

El Dret civil català en el context europeu

est



Materials de les Dotzenes
Jornades de Dret Català
a Tossa

26 i 27 de setembre de 2002

El Dret civil català en el context europeu

Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa

El Dret civil català en el context europeu

Materials de les Dotzenes Jornades de
Dret Català a Tossa

Coord:
ÀREA DE DRET CIVIL,
UNIVERSITAT DE GIRONA

Girona 2003



Documenta
Universitaria

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comunicassin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

EAP, SL

Edicions a Petició, SL
Pl. Europa, 3, 2on—2a
17005 GIRONA
telf. +34 630608231

www.documentauniversitaria.com
info@documentauniversitaria.com

ISBN 84-933125-9-2

Dipòsit Legal: GI-1362-2003

Imprès a

Novembre de 2003

Aquestes *Dotzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i el suport de l'Ajuntament de Tossa de Mar i de:

Universitat de Girona
Facultat de Dret UAB (Deganat)
Facultat de Dret UPF (Deganat)
Facultat de Dret UdG (Deganat)
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
Col·legi d'Advocats de Barcelona
Col·legi d'Advocats de Girona
Col·legi d'Advocats de Reus
Col·legi d'Advocats de Tortosa
Col·legi de Notaris de Catalunya
Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i
Mercantils de Catalunya
Diputació de Girona

ÍNDIX

PONÈNCIES

PRIMERA PONÈNCIA L'APROXIMACIÓ ENTRE ELS DRETS CIVILS EUROPEUS

ENCARNA ROCA

CODIFICACIÓ CATALANA I CODIFICACIÓ EUROPEA. EL CODI CIVIL COM A INSTRUMENT DE POLÍTICA JURÍDICA	21
I. INTRODUCCIÓ.....	21
II. ELS SENTITS DE L'EXPRESSIÓ CODIFICACIÓ.....	24
A) Codificació com a forma d'expressió d'una cultura jurídica concreta.....	24
B) Codificació com a instrument polític per obtenir determinades finalitats.....	25
C) Codificació, mecanisme per a l'exercici de la sobirania.....	27
III. LA CODIFICACIÓ DEL DRET PRIVAT EUROPEU.....	29
A) Els arguments de la codificació europea.....	30
B) Quin codi europeu i per a què?.....	33
IV. LA CODIFICACIÓ DEL DRET CIVIL CATALÀ.....	36
V. A TALL DE CONCLUSIÓ.....	42
BIBLIOGRAFIA.....	44

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

APROXIMACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EUROPA: MARCO COMUNITARIO Y COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA	47
1. LA COMPETENCIA PARA LA APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES NACIONALES.....	47
A) Planteamiento general: el principio de vinculación funcional.....	47
B) Unificación por la vía del art. 94 CE.....	50
C) Unificación por la vía del art. 95 CE.....	51
2. LÍMITES DERIVADOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	59
A) Ratione materiae.....	59
B) Límites espaciales.....	66
C) Límites personales.....	68
3. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD.....	69
A) Principio de subsidiariedad.....	70
B) Principio de proporcionalidad.....	73
4. ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS.....	81

FERNANDO MARTÍNEZ SANZ

LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (COMISIÓN LANDO) EN EL MARCO DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS	83
I. ALGO SOBRE LA HISTORIA.....	83
II. OBJETIVOS.....	84
III. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA UNIFICACIÓN.....	86

IV. MÉTODO DE TRABAJO	88
V. ASPECTOS TRATADOS	89
VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO	92
VII. REPERCUSIÓN EFECTIVA	95

SEGONA PONÈNCIA
LA REFORMA DELS CODIS CIVILS EN UN CONTEXT
D'APROXIMACIÓ EUROPEA

LUIS DíEZ-PICAZO

REFORMA DE LOS CÓDIGOS Y DERECHO EUROPEO	99
---	-----------

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

ADAPTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL AL DERECHO EUROPEO: LA COMPRAVENTA	109
---	------------

I. INTRODUCCIÓN	110
II. ENCUADRE DOGMÁTICO DE LA DIRECTIVA 1999/44	111
III. LA EXIGENCIA DE CONFORMIDAD	112
IV. LA SUPERACIÓN DEL SISTEMA CODIFICADO DEL SANEAMIENTO	
POR VICIOS: RAZONES TEÓRICAS, RAZONES PRÁCTICAS	113
A. Razones históricas que justifican la existencia del sistema especial de	
responsabilidad del saneamiento	113
B. Claves dogmáticas de la contraposición entre saneamiento e incumplimiento:	
la transformación del concepto de objeto	115
V. EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA	
1999/44/CE A LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS	117
A. Generalización del sistema de la Directiva a todas las ventas, a través de la	
reforma del Código	118
1. Alemania	118
2. Austria	119
3. Francia	119
3. Holanda	120
B. Creación de un régimen especial para las ventas a consumidores dentro	
del Código civil	120
1. Italia	120
2. Bélgica	120
C. Incorporación mediante una ley especial	121
1. Portugal	121
2. España	121
VI. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL SISTEMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA	
DIRECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROBLEMAS DE CONCURRENCIA	
DE REMEDIOS	122
VII. LA REFORMA DEL CC	125
A. Aspectos generales	126
1. La noción de compraventa	126
2. Una nueva regulación del problema del riesgo	127
3. Imposibilidad inicial (art. 1460 CC)	128
4. Supresión de la obligación de saneamiento	129
5. Mantenimiento de los preceptos que regulan las formas de entrega	129
6. Gastos de transporte	130
7. Estado en que debe ser entregada la cosa y atribución de sus frutos	130

8. Tratamiento de las diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles.....	131
B. Falta de conformidad.....	131
1. La exigencia de conformidad.....	132
2. Determinación del momento en el que la cosa debe ser conforme al contrato.....	132
3. Los criterios de conformidad.....	133
4. Límites de la vinculación por declaraciones públicas.....	133
5. Entrega de cosa diferente o en cantidad inferior a la debida.....	134
6. Conocimiento de la falta de conformidad por el comprador.....	134
7. Incorrecta instalación del bien.....	135
8. La garantía convencional.....	135
9. Los remedios de la falta de conformidad.....	136
10. La pretensión de cumplimiento.....	137
11. Derecho a resolver el contrato o a obtener una rebaja del precio.....	139
12. Carga de denunciar la falta de conformidad.....	140
13. Prescripción.....	141
C. Derechos de tercero.....	143
1. Delimitación del supuesto.....	144
2. Remedios del comprador.....	145
3. La llamada en garantía.....	145
4. Obligación de denuncia.....	145
5. Prescripción.....	146
VIII. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA.....	146
BIBLIOGRAFÍA.....	146

HUGH BEALE

EUROPEANISATION OF PRIVATE LAW AND ENGLISH LAW.....	151
COMPLIANCE WITH EU LEGISLATION.....	151
THE INFLUENCE OF EUROPEAN IDEAS ON ENGLISH PRIVATE LAW.....	155
ENGLISH ATTITUDES TOWARDS GREATER HARMONISATION OR UNIFICATION OF PRIVATE LAW.....	159
CONCLUSION.....	162

ULRICH MAGNUS

EUROPE AND THE LEGAL REFORM OF THE LAW OF OBLIGATIONS.....	163
I. INTRODUCTORY REMARKS.....	163
II. SURVEY AND BACKGROUND OF THE RECENT GERMAN REFORM(S).....	164
1. Reform of Contract Law and Limitation Law.....	164
2. Reform of the Law of Damages and Strict Liability.....	165
III. SOME DETAILS OF THE TWO REFORMS THROUGH THE EUROPEAN LOOKING GLASS.....	166
1. Limitation – General Rule with Few Exceptions.....	166
2. General Contract Law.....	167
a) Breach of Contract.....	167
b) Presumed Fault-Principle Retained.....	168
c) Extinction of Obligation to Perform.....	169
d) Damages for Breach of Contract.....	169
e) Right of Termination of Contract.....	170
3. Sales Contracts.....	170
4. Integration of Consumer Protection Statutes into Civil Code.....	172
5. Codification of Judge-Made Law.....	172
6. General Compensation of Immaterial Loss.....	173
7. Exclusion of Compensation of Fictitious Damage.....	173

8. Reduction of Children's Liability in Traffic Accidents.....	174
9. Extension of Strict Liability.....	175
10. Evaluation	175
IV. THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN EUROPEAN AND NATIONAL PRIVATE LAW.....	176
1. Development and Character of European Private Law.....	176
a) International Conventions	177
b) Regulations and Directives	177
c) The Lando Principles	178
d) Preparatory Work of Different Groups.....	178
e) Characterisation of European Private Law.....	179
2. Impact of European Law on National Private Law.....	179
3. National Influences on European Private Law.....	180
V. CONCLUSIONS	181

TERCERA PONÈNCIA EL SENTIT D'UNA CODIFICACIÓ PER A CATALUNYA

PRIMER PANEL. ESTRUCTURA I CONTINGUT DEL FUTUR CODI CIVIL DE CATALUNYA	185
---	------------

SEGON PANEL. IMPORTÀNCIA D'UN CODI CIVIL PER A CATALUNYA: REFLEXIONS DES DEL MÓN JURÍDIC.....	209
--	------------

COMUNICACIONS

COMUNICACIONS A LA PRIMERA I A LA SEGONA PONÈNCIES

PATRICIO CARVAJAL R.

LAS ARRAS PENITENCIALES	231
I. INTRODUCCIÓN.....	231
II. Algunas útiles consideraciones histórico-dogmáticas.....	232
III. LAS ARRAS PENITENCIALES Y EL SISTEMA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN	243
IV. LAS ARRAS, PARTE DEL PRECIO, Y EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO.....	253
V. LAS ARRAS PENITENCIALES Y LA CLÁUSULA PENAL.....	256
VI. LAS ARRAS Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS	259
VII. CONCLUSIÓN.....	262

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI

REPRESENTACIÓN INDIRECTA Y UNDISCLOSED AGENCY: SU CONVERGENCIA. LA CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS Y LOS PRINCIPIOS OF EUROPEAN CONTRACT LAW	265
I. INTRODUCCIÓN.....	265
II. UNDISCLOSED AGENCY Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA	266

III. CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (GINEBRA, 17 FEBRERO DE 1983)	268
A. Clasificación de los supuestos	270
1. El conocimiento por tercero	270
2. Momento del conocimiento o desconocimiento por el tercero.....	271
3. Carga de la prueba	273
B. Efectos	274
1. Supuesto I. Disclosed agency	274
2. Supuestos II y III: la aproximación entre el common law y el civil law	275
a) La reticencia del Reino Unido a la aproximación.....	275
b) Requisitos para el ejercicio de la acción directa: incumplimiento del agente....	278
i) Incumplimiento frente al principal	280
ii) Incumplimiento frente al tercero.....	281
c) Dinámica de la acción directa.....	282
i) Obligación de desvelar la identidad	282
ii) Obligación de notificar	284
iii) Excepciones oponibles.....	285
d) Excepciones a la acción directa.....	286
i) Falta de voluntad del tercero de contratar con el principal.....	286
ii) Acuerdo en contra de la aplicación.....	287
IV. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS PRINCIPIOS OF EUROPEAN CONTRACT LAW	290
A. Sistema de clasificación.....	291
B. Efectos de la representación indirecta.....	292
1. Supuestos de efectos directos	293
2. Dinámica de la acción.....	293
3. Excepciones oponibles.....	294
4. Excepciones a la acción directa.....	294
V. CONCLUSIONES.....	295
BIBLIOGRAFÍA.....	296

M. ROSA LLÁCER MATACÁS

LES QUALITATS DE L'OBJECTE EN LES FASES PRE I POSTCONTRACTUALS: DEL SANEJAMENT A LA CONFORMITAT. (EL COMPLIMENT DEFECTUÓS EN DRET DE CONSUM I DRET CIVIL EUROPEU I ESTATAL)

1. EL CONCEPTE DE CONFORMITAT EN LA DIRECTIVA 44/1999/CE I LA SEVA EXTRAPOLACIÓ A MATÈRIES ALIENES AL CONSUM	299
1.1. La Directiva 44/1999/CE com a norma de consum.....	299
1.2. La conformitat en altres àmbits del dret privat: compravenda de mercaderies i principis de dret contractual europeu	301
2. LES QUALITATS DE L'OBJECTE DE LA PRESTACIÓ, ENTRE EL COMPLIMENT CONTRACTUAL I EL CONTROL CAUSAL	304
3. CARACTERÍSTIQUES DE L'OBJECTE I COMPLIMENT	306
3.1. Integració de l'oferta, fixació del contingut contractual i integració de l'objecte: la celebració del contracte en dret de consum.....	306
3.2. La configuració jurisprudencial de l'objecte: la insuficiència del sanejament per vics ocults i l'incompliment per inhabilitat funcional de l'objecte.....	308
3.3. La configuració legal de l'objecte: la conformitat i les seves conseqüències.....	310
3.3.1. La configuració de l'objecte en la LCU	310
3.3.2. La conformitat en la Directiva 44/1999/CE	310
4. EL TRASLLAT DE LA CONFORMITAT AL DRET CIVIL GENERAL	313
4.1. Uniformitat i divergències en el context del dret privat estatal.....	313
4.2. L'especificitat de les transaccions entre particulars i la perspectiva uniformadora dels projectes europeus	314

4.2.1. Pautes per a una anàlisi.....	314
4.2.2. El contingut implícit en la finalitat econòmica del contracte: entorn de l'absorció de l'element causal per l'obligació de compliment conforme	315
4.2.3. La pretesa obligació d'informar	317
4.2.4. Compliment, risc i conformitat.....	318
4.2.5. El règim de responsabilitat contractual.....	318
4.2.6. L'adaptació dels recursos contra el deutor.....	320

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

REFLEXIONS SOBRE ELS PECL I LA FASE NEGOCIADORA DEL CONTRACTE. LETTER OF INTENT: PACTE D'INTENCIONS O PRECONTRACTE 321

I. INTRODUCCIÓ.....	321
II. LA FASE NEGOCIADORA DEL CONTRACTE EN RELACIÓ AMB ELS PRINCIPIS EUROPEUS DE DRET CONTRACTUAL: L'ENCAIXAMENT DE LA FIGURA DE LES LETTERS OF INTENT	322
1. Introducció.....	322
1.1. Idees generals sobre la fase preliminar en els PECL.....	322
1.2. Problemàtica	323
2. Letter of intent: el seu contingut	324
2.1. Introducció.....	324
2.2. Letter of intent: Pacte d'intencions.....	326
2.2.1. La determinació dels elements essencials. La proposta suficientment precisa	327
2.2.2. La intenció d'obligar-se	329
2.3. Letter of intent: precontracte, precontracte imperfecte.....	331
2.3.1. Pacte d'intencions i precontracte. Els acords amb termes oberts	331
2.3.2. Pacte d'intencions i precontracte imperfecte. Els acords per a negociar	332
3. Les letters of intent: la seva transcendència. L'incompliment.....	336
3.1. Introducció	336
3.2. La transcendència normal d'un pacte d'intencions: la responsabilitat precontractual	337
3.2.1. Generalitats	337
3.2.2. Breument sobre la responsabilitat precontractual per ruptura injustificada de negociacions	339
3.3. L'incompliment del deure de comportar-se de bona fe com fet generador de responsabilitat contractual	340
3.4. La responsabilitat precontractual en els PECL	343
III. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	345

JOAN MARSAL GUILLAMET

LA COMPETÈNCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA EN MATÈRIA CIVIL I EL DRET UNIFORME..... 349

1. INTRODUCCIÓ	349
2. LA PARTICIPACIÓ DELS ENS SUBESTATALS EN LA FASE ASCENDENT DE CREACIÓ DEL DRET COMUNITARI	352
2.1. Els diversos models de la Unió	355
2.1.1. Alemanya	355
2.1.2. Bèlgica	356
2.1.3. Itàlia.....	358
2.1.4. Escòcia.....	361
2.2. El cas espanyol	364

3. LA PARTICIPACIÓ DELS ENS SUBESTATALS EN L'ELABORACIÓ DELS TRACTATS INTERNACIONALS	367
3.1. Els diversos models dins de la Unió.....	369
3.1.1. El cas alemany.....	369
3.1.2. El cas belga.....	370
3.1.3. El cas italià.....	372
3.1.4. El cas escocès.....	374
3.2. La regulació actual a l'Estat espanyol.....	375

CARMEN PARRA RODRÍGUEZ

LOS SISTEMAS DE UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS..... 381

I. INTRODUCCIÓ.....	381
II. CREACIÓ DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO	383
1. Análisis de los principios contenidos en los tratados fundacionales de la Comunidad Europea	384
1.1 Principio de igualdad o de “no discriminación”	385
1.2. Principio de libertad	389
1.3. Principio de solidaridad.....	390
1.4. Principio de unidad o de uniformidad.....	390
2. El marco de uniformización del Convenio de Roma	392
2.1 Principio de la autonomía de la voluntad.....	394
2.2. Principio de proximidad	401
2.3. Principio de solidaridad.....	405
2.4. Principio de protección de la parte débil	406
3. La armonización a través de directivas	407
3.1 . Principios contenidos en las directivas	408
3.2. Principios generales contenidos en las directivas de ámbito contractual.....	408
3.3. Principios instrumentales contenidos en las directivas de ámbito contractual	413
III. CONCLUSIONES.....	419

CARLES VILLAGRASA I ALCAIDE

CRITERIS JURISPRUDENCIALS DEL CONSILIUM FRAUDIS EN LA PROTECCIÓ DEL DRET DE CRÈDIT 421

I. INTRODUCCIÓ.....	421
II. L'APLICACIÓ JURISPRUDENCIAL DE L'ACCIÓ PAULIANA.....	422
III. L'OBJECTIVACIÓ DEL FRAU.....	424
IV. ANÀLISI DE SENTÈNCIES DE L'AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA	426
V. CONCLUSIONS	432

COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA

LÍDIA ARNAU I RAVENTÓS

UN APUNT HISTÒRIC: LA IDEA DE “CODIFICACIÓ” SEGONS ESTANISLAU REYNALS I RABASSA..... 437

1. INTRODUCCIÓ	437
2. EL PROJECTE DE CODI CIVIL DE 1851: LES NOCIONS D'UNITAT I D'UNIFORMITAT	439

2.1. Referència a la llegítima, l'emfiteusi i la rabassa morta al Projecte de Codi civil de 1851	439
2.2. La unitat i la uniformitat del Projecte de Codi civil de 1851	442
3. ESTANISLAU REYNALS I RABASSA: L'HOME I LA SEVA DOCTRINA JURÍDICA.....	443
3.1. Les fonts.....	443
3.2. Les idees	444

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE

MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN	447
--	------------

ALBERT RUDA GONZÁLEZ

PACTES SOBRE LA DURADA DEL TERMINI DE PRESCRIPCIÓ EN LA MODERNITZACIÓ DEL DRET D'OBLIGACIONS ALEMANY I EL CODI CIVIL DE CATALUNYA	457
--	------------

I. INTRODUCCIÓ.....	457
II. LA NOVA REGULACIÓ ALEMANYA	459
1. La introducció del criteri permissiu.....	459
2. Abreujament del termini de prescripció	463
a) Excepció en cas de dol	463
b) Terminis legals mínims	464
3. Allargament del termini de prescripció	465
4. Disposicions especials.....	466
a) Venda de béns de consum	466
b) Contracte de viatge combinat	468
III. DRET D'ALTRES PAÏSOS	470
1. Primer grup. Inadmissibilitat dels pactes	470
2. Segon grup. Admissibilitat limitada dels pactes	473
3. Tercer grup. Admissibilitat àmplia dels pactes	479
IV. REGULACIÓ EN EL DRET CIVIL ESPANYOL	481
V. NOU DRET CIVIL CATALÀ.....	485
1. La primera llei del Codi civil de Catalunya. Gènesi de l'art. 121-3 CcC.....	485
2. Justificació de la norma.....	488
3. Comparació amb el Dret alemany.....	490
a) Imperativitat versus llibertat de pacte.....	490
b) Termini legal mínim.....	491
c) La prohibició de la indefensió	492
VI. REFLEXIÓ FINAL.....	494

REFORMA DE LOS CÓDIGOS Y DERECHO EUROPEO

LUIS DíEZ-PICAZO

*Catedrático emérito de Derecho civil en la
Universidad Autónoma de Madrid*

Tengo la impresión de que en el espíritu de los organizadores de estas Jornadas se encontraba la idea de que esta intervención propuesta por ellos se titulara algo así como el reto que para los reformadores de los códigos, y especialmente para los de nuestro Código civil, representan los últimos textos en que por el momento se ha querido anticipar una unificación del derecho europeo de contratos. Aceptaré, de inmediato, la idea del reto y lo tomaré como un reto para mí mismo. Debo aclarar, enseguida, que el problema no estaba planteado sólo por esos textos antes aludidos, que son PECL y PCCOM.¹ Seguramente, la cosa viene de algo más atrás. En mi opinión, lo que supuso una muy fuerte modificación de nuestros esquemas mentales en el antes plácido derecho de obligaciones y contratos y que removió muy profundamente sus aguas fue CISG, donde por primera vez se encuentra una feliz fusión de esquemas que procedían del *common law* y otros que procedían del derecho europeo continental, especialmente en lo que concierne a la idea de incumplimiento del contrato, y a los remedios utilizables frente al incumplimiento. Para algunos de nosotros, la arribada a la convicción de la necesidad de reformar los códigos fue una consecuencia del estudio y comentario CISG que después tanta influencia ha ejercido en PCCOM y en PECL.

Es indudable que actualmente existe un movimiento muy fuerte, de carácter marcadamente profesoral, pero con claros adeptos entre los miembros del Parlamento Europeo, a favor de un derecho uniforme de contratos en la Unión Europea. Tres resoluciones del Parlamento dan clara fe de ello. No es, seguramente, la misma la situación en aquellos puntos en que se adoptan los *impulsos políticos*, por llamarlos de algún

¹ Las abreviaturas utilizadas son: PECL, Principios del Derecho Europeo de Contratos; PCCOM, Principios de los contratos comerciales internacionales (Unidroit); y, CISG, Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

modo. Todos sabemos de la enemiga de los ingleses y de las renuencias de los franceses, por citar sólo dos tipos de resistencias. El momento histórico está, de este modo, teñido por la ambigüedad y surge casi instintivamente la tentación de la espera. Si nos lo van a cambiar desde fuera, es mejor esperar a que nos lo cambien, tratando por las vías que sea posible de utilizar de acomodarnos a ello del mejor modo posible.

Nadie dudará que existían razones que podían impulsar una reforma, con una cierta dosis de profundidad, de nuestro derecho de contratos. En mi opinión, la parte general de obligaciones y contratos es uno de los más endebles en la arquitectura de nuestro Código civil. Los autores de los textos de 1888-1889 no se esforzaron demasiado. En muy buena medida, se limitaron a recoger lo que había hecho ya el Proyecto de 1851, por donde se había recibido el Código civil francés. Y puede decirse que, cuando intentaron alguna innovación, extrayéndola de aquí y de allá, no es difícil sacar la conclusión de que hicieron los textos más enigmáticos. De creer a Manuel Peña, las únicas nuevas fuentes fueron el Código civil italiano de 1865, el Código civil argentino y el llamado Anteproyecto de Laurent.

Puede también pensarse que los legisladores estaban convencidos de que, consagrando sin muchos límites la libertad contractual, daban cauce a los impulsos que en este punto necesitaba el primer desarrollo económico español que se acomete bajo la restauración. No había, pues, que esforzarse mucho y, según leí en algún sitio, era fama que el autor de los textos era uno de los pasantes de Alonso Martínez. Tema sin gran importancia, pues, para dejarlo en manos de un pasante.

Las cosas quedaron mal, lo que ocasionó largas discusiones entre los comentaristas sobre el sistema de la responsabilidad contractual, sobre el alcance de la resolución de incumplimiento y sobre algunos otros temas que no parece necesario exponer aquí con detalle. Estos mismos datos han determinado que, sobre muchas de estas cuestiones, el aprendizaje en las universidades haya sido confuso y que no se haya creado una jurisprudencia de los tribunales que pacificara tales cuestiones. Probablemente no faltaban razones para tratar de reelaborar los textos que van del 1088 al 1313.

No revelo secretos especiales al decir que no fue así. Nadie había pensado en semejante tarea y no resultaba fácil ponerse a ella.

Una segunda posibilidad se refería más bien a los problemas concretos que en nuestro ordenamiento jurídico había planteado la recepción de algunas directivas europeas, referidas a contratos de consumo (contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, cláusulas abusivas en los contratos de consumidores, responsabilidad del fabricante, a la que hay que añadir la más reciente sobre garantías en la venta de bienes de

consumo). Así como en algunos ordenamientos europeos se había optado por introducir estas normas en los códigos civiles –y ésta es la técnica que últimamente ha seguido la muy reciente reforma del año 2001 de la parte general de obligaciones y de la regulación de los contratos en el Código civil alemán–, entre nosotros se prefirió la solución más fácil de dedicar a estos temas leyes especiales o, todo lo más, introducir algunas modificaciones en la Ley general de consumidores y usuarios, lo que ha planteado siempre muy difíciles problemas de conexión y de coordinación entre códigos y leyes especiales, o entre derecho general de contratos y derecho de contratos de consumo. Naturalmente, en mi opinión, una reforma del Código civil en la materia a la que nos estamos refiriendo tiene que proceder a insertar dentro del ámbito del Código todas estas normas surgidas al socaire del derecho de consumo que tan caro le resulta a la Comunidad Europea y, del mismo modo, hay que proceder a establecer su coordinación con las reglas generales.

Tampoco revelo secretos especiales si digo que tampoco ése fue el motivo de la reforma que hace algunos años acometió la Comisión General de Codificación.

Para contar las cosas tal como fueron, tengo que situar el motor de lo que luego han sido los trabajos de reforma en la sobresaliente personalidad del presidente de la Sección Tercera –mercantil– el profesor A. Menéndez Menéndez, quien, con el voto favorable de la Sección, propuso hará ahora unos seis años una reforma que comenzará a aproximar entre nosotros en materia de derecho de contratos la legislación civil y mercantil. Según esto, toda materia de obligaciones y contratos pasará a ser objeto del Código civil y el Código de comercio si alguna vez se rehace, contendrá una regulación del derecho de sociedades, del estatuto jurídico del comerciante o empresario, el derecho de títulos valores y el derecho concursal. La propuesta fue empezar por una regulación unitaria del contrato de compraventa, para lo que ofrecía un marco especialmente idóneo el Convenio de Viena, de 1980. Sin embargo, la Sección de Derecho Civil prefirió, antes de embarcarse en una regulación del contrato de compraventa, empezar por el principio y, como se sabe, cuando los órganos forman sus voluntades es muy difícil modificarlas. Así pues, a partir de 1995, la Sección empezó por el art. 1.088 del Código civil. Ya en este punto existía un primer problema que entronca decididamente con las cuestiones alrededor de las cuales se han movido los textos que recogen los llamados *Principios de un Derecho Europeo*. La cuestión es que entre nosotros se siguió una tradición que procedía, indiscutiblemente, del derecho francés: la regulación primero de las obligaciones en general y sólo después de los contratos en sentido estricto. Ésta es la misma tónica que siguen, por ejemplo, el Código italiano y el Código civil portugués.

Entre los textos más recientes es la que ha seguido el llamado Código europeo de contratos, elaborado por el Grupo de Pavía, a cuya cabeza se encuentra el profesor Gandolfi, más próximo que cualquier otro a esa tradición de la Europa que podemos llamar meridional. El Código civil alemán y los que habían recibido su influencia no se encontraban muy lejos, pues, como es sabido, en el Código civil alemán la regulación de los contratos es sólo un pequeño capítulo de la regulación general del negocio jurídico, mientras que existe, antes de la regulación de los contratos en particular o de las llamadas relaciones obligatorias en particular, una extensa regulación del derecho de obligaciones.

La raíz última de esta tradición debe encontrarse en las obras de los precedentes doctrinales del Código civil francés, por una parte, y, por otra, en las del Código civil alemán. Me refiero, naturalmente, al *Tratado de las obligaciones*, de Robert L. Pothier, y al *Derecho de obligaciones*, de Federico Carlos de Savigny. El primero de ellos tenía algún antecedente en la obra de Domat donde se separan las obligaciones que se contraen en virtud de convención y las que se contraen sin ella. Todo ello, a su vez, procedía, probablemente, de la forma como había estado estructurada la *Instituta justiniana*, que, a su vez, provocó toda una serie de trabajos de autores que hay que colocar decididamente bajo la rúbrica de institutistas mucho más que de pandectistas. En efecto, la *Instituta justiniana* se abre en este punto como una definición bien conocida de la obligación, como *vinculum iuris* y, sólo después, se alude a la fuente de las obligaciones arrancando con los textos bien conocidos de Gayo que la *Instituta* reconstruye. Era éste también el camino que habían seguido los iusnaturalistas racionalistas y, especialmente, Hugo Grocio, al llevar a cabo la tarea doctrinal que según se cuenta acometió cuando se encontraba prisionero de los españoles en el castillo de Lovenstein, donde se dice que escribió un pequeño libro para que con él estudiaran sus hijos. Sea de ello lo que fuere, este libro, del que existe una traducción inglesa con el título *The jurisprudence of Holland*, sigue básicamente esa misma tónica.

Distinto, sin embargo, fue el camino que siguió el derecho inglés. En el derecho inglés resulta difícil, por no decir imposible, encontrar un “derecho de obligaciones” y, en cambio, existen extensos manuales y tratados de derecho de contratos donde se sitúan no sólo las reglas relativas a la formación y a la interpretación o la validez de los contratos, sino también todas aquellas que guardan relación con el cumplimiento y con la responsabilidad contractual. No tengo que decir, porque resulta bastante claro, que esta última es la línea seguida por los llamados PECL.

La tradición de un derecho de obligaciones previo a un derecho de contratos ha planteado siempre algunos delicados problemas de ajuste.

Es verdad que puede decirse, como se viene diciendo desde hace siglos, que el contrato es sólo una de las más importantes, pero sólo una, de las fuentes de las obligaciones y que la regulación abstracta de las obligaciones tanto sirve para las obligaciones contractuales como para las no contractuales, pero esto, que es una verdad abstracta, cuando las cosas se miran en concreto y en detalle no lo es tanto, porque la mayor parte de las regulaciones de las obligaciones están pensadas para y sólo son aplicables a las obligaciones de carácter contractual. No discutiré que las reglas del pago y las reglas de los subrogados del cumplimiento lógicamente se aplican también a obligaciones no contractuales que son, normalmente, obligaciones de pagar sumas de dinero, pero resulta muy difícil pensar que las reglas sobre solidaridad o sobre mancomunidad, o sobre obligaciones condicionales o alternativas y sus respectivos cumplimientos o incumplimientos, guarden directa relación con algo que no sea materia del contrato en sentido estricto, como lo demuestra que los mismos textos tengan que aludir casi de manera constante a las fuentes contractuales para explicar, por lo menos parcialmente, la regulación. Como he señalado en alguna otra ocasión, las líneas maestras se ven más claras en el Código civil francés que en el Código civil español, donde los nexos de unión se rompieron sin que se termine de saber por qué. Efectivamente, en el Código civil francés, después de regular con carácter general las obligaciones, se abre directamente un capítulo dedicado a las obligaciones que se contraen en virtud de convención, seguido de otro dedicado a las obligaciones que se contraen sin convención.

¿Cuál de estas líneas debe seguirse en una reforma? No creo que el alcance normativo de los textos sea distinto, de manera que nos encontramos ante una cuestión de *elegantia iuris* o de estética de derecho o como se le quiera llamar. En mi opinión, la parte del derecho a la que nos estamos refiriendo es sobre todo un derecho de contratos, y poner como cabeza la libertad contractual es dotar a la regulación de un sentido y de un contenido que se pierde cuando se empieza hablando, abstractamente y sin referencias especiales, de obligaciones. Esto hubiera determinado que, por lo menos en mi opinión, situándonos como he dicho en un campo de *elegantia iuris* o estética del derecho, hubiera habido que inclinarse por una solución moderna o inglesa. Sin embargo, a la hora de reformar se debe reformar lo menos posible, lo que es una de las piedras angulares del pensamiento conservador, y se debe evitar que los destinatarios de las normas se vean metidos en los avatares en que el cambio de los esquemas mentales les sitúa. Aunque aquí hay un punto a debatir, finalmente en nuestro trabajo se decidió regular primero el derecho de obligaciones y después el derecho de contratos, aunque, a diferencia de lo que ocurre hoy con el Código civil, en que el Libro Cuatro se llama “De las obligaciones y

contratos”, de manera que su Título Primero es “De las obligaciones” y su Título Segundo “De los contratos”, nosotros preferimos dedicar un libro entero a las obligaciones y otro libro distinto a los contratos.

De esta suerte, la regulación de las obligaciones mantiene un aspecto que podríamos denominar clásico y en ella se acometen algunas reformas que, básicamente, tienden a esclarecer las oscuridades que el texto del Código tenía, aunque sin llevar a cabo reformas drásticas, por lo menos hasta la regulación del incumplimiento y de la responsabilidad contractual. Porque, en ese punto, ha existido siempre entre nosotros un cúmulo de problemas nunca definitivamente pacificados.

Como es sabido, siempre hemos tenido problemas para definir el incumplimiento, porque nos hemos encontrado, al lado de la hipótesis de falta de ejecución de las prestaciones debidas, la regulación de la *mora debitoris*, que a su vez nos hace reabrir la cuestión de separar la mora de los simples retrasos y cosas parecidas. Mayores dificultades, si cabe, tuvieron los alemanes, porque por obra de la influencia que en ellos ejerció, no se sabe muy bien por qué, la obra de Friedrich Mogensen, en el Código el acento se colocó en la imposibilidad sobrevenida de la prestación, que a su vez podría ser fortuita o imputable, con una línea que parcialmente recogió el Código italiano y que ha terminado por resultar tormentosa. Esta equivocada solución alemana, por más pandectista que quisiera ser, había tenido en los últimos años algún reflejo entre nosotros, aunque algunos, entre los que me encuentro, nunca hubiéramos podido entender que la resolución contractual, la indemnización de daños y perjuicios y alguna otra cosa más, tengan que esperar a que se produzca un supuesto de imposibilidad objetiva de la prestación.

Por otra parte, nunca hemos tenido claridad en punto a si en el sistema de responsabilidad del deudor contractual el Código acoge un sistema subjetivista fundado en la imputabilidad o la culpa o es un sistema con alguna caída hacia el objetivismo, de manera que el deudor contractual responde del incumplimiento salvo que existan razones especiales para que quede exonerado. Y todo ello entremezclado con la regulación, que nunca termina de ser coherente, entre pretensión de cumplimiento, resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios.

Las propuestas de reforma en este punto siguen la línea de CISG, PCCOM y PECL. Hay concepto único y articulado de incumplimiento y una serie de remedios frente al incumplimiento, que no tienen, todos ellos, que seguir el mismo régimen jurídico.

La adopción de un concepto único y articulado de incumplimiento permite resolver algunos de los problemas que en la actualidad tiene planteado el derecho de contratos. Me refiero, obviamente, a la regulación de las consecuencias que en la compraventa, en el arrendamiento y

probablemente también en el contrato de obra plantean los llamados vicios o defectos ocultos, que en nuestro derecho son todavía deudores de las viejas acciones “edilicias”, aunque los problemas que tales acciones suscitan hayan tenido que ser reajustados por la jurisprudencia con la regla o doctrina de la compatibilidad de dichas acciones con las acciones generales de incumplimiento o con las que resulten del llamado *alio pro aliud*.

Los remedios utilizables por el acreedor insatisfecho frente al incumplimiento se articulan en CISG y en PECL del siguiente modo:

a) Existe la pretensión de cumplimiento, que, sin embargo, de algún modo aparece limitada en un doble sentido. Por supuesto la pretensión de cumplimiento no es viable cuando el cumplimiento se ha tornado sobrevenidamente imposible. Además, se exige que la pretensión de cumplimiento sea ejercitada tempestivamente, probablemente fundándose en la idea de que no es justo someter a la otra parte contratante a una continuada espera de tal pretensión, lo que, cuando el objeto de prestación es cosa distinta del dinero, se entiende por sí solo. Al lado de ello, los textos a que me refiero permiten que la pretensión de cumplimiento resulte enervada cuando suponga para el deudor una onerosidad excesiva. Puede pensarse, y la idea será seguramente certera, que con ello tanto CISG como PECL buscaban un punto medio entre la solución tradicional del derecho europeo continental, que era el ilimitado reconocimiento de su pretensión de cumplimiento, y las soluciones de *common law* que han sido siempre reacias a admitirla, pero, en cualquier caso, parece una regulación equilibrada y con un notable sentido de la justicia en el tratamiento de los intereses en juego.

b) La segunda variante de remedios es la pretensión resolutoria, que en los textos aludidos se admite en los casos en que el incumplimiento puede considerarse como esencial o en aquellos otros en que se ha producido un retraso en el cumplimiento y tras un requerimiento formulado *ad hoc* con concesión de un nuevo plazo de cumplimiento, lo que en el BGB se denominaba de antiguo *Nachfrist*.

La pretensión de cumplimiento y la pretensión resolutoria son entre sí alternativas y, por consiguiente, opcionales. En este sentido, puede considerarse que continúa teniendo vigencia la regla del art. 1.124 CC, que no impide al contratante que haya solicitado el cumplimiento pedir después la resolución. Es verdad que el art. 1.124 CC dice que ello ocurre cuando el cumplimiento resulte imposible, y este punto merecerá también alguna modalización: el ejercicio de la pretensión de cumplimiento no impide la posterior facultad resolutoria si son sobrevenidamente ciertos los requisitos necesarios para ello.

c) El tercero de los remedios es la pretensión indemnizatoria. Debe entenderse que el contratante incumplidor es deudor de la indemnización de daños y perjuicios a menos que concurra lo que se define como supuestos de exoneración: el incumplimiento ha sido debido a un impedimento de prestación imprevisible, inevitable y que estuviera, además, fuera del marco de control del deudor.

Un campo donde especialmente PECL ha obligado a efectuar algunas reflexiones y a modalizar la regulación es el tema específico de la formación. Doy por supuesto que es sumamente conveniente recoger las soluciones de CISG y de PECL, que son muy completas y pormenorizadas, en materia de formación del contrato por concurrencia de oferta y aceptación y algunas otras modalidades que en estos textos aparecen, como la llamada batalla de los formularios o conflicto de condiciones generales de la contratación. El punto central, sin embargo, es otro, como he tenido oportunidad de señalar en el libro que he escrito con la profesora E. Roca y con el profesor A.M. Morales, sobre *Los principios del Derecho europeo de contratos*. En la tradición de los códigos civiles de corte francés existía y ha continuado existiendo una consideración del contrato como una figura que requiere la concurrencia de una serie de elementos o de presupuestos, de suerte que sólo con todos ellos resulta celebrado, lo que aparece claramente puesto de manifiesto en el art. 1.261 CC, que además se abre con una expresión negativa: “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes*”.

El problema, en mi opinión, es definir claramente si en el derecho moderno se debe seguir una política que, por llamarla de algún modo, denominaremos de *favorecimiento de la contratación*, o si se debe seguir una política que en cierta medida resulta restrictiva. Mi opinión va en el primero de los sentidos mencionados. Puedo admitir, aunque las cosas no estén en este punto especialmente claras, que en los momentos en que el código civil francés se promulgó, el contrato fuera considerado como una aventura especialmente arriesgada, de manera que para generar obligaciones vinculantes hubiera que tomar algunas precauciones y que no se sintiera la necesidad de un mundo con demasiados contratos, pero me parece que no es la misma la óptica que doscientos años después se debe adoptar. Aunque sea tachado de neoliberal, tendré que decir que el progreso económico va unido al desarrollo constante de la contratación y que, por consiguiente, cuantas más medidas se tomen en ese sentido mejor será para todos. En este orden de ideas conviene recordar que el favorecimiento de las nulidades arrastra consigo obvios inconvenientes. Ante todo, porque no resulta un buen sistema permitir a la gente liberarse de los compromisos adquiridos con relativa facilidad. Además, porque si los contratos han sido incumplidos, no basta la acción de nulidad,

sino también la acción o pretensión restitutoria y de enriquecimiento que sea consecuencia de ello. Y, finalmente, porque el ejercicio de estas acciones puede resultar contrario a los parámetros de la buena fe y de la lealtad cuando se alegan tardíamente o en circunstancias que permiten a quien de tal modo actúa mejorar la situación económica rompiendo el compromiso.

En PECL puede encontrarse un texto según el cual el contrato sólo requiere un acuerdo suficiente entre los contratantes sin necesidad de ningún otro requisito. Sin necesidad de ningún otro requisito significa, por supuesto, que los contratos no están sujetos a especiales requisitos de forma, pero significa también que el legislador no reconoce lo que la tradición del derecho europeo continental denominaba *causa de los contratos* y la de *common law consideration*. Probablemente nosotros hemos sufrido una inflación del concepto de causa y sus secuelas que en la doctrina elaborada al filo de los años cuarenta encontraba su fundamento en la necesidad de que los tribunales ejercieran un pesado control de la dignidad de la tutela jurídica y pudieran por esa vía decidir la validez o invalidez de los contratos por este tipo de razones. Ese control imperativo de carácter marcadamente intervencionista no resulta hoy políticamente oportuno, aunque haya que reconocer que un recorte de la regulación de la causa de los contratos tiene que ir acompañada de una regulación especial de la violación por el contrato de normas imperativas o de reglas morales. Para los primeros, el art. 6 CC, sin ninguna modificación, da una base más que suficiente. Lo segundo abre el arduo problema de los contratos inmorales y de los contratos celebrados *ob turpem causam*. Puede pensarse que superponer un juicio de moralidad, marcado por la idea que tribunales tengan, a un juicio de legalidad, es algo que no tiene un fundamento claro, especialmente en los tiempos en que no existen reglas morales absolutas. Por otra parte, la generalización de la privación de la *condictio* de restitución o acción de enriquecimiento en la prestación realizada *ob turpem causam* ha encontrado siempre notorias resistencias y, tal vez, se pudiera considerar oportuno prescindir de ella.

A todo ello debe añadirse que, en PECL, el efecto vinculante y creador de obligaciones no va unido sólo al acuerdo contractual, sino también a toda clase de promesas unilaterales. Este reconocimiento generalizado del valor vinculante de la promesa unilateral no puede por menos de suscitar algún tipo de perplejidad. Todos estaremos dispuestos a admitir que las promesas unilaterales realizadas *solvendi causa* son creadoras de las obligaciones y que, en cambio, no lo es nunca la promesa unilateral fundada exclusivamente en una causa *donandi*, pero éste es un debate que debe quedar abierto.

He seleccionado apretadamente algunos de los temas que deja abiertos una eventual reforma de los códigos en materia de obligaciones y contratos. En cualquier caso, y a modo de conclusión, quiero señalar que cualquier reforma que, en estos momentos o en el futuro, se acometa para modificar los actuales códigos civiles, naturalmente tiene que adquirir conciencia clara de que debe ponerlos en línea con los textos en los que hoy se plasma un proyecto de derecho europeo. El derecho de contratos se encuentra hoy en un momento delicado de su evolución y, si se considera necesario reformarlo, lo mejor que puede hacerse es colocarse en la misma línea que el llamado derecho europeo.

