial ambos demuestran la intención de vincularse y pactan, aunque sin saber el precio, ya que el prestador solo puede determinar el precio una vez que termine la reparación. En este sentido véase: VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR4.1-4.11.

⁴² Para un estudio de la ley Coase y toda la problemática de los costes de la transacción, véase el trabajo de COASE, *J. Law Econ.*, 1960, pp. 1-44.

negociación, ejecución y fiscalización de un contrato⁴³. Los estudios de este autor visibilizaron una visión de mercado diferente, donde las empresas se posicionan como agentes especializados de contratación y no como agentes de producción⁴⁴. En este contexto, cuanto más complejo es un negocio más coste de transacción tendrá. Ello es así en razón a los costes de procurarse la información, riesgo de información asimétrica, elaboración de borradores, negociación, elaboración el contrato, renegociación, mantenimiento de las obligaciones, costes procedentes de inejecución del contrato, etc.

Desde esta perspectiva, la realización de un contrato completo demandaría un mayor coste y aun así tampoco sería un contrato capaz de prever todas las circunstancias futuras, y por esta razón, el contrato incompleto se presenta como alternativa para disminuir los costes de transacciones complejas, de larga duración o que necesitan informaciones derivadas de acontecimientos futuros. Cuanto mayor es la complejidad de las circunstancias futuras más difícil es la información que es necesario hallar para determinar una cláusula y por supuesto esta dificultad aumenta el coste de la transacción. Así se justifica la supresión de una tal cláusula que incrementaría ostensiblemente el valor de la transacción.

Esta es la principal razón por la cual, desde la óptica económica, se celebran contratos incompletos: es una respuesta a la imprevisibilidad del futuro y una manera de tornar el acuerdo menos perjudicial para las partes.

b.2) INFORMACIÓN ASIMÉTRICA

Otra razón sobre la existencia de «gaps» (brecha, laguna) en el contenido contractual es la asimetría en la información, es decir, una información que no es conocida por una de las partes, a menos que haya una revelación por quien posee la información. A título de ejemplo, el coste de producción de un determinado producto es de difícil comprobación por parte de comprador, sin que el vendedor lo revele.

Sin embargo, la sola apreciabilidad de una información asimétrica no justifica *per se* la naturaleza de los contratos incompletos. El contenido del contrato es ciertamente el producto de una negociación en la cual las partes intercambian y reúnen información para asignar de forma eficiente los recursos, de modo que la información asimétrica forma parte de las propias negociaciones, siendo una práctica recurrente en muchas de las grandes transacciones.

⁴³ GUERINONI, 2007, pp. 42-43.

⁴⁴ ZYLBERSZTAJN, *RAC*, 2002, p. 131.

Existe información asimétrica cuando una de las partes no cuenta con información relevante sobre las peculiaridades de la transición y la otra puede usar dicha información en su provecho. Sin embargo, para Scott y Leslie⁴⁵, la asimetría informativa no es sino la otra cara de la teoría de la imprevisión, ya que en ambos casos lo que está en juego son los eventos que hacen que el contrato sea más costoso para una de las partes de lo que ésta podría esperar. Una vez que se produce un caso de asimetría informativa, el coste se ha producido y la eficiencia de la estructura negocial ya está afectada; por ello, es importante que haya mecanismos que eviten la información asimétrica y que permitan encontrar soluciones que maximicen la eficiencia⁴⁶. Una de esas soluciones es utilizar el contrato incompleto ya que este tipo contractual permite no establecer todas las reglas aplicables a los cambios futuros

Tanto los costes de transacción como las asimetrías en la información resultan ser elementos significativamente incidentales en la dinámica de mercado, con los cuales el ejercicio contractual está llamado a confrontarse cotidianamente. Razones de eficiencia económica impulsan en muchos casos a los contratantes a abandonar el proyecto de celebrar un contrato económicamente completo.

b.3) LIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO

Jurídicamente hablando, la principal explicación para el uso de términos abiertos en el contrato es la limitación del conocimiento y la dificultad de preparar y hacer cumplir los contratos que especifican con precisión el rendimiento sujeto a condiciones finamente dibujadas para hacer frente a una cantidad importante de riesgos conocidos⁴⁷.

Es deliberadamente incompleto un contrato cuyo contenido presenta una laguna en el momento de la celebración, desde el momento en que las partes deciden –por falta de un conocimiento concreto– postergar la decisión a un momento posterior o atribuir a un tercero la tarea de rellenar el contenido⁴⁸. En el presente estudio se parte de la convicción de que la celebración de un contrato incompleto resulta una herramienta útil y efectiva en un contexto dominado por la incertidumbre⁴⁹; pues gracias a este las partes pueden pre-

⁴⁵ SCOTT Y LESLIE, 1993, p. 235.

⁴⁶ Véase: DE LA MAZA GAZMURI, 2010, pp. 502-503.

⁴⁷ POLINSKY, *J. Law, Econ. Organ.*, 1987, p. 41.

⁴⁸ FICL, 2005, p. 78.

⁴⁹ Por el contrario, cuando las partes firman un contrato completo, especifican sus derechos y obligaciones tanto para el presente como en el futuro, de modo que, salvo excepciones, no existe la posibilidad de alterar el programa prestacional previsto (*pacta sunt servanda*).

ferir posponer la negociación de elementos particulares al momento en el que cambien las circunstancias o al momento que se conozcan hechos que no eran conocidos en el momento de la estipulación⁵⁰.

La mayoría de los casos consisten en la indeterminación del objeto del contrato, aunque también podemos hablar en algunos de ellos de ausencia de causa. Los supuestos prácticos revelan que los contratos incompletos se caracterizan frecuentemente por «ausencia» del objeto cierto⁵¹. En la praxis jurídica, por la presencia de multitud de circunstancias, las partes no siempre están en condiciones de alcanzar un acuerdo contractual sobre todos los aspectos del contrato⁵², como pueden ser el precio, la responsabilidad por pérdida de la cosa o incluso las consecuencias tras el fallecimiento de la otra parte, pero mantienen la voluntad firme de celebrar el acuerdo.

Estas realidades de la contratación moderna, lleva a reflexionar sobre la posible validez jurídica del contrato incompleto, aunque falte un elemento esencial, y principalmente sobre si podemos utilizar el «inacabado contractual» como instrumento de asignación de riesgos. Así podemos preguntarnos: ¿el «gap» contractual puede servir para dejar abierta la responsabilidad en caso de incumplimiento? ¿Es posible hablar de distribución del riesgo a través de lagunas contractuales? A estas cuestiones intentaremos dar respuesta en el siguiente epígrafe.

III. LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES MEDIANTE EL INSTRUMENTO DE CONTRATOS INCOMPLETOS

III.1 EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS

El problema del riesgo contractual se centra, básicamente, en los casos en que una obligación deviene imposible por causa no imputable a ninguno de los contratantes⁵³, cuando no hay posibilidad de satisfacer el conjunto de intereses previstos en el contrato.

⁵⁰ GUERINONI, 2007, p. 09.

⁵¹ Trataremos en el tema del objeto contractual en el apartado IV de este trabajo.

⁵² Estas circunstancias pueden generar la ausencia de determinación expresa del precio, ausencia de determinación indemnización, quién correrá los riesgos en la venta sobre documentos, rescisión del contrato en caso de enajenación, muerte del arrendatario, o depósito irregular, entre otras. Si un contrato jurídicamente completo no cuenta con una adecuada flexibilidad y adaptabilidad frente a eventos futuros, con un contrato jurídicamente incompleto las partes reducen los elementos de rigidez del acuerdo. FARINA, *RPD*, 2015, p. 119.

⁵³ BETTI, 1969, pp. 182-183.

Sólo entonces, se trata de establecer quién debe soportar el daño. El concepto técnico de riesgo, consagrado en el Código civil español, se centra en averiguar en qué momento hay transmisión del riesgo para determinar cuál de las partes deberá asumir la carga de la imposibilidad de cumplir la obligación.

Tomando como punto de partida que muchas relaciones jurídicas están intrínsecamente afectadas en la denominada «era del riesgo», los riesgos de las actividades económicas privadas han de ser gestionados por los diversos institutos jurídicos presentes en el ordenamiento para la promoción en concreto de los intereses dignos de protección. En este escenario, el contrato es, por excelencia, un instrumento de gestión de riesgos y, a su vez, como hemos dicho, la mayor expresión de la autonomía privada.

Para Bessone, continuamente se dan casos en los que, para delimitar el riesgo, es necesario un uso concienzudo de la técnica legal para observar el cumplimiento del contrato y se muestra la necesidad de establecer contratos que no encajan en ninguno de los tipos codificados. Según el mencionado autor, los negocios jurídicos realizados por los particulares tienen por objeto repartir los riesgos de una determinada actividad económica o del posible incumplimiento contractual, fijando así las respectivas responsabilidades futuras, ya que la delimitación de un riesgo se realiza en el momento de determinar el contenido del contrato⁵⁴.

Es por ello por lo que el Derecho dispositivo, con carácter general, atribuye al acreedor el riesgo en los casos de imposibilidad de cumplimiento sin culpa del deudor⁵⁵ por hecho sobrevenido y fortuito⁵⁶, pero admite que el propio contrato establezca que este riesgo corra a cargo del deudor, de manera que este no se libere de la responsabilidad pese a la imposibilidad sobrevenida y fortuita. De hecho, la idea de que nadie responderá por los sucesos que no hubieran podido preverse o los inevitables (art. 1105 CC)⁵⁷ cuenta con dos excepciones destacadas, por un lado, la previsión expresa en la ley y por otro, la propia previsión realiza por los particulares

⁵⁴ BESSONE, 1969, p. 3.

⁵⁵ La culpa del deudor se presume *iuris tantum*. De acuerdo con el artículo 1183 CC es el deudor incumplidor quien debe probar que ha actuado sin culpa, y que la destrucción o pérdida de la cosa debida se produjo por caso fortuito, incluyendo también, de acuerdo con la jurisprudencia, la fuerza mayor. Véase la Sentencia TS de 28 de enero de 1998.

⁵⁶ El tercer párrafo del artículo 1096 contempla efectivamente esa etapa que sigue al momento de exigibilidad de la obligación y que se prolonga en tanto el deudor no lleve a cabo el cumplimiento, pero en la medida en que su objetivo es asignar al deudor los riesgos que durante ese período planeen sobre la integridad de la cosa, presenta casi más conexiones con la norma del artículo 1094. En principio, el obligado a entregar una cosa sólo responde de los daños o pérdida que la misma experimente cuando éstos sobrevengan por su falta de diligencia. SÁNCHEZ ARISTI, 2013. [recuperado de *proview*]

⁵⁷ Véase los comentarios de Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2016 [recuperado de *proview*].

en el momento de celebrar el contrato. Con ello, se deja un espacio para la libertad de las partes a la hora de establecer cuál será la responsabilidad en estos supuestos; por otro lado, la ley también establece casos en que el deudor corre con el riesgo de la obligación, como, por ejemplo, el deudor que incurre en mora en la entrega de la cosa responde incluso por su pérdida fortuita, aunque no haya mediado culpa de su parte (art. 1096.3 CC)⁵⁸.

La verificación del riesgo repercutirá así en la esfera jurídica de los contratantes, desencadenando las responsabilidades definidas en el contrato con un impacto en la relación contractual y económica de las partes. En otras palabras, el riesgo económico está íntimamente relacionado con la cuestión de la satisfacción económica de los contratantes, por la existencia de circunstancias previstas o previsibles (alea normal) o no previstas e imprevisibles o inevitables (alea extraordinaria) que, si bien no están sujetas al incumplimiento en sentido técnico, desorganizan la economía originaria de la transacción⁵⁹.

La asignación de riesgos deberá ser identificada en el caso concreto, de acuerdo con el específico interés de ambas partes. De este modo, es posible ampliar la responsabilidad de los contratantes, imputándoles un riesgo mayor que aquel comúnmente asumido en un determinado tipo contractual. Por ejemplo, en un contrato de obras, las partes pueden asignar al contratista la responsabilidad de las lluvias abundantes no previsibles y que generen retraso en el cronograma de la obra, independientemente de que tal supuesto pudiera ser considerado fuerza mayor; todo esto en base a la autonomía privada.

Los tipos contractuales que no disponen de criterios de reparto del riesgo previamente establecidos en la ley dan a las partes la posibilidad de modelar la asignación de riesgos del negocio, insertando en su causa un reparto específico de riesgos. A partir de la asignación de riesgos establecida por las partes, se define la reciprocidad contractual, es decir, la conmutatividad o la corrección entre las prestaciones, la cual revela la ecuación económica deseada por los contratantes. Tal ecuación económica traduce cuál es la medida del sacrificio finalmente soportada por cada una de ellas⁶⁰.

En el momento de la asignación de riesgos las partes establecen las obligaciones y por tanto la reciprocidad del contrato⁶¹. De ahí

⁵⁸ Véase: INFANTE RUIZ, 2002, pp. 51-91.

⁵⁹ ALPA, BESSONE y ROPPO, 1982, pp. 63-66.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, 2017, p. 932.

⁶¹ Sin embargo, la teoría del riesgo contractual no constituye un punto pacífico en la doctrina, ya que algunos argumentan que sólo se aplica cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente, es decir, contratos bilaterales, pero hay autores que afirman que la

que se afirme que el concepto de riesgo contractual se relaciona directamente con el concepto de equilibrio, teniendo en cuenta que las partes establecen el reparto de los riesgos como forma de definir el balance contractual. Al analizar la asignación del riesgo establecido por los contratantes, de acuerdo con la voluntad declarada, el intérprete deberá atender al tipo contractual y a la causa concreta del negocio para determinar si éste mantiene o no el equilibrio contractual.

Junto al tipo contractual, el intérprete, a efectos de identificación de la asignación de riesgos y de las correspondientes responsabilidades, debe considerar, además, la cualidad de las partes, investigando la actividad normalmente desarrolladas por ellas, teniendo en consideración si es un experto o no, al objeto de atribuir la responsabilidad por el riesgo inherente a la actividad económica por él regularmente desarrollada. Asimismo, deberá observar si existe o no cláusula limitativa o de exclusión de responsabilidad, así como el sistema de responsabilidad previsto por las partes en virtud de la interpretación de contrato en la que, evidentemente, deberán primar tanto el criterio sistemático como el teleológico.

La asignación de riesgos en el contrato revela, por cuanto se ha dicho, el equilibrio económico del negocio planteado por los contratantes y mediante el cual pretenden concretar sus objetivos económicos. Dicho reparto de los riesgos se inscribe en la causa concreta del contrato, es decir, en los efectos esenciales que el negocio pretende realizar, en su función económica-individual, o función práctica-social, que expresa la racionalidad deseada por los contratantes, es decir, sus intereses en concreto.

El contrato cumple por tanto una función de asignación de riesgos que puede ser pactada en el momento de la celebración o no, ya que las partes pueden adoptar una estrategia contractual para evitar el deber de asignar inmediatamente los riesgos⁶² y especificar concretamente que la asignación se hará *a posteriori*, por lo que el momento de la asignación del riesgo no impide la perfección del contrato.

En estos supuestos, no hablamos de un contrato jurídicamente incompleto, ya que, la no asignación del riesgo por incumplimiento no se inserta en los elementos esenciales del contrato, por lo que, de cierto modo, todo contrato cumple un auténtica función de asignación de los riesgos que pueden ser pactadas en el momento de su celebración, con independencia de que exista o no lagunas contractuales.

teoría del riesgo contractual puede ser aplicada en todo contrato, incluso unilateral. CARRASCO PERERA, 2007, p. 930.

⁶² FARINA, *RPD*, 2015, p. 128.

III.2 MECANISMO DE GESTIÓN

Como venimos mencionando, el contrato es un instrumento de gestión de riesgo del negocio celebrado, pero existen dos formas de gestión de riesgos en los contratos: la gestión positiva y la gestión negativa. Evidentemente, los riesgos que constituirán objeto de gestión por los particulares deben ser previsible, de modo que se pueda atribuir a una de las partes los efectos de su verificación, pues si hablamos de riesgos imprevisibles no podemos hablar de gestión, ya que lo que no se puede prever no se puede gestionar⁶³.

Al ser repartido entre los contratantes, el riesgo previsible pasa a integrarse en el alea normal del contrato⁶⁴, éste se entiende como el riesgo inherente o derivado del contrato, el cual, aunque no integre su causa, mantiene relación con el mismo por representar el riesgo asumido por los contratantes⁶⁵. El alea en los contratos supone la aparición de hechos que, aunque previsible, son futuros e inciertos que interfieren en su cumplimiento.

La existencia de un contrato, por regla general, implica siempre la previsión de determinados supuestos que llevarían al incumplimiento y la forma de resolverlos. Esta asignación de riesgos previamente establecida en el contrato, a nuestro entender, es máxima expresión de la autonomía de la voluntad de las partes y por eso se denomina gestión positiva de los riesgos. La gestión positiva, como hemos indicado anteriormente, se hace siempre en los contratos, directa o indirectamente, y no tiene implicación en los elementos esenciales; por ello, el contrato es completo, aunque no haga expresamente la asignación positiva, puesto que es la norma dispositiva la que gobernará el régimen contractual en estos casos.

En este sentido, la definición del alea normal opera en la concreta ordenación de los intereses contractuales, haciendo posible que un determinado evento previsible no se inserte en el alea normal y, por tanto, no figure como hecho previsto, objeto de gestión por las

⁶³ Por supuesto, la imprevisión puede suponer un riesgo económico, que no se encuentra explícitamente aceptado por las partes. A título de ejemplo, el cambio exorbitante del valor de mercado de determinada mercancía supone operar en el alea económico.

⁶⁴ Es importante destacar que entendemos «alea» como sinónimo de «riesgo». En nuestro ordenamiento jurídico, la palabra riesgo es mencionada en diferentes connotaciones. En general, la palabra conserva en dicha redacción un hábito subjetivista en el sentido de peligrosidad; por eso caben dos posibles soluciones: entender riesgo en sentido objetivo, esto es, como albur propiamente dicho, o bien reemplazar riesgo por alea.

⁶⁵ El riesgo jurídico, principal característica de los contratos aleatorios, incide sobre el *an* y el *quantum* de la prestación, puesto que éste consiste en la intención expresa de tener un riesgo, la intención de confirmar una relación jurídica donde varía la equivalencia económica del contrato bajo una aceptación explícita de que el resultado del contrato puede ser desequilibrado. Aquí no trataremos este tema y remitimos al trabajo de THOMAS PEZ, 2013.

partes. Por otro lado, las partes podrán ampliar el alea normal para incluir los acontecimientos previsibles que ordinariamente no se asocian a una determinada especie de negociación, lo que se considerarían hechos extraordinarios. Las partes, al distribuir los riesgos previsibles a partir de las cláusulas contractuales, proceden a la gestión positiva del riesgo. Dicha asignación de riesgos, que será identificada a partir de la voluntad declarada de los contratantes, establece el equilibrio económico del contrato. Esta ecuación económica, que fundamenta la reciprocidad entre las prestaciones, debe observarse tanto en la fase precontractual como en el curso de la relación contractual, en el cumplimiento de los principios y obligaciones de los pactos, y, por supuesto, representa el equilibrio del contrato.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al analizar la aplicación del cambio de circunstancia, habla precisamente del riesgo normal del contrato. Deja claro que es imprescindible saber cuáles son los riesgos asignados al cumplimiento del contrato, ya sea por su expresa previsión⁶⁶ o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, debe quedar excluido del riesgo normal inherente o derivado del contrato⁶⁷.

La jurisprudencia⁶⁸ se muestra bastante estricta a la hora de aceptar que un acontecimiento es lo suficientemente imprevisible, al tiempo que causante de una desproporción extraordinaria⁶⁹ entre las prestaciones de las partes, y por ello suele rechazar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁷⁰ considerándola como cláusula peligrosa y de admisión cautelosa, con fundamento técnico y derivado del criterio objetivo⁷¹. El alto Tribunal rechaza la aplicación de la cláusula cuando el riesgo del cambio de circunstancias en el contrato ha sido asumido por las partes, expresa o implícitamente, o bien cuando forma parte del alea normal del negocio que se ha celebrado.⁷²

Por otra parte, es igualmente importante destacar que la cuestión de la distribución del riesgo resulta de tanto interés que la

⁶⁶ STS 30 de junio de 2014.

⁶⁷ Para un estudio del tema véase: Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1996, pp. 669-686; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003; SALVADOR-CODERCH, *InDret*, 2009, p. 41; QUICIOS MOLINA, 2009, pp. 1374-1379; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RDC*, 2015, p. 72; LUNA YERGA y XIOL BARDAJÍ, *InDret*, 2015; ORDUÑA MORENO y MARTÍNEZ VELENCOSO, 2017.

⁶⁸ Véase las Sentencias del Tribunal Supremo del 16 de octubre de 1989, 23 de abril de 1991, 19 de noviembre de 1994, 29 de enero de 1996 y del 1 de marzo de 2007.

⁶⁹ STS del 18 de diciembre de 2008: «La ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio, o la frustración o novación del contrato por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes»

⁷⁰ SÁNCHEZ ARISTI, 2013. [*recuperado de proview*]

⁷¹ SSTS del 21 de mayo de 2009, 18 de enero de 2013 y del 30 de junio de 2014.

⁷² VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RPD*, 2015, p. 72.

propia PMCC, en su artículo 1213⁷³ relativo a la revisión del contrato por alteración sobrevenida, deja claro que deberá darse una especial atención a la distribución contractual o legal de riesgos⁷⁴. En conclusión, la asignación positiva de los riesgos es realizada dentro del propio negocio jurídico y simboliza el riesgo normal y previsible del contrato, valorando así la intención de las partes para determinar el grado de riesgo de cada contratante. Siendo esta asignación de vital importancia para analizar la alteración o no de las circunstancias.

Por otro lado, hay hipótesis en que no hablamos de riesgo de incumplimiento, sino de riesgos que pueden dar lugar al incumplimiento, por ello, los contratantes deciden no disponer determinado contenido del contrato para no vincular la solución a futuras contingencias en el momento de celebrar el contrato, dejando esa decisión para el futuro. Esta es la denominada gestión negativa, y es aquí, precisamente, donde tiene cabida la figura del contrato incompleto. Las partes dejan lagunas contractuales que solo serán colmadas posteriormente, siempre y cuando se produzca alguna circunstancia con implicación directa en el contrato; en este caso se habla de que el riesgo se asigna de manera negativa.

La «laguna», en el sentido aquí tratado, representa, precisamente, una decisión de los contratantes de «no decidir», quienes remiten la distribución de los efectos a un momento futuro con ocasión de su verificación. Las razones para tal opción pueden ser diversas, entre las principales: a) porque las partes desconocen ciertos aspectos del mercado; b) por la existencia de factores económicos que pueden afectar el negocio; c) o simplemente porque las partes prefieren no decidir sobre una asignación previa del riesgo contractual. No obstante, aun así, las partes optan por celebrar el contrato y vincularse firmemente.

En atención a los motivos citados, o cualquier otro análogo, las partes pueden entender que es más favorable para sus intereses celebrar un contrato incompleto, pues ello permite instaurar un vínculo jurídico definitivo, y postergar una decisión sobre el riesgo a un momento futuro. Sobre todo, en las operaciones económi-

⁷³ «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

⁷⁴ SALVADOR-CODERCH, *InDret*, 2009, p. 41

cas complejas, marcadas por la duración en el tiempo y la incertidumbre de los resultados, los contratantes podrán celebrar un contrato, pero al mismo tiempo elegir no asignar ciertos riesgos económicos *ex ante*, por comprender que es la mejor solución en vista de sus intereses. En estos casos, las partes celebrarán un contrato incompleto, el cual representa una solución obligatoria, pero flexible, pues permite la apertura del reglamento contractual ante el implemento del riesgo, postergando para el momento futuro la decisión sobre la asignación de riesgos, según criterios ya contractualmente definidos.

Se dice que el reglamento contractual incompleto proporciona una «solución obligatoria», pues establece el procedimiento que las partes deberán seguir ante la ocurrencia del riesgo para distribuir las ganancias y las pérdidas económicas resultantes, y, al mismo tiempo, refleja una «respuesta flexible», ya que las partes amoldan el contrato al nuevo contexto instaurado con la verificación del riesgo⁷⁵. De este modo, el contrato incompleto se adapta a la nueva realidad contractual.

En el contrato incompleto las partes, deliberadamente, optan por dejar en blanco determinados elementos de la relación contractual como forma de gestión negativa del riesgo sobrevenido, que será determinado en el tiempo futuro, por la acción de las propias partes, de un tercero o mediante factores externos, según los criterios pactados, vinculado al procedimiento contractualmente previsto para tal integración. Esa es la función de la regulación contractual incompleta para gestionar los riesgos: permitir a las partes no asignar *ex ante* los riesgos que deriven de la variación del alea normal del contrato, remitiendo esta decisión al futuro, como solución que mejor que se adapta a los intereses de las partes. El rasgo distintivo de la causa del contrato incompleto es, por lo tanto, el de la gestión negativa del riesgo del contrato.

Por otro lado, el contrato incompleto, justamente por no contener la disciplina exhaustiva de los elementos de la relación contractual, exige de los contratantes unos patrones de cooperación más elevados que los exigidos en los contratos con una gestión positiva de los riesgos. Y es por ello por lo que el principio de buena fe y la búsqueda del equilibrio económico de los pactos tienen en este ámbito una incidencia especial.

Esta figura contractual puede manifestarse mediante diversas modalidades, una de ellas conocida en el *common law* es la modalidad contrato con precio abierto. Se trata de una figura muy utilizada con el propósito de anticiparse a los riesgos pérdidas econó-

⁷⁵ GRECO BANDERA, *RT*, 2016, p. 147.

micas, si bien también puede utilizarse ante la imprevisión en la cantidad o volumen de la prestación, las fechas de entrega y la calidad de los productos y servicios, etc.⁷⁶ Estos aspectos los veremos en el epígrafe V.

IV. EL PROBLEMA DEL OBJETO DEL CONTRATO EN LA TRADICIÓN DEL CIVIL LAW

Una vez analizados el concepto jurídico del contrato incompleto y sus principales causas y características, es posible constatar que el principal problema relativo a su validez jurídica, frecuentemente se encuentra en el objeto del contrato⁷⁷, lo que, indudablemente, nos lleva al planteamiento de las correspondientes cuestiones sobre el propio significado de objeto contractual, sin embargo, por cuanto no es la materia del presente trabajo, aquí no se estudiará el tema del objeto del contrato, sino tan solo se trazarán las líneas básicas con las que comprender la doctrina del contrato incompleto.

El concepto de objeto es diferente en cada ordenamiento jurídico y dentro de un mismo sistema pueden existir diferentes posturas. La categoría relativa al objeto del contrato es un producto histórico⁷⁸, que se formó a través de diversas evoluciones jurídicas y sociales en la ciencia civilista. En la doctrina italiana⁷⁹ hay una amplia discusión doctrinal basada en la redacción de su Código Civil, que emplea la palabra objeto para expresar diferentes conceptos, haciendo referencia a la prestación, al bien, al objeto de la obligación o al objeto de la prestación. Por otro lado, hay ordenamientos jurídicos⁸⁰ que definen expresamente que el objeto del contrato consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones, basados esencialmente en la doctrina de Pothier⁸¹.

En España, la doctrina civilista ha presentado algunas cuestiones que giran en torno a la precisión del legislador a la hora de referirse al objeto. Tal como ocurre en Italia, el Código civil español unas veces señala el objeto como las cosas o servicios a que se refiere el contrato, otras identifican el objeto con la prestación de

⁷⁶ PEEL, 2015, p. 61

⁷⁷ FARINA, *RPD*, 2015, p. 115.

⁷⁸ FIORI, *RDP*, 2007, p. 256.

⁷⁹ PIRAS, 1952, p. 75, CARIOTA FERRARA, 1948, p. 625, GALGANO, 2007, pp. 166-181.

⁸⁰ Artículo 1402 del Código Civil de Perú: «El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones».

⁸¹ POTHIER, 1848, p. 32. *les contrats ont pour objet, ou des choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui donnera, et que l'autre partie promet de lui donner; ou quelque chose que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui fera, ou qu'on ne fera pas, et que l'autre partie promet de faire, ou de ne pas faire.*

dar, hacer o no hacer o las realidades materiales o jurídicas sobre las que recae el consentimiento⁸².

La redacción del Código Civil en materia del objeto del contrato, como es sabido, generó entonces tres teorías diferentes sobre el objeto; una primera que considera como objeto las cosas y servicios regulados en el contrato⁸³, tal y como identifica el artículo 1271 CC, si bien en esta formulación se queda fuera muchos negocios patrimoniales cuyo objeto no puede integrarse en alguna de estas nociones⁸⁴; una segunda, que identifica el objeto como es las prestaciones de cada una de las partes, confundiendo así el objeto con los efectos del contrato; y, una tercera, de acuerdo con la cual se considera que el objeto es la obligación en si mismo que el contrato constituye, modifica o extingue⁸⁵.

Para el profesor Díez-Picazo, las tres interpretaciones ofrecidas son insuficientes, ya que la primera no abarca todos los fenómenos contractuales que están contemplados en nuestro Derecho, como la cesión de créditos, la segunda confunde el objeto de la obligación con el objeto del contrato y la última porque el hecho de que el contrato constituya, modifique o extinga una obligación no es su objeto sino un efecto. En contraposición a estas teorías, el meritado autor ha defendido que el objeto del contrato es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de los contratantes, para dicho autor debe concretarse en el término «bien»⁸⁶.

Ciertamente las diversas definiciones acerca del objeto responden a elaboraciones doctrinales, que en ocasiones se alejan de la realidad práctica, que no tienen en consideración que aquello que genera mayores dificultades en la praxis contractual es la propia exigencia de que el objeto sea un elemento esencial, y es por esta razón por lo que los PELE, el DCFR y la propia PPMC han optado por no definir el objeto, favoreciendo así la contratación⁸⁷.

El examen del objeto en cuanto elemento esencial para la existencia o validez⁸⁸ del contrato permite formar un juicio sobre la posibilidad y licitud objetivas del mismo sin mayores problemas, pero en la práctica la cuestión del objeto determinado⁸⁹ se circunscribe especialmente al bien y al precio de las prestaciones que las partes asumen.

⁸² GARCÍA PÉREZ, *ADC*, 2017, p. 1091.

⁸³ MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 660.

⁸⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2016, pár, 1.

⁸⁵ Para el tema véase: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 229 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, 1997 (rep. fasc. 1985), pp. 192 y ss.

⁸⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, 2015, p. 33.

⁸⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2006, pár, 1.

⁸⁸ BLANDINO GARRIDO, 2012, p. 603.

⁸⁹ «Se entiende por objeto “determinado” aquel que consta individualizado, o sobre el que no se duda de su realidad objetiva, de su identidad, de manera que no genere confusión con otros distintos. No obstante, nuestro legislador admite también la existencia de

Llegados a este punto, es importante matizar que, aunque no podamos hacer un análisis más detallado de la materia del objeto del contrato⁹⁰, es importante destacar algunos puntos importantes sobre las implicaciones prácticas de una de sus características: la determinabilidad, ya que, en el Derecho contractual tradicional, es requisito esencial del contrato que las partes contratantes delimiten la conducta y el resultado de ella, para ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que la prestación debe ser determinada o determinable, es decir, si el contrato contiene disposiciones previas, criterios o pautas para determinar el objeto sin la necesidad de un nuevo acuerdo, el contrato es válido⁹¹.

Actualmente, en la mayoría de los sistemas jurídicos continentales modernos, los parámetros de certeza y determinación se encuentran integrados en el concepto de objeto del contrato y son imprescindibles para su existencia, pero los instrumentos más modernos acogen la idea que tal determinación y/o determinabilidad deja de constituir un elemento esencial del contrato⁹² para considerarse un elemento más en la formación y el contenido del contrato⁹³.

En este contexto, los contratos incompletos pueden considerarse entonces como instrumentos perfectamente válidos en base a esta nueva conceptualización que no exige el objeto del contrato como un requisito de validez autónomo⁹⁴, pasando a reconocer que la concreción del objeto sea en un momento diferente al de su formación o perfección. Esta teoría cambia el antiguo planteamiento de que el objeto del contrato debe estar cerrado su totalidad en el momento del perfeccionamiento del contrato, admitiendo que los parámetros de determinabilidad del objeto pueda definirse ulteriormente durante la vida del contrato.

Recientemente, destaca el tratamiento dispensado al tema del objeto del contrato por el Código Civil francés, en el marco del denominado «contenido del contrato», término que se introduce como novedoso en el *Code*, en virtud de la modernización del

objeto en el supuesto de “determinabilidad”, es decir, la situación en que, aunque no existe determinación inicial en el momento de perfección del contrato, cabe la determinación posterior sin necesidad de acudir a un nuevo acuerdo sobre el objeto entre los contratantes». CABANILLAS SÁNCHEZ, *ADC*, 2009, p. 516.

⁹⁰ Para un estudio detallado véase: DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 229-254.

⁹¹ SSTS, Civil, 09 de enero de 1995; 08 de marzo de 2002; 12 de noviembre de 2004 y 23 de febrero de 2007.

⁹² GARCÍA PÉREZ, *ADC*, 2017, p. 1092.

⁹³ FAJARDO FERNÁNDEZ, 2003, p. 408.

⁹⁴ Por otro lado, hay autores que se refieren al abandono de la categoría dogmática de los llamados «elementos esenciales» del contrato. MARCO MOLINA, *InDret*, 2015, p. 15.

de obligaciones operada por la Ordenanza Francesa n.º 2016-131, de 10 de febrero por la que se aprueba la reforma el Derecho de contratos; en ella se afirma que «el contenido del contrato es un término adoptado en una pluralidad de instrumentos europeos de armonización del Derecho de contratos y que la Subsección tercera pretende modernizar y adaptar a la evolución de la vida económica, las disposiciones del *Code* relativas al objeto del contrato»⁹⁵.

La nueva redacción del artículo 1163 del *Code Civil* prevé ahora explícitamente que la prestación –entendida esta como el objeto de la obligación– se considera «determinable» si se puede deducir del contrato, de los usos o de relaciones anteriores entre las partes, siempre y cuando, no sea necesario un nuevo acuerdo entre las partes para determinar la prestación⁹⁶. En relación con la determinación del precio, el artículo 1164 del *Code* prevé que, en determinados contratos se puede convenir que el precio de la prestación sea fijado unilateralmente por una de las partes, pero, al mismo tiempo, añade que, en caso de abuso, el juez podrá revisar el precio fijando uno nuevo, teniendo en cuenta los usos, el precio del mercado o lo que las partes esperan⁹⁷.

De igual modo, el Código Civil portugués en el artículo 883⁹⁸ sobre la compraventa y en el artículo 1211⁹⁹ sobre contrato de obra, contempla la posibilidad de celebrar el contrato aún sin la existencia de un precio cierto, estableciendo, ante esta eventualidad, un sistema de integración del contrato muy similar al previsto en los Principios de UNIDROIT que veremos a continuación.

Aunque la falta de concreción del objeto del contrato sea una cuestión que genera bastantes perplejidades a la doctrina tradicional, «el mercado ha demostrado que la indeterminación del precio no imposibilita que los contratantes hayan querido dar por concluido el acuerdo»¹⁰⁰, luego, el único requisito será el real interés de las partes, la intención negocial o la voluntad libre

⁹⁵ Exposición de motivos de la Ordenanza Francesa n.º 2016-131, de 10 de febrero por la que aprueba la reforma el Derecho de contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones, Título tercero, Capítulo segundo, Sección segunda, subsección tercera «Del contenido del contrato», artículos 1162 y ss. del *Code*.

⁹⁶ Véase: CHANTEPIE y LATINA, 2018, pp. 346-359.

⁹⁷ DESHAYES, GENICON, Y LAITHIER, 2018, p. 309.

⁹⁸ Artículo 883 del código portugués: (*Determinação do preço*) 1. *Se o preço não estiver fixado por entidade pública, e as partes o não determinarem nem convencionarem o modo de ele ser determinado, vale como preço contratual o que o vendedor normalmente praticar à data da conclusão do contrato ou, na falta dele, o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir; na insuficiência destas regras, o preço é determinado pelo tribunal, segundo juízos de equidade.*

⁹⁹ Artigo 1211: (*Determinação e pagamento do preço*) 1. *É aplicável à determinação do preço, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 883.*

¹⁰⁰ GARCÍA PÉREZ, ADC, 2017, p. 1106.

de vicio. Es más, el artículo 1258 del Código civil español destaca el principio del consensualismo al establecer que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y que las lagunas se integrarán de acuerdo con la buena fe, los usos y la ley, lo que da cierto margen para la apreciación de la teoría del contrato incompleto¹⁰¹.

V. EL CONTRATO INCOMPLETO EN LOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

Los nuevos instrumentos de modernización del Derecho contractual, en cuanto modelos normativos que recorren la armonización en materia de contratos, suministran reglas relevantes cuyo estudio se hace necesario para la comprensión de la doctrina del contrato incompleto. Llama especial atención que tal figura se asoma en algunas de sus reglas, especialmente en los Principios de UNIDROIT¹⁰² y, en menor medida, en los Principios del Derecho Europeo de Contratos¹⁰³ y en el Borrador del Marco Común de Referencia¹⁰⁴. Tales normas representan lo que la doctrina contemporánea denomina *soft law*, el cual, aunque no vinculante, entre otra cosas, consolida las prácticas comerciales desarrolladas en el marco internacional, estableciendo parámetros de actuación y que son fuente de interpretación en diversos ordenamientos jurídicos¹⁰⁵. Para diversos autores¹⁰⁶, los textos mencionados representan los nuevos instrumentos de modernización del Derecho Contractual y tienen una labor importantísima tanto en el mundo académico como en la práctica jurídica¹⁰⁷. En este orden de cosas, cabe advertir, pese a la enorme importancia del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, donde se contempla el expresamente el *Open Price*, que este instrumento jurídico no

¹⁰¹ Sobre este tema véase: DÍEZ GARCÍA y GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013, pp. 897-1120.

¹⁰² Por todos véase: PERALES-VISCASILLAS, 2009, pp. 183-207

¹⁰³ Por todos véase: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, 2002, pp. 1-93.

¹⁰⁴ Sobre el DCFR, consultar: INFANTE RUIZ, *InDret*, 2008; VAQUER-ALOY, 2009, pp. 239-265; EIDENMÜLLER *et al.*, *ADC*, fasc. IV, 2009.; BAR, *et al.* (eds.), 2010.

¹⁰⁵ Para un estudio de preliminar comparativo entre ambos textos, véase: FERRER VANRELL y MARTÍNEZ-CAÑELLAS, 2009.

¹⁰⁶ CRESPO MORA, 2017, pp. 263-291; MORALES MORENO, 2012, pp. 331; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, 2002; FERRER-VANRELL y MARTÍNEZ-CAÑELLAS, 2009.

¹⁰⁷ Véase: OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, pp. 55-88.; PÉREZ-VELÁZQUEZ, 2014, pp. 89-146.

será objeto de un estudio detallado en el presente trabajo por no ser instrumento de *soft law*, sin perjuicio de la realización de las correspondientes alusiones cuando tratemos del *Open Price*.

Por otra parte, también se estudiará si la figura el contrato incompleto tiene alguna cabida en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Por cuanto este anteproyecto de la comisión general de codificación representa hasta el momento un significativo intento de reforma del Derecho en España, la cual, como es sabido, tiene una notable influencia de los PECL¹⁰⁸.

V.1 PRINCIPIOS DE UNIDROIT (PICC)

Se trata de reglas generales de los acuerdos comerciales internacionales, aplicables en la hipótesis en que las partes elijan este instrumento para regir y disciplinar sus contratos. Los PICC son una suerte de reglas «suparanacionales», que no se identifican con el derecho interno de ningún país, y sí con la internacionalización del derecho. Dichos Principios asimismo están dirigidos a servir como una guía para la elaboración de contratos, ofreciendo un lenguaje jurídico neutral para las partes contratantes¹⁰⁹. Estos Principios también podrán actuar en los casos en que los contratantes excluyan sus respectivos ordenamientos jurídicos de origen y exista controversia. Por otra parte, también debe destacarse que pueden ser utilizados como auxilio del derecho nacional, así como representan un modelo de referencia para los legisladores nacionales e internacionales¹¹⁰.

La principal función de los Principios de UNIDROIT, según destaca Perales-Viscasillas¹¹¹, es la de ser un «Código General aplicable a todos los contratos mercantiles internacionales» pero al mismo tiempo también se tratan de unos principios que innovan y, por lo que a nuestra tema se refieren, brindan la posibilidad de incluir en ellos la figura del contrato incompleto, corroborándose así una realidad económica ya presente en el panorama internacional y que ahora viene a disponer de una previsión explícita.

¹⁰⁸ CRESPO MORA, 2017, pp. 264.

¹⁰⁹ Para un estudio de los Principios de Unidroit véase: OVIEDO ALBÁN, *RAJ*, 2002, pp. 96-125; MORÁN BOVIO, 2003; BONELL, 2006.

¹¹⁰ PERALES-VISCASILLAS, 2009, pp. 186.

¹¹¹ PERALES-VISCASILLAS, *RDM*, 1997, p. 225.

a) Contratos con términos abiertos

Los contratos con «términos abiertos» vienen siendo discutidos en la doctrina económica desde los años noventa¹¹², pero, como se ha indicado más arriba, debe subrayarse que en este ámbito estos contratos se caracterizan como aquellos en los que no se describen todas las posibles contingencias contractuales frente al modelo ideal del contrato planteado en el Derecho de contratos tradicional.

Ahora bien, dejando a un lado las consideraciones económicas, de las cuales algún aspecto se ha apuntado más arriba, y volviendo al ámbito jurídico puede destacarse que el contrato con términos abiertos es una genuina expresión de los contratos incompletos, hasta tal punto que la cuarta edición de los Principios de UNIDROIT¹¹³ de 2016, rigiéndose por la idea de dotar de un amplio margen de libertad a los contratantes, extiende esta libertad incluso a la facultad de formular cláusulas contractuales con el fin de no decidir sobre ciertos términos «esenciales».

En este sentido, no puede olvidarse que ya en la versión 2014 de los Principios de UNIDROIT se recogió la figura del contrato incompleto, ahora se añade la redacción actualizada del contrato con términos abiertos en el artículo 2.1.14¹¹⁴ (*Contract with terms deliberately left open*). Esta previsión, a nuestro juicio, supone la consideración expresa, al menos parcialmente, de la figura del contrato incompleto. Este precepto dispone que las partes puedan dejar deliberadamente un término para ser acordado en futuras negociaciones sin que la existencia del contrato se vea afectada por ello.

La disposición¹¹⁵ faculta la ejecución de un acuerdo incompleto, en el que los contratantes eligen intencionalmente firmar el negocio con cierto término contractual en blanco, que será acordado en futuras negociaciones o determinado por un tercero, sin que

¹¹² Los autores que utilizan «open terms contracts» para referirse a los contratos incompletos: GERGEN (1992); GOETZ y SCOTT (1989); AYRES, GERTNER y GAPS (1989); MACNEIL (1978).

¹¹³ Principios UNIDROIT, 4 ed. 2016.

¹¹⁴ (1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato. (2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad: (a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o (b) que la parte encargada de determinarlo no lo determine, o (c) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

¹¹⁵ Redacción conforme a cuarta edición en el año de 2016. Se modificó marginalmente el artículo 2.1.14 para agregar que la existencia del contrato no se afecta por el hecho de que las partes no lleguen a un acuerdo en relación con el aspecto dejado deliberadamente abierto, o que la parte o el tercero a quienes correspondía determinarlo no lo hagan, siempre y cuando existan medios alternativos para su determinación que sean razonables dadas las circunstancias y tomando en cuenta la intención común de las partes.

eso afecte a la existencia del contrato. De este modo, el contrato incompleto existe, es válido y eficaz, independientemente de la existencia de *gaps* o «lagunas».

La inclusión de la teoría del contrato incompleto en los Principios de UNIDROIT se justifica, una vez más, por el respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, ya que, en general, en los contratos de larga duración los contratantes no están en grado de determinar todos y cada uno de los elementos de la relación contractual en el momento de conclusión de la operación de que se trate, asignando a un tercero o a ellas mismas, en futuras negociaciones, la concreción del elemento que falta.

La identificación del contrato incompleto puede derivar de una cláusula expresa del contrato, o de la propia naturaleza o circunstancias del contrato en virtud de una interpretación del acuerdo entendido como un todo, así como del propio sentido del tipo del término dejado en blanco adquiera en el tráfico jurídico¹¹⁶.

Para ilustrar el tema podemos acudir a un ejemplo, que tomamos de los comentarios oficiales de los Principios de UNIDROIT: «WX», una compañía, celebra un contrato detallado con «ZY», un operador de estación para el uso de una terminal de contenedores. El contrato determina el volumen mínimo anual de contenedores para carga y descarga y las tarifas a pagar, dejándose pendiente la determinación de la tarifa a pagar por contenedores adicionales para una vez que se llegue al volumen mínimo estipulado, y cuando llegue el momento de contratar contenedores adicionales¹¹⁷.

Este mismo precepto también contempla el supuesto en que las partes no se pongan de acuerdo ulteriormente sobre los criterios para rellenar el elemento dejado en blanco. Así, mediante el recurso a las denominadas «obligaciones implícitas», si es el caso, el vacío podrá cubrirse por las obligaciones que razonablemente cabía esperar que estuvieran implícitas en contrato. Por otra parte, en el supuesto de que el vacío deba ser colmado por un tercero y éste no pueda hacerlo, las partes podrán indicar a otra persona que asuma esta función.

Asimismo, siguiendo el ejemplo anterior, si meses después la empresa «WX» se niega a cumplir, alegando que el acuerdo con «ZY» nunca llegó a ser vinculante porque la tarifa a pagar por los contenedores adicionales no había sido determinada, incurrirá en incumplimiento contractual, puesto que puede entenderse que la inclusión de los contenedores adicionales era una obligación implí-

¹¹⁶ Sobre la interpretación del contrato, véase por todos, LÓPEZ Y LÓPEZ, 2017.

¹¹⁷ Illustration 2: Article 2.1(14) UNIDROIT Principles 2016. (Publicación original en inglés).

cita en el contrato en cuestión, y el hecho de que tanto «WX» como «ZY» hayan comenzado a cumplir de inmediato con sus obligaciones refleja claramente que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato vinculante.

La última parte del mencionado artículo (apartado 2C) establece que la existencia del contrato no queda afectada siempre que existan medios alternativos para su determinación que sean razonables dadas las circunstancias y tomando en cuenta la intención común de las partes. Así pues, si las partes no llegan sobre el término en blanco, ni tampoco el tercero, deberán tenerse en cuenta una serie de medios alternativos antes que dar por extinguido el contrato. Se trata pues de una clara manifestación del principio de favorecimiento de la formación del contrato. ¿Cuáles son esos medios alternativos? Los propios comentarios oficiales aluden a las reglas generales para integrar las lagunas¹¹⁸, enviando a la sección 1 del capítulo 5 sobre el contenido del contrato y a la sección 1 del capítulo 6 sobre el cumplimiento.

El artículo 5.1.6 PICC, por su parte, establece los mecanismos a seguir para fijar la calidad de la prestación cuando esta no ha sido precisada en el contrato, determinando que el deudor, según las circunstancias, deberá una prestación de una calidad razonable y nunca inferior a la calidad media.

Con relación al momento del cumplimiento, el artículo 6.1.1 PICC establece que si este no ha sido fijado o no es determinable deberá cumplirse en un plazo razonable¹¹⁹ después de su celebración. Por lo que se refiere al lugar de cumplimiento, el artículo 6.1.6 del mismo cuerpo legal, igualmente prevé los medios alternativos para colmar la laguna dejada por los contratantes, estableciendo dos criterios de acuerdo con el tipo de obligación que se trate: tratándose de una obligación pecuniaria deberá pagarse en el establecimiento del acreedor; tratándose de cualquier otra obligación, deberá cumplirse en el establecimiento del deudor.

No obstante, pueden darse otras situaciones, sobre todo en el ámbito de los contratos de larga duración, que determinen que estas disposiciones no resulten aplicables. Siendo este el caso, el término dejado deliberadamente abierto por las partes podrá deter-

¹¹⁸ Comentario 3: Artículo 2.1(14): *The alternative means of supplying the missing term will generally be application of the «gap-filling» provisions in Section 1 of Chapter 5 and Section 1 of Chapter 6, for example, by determining the price under Article 5.1.7(1) or by fixing the time for performance under Article 6.1.1 where those provisions can appropriately supply the relevant term. There may be situations, particularly in respect of long-term contracts, where those provisions may not be appropriate even where they cover the subject-matter of the missing term. In such situations, the term will be supplied by Article 4.8 or Article 5.1.2.*

¹¹⁹ INFANTE RUIZ, 2008. p. 88.

minarse, entonces, conforme al artículo 4.8 PICC¹²⁰, el cual recoge los criterios de integración del contrato frente a las lagunas contractuales, o también mediante el recursos al artículo 5.1.2 PICC¹²¹ relativo a las obligaciones implícitas.

Por cuanto puede deducirse de estas disposiciones y, en especial de la regla sobre los términos dejados en blanco (2.1.14 PICC), únicamente en el caso de inexistencia de medios alternativos para colmar el vacío se acudirá a decretar la extinción del contrato. Sobre este punto es importante decir que los Principios hablan de «extinción del contrato»¹²², es decir, de la causa de extinción que en nuestro Código Civil conocemos como la figura del mutuo disenso o desistimiento mutuo, pues este es considerado como un acuerdo de voluntades de las partes destinado a dejar sin efecto la relación obligatoria. No se trata pues, de una invalidez o de una ineficacia sobrevenida del negocio constitutivo, sino de una extinción de la relación contractual por voluntad de ambas partes¹²³.

En conclusión, los Principios de UNIDROIT presentan en esta materia una importante innovación, puesto que reconocen la validez del contrato celerado con cláusulas abiertas independientemente de que el contenido que falte se refiera al objeto propiamente dicho. Por esta razón, a nuestro modesto entender, puede afirmarse que los PICC consagran la figura del contrato incompleto.

b) Contratos con precio abierto

El análisis de los contratos con precio abierto surge necesariamente del concepto más general de *open terms*, por contraposición a los contratos tradicionales que podríamos denominar *fixed terms contracts*, contratos con términos cerrados. Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos de *common law*¹²⁴, el *open term* funciona como acaba de comentarse anteriormente. Se trata de contratos en

¹²⁰ Principios de UNIDROT, 4 ed. 2016: Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (a) la intención de las partes; (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común.

¹²¹ Principios de UNIDROT, 4 ed. 2016: Las obligaciones implícitas pueden derivarse de: (a) la naturaleza y la finalidad del contrato; (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; (c) la buena fe y la lealtad negocial. (d) el sentido común.

¹²² Principios de UNIDROT, 4 ed. 2016: El cumplimiento, el mutuo acuerdo, la rescisión, la resolución, la nulidad y anulabilidad.

¹²³ Comentarios oficiales al artículo 2.1(14) Principios de UNIDROT, 4 ed. 2016.

¹²⁴ Véase: BEALE, BISHOP y FURMSTON, 2008. pp. 258-271; BEATON, BURROWS y CARTWRIGHT, 2016. pp. 64-73.

los que una parte de la prestación queda por definir¹²⁵. Siendo así, podemos decir que los contratos con precio abierto son una categoría específica dentro del más amplio *genus* de los contratos con términos abiertos¹²⁶.

Por cuanto se ha visto, además de la previsión contenida en el artículo 2.1.14, los Principios establecen en el artículo 5.1.7 la posibilidad de celebración de contrato con el precio en abierto (*open price contract*). Se trata de una práctica traída del Derecho anglosajón, pero que empieza a estar presente en algunos sistemas de *civil law*, como en el portugués¹²⁷ y el italiano¹²⁸, que lo admiten, si bien con ciertas matizaciones.

En este orden de cosas, puede afirmarse que los contratos con precio abierto son una genuina expresión del contrato incompleto, pues se trata de un contrato perfectamente válido y eficaz sin la determinación del objeto, lo que acontece, principalmente, por una decisión de gestión del riesgo económico. Las partes pueden optar por no estipular el precio y dejar la decisión pendiente de definición a un momento futuro, ya por la determinación unilateral, ya por un tercero, o bien por la aplicación de factores externos al contrato.

El artículo 5.1.7 PICC establece los medios alternativos para determinar el precio, considerando que las partes se remitieron al precio habitual existente en el momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un «precio razonable».

Tal y como puede leerse en el artículo 5.1.7 PICC, en la hipótesis de omisión de las partes en cuanto al precio y al criterio de su determinación, se aplicará el precio acordado por el mismo tipo de negocio en la época de la celebración del contrato, a menos que exista alguna indicación en el acuerdo en sentido contrario¹²⁹. Por otra parte, si el contrato resulta extremadamente específico, sin

¹²⁵ GERGEN, *Columbia L. Rev.*, 1992, p. 1000.

¹²⁶ GABUARDI, *Rev. CISG*, 2002-2003, p. 24.

¹²⁷ Véase artículo 883 y 1211 Código Civil portugués.

¹²⁸ Véase artículo 1474 Codice Civile (*Mancanza di determinazione espressa del prezzo*).

¹²⁹ Principios de UNIDROIT, 4 ed. 2016: Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable. (2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario. (3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una de las partes o de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable. (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

correspondencia alguna en el mercado, se aplicará el precio razonable, el cual se someterá a la posible revisión por el juez. Además, si los contratantes dejan el precio pendiente de definición en un momento futuro por la actuación de solo una de las partes, esa actuación unilateral se someterá a control y podrá ser sustituida por otro precio razonable en las circunstancias del caso concreto.

De la misma forma, si el precio está sujeto a la determinación de un tercero y éste se niega a determinarlo, o no tiene competencia para hacerlo, se aplicará el precio razonable. El artículo 5.1.7 prevé, además, la hipótesis en que el precio se fije a partir del empleo de factores externos, como los índices de mercado publicados, precios de los productos similares o los valores de *commodities*, entre otros. Si el criterio elegido deja de existir o ya no es accesible, se utilizará el factor equivalente más próximo¹³⁰.

V.2 PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (PECL)

Los PECL pretenden establecer una serie de criterios que sirvan de orientación en materia de determinación del objeto¹³¹, pero no ofrecen una regulación detallada sobre esta materia. Estos instrumentos se caracterizan en líneas generales por términos flexibles y abiertos, así como de cláusulas generales¹³² con el fin de servir de base y facilitar la armonización entre los diferentes sistemas jurídicos europeos¹³³. Si bien su ámbito de aplicación se circunscribe inicialmente a la Unión Europea, es importante destacar que algunos países fuera de este ámbito territorial utilizan los PECL como fuente de interpretación¹³⁴.

Como es sabido, la elaboración de los PECL, tuvieron una notable influencia de los PICC¹³⁵, razón por la cual, existen impor-

¹³⁰ La regla contenida en el art. 5.1.7, se asemeja al art. 55 de Convención de Viena de 1980 (CISG), donde se atribuye flexibilidad al contrato al permitir que se adapte a los cambios de circunstancias que alcanzan los contratos de larga duración, atendiendo a las necesidades del comercio internacional. Sobre la CISG véase: OLIVA BLÁZQUEZ, 2002; SAN JUAN CRUCELAEGUI y RUIZ PIÑEIRO, 2005; ESPLUGUES MOTA, 2017, pp. 193-214.

¹³¹ ESPIAU ESPIAU, 2002, p. 227.

¹³² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, 2002, p. 79.

¹³³ LANDO Y BEALE, 2000, p. 24.

¹³⁴ La mención a los PECL en un voto particular de una sentencia del Tribunal Superior brasileño es un claro ejemplo: «Nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, elaborados pela Comissão para o Direito Europeu dos Contratos, ficou estabelecido que ‘as cláusulas do contrato devem ser interpretadas no sentido de que são lícitas e eficazes (art. 5:106)»». (STJ Brasil, AREsp n.º 961865/2017).

También en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: «Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), artículo 6.111, integran el cumplimiento de las obligaciones [...]»

¹³⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, 2002, p. 81.

tantes similitudes entre ambos textos, especialmente en materia del contrato con precio abierto. Sin bien los PECL no contiene ninguna disposición, a diferencia de los Principio de UNIDROIT¹³⁶, sobre los términos en blanco¹³⁷, de su regulación sobre la modalidad del contrato con precio abierto sí puede inducirse que consideran, aunque cuando sea parcialmente, el contrato incompleto.

El artículo 6:104 PECL trata de la determinación del precio, estableciendo que, en caso de que las partes no hayan fijado el precio o su modo de determinación, valdrá el precio razonable. Tal artículo establece, a nuestro juicio, una especie *sui generis* de contrato incompleto, en la modalidad de determinación por factores externos, en el cual las partes establecen el negocio vinculante pero no prevén intencionalmente el precio ni el modo de determinarlo, de manera que el precio se fijará de acuerdo con lo que se considere razonable o normal para el tipo de contrato firmado.

Los PECL abandonan la línea tradicional y rigurosa de algunos ordenamientos, como por ejemplo el español, en los que el contrato con un elemento en blanco o incompleto es considerado inválido¹³⁸, por un sistema más flexible. Algunos autores afirman que tal regla existe para salvar el contrato ante una posible causa de nulidad¹³⁹. Los PECL proveen una regla expresa para el caso que en el contrato no se fije el precio ni establezca el método para determinarlo; remitiendo, de este modo, el precio razonable. Para la fijación del precio, en caso de que no haya consenso, se observarán los usos y otras prácticas llevadas a cabo por los contratantes para basarse en la determinación del precio, como fuente heterónoma de integración. Piénsese, por ejemplo, en el precio cobrado en anteriores contratos entre las partes¹⁴⁰, esta práctica sirve como fuente de integración.

El artículo 6:105 de los PECL admite la determinación por una de las partes, del precio o de parte del contenido contractual al acoger el contrato incompleto en su modalidad de determinación unilateral, pero al igual que los PICC, cuando una sola parte determine el precio, éste estará sometido a control y, en caso de que el precio se considere abusivo, el juez podrá reducirlo de forma equitativa o, viceversa, en caso de que el precio sea fijado por el deudor con un valor insuficiente, podrá aumentarlo hasta alcanzar un importe razonable.

¹³⁶ La principal diferencia entre los principios UNIDROIT y los PECL es el declarado carácter universal del primero, mientras el segundo está limitado a la Unión Europea.

¹³⁷ Creemos que la decisión de la Comisión Lando de no mencionar los contratos con términos dejados en abiertos, data venia, es una opción conservadora, vista al carácter controvertido de esta figura principalmente en los sistemas continentales.

¹³⁸ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR-4.7.

¹³⁹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, 2002, p. 280.

¹⁴⁰ FERRANTE, *InDret*, 2010, pp. 142-143.

El artículo 6:106¹⁴¹ PECL reconoce finalmente el contrato incompleto en su modalidad de determinación por un tercero. El mencionado artículo regula la hipótesis en que, un tercero debe llenar la laguna referente al precio u otro elemento de la relación contractual pero no lo hace, supuesto en que el juez deberá designar a otra persona para que lo determine, excluyendo, a principio, la integración del precio a través de la decisión judicial¹⁴². El vacío dejado deliberadamente por las partes es una forma eficiente de asignación del riesgo y debe ser respetado alejando al máximo un mecanismo judicial de integración e interpretación. De hecho, el propio sistema procesal español, establece en su artículo 708 LEC¹⁴³ relativo a la indeterminación de algún elemento esencial del contrato, que el juez no puede integrar el contrato, solo puede ordenar que se emita una declaración de voluntad que lo integre, y si no se cumple, condenar por los daños y perjuicios¹⁴⁴.

Este artículo es de gran relevancia en la praxis negocial puesto que la concreción del precio o de cualquier cláusula contractual por tercero es una práctica recurrente en los contratos internacionales. El supuesto se revela útil en los casos en que el tercero sea experto en una determinada área del conocimiento o disponga de mejores condiciones técnicas para rellenar el «vacío» contractual.

El primer apartado del mencionado artículo busca preservar el contrato en las hipótesis en que el tercero, una vez nombrado, no pueda o no quiera incumbirse de su encargo o lo haga de manera inocua. En este supuesto puede suponerse que las partes atribuyeron al juez el poder de sustituir el tercero, pero se admite prueba en contrario. Sin embargo, a su vez, si las partes establecieron que la obligación de un tercero es intransferible o personalísima, no será posible su sustitución, por lo que el contrato deberá ser resuelto si el tercero no cumple su obligación de colmar la laguna o el vacío contractual.

En la segunda hipótesis, si el precio u otro elemento definido por el tercero se revelan injustos, el juez podrá ajustar el precio o la cláusula contractual puesta en discusión de acuerdo con el criterio

¹⁴¹ Determinación por un tercero: (1) Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al juez o tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello.

(2) Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifiestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable.

¹⁴² VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR-4.7.

¹⁴³ [...] Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

¹⁴⁴ GARCÍA PÉREZ, *ADC*, 2017, p. 1091.

de la razonabilidad. La intervención judicial solo se producirá si la valoración del tercero se considera injusta, supuesto en el que el juez la sustituirá de acuerdo con aquello que pueda considerarse razonable. La opción utilizada por los PECL se distancia de la adoptada por los Principios de Unidroit y denota una clara influencia de la práctica judicial del *common law*¹⁴⁵.

V.3 BORRADOR DEL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR)

Los Libros II y III del DCFR contienen reglas sobre la teoría del negocio jurídico y la parte general del Derecho de obligaciones¹⁴⁶. La gran mayoría de estas reglas se traen de los PECL¹⁴⁷, por lo que se refiere al *open price contract*, la fórmula empleada por el DCFR es idéntica a la de los PECL. Al igual que los PECL tampoco se recoge una regla sobre los contratos con términos en blanco, a diferencia de los Principios de UNIDROIT.

Así las cosas, el DCFR opta por seguir la línea ya indicada en los instrumentos de modernización anteriores de no exigir la determinación del precio para que el contrato sea concluido válidamente, siempre y cuando no exista duda de que las partes pretendían estar obligadas por el contrato¹⁴⁸.

El DCFR¹⁴⁹, al ocuparse del contenido y efectos de los contratos, establece que cuando el precio no venga fijado en el contrato deberá establecerse el precio normalmente aplicado en circunstancias parecidas y solamente en su defecto, el precio razonable. Aquí nuevamente se observa –insistimos– que el negocio es vinculante y, por tanto, el contrato es perfectamente válido, aunque el precio o el método para su determinación no se encuentren fijados de antemano¹⁵⁰.

¹⁴⁵ MARCHAL ESCALONA, 2016, p.31.

¹⁴⁶ «También es digno de mención que tanto el libro II como el III comienzan con una parte general, que contiene los conceptos y principios generales (libertad de contratar, libertad de forma, buena fe), pero también un cierto popurrí de normas sobre diversas cuestiones jurídicas, que no contaban con un claro encaje sistemático en otro lugar (contratos mixtos, obligaciones condicionadas y a término, modificación contractual, desaparición de la base del negocio)». EIDENMÜLLER, *ADC*, 2009, p. 1467.

¹⁴⁷ INFANTE RUIZ, 2002, p. 39.

¹⁴⁸ Este artículo no se aplica cuando las partes no llegaron a un acuerdo y por tanto no han celebrado un contrato.

¹⁴⁹ II.-9:104: Determinación del precio: cuando el importe a pagar como precio del contrato no venga fijado por las cláusulas acordadas entre las partes, por alguna norma legal o por los usos o prácticas, el precio a pagar será el aplicable normalmente, en circunstancias parecidas en el momento de la celebración del contrato y, si ninguno de dichos precios resulta disponible, un precio razonable.

¹⁵⁰ Si puede hacer un estudio más detenido sobre los contratos con precio abierto: ILLESCAS ORTIZ y PERALES-VISCASILLAS, 2003, pp. 141 y ss; FERRANTE, 2013, pp. 201-220;

Tal precepto corrobora, a nuestro juicio, la tesis que viene defendiéndose a lo largo de este trabajo, esto es, la validez y eficacia de los contratos que no estén completos. Esta visión del DCFR abandona la tradición de los ordenamientos continentales los cuales consideran que el precio es un elemento esencial del contrato y que su ausencia supone que el contrato sea nulo¹⁵¹. Incluso, la jurisprudencia francesa¹⁵² dejó claro en 1995 que un contrato en el que el precio no sea ni determinado ni determinable puede ser válido, considerando que la determinación final del precio no es un problema de formación del contrato sino de su ejecución. Esta doctrina y jurisprudencia es la que finalmente ha sido recogida en la reforma del *Code* de 2016, limitando la indeterminación inicial del precio a determinados tipos contractuales.

Ahora bien, esta jurisprudencia sólo hace referencia a los contratos de servicios y de tracto sucesivo, sin que sea posible utilizarla como ejemplo para defender el *open price* en compraventa¹⁵³, usando como principal argumento el artículo 1583 del Código Civil Francés¹⁵⁴ donde se establece que cosa y precio deben calificarse como elementos objetivos del consentimiento en la compraventa¹⁵⁵. Por tanto, para la compraventa sigue rigiendo la regla del El DCFR, en su artículo II-9:105, va más allá de la tradición francesa y, incluso prevé que el precio puede ser determinado por una de las partes en la compraventa, siendo una redacción idéntica a la presentada en el artículo 6:105 de los PECL¹⁵⁶. De momento, esta previsión del binomio PECL-DCFR es incompatible con el Derecho español y francés, por cuanto el artículo 1449 del Código civil español y el artículo 1591 del *Code*¹⁵⁷ prohíben la fijación unilateral del precio¹⁵⁸.

No obstante, la limitación del mencionado artículo debe juzgarse atendiendo a la autonomía de la voluntad, los tribunales presumen que las partes han querido referirse al precio normalmente

ROGEL VIDE, 2013; MARCHAL ESCALONA, 2016, epígrafe 34; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR-4.1-4.11;

¹⁵¹ BLANDINO GARRIDO, 2012, p. 603.

¹⁵² Véase: *Société Cie Française de téléphone Confratel c/sté Bechtel France; SNC Le Montparnasse c/sté GST-Alcatel Bretagne; SA Cie Atlantique de téléphone c/SA Sumaco*

¹⁵³ FERRANTE, 2013, pp. 32 y 33.

¹⁵⁴ *Article 1583 del Code: Ille est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.*

¹⁵⁵ DESHAYES, GENICON, Y LAITHIER, 2018, p. 307.

¹⁵⁶ FERRANTE, *InDret*, 2010, p. 6.

¹⁵⁷ *Article 1591 del Code: e prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.*

¹⁵⁸ «[...] arbitrariedad en la determinación del precio, lo que conduce a la nulidad del contrato de compraventa por infracción del artículo 1449», RODRÍGUEZ MORATA, 2013. [recuperado de *proview*].

practicado por el vendedor¹⁵⁹. Así las cosas, «si una de las partes se reservó a su arbitrio el precio, y en el momento de la venta la otra parte acepta, el contrato será válido»¹⁶⁰.

Las disposiciones citadas se encuentran en el capítulo sobre el contenido y los efectos del contrato, es decir, la parte general, aplicándose en principio a cualquier tipo contractual. Sin embargo, debe resaltarse que sólo se aplicará el artículo II-9:104 cuando no exista duda de que las partes pretendían estar obligadas por el contrato, pese a que algún elemento de él no está determinado suficientemente¹⁶¹. Los comentarios oficiales del DCFR explican cuál es la aplicación más común de la referida disposición, como es el caso de los contratos de prestación de servicios de profesionales, donde no es habitual conocer el precio siempre por adelantado¹⁶².

Hemos de mencionar que las pequeñas diferencias que encontramos en la redacción del DCFR en comparación con los PECL se encuentran con relación al índice de determinación del precio supletorio, es decir, cuando las partes no decidan. Según el texto del DCFR, cuando el artículo se aplique, el precio a pagar será el precio normalmente cobrado en circunstancias comparables y solo si no existe tal precio, entonces deberá pagarse un precio razonable¹⁶³, a diferencia de los PECL que aplican directamente el *reasonable price*. Esta diferencia, dando preferencia al precio de mercado, demuestra que los principios UNIDROIT tuvieron influencia en la redacción del Marco Común de Referencia a la hora de optar por un criterio de determinación de precio mixto¹⁶⁴.

V.4 EL «PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD» COMO CRITERIO DE INTEGRACIÓN DEL CONTRATO INCOMPLETO

La razonabilidad también está muy presente en todas las etapas de la relación contractual; «lo razonable» contribuye innegablemente a la buena conducta entre los contratantes, una cierta deontología fundada sobre la eficacia, la cooperación y la lealtad¹⁶⁵. El término razonable aparece hasta 80 veces en los Principios de UNIDROIT, 82 veces en los PECL y en el DCFR la referencia a

¹⁵⁹ STS 13 de abril de 1982.

¹⁶⁰ PACHECO JIMÉNEZ, 2012, p. 558.

¹⁶¹ Comentario A de artículo II-9:104 CFR.

¹⁶² Comentario C del artículo II-9:104 CFR.

¹⁶³ Comentario D del artículo II-9:104 CFR.

¹⁶⁴ «La opción del criterio mixto es la más aconsejable, dado que permite determinar el precio con mayor precisión eliminando las dificultades probatorias e inseguridades existentes en las otras fórmulas». MARCHAL ESCALONA, 2016, p. 34.

¹⁶⁵ FORTIER, *Journal du Droit International*, 1996, p. 322.

«razonable» se hace al menos 200 veces, consagrando así la idea de que los contratos están limitados por la «razonabilidad».

El comportamiento contrario a la buena fe configura un ejercicio irrazonable del propio derecho en cuanto que es insensible a los intereses de la contraparte y la interpretación según buena fe no es algo distinto de la interpretación razonable, pues supone tener en cuenta la confianza de una parte en las declaraciones y en los comportamientos de la otra. De hecho, la definición de razonable presentada en los PECL se basa principalmente en la buena fe.

De este modo el artículo 4.1 de los Principios de UNIDROIT prevé que, si no puede ser determinada la común intención de las partes, el contrato debe ser interpretado según el significado que personas razonables de la misma calidad de las partes habrían atribuido a la convención en las mismas circunstancias. De manera semejante se posiciona el artículo 1:302 PECL, «razonable» es lo que cualquiera persona de buena fe y en la misma situación debería considerar como razonable¹⁶⁶.

Para algunos autores el precepto más significativo respecto a la buena fe se encuentra en el mandato del artículo 1:106 de los PECL, cláusula familiar a los ordenamientos del *civil law*, según la cual en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones cada parte contractual debe comportarse de acuerdo con los mandatos de la buena fe y la negociación leal¹⁶⁷.

El DCFR prefiere eliminar la alusión a la buena fe y utilizar el término «lo razonable», pero, esta decisión, indudablemente marcada por una influencia anglosajona, en nuestra opinión, no cambia el alcance de los efectos de los contratos, una vez que aun en el Derecho Inglés, donde no existe un mandato directo de buena fe a las partes¹⁶⁸, la incorporación de la buena fe se hace desde la perspectiva de la ejecución del contrato. De esta forma, creemos que la buena fe deberá permanecer a la hora de integrar un contrato incompleto, puesto que el criterio de razonabilidad está intrínsecamente ligado a la buena fe contractual, sea ésta manifestada a través del deber de colaboración, como una directriz de comportamiento, o en la interpretación del contrato y en su ejecución.

El cambio que se percibe en el DCFR con la supresión del término «buena fe» solo existe si se entiende que buena fe y razonabilidad son conceptos opuestos¹⁶⁹ sin vínculo alguno entre ellos,

¹⁶⁶ La PMCC no sigue la línea de la razonabilidad, y mantiene en su artículo 1245 que las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

¹⁶⁷ ZIMMERMANN, 2017, p. 153.

¹⁶⁸ «El derecho inglés aún no reconoce explícitamente un requisito primordial de buena fe en los contratos, pero en ocasiones recurre a este enfoque». ADAM y BROWNWORD, 2007, p. 114.

¹⁶⁹ SHULTE-NOLKE, 2012, p. 98.

donde «lo razonable» se resume a un estándar judicial y «buena fe» a un concepto ético. Creemos que la distinción de conceptos es un debate importante, pero que lleva al mismo camino y al mismo resultado práctico. Aunque se pueda discutir si, con el fin de conseguir la armonización, hay o no una supresión de identidad jurídica del *civil law*¹⁷⁰, preponderando así los términos de tradición angloamericana, creemos que el Derecho existe para solucionar problemas prácticos, del tráfico jurídico, y eso se consigue utilizando tanto la razonabilidad como la buena fe.

VI. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONTRATO INCOMPLETO EN EL DERECHO ESPAÑOL

En la jurisprudencia española puede encontrarse innumerables casos en lo que se ha tratado la cuestión del *open price contract*, aunque el precio sea para la mayoría de los juristas un elemento esencial, la jurisprudencia interpreta la validez del contrato según el tipo contractual, aceptándolo en los contratos de servicios¹⁷¹ y rechazándolo en la compraventa¹⁷². De esto modo, por ejemplo, el Tribunal Supremo, apartándose de las normas del Código Civil¹⁷³, considera que en el contrato de servicio el precio no es elemento determinante de su existencia, aceptándose que el juez asuma la función de interpretar el contrato y fijar el precio que no fue expresamente indicado por las partes¹⁷⁴. En este sentido, la Sentencia del del de 7 marzo de 2018, al decidir sobre el contrato de arrendamiento de servicios de abogado donde la parte actora razonaba vulneración del principio de «precio cierto»¹⁷⁵, entiende que, aunque la existencia del precio cierto constituye elemento estructural del contrato y que las partes deben acordar el precio, «en su defecto, habrá

¹⁷⁰ TORRELLES-TORREA, 2017, p. 190.

¹⁷¹ STS del 4 de julio de 1984: «no es indispensable la fijación de ese elemento al tiempo de la celebración del contrato de arrendamiento de servicios, normalmente determinable por la costumbre o con arreglo a la equidad y sobre todo acudiendo a las pautas orientadoras que proporcionan las tarifas corporativas».

STS del 5 febrero 1983: «la falta de fijación de antemano del precio, en el contrato de prestación de servicios, obliga a su determinación pericial o con arreglo al uso y costumbre, razonamiento que en nada afecta a la facultad de su determinación, atribuida a la Sala y que ésta realiza aceptando como equitativos».

¹⁷² STS 22 de diciembre de 2000 y 23 de febrero de 2007.

¹⁷³ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR-4.4.

¹⁷⁴ STS 24 de abril de 2008: «La función del juzgador en orden a la determinación del precio no fijado expresamente por las partes en un contrato de arrendamiento de servicios profesionales de la abogacía es una función interpretativa, dirigida al conocimiento de cuál ha sido la verdadera intención común, aunque no explicitada, de los contratantes sobre este elemento esencial del contrato referente al precio contractual».

¹⁷⁵ STS 7 de marzo de 2018.

fijación por jurisdiccional, atendiendo en este caso a las pautas que fija la jurisprudencia»¹⁷⁶. El posicionamiento del Supremo cuando hablamos de contrato incompleto por interminación del precio (*open price*) en los contratos de compraventa establece un enfoque rígido y clásico en cuanto a la necesidad imperiosa del objeto del contrato de ser determinado o como mínimo determinable, sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes¹⁷⁷, «pues la certeza del precio es requisito esencial a la propia naturaleza de los contratos»¹⁷⁸. Para el Tribunal Supremo, sin precio, el contrato no existe¹⁷⁹.

Siguiendo la línea marcada por el TS, la Sentencia del 25 de octubre de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y así con todas las sentencias, al resolver un caso sobre contrato de servicios de abogados con precio abierto, afirmando que, aunque la certeza o certidumbre del precio sea un requisito del contrato de servicios, su fijación puede tener lugar al inicio de la relación, en el curso de su ejecución o a la finalización del contrato¹⁸⁰. Dándose por válido el contrato que *a priori* no determinaba el precio de los honorarios de abogados. La sentencia en cuestión utiliza los PECL para afirmar que cuando no se haya fijado el precio o el medio para determinarlo se entiende que las partes han acordado un precio razonable, o sea, descarta la vía del precio de mercado en las mismas circunstancias que contemplan los principios de UNIDROIT y aplica directamente el precio razonable.

La gran mayoría de las Sentencias del TS relativas a la fijación del precio en los contratos de servicios, se refieren a prestaciones de servicios de abogados, y en este ámbito el TS asienta como doctrina reiteradamente que «aunque la existencia de un precio cierto sea elemento necesario para la validez del contrato de arrendamiento de servicios y, también, por ello, del contrato de arrendamientos de servicios profesionales por abogado, esta exigencia se cumple no solo cuando el precio se pactó, expresamente, sino, también, cuando es conocido por costumbre o uso frecuente en el lugar en que se prestan los servicios»¹⁸¹.

Por lo que se refiere al contrato de compraventa, el Tribunal Supremo español manifestó desde hace años en la Sentencia del 2 de noviembre de 1995 y sigue reiterando, como en las Sentencias del 22 de diciembre de 2000 y del 14 de diciembre de 2006¹⁸² que

¹⁷⁶ STS, Civil, 30 de abril de 2004.

¹⁷⁷ STS, 14 de junio de 1996.

¹⁷⁸ STS, 10 de febrero de 1992.

¹⁷⁹ STS, 10 de noviembre de 1988.

¹⁸⁰ STS 20 de noviembre de 2003.

¹⁸¹ STS, Civil, 19 de enero de 2005.

¹⁸² «Si bien no resulta preciso para la validez del contrato que el precio se fije cuantitativamente en el momento de su celebración, pues basta que pueda determinarse con

no es necesario que se fije el precio en el momento del contrato, pues cabe negociar con precios indicativos siempre que pueda concretarse conforme a las estipulaciones convenidas por los interesados. Sin embargo, no debe quedar en blanco, ni afectado de plena unilateralidad absoluta. Esta jurisprudencia, a nuestro entender, demuestra que el Tribunal Supremo prima por la conservación del contrato, pero no renuncia a la tradicional doctrina francesa sobre el objeto del contrato, donde sin precio no hay compraventa¹⁸³.

En esta línea, la SAP de Pontevedra de 30 de septiembre de 2011, entendió que la falta de un elemento esencial en el contrato de compraventa torna el contrato ineficaz. Al analizar un contrato de compraventa de un local comercial donde no había ninguna prueba que permitiese conocer el precio del contrato, expresó que «nunca llegó a alcanzarse un consentimiento común sobre su exacto importe», y mantuvo la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del contrato, condenando a la demandada a reinstituír sus prestaciones. Para la Audiencia «falta el elemento esencial del precio cierto, lo que determina la ineficacia de la compraventa, pues sabido es que, en nuestro sistema, —a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos o en textos internacionales o proyectados—, no se admite el precio abierto o indeterminado»¹⁸⁴. En la fundamentación, para concluir, razona que «la razón de dicha restitución deriva de la falta de causa de una entrega procedente de un contrato incompleto, que por falta de un elemento esencial devino ineficaz».

Por otro lado, comienza a vislumbrarse la recepción de los instrumentos de modernización en los Tribunales españoles para resolver cuestiones relacionadas con el *open price* en la compraventa. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 8 de julio de 2011¹⁸⁵ no llama especialmente la atención. En el caso en

referencia puntual y concreta, conforme establece el artículo 1447, no debiendo por tanto quedar en blanco ni afectado de plena unilateralidad conforme al artículo 1449».

¹⁸³ BARRET, 2007, p. 4.

¹⁸⁴ SAP Pontevedra, Sección 1.ª, 30 de septiembre de 2011.

¹⁸⁵ Audiencia Provincial de Murcia de 8 de julio de 2011: «Realmente tal exigencia de que la determinación esté ligada a un criterio objetivo está en la línea marcada por los textos de derecho internacional en materia de compraventa, que establecen criterios de determinación residuales que hacen referencia a la posibilidad de determinación objetiva (así, tanto el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptado en Viena el 11 de abril de 1980 (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 286), como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, incluyen normas de determinación residual del precio que se remiten a criterios objetivos como el precio de mercado, el precio generalmente cobrado, o el precio “razonable”. En la misma línea se pronuncian los textos jurídicos que reflejan los intentos de armonización en materia de derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Unión Europea, los Principios de Derecho Contractual Europeo —Principles of European Contract Law, PECL, con sus siglas en inglés— primero, publicados en el año 2000 y, basado en ellos el actual Marco Común de Referencia —Common Frame of Reference o CFR, con sus siglas en inglés, y más exactamente el borrador, *Draft*—). Aunque tales nor-

cuestión, la Audiencia Provincial analiza una compraventa mercantil donde la demandada alegaba que no se pactó el precio de la venta de limones, decidió que podía admitirse la formación del precio *per relationem* y que al quedar suficientemente acreditada la existencia del contrato, siendo la cuestión básica a resolver la determinación del precio de la compraventa pactado por las partes, valiéndose para ello de la Convención de Viena, como los Principios de UNIDROIT, los PECL y el DCFR y determina el precio de comercialización (precio de mercado).

Si por un lado es verdad que las sentencias españolas aún no se han pronunciado sobre el concepto del contrato incompleto en concreto, al menos no conforme se defiende en este trabajo, en varias ocasiones se ha analizado casos donde el contrato incompleto era el protagonista, por ello, concluimos que, es cuestión de tiempo que los Tribunales españoles se pronuncie sobre la posibilidad de incorporar los contratos incompletos, especialmente el artículo 2.1.14 de los Principios UNIDROIT, en el tráfico jurídico español.

VI.1 PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN ESPAÑA (PMCC)

La Comisión General de Codificación, afortunadamente, elaboró un texto de modernización de Código civil español, cual fue aceptado por el Ministerio de Justicia Español y de ello publicada en 2009 la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

El cambio de paradigma en el Derecho privado contractual español empieza por la ausencia de un artículo similar al actual 1261, pues en materia de teoría general del contrato, la Propuesta prescinde¹⁸⁶ de los elementos clásicos –consentimiento, objeto y causa como elementos esenciales del contrato¹⁸⁷-. Es cierto que mantiene la tradición de Pothier de la causa, en la que no hay contrato sin esta, o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral, y que exista consentimiento, pero sobre el objeto solamente menciona que deben estar suficientemente determinado su alcance

mas parten de un modelo distinto de contrato (*open contract*) y, sobre todo, están previstas para ordenamientos en los que existen criterios de determinación residual del precio, sin embargo, nuestro ordenamiento comparte la orientación en cuanto a tener en cuenta siempre un criterio objetivo».

¹⁸⁶ FERRÁNDIZ GABRIEL, *BMJ*, 2011, p. 4.

¹⁸⁷ Temas en los que los autores de las bases consideraron que se debían seguir los principios consagrados por las legislaciones modernas. Exposición de motivos de la PMCC.

y cumplimiento, abriendo de este modo la posibilidad de celebrar contratos incompletos.

Siguiendo la línea de los principios UNIDROIT, la PCMM establece en su artículo 1242¹⁸⁸ que el contrato es eficaz, aunque la partes hayan dejado algún término en blanco, pero añade que deben estar de acuerdo con los elementos esenciales¹⁸⁹. En este punto hay que reconocer que el término «estar de acuerdo» no significa establecer previamente y se podría interpretar más extensivamente. A nuestro juicio, es posible realizar una lectura del artículo 1242 PMCC a la luz de los textos en los que se inspira, como, por ejemplo, los Principios de UNIDROIT y reconocer la eficacia del contrato con términos abiertos, aunque este término sea sobre el objeto, desde que las partes «estén de acuerdo» con ello. Está claro que cabe un posicionamiento más restrictivo, es decir, las partes pueden dejar términos en blanco siempre y cuando no sean sobre el objeto, la causa y el consentimiento. Aquí dejamos la discusión para un momento posterior de la doctrina.

Por otra parte, entre otras novedades, la PMCC incluye un nuevo artículo 1277¹⁹⁰, sobre la determinación del precio, dando por válido el contrato, aunque las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación. En relación con la opción de la Comisión General de Codificación de comenzar el capítulo sobre el contenido de los contratos dejando claro que los contratos pueden tener un precio abierto, puede vislumbrarse como, a nuestro modesto entender, una primera aparición de la figura del contrato incompleto en nuestro país.

¹⁸⁸ Artículo 1242: No impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores.

¹⁸⁹ Para un estudio detallado de los elementos esenciales, véase: Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 169-285; VALPUESTA FERNANDÉZ, 2001, pp. 230-248.

¹⁹⁰ Artículo 1277: 1. No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado. Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios. 2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiere o no pudiere hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones. Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenderse, se estará a lo que los Tribunales decidan. 3. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso.

Adoptar el contrato con precio abierto significa modificar profundamente nuestro sistema jurídico de referencia y dotar al juez de un poder interpretativo de la voluntad de las partes mucho más decisivo, puesto que deberá analizar el caso tanto en sus términos generales y en sus elementos subjetivos¹⁹¹. Por todo ello, es posible afirmar, siguiendo García Pérez, que «el objeto persiste como pilar estructural del contrato, pero su absoluta precisión deja de serlo»¹⁹².

VII. CONCLUSIONES

Si bien la categoría de los «contratos incompletos» no representa una novedad en la praxis contractual, sólo recientemente ha empezado a ser estudiada doctrinalmente. Este impulso es patente a partir de su entrada, al menos parcialmente, en los modernos instrumentos de armonización del derecho de contratos, en especial los Principios de UNIDROTI (sobre todo, en la última versión de 2016).

Esta realidad permite una reflexión sobre la posible función de esta categoría contractual como instrumento de gestión de riesgos contractuales a través de los denominados «vacíos» o «gaps» contractuales. Pese a las dificultades iniciales para atender a esta figura en los ordenamientos del *civil law*, en este trabajo se ha intentado demostrar que es posible cambiar el paradigma y considerar que, cuanto el «vacío contractual» es dejado deliberadamente por las partes contratantes, se trata de una forma eficiente de asignación del riesgo contractual. No existiendo reparos provenientes de la ley, la moral o el orden público la doctrina del contrato incompleto se muestra como expresión más de la autonomía de la voluntad. Nos encontramos ante una práctica acorde a los usos negociales y prácticas comerciales.

En los tiempos actuales, el propio instrumento contractual se utiliza, cada vez más, como un mecanismo jurídico que permite disciplinar los riesgos económicos previsibles y relativos a las operaciones negociales de tracto sucesivo. En este contexto, la utilización o gestión de las lagunas contractuales por los propios contratantes se muestra como un recurso muy efectivo para la gestión de los riesgos, hasta el punto de que bajo el esquema de la «doctrina del inacabado contractual» el equilibrio de las partes puede medirse, redimensionarse o establecerse en función de una asignación

¹⁹¹ FERRANTE, *InDret*, 2010, p. 223.

¹⁹² GARCÍA PÉREZ, *ADC*, 2017, p. 1082.

eficiente. En otras palabras, el contrato incompleto como categoría per se proporciona un marco adecuado a las partes contratantes para reflexionar o repensar los problemas que pueden acaecer o no en el futuro del contrato, sin necesidad de recurrir a los mecanismos tradicionales del Derecho contractual como las obligaciones condicionales o la interferencia en la eficacia de las obligaciones.

Entendemos, en consecuencia, una vez analizado el concepto de contrato incompleto, que la figura encuentra hoy en día cierta disciplina, aunque mínima, tanto en los Principios de UNIDROIT, como –pero en menor medida– en los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el Borrador de Marco Común de Referencia de Derecho Privado.

En definitiva, la admisibilidad de la práctica de los contratos incompletos fomenta indudablemente el tráfico jurídico e incentiva las transacciones internacionales complejas, tendiendo como principales aliados el principio de conservación de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, si bien su recepción plena en los sistemas jurídicos continentales, requiere repensar la clásica doctrina de los elementos esenciales del contrato y en última instancia meditar sobre la necesidad de un cambio de paradigma de los sistemas de *civil law* en materia de formación de los contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, Jonh N. y BROWNWORD, Roger: *Understanding Contract Law*. 5 ed. Thomson, London, 2017.
- AGHION, Philippe y HOLDEN, Richard: «Incomplete Contracts and the Theory of the Firm: What Have We Learned over the Past 25 Years?» *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 25, n. 2, Spring 2011. pp. 181-197. Recuperado de www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.25.2.181.
- ALPA, Guido, BESSONE, Mario y ROPPO, Enzo: *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Jovene, Napoli, 1982.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ARAÚJO, Fernando: *Teoria econômica do contrato*. Almedina, Coimbra, 2007.
- AYRES, Ian y GERTNER, Robert: «Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias», *Themis: Revista de Derecho*. n.º 47, 2003, pp. 95-222.
- BAKER, Scott y KRAWIEC, Kimberley: «Incomplete Contracts in a Complete Contract World», *Florida State University Law Review*, Vol 33, 2006, pp. 725-755.
- BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 17-29.
- BAR, et al. (eds.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full edition, Oxford, 2010.

- BARRET, Olivier: «Vente (Structure)» en *Encyclopédie Dalloz*, Civil, X, Dalloz, Paris, 2007. p. 4
- BEALE, Hugh, BISHOP, W. D., FURMSTON, Michael P.: *Contract: cases y Materials*. 15 ed. Oxford University Press, Oxford. 2008, pp. 258-271.
- BEATSON, Jack, BURROWS, Andrew y CARTWRIGHT, John: *Anson's Law of Contract*. 30.ed Oxford University press, Oxford, 2016, pp. 64-73 y 696-714.
- BELLANTUONO, Giuseppe: *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Cedam, Padova, 2000.
- BESSONE, Mario: *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969.
- BETTI, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «Contenido y efectos de los contratos» en *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*. Tomo I Atelier, 2012, pp. 573-694.
- BONANNO SCHUNCK, Giuliana: *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*, Almedina, São Paulo, 2016.
- BONELL, Michael Joachim: *UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the Principles Commercial Contracts*, Brill, Nueva York, 2006.
- BOSH CAPDEVILA, Esteve (dir): *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 183-207.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (coord): «Sentencias», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. I, 2009.
- CÁMARA ÁGUILA, Pilar «Comentario al artículo 1629» en *Comentarios al Código Civil* (4.ª ed.). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- CARIOTA FERRARA, Luigi: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d, 1948.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*. Aranzadi, Navarra, 2017.
- CASTAÑO-MARTÍNEZ, María Soledad: «Análisis de la Teoría de los Contratos Completos e Incompletos», *Boletín económico de ICE*, n.º 3083, 2017, pp. 63-76.
- CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *Le nouveau droit des obligations et des contrats*. 2 ed. Dalloz, Paris, 2018, pp. 346-359.
- COASE, Ronald: «The problem of social cost», *Journal of Law y Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 1-44.
- CRESPO MORA, María Carmen: «La modernización del contrato de servicios en el Derecho español: Estudio de la propuesta de la Comisión General de Codificación» en *Estudios Jurídicos: Liber Amicorum en honor de Jorge Caffarena*, Colegio de Registradores, Madrid, 2017, pp. 263-291.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1997 (rep. fasc. 1985).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo: *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas, Madrid, 2010.
- DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas y Laithier Yves-Marie: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. 2.ª ed. Lexis-Nexis, París, 2018, pp. 302-308.
- DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús. «El contrato: concepto y requisitos» en *Derecho civil Patrimonial I*, 3.ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 55-81.
- DÍEZ GARCÍA, Helena y GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Interpretación e integración del contrato» en *Tratado de contratos*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 897-1120.

- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «La cláusula rebus sic stantibus», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 26, 1996, pp. 669-686.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tomo I, 6 ed., Arazandi, Navarra, 2007.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistemas de Derecho civil*. Tomo I, Vol. II, 11 ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, ROCA TRÍAS, Encarnación y MORALES MORENO, Antonio: *Los principios del derecho europeo de los contratos*. Civitas, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: «Artículo 1105» en *Código Civil Comentado*. Volumen III [Libro IV-De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)]. 2 ed., Civitas, Madrid, 2016.
- EIDENMÜLLER, Horst, *et al*: «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. IV, 2009.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo» en *Bases de un derecho contractual europeo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 217-243.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: «Compraventa internacional de mercaderías: la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías» en *Derecho del comercio internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 193-214.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Forma, objeto y causa/consideration» en *Derecho privado europeo*. Colex, Madrid, 2003, pp. 399-433.
- FARINA, Marco: «Integración del contrato incompleto en el ordenamiento italiano», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n. 29, 2015, pp. 113-139.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «La formación del contrato en la Propuesta para la Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV. N.º 2131, 2011, pp. 1-18.
- FERRANTE, Alfredo: «Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿son compatibles en el Draft Common Frame Reference», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n 1/2010.
- *Open Price y compraventa*. Aranzadi, Navarra, 2013.
- FERRER VANRELL, María Pilar y MARTÍNEZ-CAÑELLAS, Anselmo: *Principios de Derecho contractual europeo y principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*. Dykinson, Madrid, 2009.
- FICI, Antonio: *Il contratto incompleto*. Giappichelli, Torino, 2005.
- FIORI, Roberto: «El problema del objeto del contrato en la tradición civil», *Revista de Derecho Privado*, n.º 12-13, 2007, pp. 205-260.
- FORTHIER, Vicente: «Le raisonnable dans le contrat du commerce international», *Journal du Droit International*, v. 123, n.º 2, 1996, pp. 315-379.
- GABUARDI, Carlos: «Open Price Terms in the CISG, the UCC and Mexican Commercial Law», *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003* (pp. 23-25). United Kingdom: Kluwer Law International Publication.
- GALGANO, Francesco: *Corso Di Diritto Civile-II Contratto*. Cedam, Padova, 2007, pp. 166-181.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor: «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC)», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXX, 2017, fasc. III, 2017.

- GERGEN, Mark: «The Use of Open Terms in Contract», *Columbia Law Review*, v. 92, n. 5, 1992, pp. 997-1081.
- GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert: «Principles of Relational Contracts», *Virginia Law Review*. V. 67, n. 6, 1981, pp. 1089-1150.
- GÓMEZ, Fernando y GANUZA, Juan José: «La teoría económica del contrato recibe el Nobel», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 4/2016.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 1/2010.
- GRECO-BANDERA, PAULA: «Os contratos incompletos e a soft law», *Revista dos Tribunais*. Ano 105, V. 966, 2016, pp.145-166.
- GROSSMAN, Sanford y HART, Oliver: «The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration», *Journal of Political Economy*, 1986, Vol. 94, n. 4, pp. 691-719.
- GUERINONI, Ezio: *Incompletezza e completamento del contratto*. Giuffrè, Milano, 2007.
- HART, Oliver y MOORE, John: «Incomplete Contracts and Renegotiation», *Econometrica*, Vol. 56, n. 4, 1988, pp. 755-785.
- «Property Rights and the Nature of the Firm», *Journal of Political Economy*, Vol. 98, n.º 6, 1990, pp. 1119-1158.
- HART, Oliver, SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert W.: «The Proper Scope of Government: Theory and an application to prisons», *Quarterly Journal of Economics*. Volumen 112, n. 4, 1996, pp. 1126-1161.
- HOLMSTRÖM, Bengt: «Managerial Incentive Problems: A Dynamic Perspective», *Review of Economic Studies* (1982), p. 169.
- HORNERO MENDES *et al* (ed.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 55-88.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES-VISCASILLAS, Pilar: *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 2003, pp. 141 y ss.
- INFANTE RUIZ, Francisco: *La responsabilidad por daños: Nexo de causalidad y «causas hipotéticas»* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 51-91.
- *Contrato y término esencial*. La Ley, Madrid, 2008.
- «Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2/2008.
- INFANTE RUIZ, Francisco y OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n.º 3/2009.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «La libertad contractual», *Revista de Derecho Privado*. Vol. 56, n.º 9, 1972, pp. 871-894.
- LANDO, Ole (ed.): *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International. La Haya, 2000, pp. 1-93.
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh: *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Combined and Revised, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel y INFANTE RUIZ, Francisco: «Los fundamentos actuales del Derecho de obligaciones y contratos» en *Derecho civil Patrimonial I*. 3 ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-53.
- LUNA YERGA, Álvaro y XIOL BARDAJÍ, María: «Rebus sic stantibus: ¿un paso hacia atrás?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2/2015.

- MACNEIL, Ian R.: «Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law», *Northwestern University Law Review*. V. 72, n. 6, 1978, pp. 854-905.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «Requisitos de validez del contrato en el Derecho Uniforme», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año n.º 84, n.º 708, 2008, pp. 1741-1782.
- MARCHAL ESCALONA, Nuria: «La determinación del precio en los contratos internacionales» en: *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional*. Aranzadi, Navarra, 3 ed., 2016, epígrafe 34.
- MARCO MOLINA, Juana: «El proceso de formación o conclusión del contrato», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3/2015.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Requisitos Esenciales Del Contrato» en *Tratado de Contratos. Tomo I*, 2 ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pp. 659-667.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «El concepto de contrato y su formación en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Actualidad civil*, n.º 5, 2013.
- MIQUEL-SALA, Rosa: «El derecho contractual alemán» en *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional*. Tomo I. Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 285-311.
- MORALES MORENO, Antonio: *El error en los contratos*. Ceura, Madrid, 1988.
- «Claves de la armonización del Derecho de Contratos» en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en Conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, Derecho Patrimonial, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 331.
- MORÁN BOVIO, David: *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.ª ed, Aranzadi, Navarra, 2003.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: *Compraventa Internacional de Mercaderías* (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: *La Moderna Configuración de la Cláusula «Rebus Sic Stantibus»*: (tratamiento Jurisprudencial y Doctrinal de La Figura) Civitas, Madrid, 2013.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge: «Los principios Unidroit para los contratos internacionales», *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, año 16, n.º 11, 2002, pp. 96-125.
- PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves: «La determinación del precio: fijación unilateral por una de las partes del contrato de compraventa» en *Nuevas perspectivas del derecho contractual*. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 551-561.
- PEEL, Guenter: *Treitel: The Law of Contract*. 14 Ed. Thomson Reuters, London, 2015.
- PERALES-VISCASILLAS, Pilar: «El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)», *Revista de Derecho Mercantil*, número 223, 1997, pp. 221-297.
- «Los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales» en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 183-207.
- PÉREZ-VELÁZQUEZ, Juan Pablo: *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*. Dykinson, Madrid, 2014.
- PEZ, Thomas: *Le risque dans les contrats administratifs*. LGDJ, Paris, 2013.
- PINHEIRO, Armando Castellar y SADDI, Jairo: *Direito, economia e mercados*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2005, pp. 117-235.
- PIRAS, Salvatore: *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto. I. la struttura*, Milano, 1952, p. 75.

- POLINSKY, A. Mitchell: «Fixed Price Versus Spot Price Contracts: A Study in Risk Allocation», *The Journal of Law, Economics, y Organization*. V. 3 (1), 1987, pp. 27-46.
- POTHIER, Robert Joseph: *Traité des obligations, de la prestations des fautes*, Volume 2, Paris, 1848.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Resolución por alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato» en *Tratado de contratos, tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1374-1379.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico A.: «Comentario al artículo 1449» en *Comentarios al Código Civil* (4.ª ed.). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- ROGEL VIDE, Carlos: *El precio en la compraventa y su determinación*, Reus, Madrid, 2013.
- SALVADOR-CODERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos», *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 4/2009. pp. 1-49.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier y RUIZ PIÑEIRO, Fernando Luis: *Contrato de compraventa internacional de mercaderías*: Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios. 7 ed., Civitas, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Comentario al artículo 1091» en *Comentarios al Código Civil* (4.ª ed.). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- «Comentario al artículo 1096» en *Comentarios al Código Civil* (4.ª ed.). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- SCHWARTZ, Kenneth: «Open Price contracts and specific performance under the UN Sales Convention and the U. C. C.», *Miami International and Comparative Law Review*, 2015.
- SCOTT, Robert E. y LESLIE, Douglas L.: *Contract Law and Theory*. The Michie Co., 2 ed, 1993.
- SEGAL, Ilya: «Complexity and renegotiation: A foundation for incomplete contracts». *The Review of Economic Studies*, vol. 66, n.º 1, 1999, pp. 57-82.
- SERRANO MOYA, Edgard David: «Contratos incompletos», *Summa Iuris*, vol. 2, n.º 1. 2014, pp. 155-170.
- SHULTE-NOLKE, Hans: «Comentario al art. 5 (Reasonableness)» en *Common European Sales Law (CESL) Commentary*. Baden-Baden, München, Portland, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2012, pp. 97-102
- SPIER, Kathryn E: «Incomplete Contracts and Signaling», *The Rand Journal of Economics*, Vol 23, 1992, pp. 432-443. Recuperado de: <https://dash.harvard.edu/handle/1/10611780>.
- TORRELLES-TORREA, Esther: «El criterio de la razonabilidad: un elemento requilibrador del contrato» en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negociada*. Dykinson, Madrid, 2017, pp. 175-196.
- TORRES GARCÍA, Teodora: «La autonomía privada: luces y sombras» en *Derecho de obligaciones y contratos*. Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 63-96.
- VALENTINO, Daniela: «Il contratto “incompleto”», *Rivista Di Diritto Privato*. vol. 3, 2008, pp. 509-545.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: «Artículo 1271» en *Código Civil Comentado*. Volumen III [Libro IV-De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)]. 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2016.
- «Artículo 1261» en *Código Civil Comentado*. Volumen III [Libro IV-De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)]. 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2016.

- VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO y VERDERA SERVER, Rafael (dir.), *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- VAQUER-ALOY, Antoni (dir), «El Marco Común de Referencia» en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239-265.
- VAQUERO-LÓPEZ, Carmen: «Autonomía de la voluntad y normas imperativas», en *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional*. Aranzadi, Navarra. 2013, pp. 893-934.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «El «vaivén» de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula «rebus sic stantibus», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 4, 2015, pp. 65-94.
- «La determinación del precio en el contrato de servicios», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 48, 2019, pp. RR-4.1-4.11
- ZIMMERMANN, Reinhard: *Derecho Privado Europeo*. Astrea, Buenos Aires, 2017.
- ZYLBERSZTAJN, Decio: «A organização ética: um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações», *Revista de Administração Contemporânea*. V. 6, n.º 2, ISSN 1415- 6555, 2002, pp. 123-143.

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunales españoles

Tribunal, Sala, fecha	Ar.	Magistrado ponente	Partes
STS, Civil, 5 de febrero de 1983.	RJ 860.	Rafael Casares Córdoba.	I.N.P c. D. Florián R. N.
STS, Civil, 4 de julio de 1984.	RJ 3797.	Jaime de Castro García.	D. Juan J. C. C. y D. Diego M. M c. Casa C., S. A.
STS, Civil, 10 de noviembre de 1988.	RJ 8427.	Eduardo Fernández-Cid de Temes.	D. Eulogio G. D. c. D. Félix S. M.
STS, Civil, 16 de octubre de 1989.	RJ 6927.	Pedro González Poveda.	Naviera Aznar, S. A. c. Banco Hipotecario de España, S. A.
STS, Civil, 23 de abril de 1991.	RJ 3023.	Pedro González Poveda.	D. Félix A. A. c. Cooperativa de Viviendas Virgen del Pilar.
STS, Civil, 10 de febrero de 1992.	RJ 1200.	Alfonso Villagómez Rodil.	Villa Rosa, S. A. c. D. Carlos L. M. y D.ª María Isabel C. P.
STS, Civil, 19 de noviembre de 1994.	RJ 8539.	Jaime Santos Briz.	Electra Aduriz, S. A. c. Hidroeléctrica Ibérica Iberduero.

Tribunal, Sala, fecha	Ar.	Magistrado ponente	Partes
STS, Civil, 02 de noviembre de 1995.	RJ 8073.	Alfonso Villagómez Rodil.	Unión Latina, SA c. Don Juan G. L. y D. ^a Rosa B. M.
STS, Civil, 29 de enero de 1996.	RJ 737.	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.	D. ^a Vicenta, don Manuel F. M. G. y otros c. Paraíso Films Producciones SA.
STS, Civil, 14 de junio de 1996.	RJ 4772.	Antonio Gullón Ballesteros.	D. José B. R. y otros c. Banco Comercial Español.
STS, Civil, 28 de enero de 1998.	RJ 357.	Xavier O'Callaghan Muñoz.	La Vasco Navarra, SA, c. D. Francisco de Asís A. A.
STS, Civil, 22 de diciembre de 2000.	RJ 10135.	Pedro González Poveda.	D. Rosendo P. G. y D. ^a María del Carmen P. G c. D. ^a María José M. H.
STS, Civil, 08 de marzo de 2002.	RJ 1914.	Clemente Auger Liñán.	D. Francisco A. C. c. D. ^a Sofía C. M.
STS, Civil, 20 de noviembre de 2003.	RJ 8081.	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.	Bami, SA, Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos c. D. Cornelio y D. ^a Rosa.
STS, Civil, 12 de noviembre 2004.	RJ 6900.	Pedro González Poveda.	D. Gustavo y D. ^a Verónica c. D. Domingo.
STS, Civil, 30 de abril de 2004.	RJ 1677.	Jesús Corbal Fernández.	D. ^a Margarita c. D. Juan Alberto.
STS, Civil, 19 de enero de 2005.	RJ 518.	Clemente Auger Liñán.	Montero-Aramburu y Asociados S. C. P c. Grupo Cruzcampo S. A.
STS, Civil, 14 de diciembre de 2006.	RJ 9106.	Alfonso Villagómez Rodil.	Smith and Peterson, SL, c. D. Ángel Jesús y D. ^a Marcelina.
STS, Civil, 23 de febrero de 2007.	RJ 1475.	Jesús Corbal Fernández.	D. Alfredo y D. ^a Flor c. Berriaga, SA.
STS, Civil, 1 de marzo de 2007.	RJ 1618.	Vicente Luis Montes Penades.	Tabladilla, S. L c. Antares Andalucía, S. A.
STS, Civil, 24 de abril de 2008.	RJ 2679.	José Antonio Seijas Quintana.	Banco Europeo de Finanzas, SA, c. Bufete José M. ^a Armero y Cía. S. R. C.

Tribunal, Sala, fecha	Ar.	Magistrado ponente	Partes
STS, Contencioso, 18 de diciembre de 2008.	RJ 2009/240.	Bandrés Sánchez-Cruzat.	Telefónica Móviles España, SA, c. Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de información.
STS, 21 de mayo de 2009.	RJ 3187.	Francisco Marín Castán.	D. Rubén, D. Silvio, D. Valentín, D. Jose Enrique y D. Jose Manuel c. D. Narciso y D. Abilio.
SAP Murcia, Civil, Sección 4.ª, 8 de julio de 2011.	JUR 318920.	María Carmen Plana Arnaldos.	Frugima, S. A. T. c. Egamur, S. L.
SAP Pontevedra, Sección 1.ª, 30 de septiembre de 2011.	JUR 357378.	Jacinto José Pérez Benítez.	D. Héctor, Landelino y Lorenzo c. Clima Estrada S. L.
STS, Civil, 18 de enero de 2013.	RJ 1604.	José Ramón Ferrándiz Gabriel.	D.ª y D. Isidro c. «Hogar y Jardín SAL.
TSJ Navarra, de 25 de octubre de 2013.	RJ 1561.	Francisco Javier Fernández Urzainqui.	D. Adriano y de Héctor Nagore S. L. c. «MDV 95 D. L.».
STS, Civil, 07 de marzo de 2018.	RJ 72702.	Francisco Javier Arroyo Fiestas.	D. Alejandro c. D. Jesús Carlos.

Tribunales extranjeros

País	Referencia
Brasil.	Superior Tribunal de Justiça do Brasil. AREsp n.º 961865 MG 2016 /0203844-6. Ponente: Marco Buzzi. DJ 02/03/2018.
Brasil.	Superior Tribunal de Justiça do Brasil. AREsp n.º 1244217 ES 2011/0050344-6. Ponente: Raul Araújo. DJ 25/09/2017.
Colombia.	Corte Suprema de Justicia. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01. 21/02/12. Ponente: William Namén Vargas.
Francia.	Societé Cie Française de téléphone Confratel c/. Societé Bechtel France. Cour de cassation -. Assemblée plénière. Audience publique du vendredi 1 décembre 1995. N.º de pourvoi: 91-15999.

País	Referencia
Francia.	SNC Le Montparnasse c/sté GST-Alcatel. Bretagne Cour de cassation - Assemblée plénière. Audience publique du vendredi 1 décembre 1995. N.º de pourvoi: 93-13688.
Francia.	SA Cie Atlantique de téléphone c/SA Sumaco. Cour de cassation - Assemblée plénière Audience. Publique du vendredi 1/12/1995. Pourvoi: 91-15578.