

# 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 comunicessin 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](http://www.documentauniversitaria.com)  
[info@documentauniversitaria.com](mailto: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*

<b>CODIFICACIÓ CATALANA I CODIFICACIÓ EUROPEA. EL CODI CIVIL COM A INSTRUMENT DE POLÍTICA JURÍDICA</b> .....	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*

<b>APROXIMACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EUROPA: MARCO COMUNITARIO Y COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA</b> .....	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*

<b>LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (COMISIÓN LANDO) EN EL MARCO DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS</b> .....	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*

<b>REFORMA DE LOS CÓDIGOS Y DERECHO EUROPEO .....</b>	<b>99</b>
---	-----------

*ANTONIO MANUEL MORALES MORENO*

<b>ADAPTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL AL DERECHO EUROPEO: LA</b> <b>COMPRAVENTA .....</b>	<b>109</b>
---	------------

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*

<b>EUROPEANISATION OF PRIVATE LAW AND ENGLISH LAW.....</b>	<b>151</b>
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*

<b>EUROPE AND THE LEGAL REFORM OF THE LAW OF OBLIGATIONS.....</b>	<b>163</b>
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
<b>IV. THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN EUROPEAN AND NATIONAL PRIVATE LAW.....</b>	<b>176</b>
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
<b>V. CONCLUSIONS .....</b>	<b>181</b>

### **TERCERA PONÈNCIA EL SENTIT D'UNA CODIFICACIÓ PER A CATALUNYA**

<b>PRIMER PANEL. ESTRUCTURA I CONTINGUT DEL FUTUR CODI CIVIL DE CATALUNYA .....</b>	<b>185</b>
---	------------

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

### **COMUNICACIONS**

#### **COMUNICACIONS A LA PRIMERA I A LA SEGONA PONÈNCIES**

*PATRICIO CARVAJAL R.*

<b>LAS ARRAS PENITENCIALES .....</b>	<b>231</b>
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*

<b>REPRESENTACIÓN INDIRECTA Y UNDISCLOSED AGENCY: SU CONVERGENCIA. LA CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS Y LOS PRINCIPIOS OF EUROPEAN CONTRACT LAW .....</b>	<b>265</b>
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*

<b>MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN .....</b>	<b>447</b>
--	------------

*ALBERT RUDA GONZÁLEZ*

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

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



## PONÈNCIES



**PRIMERA PONÈNCIA**  
**L'APROXIMACIÓ ENTRE ELS DRETS CIVILS EUROPEUS**



# CODIFICACIÓ CATALANA I CODIFICACIÓ EUROPEA.<sup>1</sup>

## EL CODI CIVIL COM A INSTRUMENT DE POLÍTICA JURÍDICA

ENCARNA ROCA

*Catedràtica de Dret Civil a la Universitat de Barcelona*

### SUMARI

---

I. INTRODUCCIÓ II. ELS SENTITS DE L'EXPRESSIÓ CODIFICACIÓ  
A) Codificació com a forma d'expressió d'una cultura jurídica concreta B) Codificació  
com a instrument polític per obtenir determinades finalitats C) Codificació,  
mecanisme per a l'exercici de la sobirania III. LA CODIFICACIÓ DEL DRET PRIVAT  
EUROPEU A) Els arguments de la codificació europea B) Quin codi europeu i  
per a què? IV. LA CODIFICACIÓ DEL DRET CIVIL CATALÀ V. A TALL DE  
CONCLUSIÓ BIBLIOGRAFIA

### I. INTRODUCCIÓ

Les Jornades de Dret Català a Tossa inicien aquest any una nova temàtica: la de la codificació, en els dos sentits: la del dret privat europeu i la del dret català. Catalunya en aquest moment està treballant en l'organització del seu Codi civil, d'acord amb l'abast de les competències que se li reconeixen en la Constitució i en l'Estatut d'autonomia. Aquesta ja és una raó per dedicar les Jornades a una qüestió que ha de ser objecte de discussió i anàlisi en tots els cercles acadèmics i professionals catalans. Les raons per a la conveniència o no del Codi civil català, la determinació del seu contingut, les línies de la solució dels problemes que es plantegen en la vida real, la política jurídica que s'ha de seguir; totes aquestes qüestions són d'una importància decisiva que no es poden deixar solament als polítics. Han de ser objecte de reflexió, tant teòrica com pràctica, tranquil·la i profitosa.

<sup>1</sup> Algunes de les idees que aquí es manifesten han estat expressades en els treballs *Dret i cultura a Catalunya*, publicat al 6è Col·loqui de Vic *El Dret*. Editorial Universitat de Barcelona, 2002, p. 105-126, i a *The Process of Codifying the European Legal System* (<http://www.bepress.com/gj/advances/vol2/iss2/art1>).

I aquest és un moment especialment delicat per a la codificació catalana, perquè, paral·lelament al nostre procés, la codificació d'una part del dret privat s'ha convertit en el centre de la discussió a Europa. L'existència de grups diversos que treballen en aquest sentit,<sup>2</sup> la decisió del Parlament Europeu de novembre de 2001, etc., fan pensar i esperar que en un futur proper existirà una codificació europea d'una part del dret privat i, concretament, la referida a les obligacions i els contractes. La forma com es poden harmonitzar aquests dos moviments ens ha de preocupar a nosaltres, juristes, que estem vivint un important moment creatiu del dret privat.

Per centrar el tema, cal recordar un fet històric no tan llunyà: el mes de maig de 1977 el professor Mauro Cappelletti obria un col·loqui organitzat per l'European University Institute, de Florència, el títol del qual era *Nuevas Perspectivas para un Derecho Común Europeo*.<sup>3</sup> A la introducció, Cappelletti posava en relleu que res millor que el dret podia resumir la història passada i la present, la glòria i la decadència, les esperances, les pors i, sobretot, *the prevent titanic challenge of Europe*. L'existència de més de 21 països a Europa, sense comptar els de l'antic bloc soviètic, cada un amb un sistema legal diferent, representava, ja en aquell moment (1977), una divisió irracional i suïcida, segons Cappelletti, en un món que cada cop més demana àrees obertes, de manera que l'harmonització, la coordinació i la interdependència són necessitats absolutes del nostre temps; a més, la història prova que la divisió és un fenomen relativament nou i no un destí ineludible i que el continent europeu s'ha caracteritzat durant segles en èpoques passades pel fet de tenir un dret, comú a molts dels pobles que el formaven. Malgrat els raonaments de Cappelletti, cal dir que l'argument històric com a base legitimadora del modern dret comú no és ben acollit per aquells que propugnen l'existència d'un codi europeu: aquests consideren que no és gens clar el paper que va tenir el *ius commune* en una Europa que no era tal i que no va ser acceptat per Anglaterra, segons considera la seva mateixa tradició; encara que sí que queda clara la vocació política del *ius commune* i el seu entroncament amb la legitimació de l'Imperi.<sup>4</sup>

Per bé que els plantejaments de Cappelletti segueixen sent actuals, des del seminari esmentat fins a l'actualitat ha plogut molt i tant a Europa com a casa nostra han tingut lloc una sèrie d'esdeveniments molt importants pel que fa a la codificació del dret privat:

<sup>2</sup> Una excel·lent presentació d'aquest tema a MARTÍN (2002), p. 636-652.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI (1978), p. 1-2.

<sup>4</sup> Una anàlisi molt lúcida sobre el tema a VAN CAENEGEM (1991), cap. III, *in totum*. La crítica al neopandectisme es pot consultar a HESSELINK (2001), p. 66-68.

– A Europa ha entrat en vigor el nou Codi holandès (1992); s’ha reformat el Codi civil alemany (2001), en un intent d’incorporar les solucions de les diverses directives comunitàries i modernitzar, sobretot, la part corresponent a les obligacions i els contractes,<sup>5</sup> i s’ha uniformat una part important de la legislació civil a través de les directives comunitàries, com ara les referides a les condicions generals dels contractes, responsabilitat per productes defectuosos, regulació de determinats contractes, etc.

– A Espanya, l’estructuració del dret civil ha quedat fixada en la Constitució, que permet l’exercici de competències en l’àmbit del dret privat a determinades comunitats autònomes, entre les quals Catalunya,<sup>6</sup> i ha definit així un sistema no unificat de dret civil. El dret civil a Espanya ja no està fonamentat en l’existència d’un codi únic, sinó que reconeix la concurrència de diversos sistemes civils, constituint allò que pot ser definit com a Estat plurilegislatiu.

Això anterior provoca una situació molt interessant des del punt de vista jurídic: s’està produint a Europa un moviment molt poc regular, en el sentit que, a diferència del que va succeir des de l’inici del segle XIX amb la codificació francesa, en l’actualitat estem vivint dues realitats oposades: *l’intent d’unificació europeu*, bé que referit a aspectes molt limitats del dret en general i amb forts problemes metodològics i competencials, unit al *desenvolupament del sistema plural* previst a la Constitució espanyola, amb la codificació, limitada per les competències, del dret civil català. Aquesta diversitat de plantejaments fa que es visqui realment un moment *exciting* per als juristes: hem passat de *l’edat de la descodificació*, en l’afortunada frase d’Irti, a *l’edat de les codificacions*.<sup>7</sup>

El propòsit d’aquesta ponència introductòria serà realitzar una aproximació als problemes que he posat en relleu en aquesta introducció. Per això cal iniciar l’estudi tractant de determinar els significats que es

<sup>5</sup> Vegeu la informació sobre les reformes recents a Alemanya a LAMARCA (2002), *InDret.com*, 78, 11 de gener de 2002, i LAMARCA-RAMON, *InDret.com*, 96, 4 de juliol de 2002. Vegeu també MÖLLERS. “European Directives on Civil Law the German Approach: Toward the Re-Codification and New Foundation of Civil Law Principles”. *ERPL*, núm. 6, 2002, p. 777-798.

<sup>6</sup> No és la meua intenció ni aquest és el lloc convenient per plantejar de nou tota la discussió sobre les competències civils de la Generalitat en l’àmbit patrimonial. Vegeu les STSC 88/1993, de 12 de març, i 156/1993, de 6 maig. La literatura sobre aquestes sentències i sobre les competències és important i molt poc coincident. Per no citar més que la darrera, em remeto a BADOSA (1994), p. 11; DELGADO (1994), p. 37 i PÉREZ TORRENTE (2000), p. 31 i s.

<sup>7</sup> O com diu CÁMARA (1999), p. 1672, “un moderno suplicio de Tántalo: disgregación nacional *versus* armonización supranacional”, amb la nostàlgia pròpia de qui aposta per una harmonització europea.

poden donar a la paraula *codificació*: *i*) com a expressió d'una cultura jurídica concreta; *ii*) com a instrument polític que permet obtenir determinades finalitats expressades en la política jurídica concreta que es tingui, i *iii*) últim, però no menys important, com a expressió de l'exercici de la sobirania. Aquests tres punts, acompanyats de la reflexió sobre les possibilitats de la codificació europea i de les línies mestres de la codificació catalana, hauran de ser l'objecte d'aquesta intervenció i m'hauran de portar a les conclusions corresponents.

## II. ELS SENTITS DE L'EXPRESSIÓ *CODIFICACIÓ*

He dit abans que l'expressió *codificació* pot ser entesa en diferents sentits. I tots ells són perfectament acceptables per definir-ho.

### A) *Codificació com a forma d'expressió d'una cultura jurídica concreta*

Certament, una part de la cultura jurídica europea s'ha expressat i s'expressa per mitjà d'un o diversos codis. Què vol dir, doncs, *cultura* en el sentit que aquí estic utilitzant? Quan cal definir en què consisteix la cultura jurídica, André Jean Arnaud<sup>8</sup> ens diu que les expressions *cultura*, *valors* i *civilització* són tres conceptes íntimament lligats entre si i al mateix temps, lligats al de pensament jurídic. *Cultura*, per Arnaud, és el conjunt de coneixements que en un mitjà concret constitueixen el pou on els membres de la comunitat els obtindran i enriquiran el seu sentit crític, el seu gust, el seu criteri. Si aquesta idea la projectem sobre la *cultura jurídica*, Arnaud ens dirà que l'autor de l'expressió l'entendrà, en sentit ampli, com el conjunt de coneixements, valors, principis, ideologies lligades al dret i que, en un sentit més estricte, entendrà com a *cultura jurídica* les tècniques d'exposició i d'interpretació utilitzades pels operadors jurídics o el conjunt de les opinions i de les apreciacions del públic en general sobre el dret.

Si lliguem aquestes idees, arribarem a una conclusió: d'inici, podem afirmar que la cultura dicta comportaments propis a les societats humanes i el dret és un dels coneixements inclosos en aquests comportaments. En conseqüència, tindrà uns elements comuns en tot l'àmbit en el qual aquesta *cultura jurídica* es pot considerar comuna. I efectivament, aquests elements existeixen. Els eixos bàsics a partir de la Revolució Francesa per als països continentals han estat: *i*) la racionalització de les regles del dret; *ii*) la necessitat d'evitar la inseguretats jurídica, i *iii*) la necessitat d'evitar l'exercici arbitrari del poder. A partir d'aquí es veurà clar que el codi serà

<sup>8</sup> ARNAUD (1991), p. 22-23.



considerat l'instrument que permet ordenar el dret en un text únic i evitar així els defectes del particularisme jurídic, tan criticat, sobretot en el segle XVIII, pels racionalistes.<sup>9</sup> I és en aquest sentit que el codi forma part de la cultura jurídica continental europea, de la mateixa manera com no en forma de la cultura jurídica anglosaxona. I que a Espanya també existeix una peculiar manera d'entendre el que significa *codi*, molt especialment en l'àmbit del dret civil.

### ***B) Codificació com a instrument polític per obtenir determinades finalitats***

Com he dit abans, la racionalització de les regles del dret, la necessitat d'evitar tant la inseguretat jurídica com l'arbitrarietat de qui té el poder, etc., han fet que, de manera cíclica, els poders públics hagin sentit la necessitat d'ordenar en un únic text les regles del dret. Un dels instruments per aconseguir-ho serà el codi. La protecció de l'individu ha estat una preocupació constant de filòsofs i juristes que han discutit sobre el paper que ha de tenir en un determinat ordenament jurídic. El dret és una de les creacions de la humanitat més complexes i sofisticades i reflecteix clarament la protecció dels drets inalterables dels individus per mitjà de *i)* la creació d'un ordre social ferm i estable i *ii)* la unitat de les solucions jurídiques, ja que solament si no existeixen zones excloses es pot predicar la igualtat de tots els ciutadans.

Aquestes eren les finalitats clares dels codificadors del segle XIX i, més concretament, dels francesos, la doctrina dels quals va influir notablement en tot el continent europeu.

L'exemple paradigmàtic del que s'ha afirmat a la introducció és el Codi civil francès de 1804, resultat de la confluència de diferents corrents d'opinió, però fonamentalment, del racionalisme jurídic, que venia dels autors holandesos i més concretament de Grotius i que va ser acceptat de manera total pels autors francesos anteriors al Codi civil i molt especialment per Domat, seguit més tard per Pothier, de manera que, com afirma Arnaud,<sup>10</sup> els principis racionalistes van significar un clar tombant de la història.<sup>11</sup> Segons aquesta escola, el dret és una creació de l'home,

<sup>9</sup> Els estudis més importants sobre la codificació posen en relleu aquesta necessitat. Vegeu, entre altres, CASTRO (1949), p. 176; IGLESIA (1996), II, p. 494; TARELLO (1976), p. 28-34 i TOMÁS Y VALIENTE (1992), p. 467.

<sup>10</sup> ARNAUD (1969), p. 95.

<sup>11</sup> El iusnaturalisme racionalista, tal com havia estat plantejat i defensat pels juristes de l'escola i rebut a França, comportava unes característiques molt determinades: era individualista, subjectivista i voluntarista. I d'ell deriva el que després es qualificarà d'*humanisme jurídic*, és a dir, la preocupació dels juristes pel lloc que ocupa la persona en un determinat sistema normatiu. Com afirma HATTENHAUER (1987, p. 16-17), la

però reflecteix en les seves formulacions els drets inalterables, la protecció dels quals assegura.<sup>12</sup> El resum d'aquestes idees es troba en el lema de la Revolució Francesa, *liberté, fraternité*, al qual s'adjunta jurídicament el de *propriété*, que a partir de llavors es converteix en un dels elements essencials de la construcció jurídica en el Codi civil francès i, de retruc, en els de l'anomenada família francesa, entre els quals es troba l'espanyol.

Aquests principis es tradueixen clarament en les lleis civils. Començant pel Codi civil francès: la persona serà el centre de la regulació al llibre I del Codi; la propietat es definirà com a dret absolut en l'art. 544 i l'autonomia de la voluntat es deduirà de l'art. 1134, que permet revocar els acords presos per les parts contractuals sempre que concorri el consentiment mutu. El Codi civil francès i tots els de la seva família són, per tant, el producte més típic del corrent filosòfic del iusnaturalisme racionalista. Hi influeixen, a més, el liberalisme polític, entorn del que s'ha qualificat de *paix bourgeoise*,<sup>13</sup> i el liberalisme econòmic.<sup>14</sup> És un codi que s'ha qualificat de burgès, garant d'un ordre social ferm i estable.

També aquestes influències es poden constatar en el Codi espanyol. Així, en l'art. 29 Cc es consagra clarament *el principi de la igualtat de les persones davant la llei*, en afirmar-se que "*el nacimiento determina la personalidad*". D'aquesta manera, tots els nascuts són persones i totes les persones tenen els mateixos drets.

En l'art. 348 Cc es consagra *el principi de la propietat com a dret absolut*, en dir-se que "*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*".

En l'art. 1255 Cc es consagra *el principi de l'autonomia de la voluntat*, quan s'afirma que "*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*".

Però per sobre d'aquests drets hi havia la unitat de regles jurídiques: no hi pot haver igualtat entre els ciutadans si no es regeixen tots per les mateixes lleis. D'aquesta manera, tant el Codi civil francès com el Codi civil espanyol pretenen regular *tota* la matèria jurídica i evitar així que

influència d'aquesta escola filosòfica en la seva projecció jurídica implica decidir que solament els homes són persones i que tots els homes són persones, d'on es derivarà que el dret tindrà com a característica comuna del concepte de persona el gaudi d'aquesta, sense distinció, dels drets de la societat civil.

<sup>12</sup> En això, és iusnaturalisme, encara que els seguidors d'aquestes escoles siguin protestants.

<sup>13</sup> ARNAUD (1973), p. 147 i s.

<sup>14</sup> TOMÁS Y VALIENTE (1992), p. 480. La qüestió de la relació entre dret privat i revolució burgesa està excel·lentment explicat en els diferents treballs del llibre col·lectiu, coordinat per Carlos Petit, *Derecho privado y revolución burguesa*. Marcial Pons, Madrid, 1990.

existeixin zones excloses del codi, que provoquin diferències entre els ciutadans. Unitat de fonts del dret i unitat de solucions.

Malgrat tot, la solució de la codificació entesa en el sentit d'un únic text no té una traducció igual arreu d'Europa: *i)* en alguns països se seguiran mantenint separades les dues branques més importants del dret privat, el dret civil, en el codi civil i el dret mercantil, en el codi de comerç; *ii)* a Espanya finalment, no s'aconseguirà ni tan sols la unitat del dret civil, la qual cosa provocava que Alonso Martínez es posés les mans al cap en la discussió del projecte del text del Codi civil;<sup>15</sup> *iii)* finalment, tampoc no s'assolí al Regne Unit, simplement perquè no s'uní a la influència codificadora i on també existeixen sistemes diferents a Escòcia i al País de Gal·les.

Per tant, l'obtenció de determinades finalitats de política jurídica no necessàriament requereix un codi únic; els mateixos objectius es poden aconseguir per altres mitjans. O bé els poders públics poden proposar-se altres finalitats que no estiguin necessitades d'un codi.

### C) *Codificació, mecanisme per a l'exercici de la sobirania*

La codificació francesa va produir un efecte reflex en l'Europa del moment, però amb diferents resultats segons els països. Per això quan parlem d'aquest tema ens estem referint a un problema que es va plantejar de manera clara a Alemanya al segle XIX i que es reflecteix en la coneguda discussió Thibaut-Savigny, però que es reproduirà a Espanya i que es planteja també a Europa en l'actual moviment codificador.

En primer lloc, Estat i Nació tenen una tendència a diferenciar-se. Com afirma Iglesia:<sup>16</sup>

“el Estado no es el titular del poder soberano, que radica en la Nación; la Nación cede su ejercicio al gobierno, pero no le cede todo el poder, sino sólo una parte, aquella estrictamente necesaria para mantener el orden. El Estado se limita a ejercer una parte de los poderes de la nación, dentro de los límites establecidos por la nación”.

Aquest plantejament no és exclusiu del dret públic, ans bé, també influirà en el dret privat, que apareix totalment dissociat del públic

<sup>15</sup> “No querer que una nación se constituya sobre la unidad de creencias, sobre la unidad de la lengua, sobre la unidad de la legislación y del *derecho*, eso, francamente, me parece que es desviarse del cauce abierto por la ley histórica del progreso y distinguirse de todos los partidos conservadores del mundo”. *Diario de sesiones del Congreso*. Diari núm. 97, sessió de 17 d'abril de 1889, pàg. 2611 i s.

<sup>16</sup> IGLESIA FERREIROS (1996), II, p. 476.

a partir de la Revolució Francesa i que no pot limitar-se a garantir la possibilitat de realitzar la llibertat, sinó que ha de protegir l'individu davant les eventuals accions dels altres, fins i tot de l'Estat.

En la codificació civil alemanya la necessitat de trobar un únic llibre de lleis que garantís aquests principis fou un problema paral·lel a la necessitat d'unificació política. Molt possiblement, la discussió sobre la necessitat de codificar el dret privat es produeix massa aviat a Alemanya, però els plantejaments sobre que la unitat nacional requereix una codificació que faci que un únic codi civil regeixi per a tots els individus es reproduïx de manera mimètica a Espanya a mitjan segle XIX. I si hi pensem, també es produeix en l'actual estat de coses a la Unió Europea. La codificació, com ja havia succeït a França, busca la unitat perquè altrament és inútil, però la coexistència de nacions individuals provoca tensions que es van manifestar en la discussió entre dues escoles, una partidària de la immediata codificació i l'altra d'ajornar-la, i això va influir fortament en els plantejaments espanyols i en la construcció d'un dret civil català per la necessitat d'oposar-lo al Codi civil.

La polèmica es planteja, doncs, a Alemanya entre Thibaut i Savigny, i encara que aquest no és el moment oportú per explicar en profunditat les característiques més fonamentals del pensament d'aquests dos autors,<sup>17</sup> penso que resulta útil fer-ne una referència.

a) THIBAUT publica el 1814, és a dir, deu anys després de l'entrada en vigor del Codi civil francès, un llibre titulat *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. En aquest llibre, Thibaut posava en relleu el *galimaties jurídic* que existia en aquell moment al seu país, que, segons l'autor, feia inabastable el dret a Alemanya. La situació era, per tant, insostenible. Però Thibaut era partidari del Codi civil francès i proposava un codi semblant al de Napoleó; per tant, ens trobem davant d'un racionalista, seguidor de les idees franceses.

b) SAVIGNY publica el mateix any 1814 un llibre de resposta a les propostes de Thibaut: *Sobre la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*. En aquest llibre formula el que serà el manifest de l'escola defensat al llarg de tot el segle XIX. En les seves línies es formulen les propostes següents:

– El dret té una arrel popular: és el *Volkgeist*. El llenguatge, els costums i el dret tenen connexió entre si i procedeixen de la peculiar forma de ser dels pobles, l'esperit popular.

– El dret es manifesta a través dels costums que tenen origen en la història del país. Se li sobreposen els coneixements jurídics, però aquests s'han d'adaptar a la història. Això portarà a l'*Escola històrica del Dret*.

<sup>17</sup> Per a una consulta més aprofundida de les línies doctrinals d'aquests dos autors, es pot consultar TOMÁS Y VALIENTE (1992), p. 40-42 i WIEACKER (1957), p. 325-459.

– Per legislar per al futur s’ha de conèixer la història. Però la història del dret ha de ser considerada no com a història de fets, sinó de la dogmàtica jurídica, “como historia de la técnica jurídica, de la formación de los conceptos jurídicos y aun éstos referidos exclusivamente al ámbito del Derecho civil”.<sup>18</sup> Per aconseguir aquests resultats, Savigny funda l’any 1814, en col·laboració amb Eichhorn, l’anomenada *Revista Històrica para la Ciencia del Derecho*.<sup>19</sup>

El dret romà és un element essencial perquè era el més científic i el més perfecte.<sup>20</sup>

Les idees de Savigny van contribuir fortament al desenvolupament dels nacionalismes i, d’aquí, a considerar el dret de cada poble com a element configurador de la seva idiosincràsia. A més, en resulta també una forta resistència als moviments codificadors, amb la finalitat d’evitar polítiques uniformistes i, en molts aspectes, artificials. I, finalment, una clara mitificació del passat.<sup>21</sup>

### III. LA CODIFICACIÓ DEL DRET PRIVAT EUROPEU

Pocs discuteixen sobre la conveniència d’un dret privat europeu<sup>22</sup> i l’existència d’un concepte en l’actualitat. Sánchez Lorenzo diu que el dret privat europeu (DPC) correspon a una noció de dret positiu, és a dir, dret vigent a tots els països de la UE. Per aquest autor, es tracta d’un concepte no solament formal, sinó també material:

“Dentro del DPC no sólo se encuentra el Derecho comunitario fruto de las disposiciones contenidas en el Derecho comunitario constitucional u originario y el Derecho privado o de armonización que conforma la denominada «integración

<sup>18</sup> TOMÁS Y VALIENTE (1992), p. 41.

<sup>19</sup> Per a una major comprensió d’aquesta escola i de la seva transcendència en el dret posterior, vegeu Wieacker (1957), p. 348 i s.

<sup>20</sup> Això porta a un clar conservadorisme. Tomás y Valiente (1992, p. 42) cita la crítica que feia Marx al conservadorisme ideològic de l’escola. Una de les conclusions serà que no es pot codificar abans d’un llarg període de consolidació d’estudis històrics i això significava mantenir un *statu quo* poc adequat a la nova economia. Economia i evolució jurídica no estaven d’acord, doncs, amb les idees de l’Escola Històrica del Dret.

<sup>21</sup> Wieacker (1957, p. 337-338) posa en relleu que l’Escola històrica del Dret és un retorn tardà a la jurisprudència humanista i que, per tant, no és una creació del Romanticisme. Afirmar que “mediante el Romanticismo se convirtió el Historicismo en sino del siglo XIX. La varita mágica de la «comprensión» histórica comenzó a descubrir la mina del subconsciente histórico, aunque también hizo posible la gran mentira del siglo XIX de representarse en el arte y en la formación cultural, no en su propio estilo, sino bajo la máscara de la historia”.

<sup>22</sup> Sobre el concepte de *dret privat europeu*, vegeu per tots SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 4.

positiva». El concepto abarca igualmente la «integración negativa» o el conjunto de reglas genéricas o específicas, especialmente jurisprudenciales, que decantan los límites a los Derechos privados nacionales impuestos por el juego del mercado interior y las libertades en circulación.<sup>23</sup>

### A) *Els arguments de la codificació europea*

És evident, doncs, que ens trobem davant d'una realitat inqüestionable, que ha d'influir necessàriament en el desenvolupament i l'estructura mateixa dels drets nacionals i, en el nostre cas, del dret civil català. En parlar de la codificació europea, ens podem plantejar algunes qüestions, que es discuteixen a bastament en l'entorn comunitari.

1r. Si, com he dit abans el dret és un producte cultural, que respon a unes determinades raons i que obeeix a finalitats molt concretes, es poden utilitzar arguments de tipus cultural per fonamentar tant la necessitat de la codificació com la negativa a un codi general. En aquest sentit es planteja la discussió dret continental *versus* Regne Unit. Un dels autors més contraris a admetre la tècnica de la codificació en l'àmbit europeu és Pierre Legrand,<sup>24</sup> per a qui el *Common Law* i el *Civil Law* són dues formes diferents d'experiència jurídica, que es tradueixen en la naturalesa del raonament jurídic, el diferent significat de la sistemàtica emprada, la naturalesa de les regles jurídiques, el diferent paper que els fets tenen en ambdós sistemes i, sobretot, el significat dels drets en relació amb les accions.

2n. Una segona qüestió se centra en els arguments favorables a la codificació europea. Actualment s'utilitzen criteris d'aparent racionalitat, especialment econòmica. Un exemple el trobem en el raonament de Hesselink, quan argumenta que no existeixen característiques suficients del dret nacional per a un ciutadà europeu mitjà que li permetin

<sup>23</sup> Vegeu també DíAZ-AMBRONA (2001, p. 27), per a qui existeix un concepte de *derecho civil comunitario*, que serà aquell “que regula la persona, sus derechos y las relaciones personales y económicas derivadas de ser un sujeto de derecho dentro de la familia y de la comunidad” i segueix dient que “el derecho civil comunitario tiene como centro a la persona, de tal manera que ésta no es sólo su fin sino su causa, y regula la persona en sí misma considerada y en los derechos que le corresponden como tal, así como en su proyección de vida de relación con los demás, en su alteridad”. Aquesta definició no em satisfà, per tal com no és aquesta, en realitat, la finalitat del dret privat comunitari, fonamentat, sobretot, en el mercat interior i la llibertat de circulació. La regulació del dret de la persona potser podria trobar-se en la Carta de Drets fonamentals de la UE, però fins ara tot el dret privat comunitari ha de fonamentar-se en els Tractats CE i, per tant, té uns fonaments diferents d'aquells que li atribueix l'autora citada.

<sup>24</sup> LEGRAND (1996), *in totum*.

identificar sense cap dubte que el seu ordenament és diferent del del seu veí i per això aquest autor es pregunta: és justificable que el mateix problema tingui en l'actualitat quinze respostes legals?<sup>25</sup> L'anàlisi econòmica del dret proporciona arguments en aquest sentit, perquè l'existència d'una diversitat jurídica és un fet que provoca inseguretat a l'operador jurídic i, al mateix temps, genera elevats costos de transacció i el desincentiva a l'hora de realitzar operacions transfrontereres.<sup>26</sup> Per això es propugna la necessitat que es posi en vigor un únic conjunt de regles per tal de facilitar els intercanvis econòmics a l'interior de la UE.<sup>27</sup> Que es tracti d'un codi complet o d'un conjunt de principis, en allò que s'ha denominat *soft law*, és una simple qüestió de metodologia: el que importa és que existeixi un dret uniforme com a expressió clara de la unitat d'Europa. És a dir, es tracta d'harmonitzar les legislacions ara vigents.

3r. Si això és cert en allò que es refereix als intercanvis econòmics, més dificultats existeixen amb relació a altres branques del dret. Certament, la UE ha tractat d'assegurar els drets dels ciutadans a través de sistemes, com els reglaments, en els quals s'intenta facilitar la lliure circulació de les persones en el territori UE, a més d'altres objectius. Aquesta és la intenció del Reglament núm. 1347/2000, de 29 de maig de 2000, *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*, conegut amb el nom de Brussel·les II, tot regulant els aspectes de l'execució de les sentències dictades pels Tribunals europeus relacionades amb divorci, responsabilitat parental, etc.; això no significa que la pretensió sigui unificar aquesta àrea, la qual cosa ensopegaria amb dificultats importants des del punt de vista competencial.<sup>28</sup> És a

<sup>25</sup> HESSELINK (2001), p. 48.

<sup>26</sup> Així ho recull SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 155. Vegeu també la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo* d'1 de juliol de 2001 (DOCE 2001/C 255/01), núm. 23-33. Especialment els núm. 32 i 33 es refereixen a allò que es diu en el text: "32. Además, estos costes de transacción más elevados pueden ser una desventaja competitiva, por ejemplo, en los supuestos en que un proveedor extranjero compita con un proveedor establecido en el mismo país que el cliente potencial". També CÀMARA (1999), p. 1671, al·ludeix a aquesta forma d'argumentació fonamentada en les necessitats del mercat.

<sup>27</sup> El mateix en la resolució del Parlament Europeu, de 15 de novembre de 2001 (COM[2001] 398-2001/2187[COS]), en què es diu que el dret internacional privat ja no és un instrument útil en el mercat únic europeu, que ja ha arribat a un estat avançat d'integració, i que les directives no creen un marc adequat per al mercat interior.

<sup>28</sup> Hi ha, però, alguns grups europeus que treballen en aquesta direcció, com la Comission on European Family Law (CEFL), creada l'1 de setembre de 2001. Vegeu els seus treballs, composició, etc. a <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl>. Segons la seva declaració d'intencions "El principal objectiu de la CEFL és impulsar un exercici de reflexió teòrica i pràctica en relació amb l'harmonització del Dret de Família a Europa. Amb aquesta finalitat, la

dir, es tracta del reconeixement mutu de les decisions dels tribunals, sobre la base de la confiança i que comporta una via per assolir la seguretat dels ciutadans de la UE.<sup>29</sup> Ara bé, cal posar en relleu que la possibilitat d'establir regles uniformes de dret de família no està inclosa en les finalitats declarades dels Tractats UE; ans bé, com afirma Sánchez Lorenzo:

*“In extremis, podría concebirse una acción comunitaria en el ámbito del Derecho de familia, vinculada con las exigencias de la libre circulación de personas, en concreto con el fin de facilitar la reagrupación o situación familiar del trabajador o del prestador de servicios, garantizar las pensiones alimenticias o establecer conceptos comunes sobre las personas a cargo del trabajador o prestador de servicios que podría propiciar disposiciones relativas a la custodia de menores, patria potestad, derechos de visita, etc.”*<sup>30</sup>

Però, i estic plenament d'acord amb Sánchez Lorenzo, no és possible pretendre la creació d'un dret de família europeu substancial. Ens hem de limitar a qüestions processals, com la regulada en el Reglament Brussel·les II. Sense perdre de vista, però, que una certa uniformitat arribarà de la mà de la regulació dels drets fonamentals dels ciutadans de la UE, una part important de la qual es projecta en les regles del dret de família.

4t. Alguns consideren que un codi europeu és l'única via per a la salvació dels drets minoritaris. En tant que tenen la possibilitat de poder introduir algunes de les seves solucions en el futur text unitari, això pot permetre la seva salvació. Altrament corren el risc de ser fagocitats pels

Comissió es proposa: Estudiar quin és l'estat actual de la investigació comparada en allò referent a l'harmonització del Dret de Família en els països europeus. S'intercanviaran experiències i es coordinaran les futures activitats d'investigació en aquest camp. Buscar el nucli comú per solucionar diversos problemes jurídics sobre la base de la comparació entre les diferents solucions adoptades en els Drets de Família dels diversos ordenaments jurídics europeus. Estudiar el paper dels futurs (potencials) Estats membres de la Unió Europea en el procés d'harmonització del Dret de Família. El resultat que s'espera obtenir mitjançant la creació d'aquesta Comissió és fonamentalment la formulació d'un conjunt de Principis del Dret Europeu de Família que es considera que pot facilitar l'harmonització del Dret de Família a Europa.”

<sup>29</sup> Com diu HERRERO DE MIÑÓN en “La Europa del Derecho”, article publicat al diari *El País*, el dia 13 de gener de 2003.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 205. CÁMARA (1999), p. 1671, sembla que té un major optimisme en relació amb l'harmonització d'aquestes matèries, encara que, després, d'una manera més realista, acabi dient que “a fuer de realistas, pese a la progresiva convergencia (sobre todo en soluciones a las nuevas realidades sociales), la perseverancia de reglas puramente nacionales en estos campos es enorme”.

<sup>31</sup> Sobre els problemes que plantegen les directives, vegeu CASTRONUOVO (2001), p. 247; HESSELINK (2001), p. 37-40; SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 37-43, entre altres.



grans sistemes dominants com a conseqüència de l'harmonització que té la seva base en el mercat. Aquest argument sembla molt utòpic, però podria ser utilitzat per sistemes com el dret civil català.

5è. El sistema de les directives no acaba de funcionar.<sup>31</sup> Es diu que, si bé les directives són un vehicle apropiat quan allò de què es tracta és d'integrar el dret europeu en els drets nacionals, a la vegada manifesten una manca de coherència que deriva de la seva limitació a la regulació d'aspectes molt concrets de la realitat jurídica, que s'agreuja quan el legislador nacional les transposa a l'ordenament intern, ja que molts cop utilitzen conceptes inconsistents entre elles, com passa amb les successives i diferents definicions de *consumidor*, o bé introdueixen conceptes estranys a l'ordenament jurídic al qual s'han de transposar, com succeeix amb el de *bona fe* en el *common law*.<sup>32</sup> Finalment, les directives són parcials, per tal com solament despleguen aspectes previstos en els Tractats CE (art. 94 i 95 del Tractat UE). Són, per tant, un remei provisional, parcial i lent, a més que la seva posada en vigor no respon a l'objectiu de la unificació del dret privat, sinó a objectius cada cop diferents.

En definitiva, com diu Castronuovo,<sup>33</sup> el criteri dominant de la *funcionalitat* del futur dret europeu no es pot reduir a l'eficiència o a la pura dimensió econòmica, sinó que s'ha de mesurar d'acord amb els valors lligats a la categoria general del benestar. Com, però, haurem d'integrar aquí els drets minoritaris com el dret civil català i quina significació pot tenir en el moment actual parlar d'un codi català? Aquesta és una qüestió que haurem d'argumentar i discutir en l'última part d'aquesta presentació.

## ***B) Quin codi europeu i per a què?***

Els anteriors arguments ens porten a plantejar, d'una manera prudent, el que jo he denominat en anteriors treballs el Guadiana de la política europea en matèria de dret civil.

L'any 1989 el Parlament europeu requereix als Estats membres la iniciació dels treballs preparatoris per a la redacció d'un codi de dret privat europeu comú;<sup>34</sup> aquesta decisió fou seguida per la de 1994, en la qual de nou es feia una crida per reiterar la necessitat de la redacció d'un codi europeu en sectors del dret privat.<sup>35</sup> Els problemes que planteja

<sup>32</sup> Un exemple d'anàlisi del problema al·ludit en el text a MCKENDRICK (2002), p. 96-98

<sup>33</sup> CASTRONUOVO (2001), p. 229.

<sup>34</sup> Decisió de 26 de maig de 1898. Resolució *On Action to Bring into Line the Private Law of the Member States* (OJC 158/400, 26 de maig de 1989).

<sup>35</sup> Resolution on the Harmonisation of Certain Sectors of the Private Law of the Member States. [(1994)OJC 205/518, 6 de maig de 1994].

el mercat únic i la necessitat de crear el que s'ha anomenat *espai jurídic europeu* porten, entre altres raons, el Consell de Ministres de Tampere (1999) a proposar una major convergència en el dret civil:

“39. Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil, para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles.”

A partir d'aquí, la història és ben coneguda:<sup>36</sup> de moment, acaba amb la resolució del Parlament europeu de 15 de novembre de 2001, en la qual urgeix a la compilació de dades referents a conceptes legals i solucions comuns i terminologia jurídica també comuna entre els quinze membres de la UE, especialment en els àmbits següents:

“El dret general dels contractes, la regulació de la compravenda, els contractes de serveis, incloent-hi els serveis financers i les assegurances, les seguretats personals (fiança), les obligacions no contractuals (danys i restitució), el dret regulador de la transferència de la propietat dels béns mobles, les garanties dels crèdits i dels béns mobles i el trust”.

Però és possible una codificació europea? El codi civil futur serà el producte d'una cultura jurídica concreta,<sup>37</sup> però quina? La pregunta que ens hem de fer tot seguit es refereix a la necessitat de coordinar sistemes tan diferents com els codis que pertanyen a la família francesa, els que pertanyen a la família alemanya, els que pertanyen a la família escandinava i tot el *common law*. Ara ja no es tracta d'organitzar una cultura més o menys localitzada en un espai geogràfic més o menys gran, com va passar amb la codificació alemanya; es tracta d'harmonitzar experiències jurídiques diverses, sistemàtiques diferents. Sense perdre de vista que si s'arriba a aprovar un text d'aquest tipus, sorgeix una altra dificultat en la seva aplicació, la qual cosa pot dur a una nova forma d'ineficiència: la que pot provocar la seva interpretació i aplicació per professionals de cultures jurídiques molt diferents.

Tornem així a la idea inicial de per a què serveix una codificació i quins són els objectius que ha de perseguir en aquest moment històric concret: el codi europeu és una idea política, no tècnica, perquè si al segle XIX la posada en vigor d'un codi civil constituïa una forma de manifestació de

<sup>36</sup> Vegeu Díez PICAZO; ROCA; MORALES (2002), p. 104-107 i 121. Sobre la consulta formulada per la Comissió Europea el juliol de 2001 sobre la conveniència d'iniciar treballs de cara a la futura unificació del dret privat europeu i les diferents respostes, vegeu MARTÍN (2002), p. 637-641.

<sup>37</sup> La relació entre codi europeu i cultura també és posada en relleu per CASTRINUOVO (2001), p. 225.

la sobirania exclusiva i exclouent de l'Estat, avui posar en vigor un codi a la UE significa la necessària cessió de sobirania dels Estats membres a la UE,<sup>38</sup> la qual cosa, al seu torn, planteja nous problemes, com ara la justificació competencial sobre la base dels principis de proporcionalitat i subsidiarietat establerts a l'article 5 del Tractat<sup>39</sup> i, a més, planteja els corresponents problemes als Estats plurilegislatius, com passa a Espanya i el Regne Unit.

Certament, els autors que són absolutament favorables al codi europeu diran que es necessita un instrument tècnic que faciliti la integració i oblidaran que existeixen les dificultats normals derivades de la distribució de les competències d'acord amb els Tractats UE.<sup>40</sup> També es dirà que el codi europeu és un instrument per facilitar un determinat canvi de mentalitat, però s'oblida que el dret civil no és una cosa que afecti d'una manera dramàtica les relacions entre els ciutadans; és un problema polític al mateix temps que tècnic i per això l'única mentalitat que pot canviar és la dels operadors jurídics, amb els límits culturals abans explicats. Els canvis jurídics operats des de dalt no solen ser gaire eficients.

Però si seguim mantenint la idea que el codi civil és un instrument polític, haurem de concloure que en la cultura jurídica europea l'instrument per evitar els mals que deriven de l'actual situació la tècnica emprada sempre ha estat el codi, amb diferents opcions, però sempre el codi. I, per altra banda, la posada en vigor d'un text d'aquest tipus significaria un clar exercici de sobirania en tant que obligaria els Estats membres a acceptar aquest text general i a decidir sobre les legislacions internes.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> La relació entre sobirania i codificació a Europa està molt ben recollida a CASTRONUOVO (2001), p. 222.

<sup>39</sup> Sobre aquesta qüestió cal referir-se a la intervenció de SÁNCHEZ LORENZO, en aquestes mateixes Jornades. Vegeu també SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 218-224, MANGAS-LIÑÁN (2000), p. 48-49 i MARTÍN (2002), p. 641-645.

<sup>40</sup> En aquest sentit, vegeu SÁNCHEZ LORENZO, que posa en relleu els límits materials (p. 202 i s.), derivats dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat (p. 217 i s.) i culturals (p. 225 i s.), la qual cosa dificulta l'obtenció de l'objectiu final; CÁMARA (1999), p. 1670, MARTÍN CASALS (2002), p. 641-645 i Díez PICAZO; ROCA; MORALES (2002), p. 121 i s., en tractar dels problemes que planteja la relació PECL i codi civil europeu. Com es veu, el camí no és tan fàcil de recórrer.

<sup>41</sup> La discussió, però, pot plantejar-se en un altre terreny: el de l'harmonització de les normes de conflicte, a partir de l'art. 65 del Tractat i que els autors especialitzats en la matèria sostenen com a camí més útil per arribar a la finalitat de tenir un dret unificat. Vegeu SÁNCHEZ LORENZO (2002), cap. IV *in totum* i la bibliografia citada. Ara bé, el Parlament europeu, quan proposa la metodologia i el calendari sobre el futur dret privat europeu, assenyala expressament que el dret internacional privat ja no és un instrument útil per a un mercat comú europeu, que ja ha arribat a un alt grau d'integració, citant la *Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*. Setembre 2001, p. 53.

## IV. LA CODIFICACIÓ DEL DRET CIVIL CATALÀ

L'examen de l'actual situació a Espanya, que és un Estat plurilegislatiu en evolució, a partir de les competències reconegudes a diverses comunitats autònomes en l'art. 149.1.8 CE, ens mostra que els problemes que he descrit en l'apartat anterior no són gaire diferents dels que en el moment actual es plantegen al nostre país. I ens porten a considerar Catalunya com un banc de proves per a la futura estructura del dret privat europeu. En definitiva, la comparació és possible, perquè si la matèria de què es pretén que s'ocupi el codi europeu és la relativa a les obligacions i els contractes, això significa que els Estats membres tindran una legislació sobre aquest tema a la qual hauran d'adaptar-se, si més no pel que fa a la regulació de les relacions amb els Estats membres de la UE. En l'àmbit intern, com es pot comprovar, les comunitats autònomes tampoc no tenen competència sobre les bases de les obligacions i contractes. De la qual cosa podríem deduir que podem traspasar a escala espanyola allò que està succeint a escala europea: els mateixos problemes, per bé que les solucions són diferents en cada un dels nivells. O per explicar-ho millor, els problemes competencials que es produeixen en la relació UE - Estats membres poden reproduir-se en la relació Estat - comunitats autònomes. Perquè, a més, el problema de la conservació dels codis nacionals malgrat la codificació civil europea es trasllada a l'àmbit intern, tot i que, com és ben sabut, el dret europeu no modifica les estructures internes dels Estats membres.

En quin context es mou avui el dret civil català? La decisió política ha consistit en la redacció d'un codi civil en l'àmbit de les competències i així ho demostra la Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya (DOGC núm. 3798, de 13 gener 2003)<sup>42</sup>, en la qual s'estableix l'estructura del Codi civil de Catalunya. Certament, raons polítiques ben conegudes van impedir a Catalunya en el seu moment arribar a una codificació del dret civil;<sup>43</sup> aquesta circumstància comporta

<sup>42</sup> Impugnada pel Govern de l'Estat (BOE 3 de juny de 203 i DOGC de 5 de juny de 2003).

<sup>43</sup> Malgrat les reiterades intervencions de DURAN I BAS al Congrés i el Senat en les diverses discussions sobre la Llei de bases del futur Codi civil. En la defensa del vot particular sobre la conveniència de mantenir diverses codificacions separades, DURAN I BAS proposava una codificació diferent per a cada un dels drets forals, redactant-se aquestes lleis "bajo la inspiración de los principios jurídicos de cada región por más que sean afines entre todos los territorios forales, son un tanto distintos en cada uno [...] Sin duda allí donde se encuentra completa homogeneidad entre lo general y lo especial no hallo dificultad en que en lugar de trasladarlo a la Ley foral, se hagan meras referencias; pero de todos modos, el Código especial para cada región habrá de salir completo [...] lo que permitiría hacer un Código para cada región con reproducción en él de todo lo general, o una ley especial con referencia a éste, pero siempre con unidad de espíritu, o bajo la base de un verdadero principio orgánico" (Congrés. Sessió de 16 juny de 1885. Diari núm. 176, p. 5183-5184).

un seguit de conseqüències importants a l'hora de donar contingut a un codi civil català. Efectivament:

1r. El dret de la persona, en el qual s'inclou el matrimoni, resulta cada cop més tributari dels drets fonamentals. Efectivament, els grans problemes que avui es poden discutir en el dret de família excedeixen el marc tradicional i, fonamentalment, obeeixen a dues grans línies de tractament: la primera és la que té relació amb els drets fonamentals, com ja he dit abans; en aquest punt, els exemples que trobem sobrepassen les competències de qualsevol comunitat autònoma per arribar a qüestions molt més generals i que no poden ser tractades de manera localitzada: el problema del canvi de sexe dels transsexuals i les conseqüències que l'admissió del canvi de la constància registral té en relació amb el dret a casar-se d'aquestes persones;<sup>44</sup> la discussió sobre el reconeixement de drets o no a les parelles no casades o, com s'afirma, els efectes de l'exercici negatiu del dret constitucional a contraure matrimoni, que es discuteixen al nostre país a nivells constitucionals, per tal com aquest dret, el de contraure matrimoni, està reconegut a l'art. 32 de la Constitució;<sup>45</sup> el dret dels homosexuals a casar-se o no;<sup>46</sup> la protecció dels menors i el significat de la potestat dels pares;<sup>47</sup> la protecció de l'habitatge familiar;<sup>48</sup>

<sup>44</sup> El TEDH ha canviat darrerament la seva posició en aquest tema. Efectivament, les sentències *Christine Goodwin v. United Kingdom* i *I v. United Kingdom*, ambdues de l'11 de juliol de 2002, reconeixen que el Tribunal ha de reexaminar les decisions anteriors, i admeten el dret d'un transsexual a casar-se, encara que el Tribunal reconeix que són els Estats els que han de determinar els requisits d'aquest matrimoni. A Espanya, la Direcció General dels Registres i del Notariat ha admès que pugui registrar-se un matrimoni d'una persona de diferent sexe legal, encara que coincideixi amb el sexe biològic (RDGRN de 8 gener de 2001[RJ2001\2568], entre altres). Vegeu el comentari de FERNÁNDEZ CAMPOS a *CCJC* 56, núm. 1526, pàg. 707.

<sup>45</sup> A partir de la STC 120/1984, de 10 desembre, el Tribunal Constitucional espanyol ha mantingut que no era contrari a la Constitució una regulació dels efectes de les unions de fet, però que aquestes no són equiparables al matrimoni, amb matisacions a la STC 222/1992, de l'11 de desembre.

<sup>46</sup> Fins ara l'únic cop que s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional sobre aquest tema ha estat en la Interlocutòria 222/1994, d'11 de juliol, en la qual es mantenia una doctrina semblant a la que s'ha posat en relleu a la nota anterior. El Parlament Europeu va aprovar una resolució el 8 de febrer de 1994, en què instava la Comissió a elaborar una recomanació dirigida a acabar amb la discriminació i criminalització de l'homosexualitat als països comunitaris; en el paràgraf 14, i després de demanar la presentació d'un informe, es diu que la recomanació hauria de tractar d'acabar amb "la prohibició de contraer matrimoni o de accedir a règimens jurídics equivalents a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia". A partir d'aquí són conegudes les reformes recents del Codi holandès, en què es reconeix el matrimoni de persones del mateix sexe, i d'Alemanya.

<sup>47</sup> Com en el cas de la sentència del TEDH, *L v. Findland*, de 27 d'abril de 2000, en un supòsit de protecció de menors.

<sup>48</sup> El Consell d'Europa va aprovar una recomanació sobre els drets dels cònjuges relatius a l'ocupació de l'habitatge familiar i utilització del parament. Es tracta de la *Recomanació*

el reconeixement del dret a decidir sobre tractaments mèdics intrusos, com fa la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, etc. Són qüestions que estan íntimament relacionades amb drets constitucionalment reconeguts, amb relació als quals el mateix Estat hi té poc a dir<sup>49</sup> i, per tant, els límits amb què ensopega la legislació autonòmica són importants. La segona línia és la social: els problemes del dret de família avui ja no són tant el règim de béns del matrimoni com les polítiques de suport als membres de la família, segons quina sigui la seva edat i situació: els menors i les mares divorciades, la gent gran, etc.<sup>50</sup> Per tant, dret de família equival en aquest sentit a política social. I no sembla una idea estranya considerar que el dret civil és un dels instruments d'aquesta política; altrament el dret civil deixaria de tenir cap justificació. Però no és l'únic i gosaria dir que tampoc no és el principal.

Per això el dret de la persona i de la família tenen un marc molt clar, cada cop més rígid i per bé que, evidentment, tinguem competències en una part important d'aquests aspectes, no hi ha gaires possibilitats d'innovació. Vegeu, si no, la modificació del règim de separació de béns efectuada el 1993, que porta cada cop més a solucions semblants al règim de participació, que és el que va solucionar els problemes que plantejava el divorci en els països nòrdics als anys 30 del darrer segle.<sup>51</sup>

Però és que, a més, suposant que la UE es proposés legislar en aquest àmbit més enllà del dret a la lliure circulació de les persones, quin sentit tindria un dret de família europeu, més enllà dels drets fonamentals reconeguts al Conveni europeu de drets fonamentals?<sup>52</sup>

2n. En l'àmbit dels drets reals, el problema no es presenta fàcil, perquè en aquest punt conflueixen almenys dues competències i una tercera

(81)15, adoptada en la reunió 338 dels delegats dels ministres del Comitè de Ministres el 16 d'octubre de 1981. Vegeu el text i el comentari d'aquesta recomanació a ELORRIAGA DE BONIS (1995), p. 60-65.

<sup>49</sup> Una altra cosa és que alguns cops sigui difícil determinar quins són els límits i els continguts dels drets fonamentals en el moment en què s'apliquen al dret de la família, com posa en relleu Antokolskaia, "Human Rights as a Basis for the Harmonisation of Family Law?". Comunicació en el *Congrés de la International Society of Family Law*, dut a terme a Copenhaguen-Oslo el mes d'agost de 2002. Vegeu-la a [http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/antokolskaia\\_m.rtf](http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/antokolskaia_m.rtf)

<sup>50</sup> Com posa en relleu RIBOT (1999), p. 19 i 174 i s., on es discuteix sobre la dualitat i/o primacia de les prestacions familiar i les socials. Aquesta és clarament la política reflectida en la Llei 31/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals i administratives (DOGC núm. 3791, de 31.12.2002, especialment en els art. 8 i 9).

<sup>51</sup> Com així es dedueix dels arguments emprats en les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 26 d'abril de 2000 i 21 d'octubre de 2002, en la qual es diu expressament que "s'ha d'afirmar sense dubtes que concorre en el cas debatut una notòria desigualtat patrimonial entre els cònjuges en el moment de la ruptura".

<sup>52</sup> En aquest mateix sentit, SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 204-205

pot derivar de la decisió del Parlament europeu relativa a la necessitat d'unificar les regles sobre garanties personals, transferència del dret de propietat dels béns mobles i les garanties dels crèdits i dels béns mobles. Però, d'altra banda, el tractament de la propietat és una qüestió de constitucionalitat, tant en l'àmbit espanyol com l'europeu. L'art. 298 del Tractat estableix que *"el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros"*. Certament, no es pot dir que no es pugui anar a una regulació unificada europea del dret de propietat, perquè el sentit de l'article citat es refereix al vessant públic del règim de la propietat i, més concretament, a les qüestions derivades del règim d'expropiacions. I això comporta que, almenys, sigui discutible aquesta possibilitat,<sup>53</sup> perquè la manca de límits explícits d'aquesta competència fa que la qüestió tingui perfils incerts i sigui, per tant, discutible.

Però és que en l'àmbit intern la qüestió tampoc no és pacífica i així ho demostra el nou recurs d'inconstitucionalitat del Govern de l'Estat contra la Llei 25/2001, de 31 desembre, de l'accessió i l'ocupació.<sup>54</sup>

Els drets reals, però, no inclouen únicament la regulació de la propietat: afecta tots els drets reals limitatius del domini (usdefruit, servituds, censos, etc.), els drets d'adquisició preferent (tempteig, retracte, opció), les garanties, etc. La discussió sobre l'abast de les competències entre els diferents cossos legislatius existeix tant en l'àmbit europeu com en l'àmbit intern. Sempre he pensat que el dret de propietat, que s'ha proclamat com un dels pilars del desenvolupament de la personalitat i que ha estat objecte de ferotges debats en èpoques passades, avui resulta més fàcil de modificar que altres drets: les competències dels ajuntaments amb relació als plans urbanístics tenen més ressò entre els particulars que les decisions de l'Estat o de les comunitats autònomes relacionades amb el nucli dur del dret de propietat, és a dir, el dret a seguir sent titular dels béns, gaudir-ne i disposar-ne.

Pel que fa al problema competencial, Catalunya té les mateixes limitacions que totes les altres institucions civils, havent-se d'aplicar, en conseqüència, les línies d'interpretació marcades pel Tribunal Constitucional. Una altra cosa és la conveniència o no de legislar sobre tota la matèria relativa als drets reals, que és un tema d'oportunitat política i de política legislativa.

<sup>53</sup> Així ALPA (2000), p. 326 i SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 207.

<sup>54</sup> Mitjançant una providència de 21 de maig de 2002, el Tribunal Constitucional va admetre a tràmit el recurs d'inconstitucionalitat núm. 2427/2002, promogut pel president del Govern espanyol contra els articles 24, 25 i 26 d'aquesta llei (BOE núm. 133, de 04-06-2002, p. 19866)].

3r. Aquest mateix problema, encara més agreujat, el trobem en la regulació de les obligacions i els contractes, amb relació als quals la disputa sobre la competència és molt complexa.<sup>55</sup> Per altra banda, també, el mateix intent d'unificació dels drets d'obligacions i contractes a Europa no deixa de tenir els seus inconvenients i els seus detractors, problema del qual ara no puc ocupar-me perquè ja hi he fet referència en aquest treball. En el dret espanyol, el problema competencial es planteja de manera aguda amb relació a les obligacions contractuals. Deixant ara de banda el problema sempre discutit i mai no resolt sobre el significat de l'expressió, cal posar en relleu que, a més, del text constitucional sorgeixen dues limitacions clares: *i*) la competència exclusiva de l'Estat en matèria de dret mercantil (art. 149.1.6 CE), i *ii*) el mateix art. 149.1.8 CE en tant que determina el límit clar de la competència autonòmica i fixa que no es pot legislar directament en la matèria d'*obligacions i contractes*, sinó solament desenvolupant les bases de les obligacions contractuals. D'aquí en resulta una competència molt restringida que es limitaria a la regulació d'aspectes molt concrets.

4t. El dret de successions no té problemes ni competencials ni de confluències europees. La diversitat és tan gran que seria difícil propugnar un dret comunitari de successions; però és que les mateixes raons poden aplicar-se a Catalunya.<sup>56</sup>

La conclusió en aquest punt és il·lustrativa: si examinem les tendències europees i la situació a Espanya pel que fa als poders legislatius de Catalunya, veurem que coincideixen en el punt de l'abast de la distribució de competències, fins al punt que es pot examinar com una piràmide. La base d'aquesta piràmide seria la competència en matèria de dret de successions: és la més àmplia possible; en canvi, a mesura que anem pujant graons, la piràmide es va fent cada cop més estreta; efectivament, les competències en dret de família i drets reals (propietat i altres drets reals) són compartides i limitades pel sostre constitucional i quan arriben al vèrtex, trobem que les competències són molt febles, tant si ho mirem des del punt de vista de Catalunya, amb el problema corresponent a la determinació de l'abast de les bases de les obligacions contractuals, com si ho examinem des del punt de vista de l'Estat, amb la perspectiva del possible codi europeu. Per això la competència de la Generalitat resulta clara en el dret de successions, en el dret de família i persona, si bé amb els límits constitucionals derivats de l'aplicació dels drets fonamentals; però resulta més dubtosa en els drets reals o en alguns aspectes concrets de la

<sup>55</sup> Vegeu la nota 6 d'aquest mateix text.

<sup>56</sup> SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 206.



seva regulació i absolutament incerta en el que es refereix a les obligacions i contractes.

Però, dit això, la pregunta següent que cal fer-se és *quin sentit té un codi català a principis del segle XXI?* Resulta contradictori parlar d'un codi limitat a una regió que ni tan sols és membre de la UE més que indirectament, en el moment en què estem discutint si convé o no un codi unitari per a la UE? Si reprenem els tres significats que al principi d'aquesta reflexió he atribuït a la *codificació*, la resposta ha de ser clarament positiva. Vegem-ho:

1r. He dit que la *codificació* expressa una cultura jurídica determinada. Doncs bé, Catalunya ha tingut aquesta cultura jurídica des de fa anys i no solament com a conseqüència del Codi civil espanyol, sinó precisament en contraposició al mateix codi. El dret català respon a uns principis jurídics propis, el més important dels quals és la *llibertat civil*,<sup>57</sup> recollit a l'art. 111-6 de la Llei 29/2002, que estableix que *“les disposicions d'aquest Codi i de les altres lleis civils catalanes poden ésser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi de llur contingut. L'exclusió, la renúncia o el pacte no són oposables a tercers si en poden resultar perjudicats”*. A més, el dret català ha estat tractat i estudiat d'acord amb una metodologia concreta, seguidora de l'historicisme de Savigny, la qual cosa arriba fins a l'art. 1r de la Compilació catalana, en la seva reforma de 1984, que establí que la interpretació i la *integració* s'havia de fer a través de la *tradició jurídica catalana*, i el mateix es repeteix en l'art. 111-2,1 de la Llei 29/2002, on es diu que *“en la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i s'ha d'integrar d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana”*.

2n. He dit abans que la *codificació* també és un instrument polític per obtenir unes determinades finalitats, per mitjà de la igualació dels ciutadans davant la llei i altres que es puguin pretendre, com a mesures concretes de política jurídica. Per exemple, si es vol promoure la protecció dels interessos de les famílies no matrimonials, una de les possibles solucions és la regulació, per la via del codi, de les conseqüències que aquestes unions tenen. Penso que no cal insistir més en aquest punt: el codi és ell mateix un instrument i no tant una finalitat i amb el codi es

<sup>57</sup> Que ja era proclamat com a tal principi en el Memorial de greuges. Vegeu Memòria en defensa dels interessos morals i materials de Catalunya presentada directament a S.M. lo Rey en virtut d'acort pres en la reunió celebrada en la Llotja de Barcelona lo dia 11 de Janer de 1885. Ed. facsímil. Barcelona. Conselleria de Justícia. Generalitat de Catalunya, 1990, p. [106]. Sobre el principi de llibertat civil i la seva aplicació al dret civil català, em remeto al meu treball “Família, Pairalisme i Institucions jurídiques”. Estudis d'Història Agrària, núm. 12, 1998, p. 20-24.

poden posar en marxa determinades polítiques jurídiques. Aquest també és el sentit de la codificació catalana.

3r. Si la codificació també és la forma d'expressió de la sobirania, també és clar que en aquest sentit el Codi català respon a la finalitat de l'exercici de les competències reconegudes en l'Estatut d'autonomia, com ho posa en relleu el preàmbul de la Llei 29/2002, Primera llei del Codi civil de Catalunya, on s'afirma "*l'exercici de la competència per conservar, modificar i desenvolupar el dret civil de Catalunya, recuperada fa més de vint anys en el nou marc constitucional i estatutari*". La història del dret civil català no és res més que un llarg camí per arribar a la present situació.

## V. A TALL DE CONCLUSIÓ

Pocs juristes gosarien estar avui en contra d'un codi civil català, amb els límits, és clar, de la distribució de les competències d'acord amb els paràmetres constitucionals i les avui realment escasses possibilitats d'una autèntica innovació o originalitat. El Codi català, a més, no és una roda boja en el panorama europeu, perquè la hipotètica promulgació d'aquest codi no pot alterar els drets interns ni en la seva estructura ni en el seu contingut, no solament perquè, com diu Martín, "no sembla que sigui possible assolir a curt o mitjà termini la unificació que comportaria l'existència d'un Codi civil europeu",<sup>58</sup> sinó perquè fins i tot queda poc clar l'abast de l'aplicació d'aquest codi, tenint en compte els problemes competencials i els límits espacials que tindria.<sup>59</sup>

Però si ningú no pot discutir objectivament en aquest moment sobre la realitat del Codi de Catalunya, sí que cal advertir d'alguns problemes que avui presenta el nostre procés codificador:

1r. El legislador català corre el risc de crear un dret artificial que sigui rebutjat, ignorat o evitat pels operadors jurídics. Si un dels retrets que es fa al possible futur codi europeu és que ara per ara es tracta d'un dret de professors, la mateixa crítica pot fer-se al dret català. Per exemple, la definició de la *facultat de disposició* i del *negoci jurídic* en el Preàmbul de la Llei 22/2001 de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària preferent, té el risc de semblar massa poc pràctica, quan, a més, ni afegeix ni treu res al text de la Llei, que es pot interpretar sense necessitat de recórrer a les definicions del Preàmbul. O la regulació de la usucapció com a forma d'adquisició del dret de servitud, que ha passat de la regulació dels articles 283 i 343 de

<sup>58</sup> MARTÍN CASALS (2002), p. 661

<sup>59</sup> SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 212

la Compilació catalana, que distingien segons el tipus de servitud que es tractés d'adquirir per usucapió, a la possibilitat d'adquirir-les totes, en l'art. 6 de la Llei 13/1990, fins a no poder-se'n adquirir cap per usucapió en la Llei 22/2001. Quines raons avalaven la solució de la Llei 13/1990, que no han pogut ser mantingudes onze anys més tard? S'ha produït un rebuig social d'aquesta forma d'adquisició? El Preàmbul de la Llei 22/2001 només justifica la prohibició de la usucapió dient que "*com a novetat, cap servitud no es podrà adquirir per usucapió*". Resta eliminada, doncs, la usucapió com a mecanisme d'adquisició de les servituds. És suficient la parca explicació del Preàmbul esmentat o més aviat es tracta de legislar per legislar?

2n. No es pot legislar sense tenir en compte tot allò que s'està discutint a Europa en el moment actual. Des dels problemes relatius al dret de família, independentment que una codificació sigui convenient en aquest punt, que no ho és, passant pels problemes de les garanties sobre béns mobles, a les qüestions metodològiques de plantejaments del mateix contingut d'un codi i les tècniques legislatives; el nostre codi ho ha de tenir en compte, perquè s'insereix en un context cultural molt determinat i no està aïllat.

3r. Tampoc no es pot crear un dret de baixa qualitat, amb característiques més reglamentistes que una autèntica llei, que fan difícil interpretar els textos legals i deixen la porta oberta a llacunes, que moltes vegades no es poden emplenar amb els recursos a l'autointegració, a causa de la remissió general al Codi civil com a dret supletori.<sup>60</sup> Un sistema de clàusules més generals seria més prudent en el moment actual.

Moltes persones estan mirant allò que Catalunya està fent amb el seu codi. El pitjor que ens podria succeir seria que el Codi català funcionés solament com a model tècnic i no fos capaç d'ordenar la conducta dels ciutadans del país: formaria part de la cultura, i estaria d'acord amb la finalitat política de l'exercici de la sobirania però no solucionaria els problemes. I això seria un fracàs.

<sup>60</sup> Un exemple d'aplicació impecable del Cc com a supletori el proporciona la STSJ de 3 juny de 2002, quan rebutja l'aplicació del Codi civil en un problema d'interpretació de pèrdua del dret d'aliments per mala conducta de l'alimentat. Diu la sentència que "no pot identificar-se, però, un determinat dèficit de regulació amb la típica i genuïna llacuna que, en qualsevol Ordenament jurídic, permet la crida al seu corresponent dret supletori. Per exemple, una cosa és que, regulada una institució, s'acusi després sobre algun aspecte un determinat buit per dèficit de regulació, buit sempre subsanable gràcies al mecanisme supletori del Codi civil, i una altra ben distinta, que dins d'un cos normatiu aquell buit expressi una omissió intencionada per tal com la seva regulació hagués resultat discordant des d'una perspectiva total i sistemàtica (per representar, per exemple, un cos dissonant, per estrany, dins de l'harmonia pròpia d'un Ordenament)".

Vull acabar aquesta presentació recordant una llarga citació del professor Federico de Castro, neutra, perquè s'aplica a la codificació sigui qui sigui el legislador i les matèries que pretengui codificar, i intemporal, amb independència del temps en què es faci. CASTRO diu:

“Hacer un buen Código, organizador del general convivir, de acuerdo con el sentimiento e ideal nacional, es tarea nada fácil; pero, una vez realizada, será de enorme trascendencia, tanto si nace para implantar un ideal revolucionario, como si se limita a conseguir la unidad de la legislación según los moldes ya aceptados. Sea cualquiera la tendencia a que sirva, supone una condensación de ideas que, con ello sólo, adquieren una mayor fuerza de expansión; su carácter monumental les confiere el valor ejemplar de la obra lograda y la estabilidad de la labor difícil de rehacer; para la Nación que lo realizó es internamente un centro de seguridad jurídica, de permanencia institucional y el herramental más seguro para la unidad jurídica y, con ello, para la unión política y social de su pueblo; externamente, manifiesta el poder creador de los hombres de un país y una raza, y será un medio enérgico de influencia cultural.”<sup>61</sup>

Res més que això desitjo per al Codi de Catalunya.

## BIBLIOGRAFIA

ALPA, Gido (2000). “European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law’”. *European Review of Private Law*, 2, p. 321-332.

ANTOKOLSKAIA, Masha (2002). “Human Rights as a Basis for the Harmonisation of Family Law?”. *Congrés de la International Society of Family Law, celebrada a Copenhaguen-Oslo*, el mes d'agost de 2002; [http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/antokolskaia\\_m.rtf](http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/antokolskaia_m.rtf).

ARNAUD, André-Jean, (1969). *Les origines doctrinales du Code civil français*. LGDJ, París.

ARNAUD, André-Jean, (1973). “La paix bourgeoise”. *Quaderni fiorentini*, núm. 2, p. 147-176.

ARNAUD, André Jean, (1991). *Pour une pensée juridique européenne*. PUF. Paris.

BADOSA, Ferran (1994). “La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil”. *Iuris*, 1.

<sup>61</sup> CASTRO (1949), p. 176.

CAENEGEM, Raoul C. van (1991). *I signori del Diritto. Giuristi, legislatori e professori nella storia europea*. Trad. de L. Ascheri Lazzari. Milano. Dot. Giuffrè.

CÁMARA, Sergio (1999). “Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?”. *La Ley*, D-61, p. 1668-1676.

CAPPELLETTI ed. (1978). “Introduction”. *New Perspectives for a Common Law of Europe*. European University Institute. Firenze, p. 1-27.

CASTRO, Federico de (1949). *Derecho civil de España*. T. I. Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid.

CASTRONUOVO, Carlo (2001). “Savigny, i moderni e la Codificazione europea”. *Europa e Diritto privato*, 2, p. 219-255.

DELGADO, Jesús (1994). “Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades autónomas en materia de Derecho civil”. *Iuris*, 1.

DÍAZ AMBRONA BARDAJÍ, M. Dolores (dir.) (2001). *Derecho civil comunitario*. Editorial Colex. Madrid.

DÍEZ PICAZO, Luis; ROCA, Encarna; MORALES, Antonio (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Civitas. Madrid.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Aranzadi. Pamplona.

HATTENHAUER, Hans (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*. Trad. de Gonzalo Hernández. Editorial Ariel. Barcelona.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (2003). “La Europa del derecho”. *El País*. 13 de enero de 2003.

HESSELINK, Martjin (2001). *The New European Legal Culture*. Editorial Kluwer. Deventer.

IGLESIA FERREIROS, Aquilino (1996). *La creación del derecho*. Marcial Pons. Madrid.

LAMARCA, Albert (2002). “Entra en vigor la modernització del dret alemany d'obligacions”. *InDret Working paper* núm. 78, 11 de gener de 2002.

LAMARCA, Albert; RAMOS, Sonia. “Entra en vigor la segona llei alemanya del dret de danys”. *InDret Working paper* núm. 96, 4 de juliol de 2002.

LEGRAND, Pierre (1996). “European Legal Systems are not Converging”. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 45, part 1, p. 52-81.

MCKENDRICK, Ewan (2002). “Traditional Concepts and Contemporary Values”. *ERPL*, 1, p. 95-109.

MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego (2000). *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 2a edició. McGraw Hill. Madrid.

MARTÍN CASALS, Miquel (2002). “El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del dret privat europeu”. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, p. 633-662.

PÉREZ TORRENTE, José Antonio (2000). “Competències legislatives en matèria de dret patrimonial”. *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*. Universitat de Girona. Tirant lo Blanch 2000, p. 23-39.

PETIT CALVO, Carlos (1990). *Derecho privado y Revolución burguesa*. Marcial Pons. Madrid.

RIBOT IGUALADA, Jordi (1999). *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*. Tirant lo Blanch. Valencia.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2002). *Derecho privado europeo*. Editorial Comares. Granada.

TARELLO, Giovanni (1976). *Storia della Cultura giuridica moderna*. T. I. Il Mulino. Bologna.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1992). *Manual de Historia del Derecho español*. 4a edició. Editorial Tecnos. Madrid.

WIEACKER, Franz (1957). *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*. Trad. de Fco. Fernández Jardón. Editorial Aguilar. Madrid.

# APROXIMACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EUROPA: MARCO COMUNITARIO Y COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA\*

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado en la  
Universidad de Granada*

## SUMARIO

---

1. LA COMPETENCIA PARA LA APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES NACIONALES A) Planteamiento general: el principio de vinculación funcional B) Unificación por la vía del art. 94 CE C) Unificación por la vía del art. 95 CE 2. LÍMITES DERIVADOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN A) *Ratione materiae* B) Límites espaciales C) Límites personales 3. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD A) Principio de subsidiariedad B) Principio de proporcionalidad 4. ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS

## 1. LA COMPETENCIA PARA LA APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES NACIONALES

### *A) Planteamiento general: el principio de vinculación funcional*

Una de las cuestiones más debatidas acerca de la posibilidad de proceder a una unificación del derecho privado europeo, en la línea de las resoluciones del Parlamento Europeo de 1989, 1994 y 2001, es la relativa al “problema constitucional”. Dicho de otro modo, la justificación en los tratados constitutivos de la competencia de la Comunidad Europea en este sentido. ¿La aprobación en sede institucional de un código civil europeo encuentra acomodo en el diseño competencial CE? ¿Podría calificarse como un acto *ultra vires*, que desbordaría las competencias soberanas cedidas por los Estados miembros al ratificar el Tratado, que ampararía,

\* El texto de la presente ponencia está extraído básicamente de la monografía del autor: *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, esp. p. 193-224.

cuando menos, el control de legalidad de los actos comunitarios previsto en el art. 239 CE?

La aproximación de las legislaciones nacionales de derecho privado de los Estados miembros encuentra una primera base legal en algunas disposiciones del Tratado (*ad. ex.* arts. 40, 44, 46.II, 47.II, 55, 65, 137 y 153). Se trata, sin embargo, de una competencia accesorio o limitada por la consecución de los objetivos, libertades o políticas contenidos en dichas disposiciones, que no sostiene la promulgación de un código civil europeo, sino de disposiciones aisladas o fragmentarias de derecho privado en la medida precisa para alcanzar los objetivos de integración económica o de protección social en cuestión.

La misma vinculación, sin embargo, es predicable de la competencia genérica aludida en el art. 3 *h*, que supedita la posibilidad y la medida de las acciones comunitarias sobre aproximación de las legislaciones nacionales a las necesidades del mercado común. Esta vinculación funcional se refleja asimismo en los arts. 94 y 95 CE, que desarrollan esta competencia no exclusiva de la Comunidad Europea. En estos preceptos, reiterando el tenor del art. 3 *h*, se denomina a la competencia de la Comunidad Europea por referencia a la “aproximación de legislaciones”. Al margen de las diferencias de contenido que puedan tener expresiones como *armonización*, *coordinación*, *aproximación* o *unificación*, no puede entenderse que la aproximación de legislaciones excluya la posibilidad de unificación o “aproximación intensa”. Si se quiere entrar en juegos semánticos, no deja de ser cierto —como señala A. J. Engel—<sup>1</sup> que mientras existe una mínima diferencia de legislaciones, sigue siendo posible la aproximación. Pero lo que debe quedar claro es que la armonización de legislaciones, ya se trate de derecho público o de derecho privado, no es un valor en sí mismo,<sup>2</sup> sino una competencia funcional o vinculada al establecimiento y al buen funcionamiento del mercado interior, es decir, mediatizada puramente por la lógica de la integración.<sup>3</sup> Cosa distinta es que, en determinados ámbitos, exista una base legal específica que justifique acciones fragmentarias, dentro de una lógica particular distinta a la mera integración. Éste sería el caso de las acciones en materia de política social (arts. 136-148 CE) o de protección de los consumidores (art. 153 CE). En el ámbito de la protección del consumidor, no obstante, no hay que olvidar la propia vinculación

<sup>1</sup> Vid. A. J. Engel, „Ein Europäisches Zivilrechts Gesetzbuch? – Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz“, *ZfRV*, 1999, p. 126.

<sup>2</sup> Indica V. Götz, poniendo de relieve el principio de vinculación funcional: “La armonización jurídica en la Comunidad Europea no es un valor en sí mismo” (cf. “Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa?”, *JZ*, 1994, p. 266-267).

<sup>3</sup> Vid. M. Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlín/Nueva York, W. De Gruyter, 1999, p. 73-75. M. Gebauer, *Grundfragen der*



expresada por el art. 153.3 *a* en relación con el art. 95, que sigue siendo, como fue el art. 100 A del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), la base legal utilizada por las distintas directivas referidas a este sector.<sup>4</sup>

Carece de sentido, finalmente, relacionar la armonización o unificación del derecho privado con el nuevo título IV CE, que desarrolla el denominado espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Junto a determinadas competencias y acciones en el ámbito del derecho de extranjería, dicho título comunitariza la cooperación judicial en materia civil, incluyendo en el art. 65 CE una serie de competencias estrictamente relacionadas con cuestiones de derecho internacional privado, en concreto en los ámbitos de la asistencia judicial internacional (art. 65 *a*), competencia judicial internacional y conflictos de leyes (art. 65 *b*). Añade, asimismo, una acción destinada a compatibilizar el derecho procesal civil de los Estados miembros (art. 65 *c*), redactada en unos términos muy prudentes. Amén de que dicho precepto, mírese por donde se mire, no da cabida alguna a la armonización general en materia de derecho privado,<sup>5</sup>

*Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1998, p. 124-125; W. van Gerven, „Coherence of Community and National Laws. Is There a Legal Basis for a European Civil Code?“, *ERPL*, 1997, p. 467; Id.: „From Communitarisation of National Tort Rules to Europeanisation of Community Tort Law: The Invader Invaded“, *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 180; U. Hübner y W.F. Ebke, „Europäisierung des Privatrechts“, *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, p. 472-473; S. Grundmann, „EG Richtlinie und nationales Privatrecht“, *JZ*, 1996/6, p. 276; J. L. Iglesias Buhigues: „La cooperación judicial en material civil antes y después del Tratado de Ámsterdam“, *RGD*, núm. 644, p. 5851; T. Koopmans, „Towards a European Civil Code“, *ERPL*, 1997, p. 541; S. Leible, „Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht - Startschluss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?“, *EWS*, 2001/10, p. 479; U. Magnus, „Die Gestalt eines Europäischen Handelsgesetzbuches“, *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1998, p. 63-64; P.C. Müller-Graff, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2ª ed., Baden-Baden, 1991, 32-35; Id., „Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht“, *NJW*, 1993/1, p. 16-17; J. Normand, „Un droit judiciaire privé européen?“, *Le droit privé européen*, París, 1998, p. 131; H.C. Taschner, „Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft - Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren“, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 228; M. Zuleeg, „Rechtsangleichung innerhalb und außerhalb des Europäischen Gemeinschaft“, *ZEuP*, 1998, p. 509-510.

<sup>4</sup> Para un resumen sobre la discusión doctrinal acerca de la autonomía de la competencia en materia de armonización del derecho del consumo, antes del Tratado de Ámsterdam y en relación con el antiguo art. 129 del TCE, vid. M. Gebauer, *Grundfragen...*, op. cit., p. 130-131.

<sup>5</sup> Más bien al contrario, como señala M. van Gerven, „Coherence...“, loc. cit., p. 469. El propio J. M. Gil Robles, en el momento en que ostentaba la presidencia del Parlamento Europeo, desautorizaba categóricamente los planteamientos que, carentes de fundamento alguno, han podido defender la unificación del derecho privado sobre la base de los arts. 61 y ss. TCE (cf. „La unificación jurídica como aspiración desde una óptica europeísta“, *La unificación jurídica europea*, Madrid, 1999, p. 304). Vid. en el mismo sentido S. Leible y A. Staudinger, „El art. 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del derecho internacional privado y procesal?“, *AEDIPr*, t. I, 2001, p. 97.

contiene, al igual que los arts. 94 y 95 CE, la cláusula de vinculación funcional: “*En la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*”. Semejante vinculación limita *a priori* el alcance competencial, y hace aplicable la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en orden a la necesidad de justificación suficiente de dicha armonización, so pena de considerar insuficiente su base legal. Pero, sobre todo, desde el punto de vista de la unificación del derecho material, obliga a considerar muy escasa la novedad aportada por el art. 65 —si se exceptúan los cinco años de limitación procedimental prevista en el art. 67.1—, toda vez que sólo viene a suponer un trasunto más específico de la competencia de armonización ya prevista en el art. 95 y que, de hecho, permitiría *per se* tales iniciativas normativas en las materias aludidas. La realidad más reciente ha demostrado, en contrapartida, su innegable trascendencia práctica en la unificación del derecho internacional privado, especialmente en el ámbito del derecho procesal civil internacional, acrecentada en las propias reformas introducidas en Niza. Y es previsible que el mismo éxito acompañe las medidas para compatibilizar el derecho conflictual. Pero no constituye una base adecuada para la unificación del derecho privado material, particularmente cuando no se distingue entre situaciones transfronterizas e internas.<sup>6</sup>

### *B) Unificación por la vía del art. 94 CE*

El art. 94 contempla una competencia para la aproximación de legislaciones más limitada, en un triple sentido: por una parte sólo prevé la adopción de directivas, cuya naturaleza como acto normativo no es la óptima para un procedimiento de unificación, sino más bien de armonización, que precisa, como es sabido, un desarrollo normativo por parte de los Estados miembros. Si se añade la tendencia a configurar las directivas como disposiciones de mínimos y la limitación de sus efectos directos horizontales, se extrae la conclusión inmediata de su falta de adecuación para crear un sistema o derecho privado europeo unificado.<sup>7</sup> En segundo lugar, el procedimiento de adopción se basa en la regla de unanimidad, junto con una intervención puramente consultiva del Parlamento Europeo, que añade dificultades adicionales obvias. Por

<sup>6</sup> Vid. J. Basedow, “Codification of Private Law in the European Union; the Making of a Hybrid”, *ERPL*, 2001, p. 45.

<sup>7</sup> En este sentido, cf. I. Maselis, “Legislative Harmonization and the Integration of Harmonized Legislation into the National Legal Systems, within European Community”, *ERPL*, 1993, p. 137-156, esp. 146-151; U. Blaurock, “Europäisches Privatrecht”, *JZ*, 1994/6, p. 272; N. Scanicchio, “Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti”, *Diritto privato europeo (a cura di Nicolo Lipari)*, t. I, Padua, Cedam, 1997, p. 68-85.

último, la vinculación funcional se formula en razón de la incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. Existen variadas teorías acerca del significado diferencial del concepto de *mercado común* frente al de *mercado interior*, pero no cabe duda de que esta última expresión sugiere una necesidad de un grado superior de integración.<sup>8</sup>

### C) *Unificación por la vía del art. 95 CE*

No es de extrañar, por tanto, que la justificación competencial para elaborar un código civil europeo, siquiera sea de alcance sectorial, se haya buscado en el art. 95 CE, incorporado como art. 100 A en el TCE.<sup>9</sup> Este precepto no sólo fundamenta la competencia comunitaria acerca de la aproximación de legislaciones en su vinculación con las necesidades del “mercado interior”, sino que habilita la utilización tanto de directivas como de reglamentos (“medidas”) a través de un procedimiento de cooperación con el Parlamento Europeo basado en el régimen de las mayorías cualificadas (art. 251 CE).

En cualquier caso, la adopción de un código civil europeo sobre la base del art. 95 CE exigiría justificar la vinculación directa de esta acción con las necesidades de establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior.<sup>10</sup> Este concepto, como se desprende del art. 14.2 CE, se refiere básicamente a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. A primera vista, parece contradictorio que las diferencias entre los derechos privados nacionales sobre el régimen de los contratos no se hayan considerado restricciones injustificadas a las libertades de circulación, como se desprende de asuntos como «Keck y Mithouard» o «Alsthom Atlantique», y que, a pesar de ello, el buen funcionamiento de tales libertades exija eliminar tales diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, la contradicción es sólo aparente. Precisamente, la armonización “reactiva” trata de evitar los obstáculos que se derivan para el mercado interior de las restricciones que las legislaciones nacionales pueden oponer de forma justificada frente a las libertades comunitarias. En un sentido más amplio, el mecanismo de

<sup>8</sup> Sobre el concepto de *mercado interior* y su evolución desde el concepto de *mercado común*, vid. M. López Escudero: “El mercado interior: cuestiones generales”, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, p. 28-30. Vid., asimismo, acerca de sus elementos diferenciales, M. Franzen, op. cit., p. 94-99.

<sup>9</sup> Vid., en particular, W. Tilmann, “The Legal Basis for a European Civil Code”, *ERPL*, 1997, p. 471-473, así como las apreciaciones críticas de W. Van Gerven, “Coherence...”, loc. cit., p. 467.

<sup>10</sup> Vid., en particular, N. Scanicchio, “Il diritto...”, loc. cit., op. cit., p. 86 ss.

la regla de reconocimiento (integración negativa) no es una alternativa natural a la armonización (integración positiva), sino una respuesta adecuada a un déficit de armonización, que aconseja precisamente tal armonización como mecanismo de racionalización.<sup>11</sup>

Por otra parte, suele entenderse que una diferencia entre las legislaciones nacionales de derecho privado no sólo perjudica al mercado interior cuando supone una restricción directa a las libertades de circulación, sino también cuando, de forma indirecta, produce una distorsión en las condiciones de competencia del mercado susceptible de limitar o restringir la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.<sup>12</sup> Un mercado único, por definición, debe procurar que su funcionamiento se produzca en condiciones de competencia perfecta y, por tanto, tratar de eliminar todos los obstáculos o situaciones que distorsionen o falseen la competencia en el mercado. La diversidad de legislaciones nacionales de derecho privado produce, de hecho, desequilibrios en la situación competitiva de los operadores en el mercado. Semejante argumento apunta directamente a una dimensión práctica o económica de la unificación, concretamente a la unificación “desde arriba”, cuyo principal objetivo es suministrar condiciones de competencia similares en un mercado internacional de alcance regional. En pocas palabras, el postulado de este argumento se podría resumir afirmando que a un mercado único corresponde un derecho único.<sup>13</sup>

El argumento relativo a las distorsiones de la competencia derivadas de la diversidad de legislaciones materiales de derecho privado avalaría,

<sup>11</sup> Como gráficamente indica N. Scanicchio, “la derogación no es una técnica de reglamentación aconsejable” (cf. “Il diritto...”, loc. cit., op. cit., p. 64). Vid. asimismo O. Remien, „Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? – Legislative und gerichtliche Wege“, *JZ*, 1995, p. 132.

<sup>12</sup> *Ad. ex.* sentencia del TJCE, de 11 de junio de 1991, as. C-300/89: Comisión/Consejo, fundamento jurídico 15º. Sentencia del TJCE, de 9 de octubre de 2001, as. C-377/98: Países Bajos/Parlamento y Consejo, fundamento jurídico 15º.

<sup>13</sup> La utilización de este argumento para la unificación del DPE, desde la óptica del análisis económico del derecho puede apreciarse en G. Alpa, “European Community Resolutions and the Codification of *Private Law*”, *ERPL*, 2000/2, p. 327; M. Bangemann, “Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union”, *ZEuP*, 1994/3, p. 377-380; U. Blaurock, “Europäisches...”, loc. cit., p. 270-276; A. J. Engel, “Ein Europäisches...”, loc. cit., p. 124-126; G. Gandolfi, “Per un Codice europeo dei contratti”, *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1995, p. 782; M. Gebauer, op. cit., p. 101-103; O. Lando, “Is Codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch Law”, *ERPL*, 1993, p. 157-170; S. Leible, *Wege zu einem europäischen Privatrecht (Anwendungsprobleme und Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrecht)*, escrito de habilitación policopiado, 2001, § 9.A.1. O. Sandrock, “Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland – Europa – und die Welt”, *JZ*, 1996/1, p. 6. Desde una perspectiva histórica, se ha llegado a justificar la necesidad de una ciencia jurídica europea que habilite un derecho único para un mercado único, proponiendo el

para algunos autores, una interpretación extensiva de la competencia comunitaria para la aproximación de legislaciones contempladas en los arts. 94 y 95 CE. Conviene dejar sentado, sin embargo, que dichos preceptos contemplan las acciones referidas a la aproximación de legislaciones que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior, por lo que sólo justificarían acciones puntuales. En consecuencia, difícilmente podría defenderse semejante título competencial para una unificación global del derecho privado, o la promulgación de un código civil europeo. En todo caso, el argumento se encuentra cada vez más a menudo en los considerandos de las directivas que conforman el derecho privado comunitario, y dicho argumento ha tenido una consideración cada vez más clara y sutil en la justificación de dichas directivas.

Sólo a título de ejemplo, la Directiva 84/450/CEE (publicidad engañosa) indica lacónicamente *“que la publicidad engañosa puede ocasionar una distorsión de la competencia en el seno del mercado común”*. La Directiva 85/374 (responsabilidad por productos) considera que *“es preciso aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos, dado que las actuales divergencias entre las mismas pueden falsear la competencia”*. La Directiva 93/13 (cláusulas abusivas) señala que *“las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros”*. La Directiva 94/47 (time sharing) entiende que *“las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de contratos relativos a la adquisición de los derechos de utilización en*

ejemplo de los fines económicos y políticos que sustentaron la unificación del derecho en Alemania durante el siglo XIX (cf. H. Coing, „Europäisierung des Rechtswissenschafts“, NJW, 1990, p. 939). Para J. Basedow, el derecho privado es una condición previa para un mercado único, que debe sustentarse fundamentalmente en una ordenación uniforme del derecho de sociedades, contratos, bienes y libre competencia („Un droit commun des contrats pour le marché commun“, RIDC, 1998/1, p. 10-17). La necesidad de evitar el falseamiento en las condiciones de competencia como justificación para la armonización del derecho privado aparece asimismo en buen número de las contestaciones enviadas a la Comisión con ocasión de su comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Derecho Contractual Europeo; así se expresan, en concreto, G. Gandolfi y J. L. de los Mozos, O. Lando y C. Von Bar ([http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_la.../cademics\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_la.../cademics_en.htm)).

*régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles pueden crear obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior, distorsiones de competencia y compartimentación de los mercados nacionales*". La Directiva 97/7 (contratos a distancia) tiene en cuenta "que determinados Estados han tomado ya disposiciones distintas o divergentes de protección de los consumidores en materia de venta a distancia, con el consiguiente efecto negativo en la competencia entre empresas en el mercado interior". La Directiva 1999/44 (venta y garantías de los bienes de consumo) introduce un tercer "considerando que las legislaciones de los Estados miembros sobre la venta de bienes de consumo presentan disparidades, como consecuencia de las cuales existen diferencias entre los mercados nacionales en materia de ventas de bienes de consumo y se puede falsear el juego de la competencia entre los vendedores [...]". En la Directiva 2000/35 (morosidad en las operaciones comerciales) se señala que "las diferencias existentes entre los Estados miembros en lo que se refiere a las normas y prácticas de pago constituyen un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior. Este hecho limita considerablemente las operaciones comerciales entre los Estados miembros, lo cual contradice el art. 14 del Tratado, ya que los empresarios deben poder comerciar en todo el mercado interior en condiciones tales que garanticen que las operaciones transfronterizas no supongan mayores riesgos que las ventas en el mercado nacional, se podrían producir distorsiones si se aplicaran normas sustancialmente diferentes a las operaciones en el mercado nacional y a las transfronterizas".

En buena medida ello se debe a que el propio TJCE ha vinculado de forma directa la competencia relativa a la armonización de legislaciones con la necesidad de eliminar los supuestos que falsean la competencia. La sentencia del TJCE, de 11 de junio de 1991, as. C-200/89: Comisión/Consejo, lo expresa muy claramente al establecer que "para la ejecución de las libertades fundamentales enunciadas en el art. 8 A, las disparidades existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros necesitan de medidas de armonización en los ámbitos en los que existe el riesgo de que dichas disparidades creen o mantengan condiciones falseadas para la competencia. Por este motivo, el art. 100 A faculta a la Comunidad, conforme al procedimiento en él previsto, para adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros".<sup>14</sup> Sin embargo,

<sup>14</sup> *In casu* el TJCE utilizó este criterio para resolver un litigio entre la Comisión, apoyada por el Parlamento, y el Consejo, que debatía la base legal de la Directiva 89/248/CEE del Consejo, de 21 de junio de 1989, por la que se fijan las modalidades de armonización de los programas de reducción con vistas a la supresión de la contaminación producida por los residuos industriales procedentes del dióxido de titanio. La doble vinculación de la Directiva al art. 130 S (protección del medio ambiente) y al art. 100 A del TCE, con la

la sentencia del TJCE, de 5 de octubre de 2000, as. C-376/98: Alemania/ Parlamento y Consejo, al anular la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, ha procedido a relativizar el objetivo de eliminar las distorsiones de la competencia como justificación para una acción de unificación de legislaciones genéricas. Por una parte, esta importante decisión deslegitima la posibilidad de que una eventual divergencia de legislaciones pueda justificar una acción de armonización por la vía del art. 100 A del TCE (95 CE): interpretar este artículo en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería incompatible con la caracterización de las competencias de la Comunidad como competencias de atribución (art. 5 CE). En consecuencia, la mera disparidad de legislaciones y un riesgo abstracto de distorsiones de la competencia no son suficientes para justificar el art. 95 CE como base jurídica para una unificación del derecho privado. Es preciso que se trate de distorsiones probables y que la medida atienda directamente a su prevención. Pero, en segundo lugar, la jurisprudencia del TJCE viene a exigir que las distorsiones de la competencia que el acto de armonización pretende suprimir sean “sensibles”. Afirmar el TJCE: “si no existiese este requisito, la competencia del legislador comunitario prácticamente no tendría límites. En efecto, las regulaciones nacionales difieren a menudo en los requisitos para el ejercicio de las actividades que contemplan, lo que repercute directa o indirectamente en las condiciones de competencia de las empresas afectadas”. En consecuencia, el art. 95 CE no es apto para eliminar distorsiones de competencia mínimas.<sup>15</sup>

A título de ejemplo, el TJCE indica que “es cierto que las empresas establecidas en el territorio de los Estados miembros menos restrictivos

consecuente diversidad de procedimientos de adopción, obligaba al TJCE a prescindir de la doble vinculación o base jurídica. Al optar por la sujeción al art. 100 A como base jurídica fundamental, procedió a anular la Directiva por no haber respetado el procedimiento de cooperación. Entre sus motivos, señala que “una acción dirigida a aproximar las normas nacionales relativas a las condiciones de producción en un sector determinado de la industria, con el fin de eliminar las distorsiones de la competencia en este sector, puede contribuir a la realización del mercado interior y, por ello, pertenece al ámbito de aplicación del art. 100 A, disposición particularmente adaptada a la consecución del mercado interior”. Vid. asimismo el fundamento 10 de la sentencia del TJCE, de 18 de mayo de 1993, as. C-126/91: Yves Rocher.

<sup>15</sup> La sentencia citada incorpora, en el fundamento 103, un argumento adicional a tener en cuenta: buena parte de las directivas en materia de derecho privado incorporan, al igual que la Directiva litigiosa, una armonización de mínimos que no impide, sino que faculta a los Estados miembros a una protección mayor de los sujetos o intereses involucrados que, de hecho, conducen a divergencias de los sistemas nacionales igualmente aptas para falsear las condiciones de competencia.

en relación con la publicidad de los productos del tabaco se ven favorecidas desde el punto de vista de las economías de escala y del aumento de las ganancias. No obstante, los efectos de estas ventajas sobre la competencia son remotos e indirectos, y no constituyen distorsiones que puedan calificarse de sensibles. No son comparables a las distorsiones de la competencia provocadas por diferencias de los costes de producción, como los que, en particular, condujeron al legislador comunitario a adoptar la Directiva 89/428/CE del Consejo, de 21 de junio de 1989, por la que se fijan las modalidades de armonización de los programas de reducción con vistas a la supresión de la contaminación producida por los residuos industriales procedentes del dióxido de titanio.”

En cierto modo, la decisión del TJCE reseñada produce, respecto del art. 100 A del TCE (art. 95 CE) una reducción interpretativa muy semejante a la que supuso la sentencia «Keck» en el ámbito de la libre circulación de mercancías. Viene a significar el distinto alcance de las distorsiones de la competencia provocada por la divergencia de los derechos nacionales según que afecte a las condiciones de producción o de comercialización. Pero su consecuencia es evidente a la hora de rechazar la base jurídica de una unificación del derecho privado europeo “desde arriba”, de alcance general, amparada en el argumento del falseamiento de la competencia.

En contrapartida, el hecho de que una decisión judicial del TJCE, sobre la base de los principios que rigen las libertades de circulación, no haya interpretado como restrictiva una determinada reglamentación nacional en materia de derecho privado, como pueden ser las modalidades de venta en el asunto «Keck» o el saneamiento por vicios ocultos en el asunto «Alsthom Atlantique», no es óbice, desde luego, para que esté justificada una acción armonizadora o unificadora en el sector del derecho privado en cuestión, como demuestra el simple hecho de la unificación operada en la contratación a distancia o fuera de establecimientos mercantiles, respetando siempre los límites competenciales, tal como han sido interpretados por el TJCE. Al contrario, precisamente dicha limitación del mecanismo de integración negativa que son las libertades ampara como alternativa una integración positiva que facilite los intercambios y genere condiciones de competencia similares.

La sentencia del TJCE, de 13 de abril de 1997, as. C-233/94: Alemania/Parlamento y Consejo) pone esta circunstancia de relieve en relación con la armonización producida por la Directiva 94/19 (sistemas de garantía de depósitos): “Los Estados miembros pueden, en determinadas circunstancias, adoptar o mantener medidas que obstaculicen la libre circulación. Precisamente son estos los obstáculos cuya eliminación autoriza a la Comunidad el apartado 2 del art. 57 del Tratado



mediante la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas [...]. El efecto de los mecanismos así instaurados por la Directiva es impedir que los Estados miembros puedan invocar la protección de los depositarios para obstaculizar las actividades de las entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros. Así pues, resulta manifiesto que la Directiva suprime obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.”

Lo que parece indudable es que un acceso distinto según el país a ciertas modalidades de venta o al saneamiento por vicios ocultos introduce un régimen diferencial en la competitividad de los exportadores de mercancías según el Estado involucrado, por mínimo que sea.<sup>16</sup> Y resulta evidente, asimismo, que las normas de derecho internacional privado tampoco son capaces de resolver dicha situación diferencial, toda vez que la solución que proponen supone la referencia a un derecho nacional, incluso ajeno a las legislaciones de los Estados miembros.<sup>17</sup> Así, en materia contractual, y a falta de elección de la ley aplicable, la compraventa tiende a regirse por la ley de la residencia habitual del vendedor (art. 4 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales). Si se trata de una venta realizada desde Francia hacia Alemania, los derechos derivados en caso de vicios ocultos vendrán determinados por el derecho francés. En el caso inverso, correspondería a la ley alemana aportar el alcance de los derechos del comprador ante los vicios ocultos. La diversidad de criterios de ambos ordenamientos ante el saneamiento por vicios ocultos proporciona una situación competencial diversa del exportador alemán o del francés, dentro del mercado interior, al someterles a unos riesgos por vicios ocultos manifiestamente diferentes.

El buen funcionamiento del mercado interior exigiría, en consecuencia, eliminar las diversidades entre las legislaciones nacionales, más allá del régimen de los contratos, hacia otros muchos sectores del derecho privado: responsabilidad extracontractual, derechos reales,

<sup>16</sup> Vid. sobre esta cuestión A. J. Engel, “Ein Europäisches...”, loc. cit., p. 124.

<sup>17</sup> Así, en uno de los considerandos de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, se señala: “*los intercambios de mercancías entre Estados miembros deben llevarse a cabo en condiciones análogas a las de un mercado único, lo que impone la aproximación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en la medida que sea necesaria para el buen funcionamiento de este mercado común; que, a este respecto, las normas de conflicto entre leyes, incluso unificadas, no eliminan, en el ámbito de la representación comercial, los inconvenientes anteriormente citados y no eximen, por tanto, de la armonización propuesta*”.

sociedades, situaciones concursales, etc. De hecho, puede mantenerse que cualquier divergencia en el derecho privado introduce una diversidad de costes que potencialmente introduce situaciones diferenciales en la posición competitiva, de forma que la consecución de un auténtico mercado interior requeriría una unificación global del derecho privado europeo, esto es, un derecho privado europeo construido exclusivamente “desde arriba”. Sin embargo, en el estado actual del derecho comunitario, la limitación de las competencias de la Comunidad Europea impide alcanzar este objetivo desde el derecho privado comunitario, si se tienen en cuenta los límites claramente expuestos por el TJCE en su decisión «Alemania/Parlamento y Consejo». Semejante limitación puede constituir, precisamente, un argumento más poderoso a favor de la sustitución del derecho privado comunitario por un derecho privado europeo.<sup>18</sup> En consecuencia, tanto las limitaciones constitucionales relativas a la base legal de los actos comunitarios como la propia limitación de las técnicas normativas de armonización de legislaciones impiden en el estado actual del derecho comunitario concebir la promulgación de un código civil europeo.<sup>19</sup> Actualmente, el derecho privado comunitario sólo puede

<sup>18</sup> Acerca de la interpretación de esta decisión del TJCE como un límite a la competencia de la Comunidad en materia de derecho privado, vid. E. Arroyo i Amayuelas y A. Vaquer Aloy, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, *La Ley*, año XXIII, núm. 5482, jueves, 14 de febrero de 2002; C. Von Bar, “Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht”, *ZEuP*, 2001/4, p. 799-804; W. Van Gerven, “A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past”, *ERPL*, 2001/4, p. 495; Id.: “Codifying European Private Law”, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_l.../academics\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm), p. 13; C.V. Schmid, “Legitimacy Conditions for a European Civil Code”, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_l.../academics\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm), p. 13; H. Schulte-Nölke: “Ein Vertragsrecht für Europa”, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_l.../academics\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm). Esta es asimismo la opinión del “Bayerische Staatsministerium der Justiz” (cf. [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_l.../governments\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../governments_en.htm), p. 4-5) y del “European Consumer Law Group”, ([http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_l.../associations\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../associations_en.htm)).

<sup>19</sup> En contra, cf. W. Tilmann, quien defiende la posibilidad de un código civil europeo sobre la base del art. 95 CE, vinculándolo a la protección del consumidor (“The Legal Basis for a European Civil Code”, *ERPL*, 1997, p. 471-473). Desde las propias instituciones, antes de la reforma de Ámsterdam, se reconocía que únicamente la vía del antiguo art. 220 del TCE o a través de los cauces convencionales del tercer pilar, resultaban concebibles las acciones de armonización global del derecho privado sustantivo o procesal. La reforma del Tratado de Ámsterdam, si se exceptúa al derecho internacional privado y, en cierta medida, el derecho procesal, no ha introducido una alteración de esta limitación, aunque sí de las vías alternativas de carácter convencional (vid. sobre la situación anterior y la posición de la Comisión E. Hondius, “Towards a European Civil Code”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres Boston, 1998, p. 11-12; L. Idot, “Les bases communautaires d’un droit privé européen”, *Le droit privé européen*, París, 1998, p. 30-31). En general, sobre las ausencias de base legal para un código civil europeo, vid. O.

aspirar a desarrollarse por el mismo cauce puntual y fragmentario por el que ha discurrido hasta ahora, aunque tampoco han faltado críticas a la legitimidad competencial de algunas directivas.<sup>20</sup> Ciertamente, una modificación del CE puede modificar esta situación competencial, atribuyendo una competencia comunitaria genérica para la armonización del derecho privado, al igual que el Tratado de Ámsterdam propició dicha posibilidad en el ámbito del derecho internacional privado (art. 65 CE). Sin embargo, es preciso poner de relieve las limitaciones de distinta índole que presenta semejante opción.

## 2. LÍMITES DERIVADOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

### A) *Ratione materiae*<sup>21</sup>

En todo caso, la necesaria vinculación de las acciones comunitarias con el funcionamiento del mercado interior introduce tres limitaciones de principio: en primer lugar, la unificación del derecho privado se somete a una restricción *ratione materiae*, por cuanto quedan excluidos los sectores del derecho privado de contenido no patrimonial o económico (derecho de familia y derecho de sucesiones),<sup>22</sup> donde el nacionalismo

Remien, "Denationalisierung...", loc. cit., p. 12; S. Leible, op. cit., § 10.B.II.1 e; C. Schmid, "Anfänge einer transnationalen Privatrechtswissenschaft in Europa", *ZfRV*, 1999, loc. cit., p. 215; R. Zimmermann, "Civil Code...", loc. cit., p. 73. Algunos autores justifican la posibilidad de recurrir a los arts. 95 y 95 del TCE, en una interpretación extensa, para codificar sectorialmente el derecho contractual o patrimonial (vid. J. Basedow, "Codification...", loc. cit., p. 45-46; Id.: «Un droit commun...», loc. cit., p. 19-21).

<sup>20</sup> Vid. B. Börner, "Die Produkthaftung oder das vergessene Gemeinschaftsrecht", *Festschrift für Hans Kutscher*, 1981, p. 43 ss.; C.E. Hauschka, "Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft", *JZ*, 1990/11, p. 524 ss.

<sup>21</sup> Para una reflexión detallada acerca de las concretas materias que podrían o deberían incluirse en un derecho privado europeo, vid. W. Tilmann, "Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft?", *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Heidelberg, 1999, p. 579-594.

<sup>22</sup> Cf. en este sentido G. Alpa, "European...", loc. cit. p. 326; M. J. Campana, "Vers un langage commun en Europe", *ERPL*, 2000, p. 41-41; U. Drobniig, "Scope...", loc. cit., p. 493; A. J. Engel, "Ein Europäisches...", loc. cit., p. 126; T. Koopmans, "Towards...", loc. cit., p. 543; P. C. Müller-Graff, "Europäisches...", loc. cit., p. 23; A. Padoa-Schioppa, "Il diritto comune in Europa: riflessioni sull declino e sulla rinascita di un modello", *ZEuP*, 1997, p. 707; C. Schmid, "Anfänge...", loc. cit., p. 215; R. Schulze, "Le droit privé commun européen", *RIDC*, 1995/1, p. 13 y 30; O. Remien, "Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts", *JZ*, 1992/6, p. 281; T. Koopmans, "Towards...", loc. cit., p. 543-544.

encuentra una expresión política más directa.<sup>23</sup> Básicamente, la acción comunitaria sobre DPE sólo encuentra base legal, en el ámbito del derecho civil, en los sectores de contratos,<sup>24</sup> responsabilidad contractual<sup>25</sup> y bienes.<sup>26</sup> Incluiría potencialmente todo el derecho mercantil, y buena parte del derecho laboral, tanto de carácter público (protección social) como referido al contrato de trabajo, si bien con limitaciones tan trascendentes como la remuneración.<sup>27</sup>

En el ámbito del derecho de familia, las resoluciones del Parlamento Europeo se refieren a sectores tales como los derechos del niño y la protección de menores, donde juega la incidencia de derechos fundamentales.<sup>28</sup> Fuera de estos supuestos, las acciones comunitarias

<sup>23</sup> Así lo expresa G. Goldstein al analizar el régimen específico de Quebec dentro de Canadá (vid. «L'expérience canadienne», *Le droit privé européen*, Paris, 1998, p. 177). En idéntico sentido, K. D. Kerameus, «Problems of Drafting a European Civil Code», *ERPL*, 1997, p. 479.

<sup>24</sup> Sin olvidar que el propio concepto de contrato resulta discutible en los derechos europeos, en particular en relación con instituciones como las donaciones o el *trust* (cf. R. Sacco, «Formation of Contracts», *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 191-199). En este ámbito el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías presenta un alcance excesivamente limitado y demasiadas lagunas para fundamentar siquiera un derecho privado europeo de la compraventa, hecho que sería positivo por su alcance universal (vid. F. Ferrari, «European Sales Law and International Sales Law; Can They Coincide», *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 363-370).

<sup>25</sup> Tomando como modelo de referencia el sistema norteamericano, para D. Howarth no hay razón para una armonización global del derecho de daños (utiliza el ejemplo de los accidentes domésticos), aunque sí para acciones armonizadoras sectoriales en sectores tales como la responsabilidad por productos, los accidentes de circulación u otros ámbitos de especial repercusión en el funcionamiento del mercado interior (vid. «The General Conditions of Unlawfulness», *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 399-400). En favor de la autonomía del «Accident Law» frente al «Tort Law», vid. A. Tunc, «Traffic Accident Compensation», *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 471. Cf. una propuesta más ambiciosa en E. Hondius, «Vers un droit européen de la responsabilité civile», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, 1998, p. 51-58.

<sup>26</sup> Se trata, sin embargo, del sector del derecho patrimonial donde se observan las mayores dificultades o inmadurez para obtener una unificación relevante. Vid. A. Gambaro, «Gli instrumenti della CE in tema di multiproprietà ed i limiti della legislazione», *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 270; Id. «Perspectives on the Codification of the Law of Property: an Overview», *ERPL*, 1997, p. 500-501; Id., «European Aspects of Property Law», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, 1998, p. 77-81.

<sup>27</sup> Sobre los límites competenciales para la unificación del derecho laboral, vid. T. Revet, «Un droit européen du travail», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, Paris, Economica, 1998, p. 116-119.

<sup>28</sup> La incidencia del derecho comunitario en el derecho material de familia se reduce a la acción de derechos fundamentales tales como los contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 8) o en el Convenio de NU sobre los Derechos del Niño de 1989 (vid. E. M. Hohnerlein. «Konturen eines einheitlichen

aparecen circunscritas al ámbito de la cooperación judicial y al derecho internacional privado y, en todo caso, parece más ajustado a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que la vía elegida fuera el convenio.<sup>29</sup>

Al margen de las cuestiones de derecho internacional privado, no puede defenderse con una mínima seriedad que el buen funcionamiento del mercado interior exija una armonización del estatuto personal o del derecho matrimonial.<sup>30</sup> *In extremis*, podría concebirse una acción comunitaria en el ámbito del derecho de familia, vinculada con las exigencias derivadas de la libre circulación de personas, en concreto con el fin de facilitar la reagrupación o situación familiar del trabajador o del prestador de servicios, garantizar las pensiones alimenticias o establecer conceptos comunes sobre las personas a cargo del trabajador o prestador de servicios, que podría propiciar disposiciones relativas a la custodia de menores, patria potestad, derechos de visita, etc. El carácter tangencial o incidental de esta exigencia no justificaría, en todo caso, un “derecho de familia europeo” con pretensiones sistemáticas. Por otra parte, la competencia de la Comunidad sólo podría fundamentarse en el tenor más restrictivo del art. 94 CE, toda vez que el art. 95.2 CE excluye de este precepto las disposiciones relativas a la libre circulación de personas.<sup>31</sup>

europäischen Familien- und Kindschaftsrechts – die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention“, *The European Legal Forum*, núm. 4, 2000/01, p. 252-260). Más allá, alegar asuntos como «Konstantinidis» o «Hubbard» como justificante de una armonización comunitaria del derecho de familia es pura demagogia (cf. W. Pintens, „Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union“, *ZEuP*, 1998, p. 674-675).

<sup>29</sup> Vid. las consideraciones generales de D. Martiny, “Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 151-171.

<sup>30</sup> Otra cosa, bien distinta, es que sean apreciables ciertas tendencias de fondo más o menos comunes en este ámbito. Vid. D. P. Fernández Arroyo, “Nuevos elementos del derecho internacional privado de la familia en Europa”, *Rev. Mex. DIPr.*, núm. 2, 1997, p. 95-110; A. Rieg, «L’harmonisation du droit de la famille: mythe ou réalité?», *Conflicts et harmonisation. Mélanges en l’honneur d’Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1990, p. 473-499. Lamentablemente, a medida en que la convergencia se va produciendo en ámbitos como la capacidad, forma o efectos del matrimonio, el régimen de la filiación o el divorcio, se producen otros ámbitos nuevos de diversidad en cuestiones tales como el régimen e las uniones de hecho o los derechos matrimoniales y parentales de las parejas homosexuales.

<sup>31</sup> Más allá de esta precisión, las limitaciones contenidas en el art. 95.2º no presentan incidencia en el derecho privado (disposiciones fiscales, derechos sociales —no contractuales— de los trabajadores), al menos *stricto sensu*, al tratarse de cuestiones más cercanas al derecho público o administrativo. En este sentido, aunque sin reparar en el alcance de la libre circulación de personas en el ámbito del derecho de familia, vid. A. J. Engel, “Ein Europäisches...”, loc. cit., p. 126.

Lo mismo cabría decir del derecho sucesorio, respecto del cual la propia Comisión considera poco factible la unificación, y donde las diferencias culturales entre los Estados miembros son más agudas, si cabe, que en el derecho de familia. Baste pensar en la oposición de sistemas jurídicos que optan por un principio absoluto de libertad de testar, frente a lo que fundamentan el régimen de las sucesiones en una sólida defensa de las legítimas; resulta extraño, por tanto, que pueda reconocerse una creciente convergencia de los derechos sucesorios de los Estados miembros, por más que haya ciertas aproximaciones naturales, como la preferencia por los descendientes, la igualdad de los hijos ante la ley y la creciente exclusión de los parientes más lejanos.<sup>32</sup>

Cosa distinta es que la Comunidad pueda adoptar normas puntuales en relación con el régimen de transmisión o liquidación de sociedades que puedan afectar tangencialmente a las normas del derecho sucesorio o del derecho de familia, o que en el proceso de partición y administración de una herencia puedan existir normas contrarias a las libertades comunitarias (sentencia del TJCE, de 1 de julio de 1993, as. C-20/92: «Hubbard»).

En contrapartida, el art. 295 CE, al establecer que „*el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros*“, no puede interpretarse de forma extensiva, justificando la prohibición de una acción comunitaria relativa a la aproximación de legislaciones en el sector de los derechos reales,<sup>33</sup> toda vez que viene referida a la vertiente o trascendencia pública del régimen de propiedad, en concreto, a las condiciones de la expropiación y de otras limitaciones del derecho de propiedad por razones de utilidad pública.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Vid. el prudente análisis, no obstante la defensa de principios comunes y de una creciente aproximación, de A. Verbeke e Y. H. Leleu, “Harmonization of the Law of Succession in Europe”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 173-188; S. Cámara Lapuente, “Hacia un código civil europeo: ¿Quimera o realidad?”, *La Ley*, año XX, núm. 4748, de 5 de marzo de 1999, p. 3-4. Reconociendo la falta de competencia comunitaria en materia de sucesiones, W. Pintens aprecia un paulatino acercamiento de los sistemas europeos en aspectos claves como los derechos del cónyuge supérstite, los derechos de los hijos no matrimoniales y los herederos *ab intestato*, a nuestro juicio muy poco significativos en relación con las diferencias fundamentales existentes (cf. “Die Europäisierung des Erbrechts”, *ZEuP*, 2001/3, p. 628-648).

<sup>33</sup> Vid. en este sentido H. J. Sonnenberger, “Der Ruf...”, loc. cit., p. 986; A. Gambaro, “European Aspects of Property Law”, *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, p. 76.

<sup>34</sup> Algunos autores, no obstante, descartan el régimen de los derechos reales (cf. G. Alpa, “European...”, loc. cit., p. 236; H. J. Sonnenberger, “Der Ruf...”, loc. cit., p. 986).

Finalmente, parece descartada asimismo, salvo la necesidad de pequeños ajustes, una unificación del derecho procesal civil.<sup>35</sup> No está de más recordar que ya en la época del viejo *ius commune* regía la regla *lex fori regit processum*, que aún hoy se conserva de forma universal.<sup>36</sup> En la práctica, ello ha convertido al derecho procesal en una de las disciplinas menos “unificadas”, donde el juez nacional no aplica derecho extranjero,<sup>37</sup> lo que no impide cierta convergencia por la acción unilateral de los Estados, buscando a través del estudio comparado un sistema procesal más eficaz y con mayores garantías.<sup>38</sup> En contrapartida, el buen desarrollo del proceso ha impulsado desde siempre mecanismos de cooperación jurisdiccional que hoy son una realidad en el espacio europeo, merced al Convenio de Bruselas de 1968, y que justifica las acciones sobre derecho procesal civil internacional contempladas en el art. 65 CE.<sup>39</sup>

Se ha defendido, sin embargo, la necesidad de una acción unificadora en el ámbito del derecho procesal. Precisamente, se destaca que la falta de transparencia de los derechos procesales nacionales, el desigual coste de los procesos, la diversa eficacia de las técnicas procesales y los costes jurídicos y de información que derivan de dicha diversidad obstaculizan

<sup>35</sup> Vid. M. Storme, “Procedural Consequences of a Common Private Law for Europe”, *Towards a European Civil Code*, 1ª ed., Nimega, 1994, p. 83-95; K. Kerameus, “Procedural Implications of Civil Law Unification”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 121-132.

<sup>36</sup> A diferencia del derecho material, el derecho procesal ha contado con una solución conflictual o de derecho internacional privado universal. Vid. K. Kerameus, „Angleichung des Zivilprozeßrecht in Europa (einige grundlegende Aspekte)”, *Rebels Z.*, 2002, p. 3.

<sup>37</sup> Vid. M. Storme, “Procedural Consequences...”, loc. cit., p. 83.

<sup>38</sup> Sobre las influencias externas de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española, vid. V. Gimeno Sendra, “Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el derecho procesal europeo”, *La Ley*, año XX, n. 4734, de 15 de febrero de 1999, p. 1-3. W. Habschied cita como muestra de la convergencia de los sistemas procesales europeos una institución como la *Mareva Injunction*, que ha supuesto cierta europeización —tal vez habría que decir “continentalización”— del derecho inglés (vid. “Die Europäisierung des Zivilprozeß recht”, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, p. 544).

<sup>39</sup> Cuando se aborda el derecho procesal europeo, abundan las referencias al Convenio de Bruselas. Ciertamente, la idea de un derecho procesal europeo no tiene mucho que ver con la idea de un derecho procesal civil internacional europeo (más bien, derecho internacional privado europeo), por otra parte armonizado internamente en ciertos sectores (notificaciones, obtención de pruebas) y cuyo desarrollo comunitario ha sido notable en los últimos tiempos. Pero este derecho procesal civil internacional europeo no aporta apenas conceptos válidos para un derecho procesal material civil europeo, que evite los costes de transacción en la litigación transfronteriza, que es de lo que se trata, en esencia. Cf. F. Carpi, “Riflessioni sull’armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968”, *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, t. II, Milán, Giuffrè, 1994, p. 1.309-1.416.

de forma seria los intercambios intracomunitarios y la consecución de un mercado interior en buenas condiciones de funcionamiento.<sup>40</sup> Desde 1992, el grupo de trabajo presidido por M. Storme ha venido realizando estudios y propuestas dirigidas a la unificación del derecho procesal, e incluso ha elaborado un anteproyecto de directiva con catorce secciones y más de ciento sesenta artículos.<sup>41</sup> Desde este punto de partida ambicioso, que seguía los pasos de la Comisión Lando, los objetivos iniciales se han ido decantando, recortados por la mentalidad de la subsidiariedad, hacia fines más modestos. El Tratado de Ámsterdam (art. 65 c), no obstante, ha supuesto un reconocimiento expreso de la importancia de la armonización en el ámbito del derecho procesal civil, al contemplar, como una medida en el ámbito de la cooperación judicial en material civil “eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”.

Sin embargo, la acción sigue limitada por la vinculación funcional: “*en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*”; y el propio art. 65 c vuelve a decir: “*si fuera necesario*”. Hoy por hoy, parece claro que es posible la armonización de normas procesales, pero no resulta realista plantear, en el estado actual del derecho comunitario, la elaboración de una ley de enjuiciamiento civil europeo. La integración negativa ya había dado buenos ejemplos de la necesidad de modificar algunas instituciones de derecho procesal civil (caución de arraigo en juicio, medidas cautelares...) y existen directivas comunitarias con trascendencia procesal. Pero el principio de vinculación funcional, unido a los límites derivados del principio de proporcionalidad y subsidiariedad, hacen muy poco justificable una acción global en el ámbito del derecho procesal civil, que podría explicar una intervención negativa del TJCE acerca de su presunta base legal. Por otra parte, la propia experiencia española derivada de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2000 es un buen reflejo de las dificultades de toda índole —jurídicas, económicas, sociales y políticas— que encierra un proceso de revisión global. Si esto es así en el marco de un sistema nacional, podemos imaginar fácilmente la multiplicación de estos inconvenientes

<sup>40</sup> Vid. J. Normand, «Un droit judiciaire...», loc. cit., op. cit., p. 127-128; M. Storme, «Procedural...», loc. cit., op. cit., p. 84.

<sup>41</sup> Vid. un resumen sucinto del contenido del Proyecto y unas reflexiones sobre los puntos clave de una unificación europea del derecho procesal (oralidad, función social, eficiencia, etc.) en G. Verde, “Un processo comune per l’Europa”, *Europa e diritto privato*, 1999/1, p. 3-23, esp. 16-18 y 3-9, respectivamente.



en un marco supranacional con semejante grado de heterogeneidad en la construcción de sus respectivos derechos procesales.<sup>42</sup>

Los límites materiales reseñados constituyen en sí mismos un inconveniente notable a la elaboración de un código civil europeo. La sectorialización del código impide un verdadero sistema jurídico coherente, que exige una relación íntima entre obligaciones contractuales y no contractuales, derechos reales, derecho de familia y sucesiones, y sectores concretos del derecho procesal, penal, laboral, etc.<sup>43</sup>

Se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, la inconsecuencia de construir un derecho común de los contratos sin unificar el ámbito de los derechos reales, eje de cualquier sistema de derecho civil.<sup>44</sup> Las interconexiones entre el régimen de la propiedad con el régimen económico matrimonial, la sucesión por causa de muerte, el derecho de sociedades y, sobre todo, el régimen de los contratos, hace necesaria una unificación que diseñe un sistema de derecho patrimonial. Otro ejemplo viene servido por la necesidad de acompañar el derecho procesal al derecho material:<sup>45</sup> *ad. ex.*, una institución como la terminación del contrato puede concitar identidades sustanciales, pero graves diversidades formales o procesales en relación con la eventual intervención judicial para que sea efectiva la

<sup>42</sup> El derecho procesal, es algo evidente, no es un derecho puramente formal o adjetivo, sino sustancial y determinante del carácter de un sistema jurídico en su conjunto. Esta realidad, que exige un enfoque académico y científico, es puesta de relieve por C. H. Van Rhee, quien cita únicamente el caso alemán, si bien en España no hay duda alguna al respecto (cf. "Civil Procedure: a European *Ius Commune*", *ERPL*, 2000, p. 592). El autor citado estima, sin embargo, que la vinculación del derecho procesal a las raíces culturales es relativa en el ámbito procesal, sobre la base de la influencia romano-canónica, las influencias mutuas entre los sistemas, especialmente entre el *common law* y los sistemas romano-germánicos (ibíd., p. 598-605).

<sup>43</sup> En este sentido, vid. B. S. Markesinis, "Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity", *ERPL*, 1997, p. 519-524; S. Leible, "Die Mitteilung der Kommission...", loc. cit., p. 478; A. Furrer: "Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht"; "Communication on European Contract Law. Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_1.../academics\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_1.../academics_en.htm), p. 18-24.

<sup>44</sup> Vid. A. Gambaro, "European Aspects...", loc. cit., op. cit., p. 76. Así, la doctrina del enriquecimiento injusto constituye una parte esencial del derecho de obligaciones, cuya codificación requiere ineludiblemente una coordinación sistemática con las disposiciones sobre contratos y propiedad (vid. E. Clive, "Restitution and Unjustified Enrichment", *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 383-394).

<sup>45</sup> Con carácter general, vid. K. Kerameus, "Angleichung...", loc. cit., p. 1-17. Gráficamente, R. Bakker llega a afirmar que no vale de nada armonizar el derecho sustantivo si el operador se encuentra que un proceso sobre contratos dura siete años en Italia (vid. [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract-1.../academics\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract-1.../academics_en.htm)).

terminación por incumplimiento o ruptura del contrato.<sup>46</sup> Sin semejante alcance, un código civil europeo centrado únicamente en el sector contractual produciría inconvenientes muy similares a los que derivan actualmente del derecho privado comunitario fragmentario y puntillista.

En suma, un auténtico derecho privado europeo sólo podría construirse “desde arriba” sobre unos parámetros políticos y constitucionales distintos a los que proporciona el actual derecho comunitario, ajeno a las limitaciones materiales que derivan directamente del principio de vinculación funcional con el mercado interior, y que impiden, hoy por hoy, concebir un código civil europeo.

### *B) Límites espaciales*

Una segunda limitación tiene que ver con los límites espaciales del derecho privado europeo.<sup>47</sup> El funcionamiento del mercado interior sólo exige una aproximación de legislaciones relativa al régimen jurídico de las relaciones intracomunitarias, esto es, de las relaciones jurídicas, obligaciones o reales que presentan un carácter internacional y se vinculan con dos o más Estados miembros, pero no afecta propiamente a las situaciones puramente internas. Desde este punto de vista, aunque el derecho privado europeo pudiese tener un carácter material, y no puramente conflictual, no dejaría de ser un derecho internacional privado europeo, únicamente aplicable a situaciones heterogéneas, que dejaría intacto el régimen de las situaciones homogéneas o puramente internas.<sup>48</sup>

Ya se ha puesto de relieve que la diversidad de los derechos nacionales, por su actual o potencial virtualidad para falsear las condiciones de competencia en el mercado interior, no suministra un cheque en blanco para la armonización de los derechos nacionales con trascendencia tanto interna como intracomunitaria. El derecho privado comunitario ha producido un buen número de directivas cuya armonización legal afecta tanto a situaciones internas como intracomunitarias, pero también se ha aclarado la legitimidad de los sistemas nacionales para mantener una interpretación “nacional” para las situaciones puramente internas, excluidas de la tutela comunitaria, por más que el TJCE admita la posibilidad de regalar a los jueces nacionales una interpretación comunitaria de dichas normas.

A título de ejemplo, la sentencia del TJCE, de 17 de julio de 1997, as. C-28/95 *Leur-Bloem*, se enfrentó a la aplicación a una situación interna

<sup>46</sup> Vid. H. Beale, “Remedies: Termination”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 351-352.

<sup>47</sup> Vid. P. C. Müller-Graff, „Europäisches...“, loc. cit., p. 19.

de las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros. Al adaptar la Directiva controvertida, el legislador interno había decidido extender su régimen a las situaciones puramente internas. El TJCE señaló que “se ha declarado en repetidas ocasiones competente para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones comunitarias en situaciones en las que los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación del derecho comunitario [...]. Cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse [...]. Corresponde al derecho interno y, por consiguiente, a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, tener en cuenta los límites que el legislador nacional haya podido poner a la aplicación del derecho comunitario a situaciones puramente internas.”<sup>49</sup>

La elaboración de un código civil europeo con trascendencia tanto intracomunitaria como interna supondría *per se* una contradicción con los límites espaciales del derecho comunitario. La ausencia de base legal debe ponerse en estrecha relación con el contenido del término *mercado interior*, a cuyo buen funcionamiento se vincula la armonización de legislaciones. Las libertades que configuran dicho mercado no resultan directamente aplicables a situaciones puramente internas, ni a situaciones extracomunitarias. Dicho de otro modo, el derecho comunitario sólo habilita la unificación de los derechos nacionales, incluidas las situaciones internas, cuando la diversidad de legislaciones afecte de forma sensible a las condiciones de competencia del mercado y, por definición, excluye que cualquier diversidad jurídica pueda implicar esa disfunción del mercado

<sup>48</sup> Esta solución no sólo es propiciada por los límites constitucionales y el principio de subsidiariedad, sino que puede ser defendida desde puntos de vista pragmáticos y de respeto a la identidad cultural. Vid. U. Drobniç, “Scope...”, loc. cit., p. 491-492.

<sup>49</sup> Vid. el análisis de este y otros casos por H. J. de Kluiver, “Harmonisation of Law, Substantive Review and Abuse of Rights in the ECC - Some Observations from the perspective of EC Company Law”, *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeleglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 52-55.

interior. La actual jurisprudencia del TJCE, como se vio, exige una justificación o test puntual del impacto de la diversidad de legislaciones, para justificar la base legal de una directiva de armonización, especialmente cuando unifica los derechos nacionales en situaciones tanto internas como transfronterizas (la sentencia del TJCE, de 5 de octubre de 2000, as. C-376/98: Alemania/Parlamento y Consejo), jurisprudencia que viene a dar la razón a quienes han denunciado la extralimitación del propio derecho privado comunitario.<sup>50</sup> En consecuencia, un código civil europeo sería, por definición, no sólo contrario a los postulados competenciales del derecho comunitario, sino también a sus propios límites de aplicación espacial.

Por lo demás, las razones prácticas esgrimidas contra la propuesta de limitar el derecho privado europeo a situaciones intracomunitarias, especialmente defendida por U. Drobnič, Ch. von Bar o S. Leible, no son de recibo.<sup>51</sup> En concreto, es cierto que puede existir alguna dificultad a la hora de concretar qué tipo de situaciones internacionales deben ser consideradas intracomunitarias, pero no lo es menos que en modo alguno el derecho privado europeo puede tener un alcance universal. En el mejor de los casos, el derecho internacional privado, ya sea nacional o comunitario, tendrá que enfrentarse a situaciones extracomunitarias que no pueden quedar bajo la aplicación del derecho comunitario, con lo que el problema de la delimitación siempre existirá.

### C) *Límites personales*

Finalmente, aunque es una cuestión que suele ser omitida, es preciso recordar que las libertades vinculadas a la libre circulación de personas (libre circulación de trabajadores y libre prestación de servicios) contienen una limitación de su ámbito de aplicación de carácter personal o subjetivo, en la medida en que tales derechos únicamente se garantizan a los nacionales de los Estados miembros y no a los nacionales de terceros Estados. Frente a éstos, los Estados miembros tienen una competencia absoluta para determinar el régimen del derecho privado aplicable.

La libre circulación de personas, como elemento clave del mercado interior (art. 14.2 CE), se circunscribe a la libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros (art. 39 CE), así como al derecho de establecimiento y prestación de servicios de personas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro (art. 43 y 49), o, en el caso de las

<sup>50</sup> Vid. C. E. Hauschka, „Grundprobleme...“, loc. cit., p. 527-529.

<sup>51</sup> Vid. T. Koopmans, “Towards...” loc. cit., p. 543-544; M. J. Bonell, “The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law”, *ERPL*, 1997, p. 513-514.

personas jurídicas, que cumplan las condiciones previstas en el art. 48 CE. Esta delimitación del ámbito de aplicación de las libertades mencionadas —y, por tanto, también del alcance del “mercado interior”— sólo admite una excepción en el ámbito de la libre prestación de servicios, que puede ser extendida a los nacionales de terceros Estados.<sup>52</sup> Esto provoca que, por definición, las sociedades, los trabajadores o los prestadores y receptores de servicios nacionales de terceros Estados no puedan beneficiarse de las libertades de circulación personal que ofrece el mercado interior, y que el TJCE rechace inmiscuirse en las eventuales restricciones que puedan contener las legislaciones nacionales de derecho privado, al igual que ocurre con las situaciones puramente internas.

En conclusión, la vinculación al buen funcionamiento del mercado interior no justifica una normativa de derecho privado europeo relativa al tratamiento de las sociedades, los contratos de servicios o las relaciones laborales que en situaciones inicialmente intracomunitarias afecten a sociedades, trabajadores, prestadores o receptores de servicios con nacionalidad de un tercer Estado ni, por tanto, que los Estados miembros puedan prever un régimen diferencial de derecho privado para dichos supuestos o propicien una interpretación diferencial de normas inicialmente unificadas.

La consecuencia lógica de lo anterior es que un código civil europeo sin limitaciones personales tampoco se conforma con los principios que rigen en la actualidad el derecho comunitario y, en especial, con la vinculación funcional al mercado interior de las competencias sobre armonización de legislaciones. De ahí que el Reglamento «Bruselas II», amparándose como base legal en la necesidad de garantizar la libre circulación de personas, haya ido más lejos de lo necesario al incluir los derechos de nacionales de terceros Estados, vulnerando el principio de proporcionalidad.

### 3. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

Aunque resulte posible vincular la unificación del derecho privado, al menos parcialmente, con la eficiencia del mercado, la competencia de la Comunidad en base al art. 95 CE sólo resultara legítima si no conculca las limitaciones que derivan de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad contenidos en el art. 5 CE. La mayor parte de

<sup>52</sup> Aunque esta posibilidad es contemplada en el Tratado originario, sólo recientemente se han emprendido acciones para hacerla efectiva: Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se extiende la libre prestación de servicios transfronterizos a los nacionales de un tercer Estado establecidos dentro de la Comunidad (DOCE C 311, de 31 de octubre de 2000, p. 197).

los estudiosos estiman que ambos principios o, en todo caso, el principio de proporcionalidad, son obstáculos insalvables a la competencia de la Comunidad Europea para promulgar un código civil europeo e implican serias limitaciones en el contenido del derecho privado comunitario fragmentario.<sup>53</sup> De hecho, la propia Comisión estima que la unificación del DPE está mediatizada por ambos principios.<sup>54</sup>

### A) Principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad aparece recogido en el art. 5.II CE, y en principio resulta de aplicación a la aproximación de legislaciones, en la medida en que no implica una competencia exclusiva de la Comunidad. El principio de subsidiariedad, a menudo relacionado con el criterio de vincular al ciudadano comunitario con la institución más próxima o cercana, condiciona las competencias comunitarias a un test de eficacia,<sup>55</sup> en la medida en que los objetivos de la acción no puedan ser alcanzados de

<sup>53</sup> Así, N. Bernard: "The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity", *CMLR*, vol. 33, 1996, p. 640-641; S. Cámara Lapuente, "Hacia un Código...", loc. cit., p. 2; H. Collins, "European Private Law and the Cultural Identity of States", *ERPL*, 1995, p. 355; U. Drobnig, "Scope...", loc. cit., p. 492; W. F. Ebke, "Untern ehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union: Brauchen Wir ein European Law Institute?", *Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1999, p. 192; A. J. Engel, loc. cit., p. 127-131; M. Gebauer, *Grundfragen...*, op. cit., p. 97-99, 126-129 y 133-135; M. Franzen, op. cit., p. 57-62; W. Van Gerven, "Coherence...", loc. cit., p. 467; S. Grundmann, "EG-Richtlinie...", loc. cit., p. 275-277; H. Heiss, "Europäisches Vertragsrecht: *in statu nascendi*", *ZfRV*, 1995, p. 54; E. Hondius, "Towards...", loc. cit., p. 455; Id.: "Condizioni generali di contratto e calusele vessatorie: verso un codice civile europeo", *Quaderni di diritto privato europeo*, 1997/1, p. 44; S. Leible, op. cit., §10.III y IV; P. de Miguel Asensio: "Integración europea y Derecho internacional privado", *RDCE*, 1997/2, p. 422-423; P.C. Müller Graff, "EC Directives as a Means of Private Law Unification", *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, p. 73-74; Id.: "Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft", *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft* 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 61; O. Remien, "Illusion...", loc. cit., p. 281; Id., "Denationalisierung...", loc. cit., p. 125-126; F. Rittner, "Das Projekt eines Europäischen Privatrechtsgesetzbuches und die wirtschaftliche Praxis", *DB*, 1996, p. 25; N. Scanicchio, "Il diritto...", loc. cit., op. cit., p. 36; C. Schmid, "Anfänge...", loc. cit., p. 215; R. Schulze, "Le droit privé...", loc. cit., p. 29; K. Schurig, "Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?", *Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1999, p. 1092; J.H. Sonnenberger, "Der Ruf...", loc. cit., p. 988. Esta opinión es, asimismo, expresada por el gobierno del Reino Unido en su respuesta a las propuestas de la Comisión: [http://europa.eu.int/Comm/consumers/policy/developments/contract.../governments\\_en.htm](http://europa.eu.int/Comm/consumers/policy/developments/contract.../governments_en.htm).

<sup>54</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo (DOCE C 255, de 13.9.2001, p. 7, núm. 42-44).

<sup>55</sup> Que U. Mattei somete al análisis de costes propio del análisis económico del derecho, en relación con el Código Civil Europeo (vid. "A Transaction...", loc. cit., p. 537). De hecho, el principio de subsidiariedad se vincula al concepto de *competencia entre ordenamientos*, desde una perspectiva similar (cf. M. Zuleeg, "Rechtsangleichung...", loc. cit., p. 516).

forma suficiente o equiparable por los Estados miembros. Por definición, parece que la aproximación de legislaciones no es una competencia al alcance de los Estados miembros, por los propios límites de la soberanía legislativa de cada uno de ellos (test de dimensión).<sup>56</sup> Y aunque esta afirmación es susceptible de modulación, parece claro que una unificación del derecho privado sólo estaría al alcance de una intervención institucional, y, en cualquier caso, podría lograrse mejor desde esta sede.<sup>57</sup> Esta comprensión del principio de subsidiariedad atiende mejor a su razón última que una consideración mezquina y nacionalista como vía de escape o reducción de las acciones comunitarias.<sup>58</sup>

De hecho, buena parte de las directivas que contienen disposiciones de derecho privado justifican expresamente la acción sobre la base del principio de subsidiariedad.<sup>59</sup> Pero no es menos cierto que esas mismas directivas aducen el mismo principio para reducir su contenido a estándares mínimos de derechos, relegando buena parte de los matices y del desarrollo legislativo a la propia iniciativa de los Estados miembros.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Vid. José Martín y Pérez de Nanclares, “Las competencias comunitarias”, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, p. 20; Id.: “La incidencia del principio de subsidiariedad en el *modus operandi* de la Comunidad Europea”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1995, p. 95-125.

<sup>57</sup> Con razón, y refiriéndose a la unificación en el ámbito del derecho procesal, J. Normand critica el principio de subsidiariedad como límite a dicha unificación, señalando que “si una aproximación debe ser abordada por diecisiete derechos procesales, no cabe esperar que las iniciativas aisladas de cada uno de los Estados miembros, apoyadas en las enseñanzas de derecho comparado, les conduzcan, como por milagro, a una solución común” (vid. “Un droit judiciaire...”, loc. cit., op. cit., p. 131).

<sup>58</sup> Como señalan A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguera, “tampoco el principio de subsidiariedad tiene por qué ser un freno a la extensión de la competencia comunitaria sino el fundamento constitucional para ensanchar la acción comunitaria cada vez que la acción estatal sea insuficiente y la dimensión o los efectos pretendidos sólo puedan ser alcanzados mediante la acción comunitaria” (*Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, p. 328-329). Vid., en este sentido, M. Paz García Rubio, “Presente y futuro del derecho privado en el proceso de integración europea”, *XVI Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 241-243.

<sup>59</sup> A juicio de W.-H. Roth, el principio de subsidiariedad vendría a ser consustancial con la directiva como acto jurídico, en la medida que su misión es establecer fines comunes, procurando la armonización y no la unificación, con el objeto de minimizar los costes de la diversidad jurídica (vid. “Generalklauseln im Europäischen Privatrecht”, *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1998, p. 144). En sentido parecido, C. Armbrüster estima que el principio de subsidiariedad no limita las competencias comunitarias, pero sí el cauce normativo, resultando preferible la directiva al reglamento (vid. „Ein Schuldvertragsrecht für Europa? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach ‘Maastricht’“, *Rabels Z.*, 1996, p. 83-84).

<sup>60</sup> *Ad. ex.* en relación con las vicisitudes y limitaciones introducidas merced al principio de subsidiariedad en la Directiva 94/47 (*time sharing*) vid. S. Álvarez González, “Pasado,

Resulta, sin embargo, impresionante la unanimidad con que las propias instituciones comunitarias, a través de los considerandos de las directivas,<sup>61</sup> y la doctrina científica, coinciden en señalar al principio de subsidiariedad como el responsable de una política de aproximación de legislaciones prudente y comedida, en sus ámbitos y contenidos, y como la principal razón de la inconveniencia constitucional de un código civil europeo. A nuestro modo de ver, esto sólo se explica por la propia extralimitación de las directivas del derecho privado comunitario en su finalidad originaria, y por la creciente falta de fundamento de las bases legales para la armonización. Semejante desnaturalización ha acabado desvirtuando, asimismo, el sentido propio del principio de subsidiariedad.

En efecto, si una diversidad de legislaciones concreta es la causa de que se produzcan restricciones justificadas por parte de los derechos privados nacionales a alguna de las libertades que conforman el mercado interior, obstaculizando su buen funcionamiento, parece bastante evidente que cualquier test de eficiencia hace impensable la superación de dichas trabas a través de la acción unilateral de los Estados. La armonización, en tales casos, se abre como la única vía razonable. Aún más, cabría añadir que, una vez constatado el riesgo potencial y sensible de falseamiento de la competencia, los poderes atribuidos por el art. 95 CE a la Comunidad, en orden a la armonización de legislaciones, resultan por definición invulnerables al principio de subsidiariedad, pues, por principio, la unificación o la armonización es un objetivo alcanzable únicamente a través de una acción supranacional, esto es, comunitaria.<sup>62</sup>

Así parece entenderlo la sentencia del TJCE, de 9 de octubre de 2001, as. C-377/98: «Países Bajos / Parlamento y Consejo». Se alegaba el principio de subsidiariedad con el fin de atacar la base jurídica de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. El

presente y futuro del derecho internacional privado comunitario”, *Dereito*, vol. 5, 1996-1, p. 16. Vid. también, con carácter general, E. Hondius, “Condizioni...”, loc. cit., p. 44-45.

<sup>61</sup> Como indica C. W. A. Timmermans, es significativo que el propio I. Schwartz, durante mucho tiempo al servicio de la Comisión, haya señalado al principio de subsidiariedad como un límite significativo para la armonización comunitaria del derecho privado (cf. “Zur Entwicklung des europäischen Zivilrechts”, *ZEuP*, 1999/1, p. 4-5).

<sup>62</sup> En cierto modo, como señala P. C. Müller-Graff, una vez que queda clara la base legal y la necesidad de la acción de armonización, la Comunidad actuaría frente al principio de subsidiariedad de forma igual que en el ejercicio de una competencia exclusiva (vid. “EC-Directives...”, loc. cit., op. cit., p. 74). Sobre la ausencia de límites a la armonización derivados del principio de subsidiariedad *vid.* también A. J. Engel, “Ein Europäisches...”, loc. cit., p. 127-128; J. Basedow, “Un droit commun...”, loc. cit., p. 24-26.



TJCE interpretó el art. 5 CE, entendiendo que „el objetivo de la Directiva, que consiste en garantizar el buen funcionamiento del mercado interior evitando, e incluso eliminando, las divergencias entre las legislaciones y prácticas de los diferentes Estados miembros en el ámbito de las invenciones biotecnológicas, no hubiera podido alcanzarse mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros”.

La discusión no debe centrarse, a nuestro modo de ver, en un test de eficacia, puesto que la armonización por la vía unilateral de los Estados miembros, salvo que creamos en los milagros, no puede ser, en modo alguno, una medida de eficacia comparable a la acción institucional. El problema radica en determinar el grado de necesidad de dicha armonización, y en fijar un alcance y un contenido que no contradigan el principio de proporcionalidad.

### ***B) Principio de proporcionalidad***

Lacónicamente, el art. 5.III CE formula el principio de proporcionalidad, disponiendo que “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”. Frente a la unificación del derecho privado, el principio de proporcionalidad requiere un balance entre las necesidades y objetivos del mercado interior y el “daño” que dicha unificación puede infligir, particularmente a la identidad nacional de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.<sup>63</sup>

El principio de proporcionalidad es la verdadera razón de que el derecho privado comunitario haya limitado sus acciones a estándares mínimos de armonización, y explica la característica esencial que hace de un código civil una solución incompatible con el actual derecho comunitario: su desproporción.<sup>64</sup> Pero no debe olvidarse que el principio de proporcionalidad no sólo tiene un alcance correctivo, sino informador. De hecho, la justificación de la base legal de una acción armonizadora, y la demostración de la necesidad de la acción para el buen funcionamiento del mercado interior dan la medida de la necesidad de una medida

<sup>63</sup> Vid., en este sentido, aunque por referencia al principio de subsidiariedad, M. Bussani y U. Mattei, “The Common Core Approach to European Private Law”, *Columbia Journal of European Law*, 1997/98, vol. 3, p. 350; H. Collins, “European...”, loc. cit., p. 353; B. Grossfeld y K. Bilda, “Europäische Rechtsangleichung”, *ZfRV*, 1992/6, p. 431; M. Zuleeg, “Rechtsangleichung...”, loc. cit., p. 512. Centrados en el principio de proporcionalidad: M. Bangemann, “Privatrechtsangleichung...”, loc. cit., p. 369; A. J. Engel, «Ein Europäisches...», loc. cit., p. 129; A. V. M. Struycken, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *R. des C.*, t. 232 (1992-I), p. 281-282.

<sup>64</sup> C. Müller-Graff: “Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?”, *ZHR*, vol. 159, 1995, p. 71-72.

armonizadora y de su adecuación al principio de proporcionalidad.<sup>65</sup> Ahora bien, la medida de la acción, y el alcance del principio de proporcionalidad, depende de las consecuencias indirectas que la acción produce. Dicho de otro modo, una acción no es desproporcionada en sí misma si resulta inocua. Para rellenar de contenido el test de necesidad al que obliga el principio de proporcionalidad, es preciso contraponer los intereses de los Estados miembros que resultan perjudicados por la extralimitación o desproporción. Por ello, este principio levanta el telón de fondo axiológico que preside el escenario de un derecho privado europeo, a saber, la eventual contradicción con el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros.

El respeto a la “identidad jurídica” forma parte de un principio básico del Tratado de la Unión Europea (TUE) expresamente descrito en el art. 6.3 del TUE: “*La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros*”. El concepto de *identidad nacional* no se reduce a la identidad o soberanía “política”, a una simple evicción de los riesgos de identificar la Unión Europea con una forma de Estado federal. Su significado es más profundo y tiene que ver, sobre todo, con los rasgos de identidad cultural de los distintos Estados miembros. Y, entre ellos, se encuentra el derecho; singularmente, el derecho privado. Ahora bien, la oposición de la cultura jurídica nacional amparada en el principio contenido en el art. 6 del TUE frente a las competencias comunitarias vinculadas al mercado interior sólo desplegará una fuerza digna de ser considerada si se parte de la hipótesis de que existe una auténtica pluralidad de culturas jurídicas europeas en el ámbito del derecho privado. No creemos que los vanos intentos que tratan de justificar la pervivencia histórica del *ius commune* sean realistas, y apenas permiten sustentar cierto “academicismo universalista” nostálgico de épocas ya periclitadas. Al contrario, en la Europa comunitaria conviven cinco familias jurídicas características: romanista, germánica, escandinava, angloamericana y socialista.<sup>66</sup> Las cuatro primeras representan un peso específico en la Unión Europea, y la última, pese a cierta desnaturalización derivada de los avatares políticos más recientes, sigue presentando algunos perfiles propios y su incorporación a la Unión Europea es sólo una cuestión de pocos años. Sin entrar siquiera a valorar si dicha multiplicidad de identidades es un activo que merece ser conservado, lo cierto es que se encuentra jurídicamente protegida en el derecho europeo.

<sup>65</sup> Vid. M. Franzen, op. cit., p. 62-63.

<sup>66</sup> Tampoco existe unanimidad a la hora de adscribir los sistemas estatales a cada una de estas familias. El *common law* incluye sin duda a Inglaterra, Irlanda, Gales e Irlanda del Norte, aunque no a Escocia, al menos de forma pura, por su especial tributo a elementos

Tal vez las mayores divergencias puedan señalarse entre el *common* y el sistema romano-germánico. Desde un punto de vista histórico, no faltan las tesis que defienden la falsedad del tópico que asigna a cada uno de los modelos una tradición histórica divergente, por la escasa recepción en el *common law* de la tradición romano-canónica del *ius commune*.<sup>67</sup> En contraste con esta postura, las divergencias actuales entre el sistema romano-germánico y el *common law* han sido con frecuencia expuestas con la mayor radicalidad.<sup>68</sup> Pero es menester reconocer que,

romanistas. Los sistemas escandinavos (Suecia, Noruega, Finlandia y Dinamarca) suelen ser menos contestados. Francia, España, Bélgica y Luxemburgo suelen considerarse sistemas romanistas puros, al igual que Alemania, Suiza y Austria lo son germánicos. Sin embargo, Portugal, Italia, Grecia y Países Bajos, adscritos a menudo a la familia romanista, se orientan para muchos hacia un modelo más germanista, y alguno de ellos bebe en parte de la tradición del *common law* (vid. al respecto la clasificación de O. Remien, "Illusion...", loc. cit., p. 278). Algunas de estas familias presentan menos fisuras que otras. Así, la identidad de fuentes, lengua y enseñanza han sido elementos de cohesión en el *common law* y en el círculo escandinavo. En contrapartida, la familia germánica (Alemania, Austria y Suiza) presenta ciertas fisuras en dichos postulados, al igual que la romanista (cf. A. Flessner, "Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung", *Rabels Z.*, 1992, p. 244-248).

<sup>67</sup> R. Zimmermann ha combatido especialmente el mito del *common law*, defendiendo el carácter "europeo" del derecho inglés desde postulados históricos. Vid. "El carácter europeo del derecho inglés. Relaciones históricas entre *civil law* y *common law*", *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, 2000, p. 161-228 (original en alemán en *ZEuP*, 1993, p. 4 ss.); "El legado de Savigny", loc. cit., op. cit., p. 37-42 (original en alemán en *Juristische Blätter*, 1998/5, p. 273 ss.); "Roman Law and European Legal Unity", *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, p. 39-44; "Civil Code...", loc. cit., p. 87; "Historische Verbindungen zwischen *civil law* und *common law*", *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, p. 103-125. En esencia, R. Zimmermann estima que la recepción del derecho romano, desigual asimismo en otros territorios continentales, se produjo en las islas merced a la conquista normanda, a la influencia de autores como Bracton, Blackstone y Bircks, o de jueces como Hale, Holt o Mansfield, así como a la labor de instituciones como los Lords-Chancellors, Oxford y Cambridge, Doctor's Commons o la Court of Admiralty, la propia Iglesia y los comerciantes, sin despreciar las incidencias doctrinales de autores alemanes, holandeses o franceses. Vid. también K. Schurig, „Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?“, *Festschrift für Bernhard Gro feld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, p. 1.103-1.1.04; B. Markesinis, *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21th Century*, 1994; J. Gordley: "Common Law and civil Law: eine überholte Unterscheidung", *ZEuP*, 1993, p. 498 ss. En el ámbito del derecho procesal: M. Storme, „Das Proze recht in Europa: e Diversitas Unitas?“, *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1998, p. 188.

<sup>68</sup> Particularmente en los trabajos de P. Legrand. Vid. "Sens et non-sens d'un Code civil européen", *RIDC*, 1996/4, p. 779-812; "European Legal Systems are not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 52-81; "Against a European Civil Code", *The Modern Law Review*, vol. 60, 1997, p. 44-63; "Le primat de la culture", *Le droit privé européen* (dir. P. De Vareilles-Sommières), París, Economica, 1998, p. 1-19; "La leçon d'Apollinaire", *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, París, Economica, 2000, p. 37-56; "On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and

tal vez sin tal radicalidad, la opinión doctrinal dominante reconoce las diferencias entre ambos modelos como un inconveniente para la elaboración de un código civil europeo.<sup>69</sup> Es cierto que, en muchos sentidos, las diferencias entre el sistema romano-germánico y el *common law* han ido reduciéndose, y se observa una progresiva convergencia. En concreto, si el *common law* es, tendencialmente, un derecho cada vez más escrito, donde las fuentes legales crecen en cantidad e importancia, el sistema romano-germánico tiende, a su vez, a cierta descodificación y a orientarse hacia un derecho donde el desarrollo judicial desempeña un papel creciente.<sup>70</sup> En esta dirección, el derecho privado comunitario ha contribuido a una aproximación de los estilos jurídicos y de los métodos legales de ambos modelos, que algún autor ha resumido en una aproximación hacia la “jurisprudencia teleológica”.<sup>71</sup> Pero entre el *common law* y el sistema romano-germánico aún existen, efectivamente, singulares diferencias, que no se ciñen a la anécdota normativa, sino que trascienden a tradiciones diversas y concepciones y mentalidades dispares. Los ejemplos aportados para confirmar este aserto son muy numerosos y tienen que ver no sólo con algunos conceptos jurídicos básicos (derecho civil y mercantil, derecho público y privado, *actio in rem* y *actio in personam*, jurisdicción ordinaria y administrativa, derecho subjetivo, buena fe, obligación), sino también con los principios básicos que sustentan una determinada comprensión del derecho patrimonial y del derecho procesal. Tales barreras no siempre tienen que ver con las raíces históricas de cada sistema, sino también, en un sentido más amplio, con condicionantes sociológicos y económicos.<sup>72</sup> En realidad, es preciso

Unseasonable Observations”, *ERPL*, 2002/1, p. 61-76. Vid. también G. H. Samuel y J. G. J. Rinkes, “The English Law of Obligations”, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, p. 163-222; H.J. Sonnenberger, “Der Ruf...”, loc. cit., p. 989; R. Schulze, “Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht”, *ZEuP*, 1993, p. 448-449.

<sup>69</sup> Parafraseando a E. Hondius, “todo el mundo, quizás con la excepción de Zimmermann está convencido de que hay un mundo de diferencias entre estos dos sistemas legales” (vid. “Finding the Law and Harmonisation of Private Law in Europe”, *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden 1999, p. 396-397).

<sup>70</sup> Vid. en este sentido G. Alpa, “European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law’”, *ERPL*, 2000/2, p. 329-330; A. Chamboredon, “The Debate on a European Civil Code: For an Open texture”, *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 70-81.

<sup>71</sup> Vid. R. Bakker, “Europeanization of Law and Lawyers v. Nacional Provincialism in Legal Education”, *Legal Visions of the New Europe. Essays Celebrating the Century of the Faculty of Law. University of Liverpool*, Londres, 1993, p. 332-334.

<sup>72</sup> H. Kötz (“How to Achieve a Common European Private Law”, *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, p. 19-21) señala con acierto cómo las diferencias entre el derecho contractual inglés, el alemán, el francés o el australiano, se explican por la construcción jurisprudencial de una “teoría general”

reconocer que muchos defensores del derecho privado europeo plantean una propuesta de identificación entre el sistema romano-germánico y el *common law*, que parte del postulado o pretende el resultado de convertir el *common law* en sistema romano-germánico más que a la inversa.<sup>73</sup> Desde el continente, las divergencias entre el sistema romano-germánico y el *common law* se han minimizado con un talante muchas veces prepotente, que lleva acompañado un juicio implícito, o incluso explícito, sobre la presunta inferioridad del *common law*, impregnado de imperialismo cultural. Dicha actitud no hace presagiar nada bueno y, en todo caso, explica la reserva y justas cautelas con que autores como Legrand o Markesinis han defendido la idiosincrasia del sistema jurídico del *common law*.

Pero las diferencias existen asimismo entre los distintos sistemas continentales, por más que no sean tan irreductibles como las propias del *common law*. En buena medida, las divergencias presentan una raíz histórica, por el distinto grado que la recepción del derecho romano-canónico tuvo en los distintos territorios europeos continentales.<sup>74</sup>

sobre la base de los tipos de casos litigiosos que la jurisprudencia ha venido resolviendo. Así, puede decirse que el derecho contractual inglés, ciertamente el más cosmopolita, se ha decantado sobre una jurisprudencia que versa sobre grandes contratos, comúnmente internacionales; el derecho contractual alemán se erige sobre la práctica jurisprudencial referida a contratos de consumo; los modelos contractuales australiano y francés se asientan sobre el prototipo del contrato rústico, característico de una sociedad agraria. En suma, cada derecho contractual se construye preferentemente sobre el modelo de un mercado o sociedad de comerciantes (Inglaterra), consumidores (Alemania) o agricultores (Francia y Australia). De un modo muy parecido, G. Teubner ha mostrado cómo el concepto de *buena fe* alemán se encuentra íntimamente vinculado a una economía de mercado que denomina *business-coordinated*, que propicia la buena fe como móvil jurídico de la colaboración. En contrapartida, el modelo económico inglés no sería *business-coordinated*, ni precisaría una función del concepto de *buena fe* en consonancia, como demuestra el hecho, entre otros, de que las condiciones generales de la contratación no se conecten en modo alguno con el rol de las “asociaciones profesionales” (“Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying ends up in New Divergences”, *The Europeanisation of Law (The Legal Effects of European integration)*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 259-266).

<sup>73</sup> G. Betlem plantea abiertamente esta cuestión, al entender que el debate y el asunto más controvertido de la codificación del derecho privado europeo es la abolición efectiva de la tradición del *common law* en el Reino Unido e Irlanda (vid. “Liability for Damage to the Environment”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 473).

<sup>74</sup> A juicio de F. Ranieri, en los propios sistemas continentales, la diversificación en la recepción del derecho romano conllevó una diversidad de estilos en la práctica jurídica y en la enseñanza universitaria, causante, a la postre, de distintas mentalidades y graves riesgos de interpretación deforme del derecho uniforme (vid. “Juristische Arbeitsstile in historischem Vergleich: beschleunigende Faktoren oder hindernisse einer europäischen Rechtseinheit”, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, 1993, p. 59-68). Del mismo autor: „Alle origini del diritto civile europeo. Alcune osservazioni sui rapporti tra Pandettistica tedesca e civilistica italiana in tema di negozio giuridico“, *Europa e diritto privato*, vol. 3, 2000, p. 805-831.

Esta diversidad de influencias provoca que, incluso dentro de una misma familia jurídica, puedan oponerse principios tan opuestos como la abstracción y la causalidad de las obligaciones, que enfrentan, respectivamente, al sistema alemán con el austriaco. También justifica ciertas asociaciones entre familias jurídicas, ya señaladas en algunas coincidencias entre el *common law* y los sistemas escandinavos. Ejemplos de las divergencias entre los sistemas continentales pueden hallarse en todos los sectores del derecho privado. Al respecto, podríamos citar: la tensión entre abstracción y causalidad en las obligaciones contractuales, que justifica una función muy diversa de instituciones *cuasicontractuales* como el enriquecimiento sin causa; el concepto de *ilicitud* y el papel de la culpa en la caracterización de la responsabilidad no contractual por daños; el régimen de la transferencia de la propiedad o los principios básicos de las garantías mobiliarias (tipicidad, causalidad, publicidad, pacto comisorio, identificabilidad del bien) en el sector de los derechos reales. También el derecho procesal presenta evidentes variantes en el continente, a menudo dentro de un mismo Estado. Y los ejemplos podrían multiplicarse.

En la diversidad jurídica europea, uno de los aspectos más relevantes, con el que no se enfrentaba el *ius commune*, es la ausencia de una lengua común, que de por sí impide una única “precomprensión” e interpretación jurídica. Resulta más que dudoso que razones prácticas puedan sobreponerse a los valores de la diversidad lingüística, evidenciados en la cooficialidad en la Unión Europea de las distintas lenguas nacionales. La “babelización” de Europa y, por ende, de su derecho, es uno de los puntos calientes de los otros costes de la ampliación hacia países del este de Europa, que incorporarán nuevos territorios y ciudadanos, pero también otras lenguas y culturas.

Antes ya de los problemas de interpretación, la redacción multilingüe de un acto comunitario es fuente de numerosos problemas para los traductores, derivados de las diferencias de contenido de ciertos conceptos jurídicos, la existencia de conceptos jurídicos que no son conocidos en todos los Estados miembros, el empleo de categorías con diferentes niveles de abstracción según la lengua, o el uso de conceptos generales propios de unas lenguas que en otras se expresan a través de técnicas casuísticas.<sup>75</sup> No es raro que tanto el TJCE como los estudiosos se vean obligados con frecuencia a poner de relieve las divergencias y el distinto alcance que sugieren las distintas versiones idiomáticas, y que esta cuestión constituya

<sup>75</sup> Vid. el catálogo de problemas expuesto en G. Palmisciano y J. Christoffersen, «Aspects linguistiques de la communication juridique en Europe: pratique et problèmes des ‘juristes-reviseurs’ de la Commission des Communautés Européennes», *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 77

un epígrafe común en la ciencia jurídica sobre la interpretación de los convenios y del derecho comunitario. Finalmente, un mismo texto legal no sólo va a producir una interpretación distinta sobre la base de las variantes idiomáticas, sino, sobre todo, merced a la distinta mentalidad jurídica del intérprete, sin que el TJCE tenga ni capacidad ni aptitud suficiente para resolverlas a través de millares de cuestiones prejudiciales y conceptos indefectiblemente autónomos.

Aún así, para algunos autores, las diferencias culturales constituyen un argumento endeble, por más que representen el orgullo de cada sistema por sus “verdades”. Al menos en el ámbito contractual o patrimonial, se aduce que la cuestión no se centra en las “verdades” culturales, sino en las ideas económicas y políticas que son, en Europa, básicamente las mismas. Las diferencias axiológicas serían mínimas, para estos autores, por la identidad europea en los valores derivados de una sociedad cristiana y de una economía de mercado, y un nivel socioeconómico parejo.<sup>76</sup> La esencia cultural, por tanto, vendría a ser la misma. Si los objetivos de política económica coinciden, las diferencias formales o estéticas al diseñar las instituciones jurídicas no deberían constituir un obstáculo. El calado filosófico del postulado de la unidad ideológica europea es indudable. El argumento señalado viene a indicar que los valores de un derecho patrimonial europeo son compartidos y, por lo tanto, reflejan un pensamiento económico único. El hecho de que la Europa comunitaria participe de una constitución económica común o de un principio de libre mercado no justifica, a nuestro modo de ver, una unidad axiológica tras la diversidad cultural. Existen, sin duda, vías muy distintas de orientar un modelo político-social, como demuestran las propias tendencias políticas presentes en los Estados europeos. Y dichas diversidades ideológicas no sólo trascienden al ámbito del derecho de familia (matrimonio y adopción por parejas homosexuales) o del derecho penal (eutanasia), sino también a una determinada concepción del derecho patrimonial o fiscal, como mecanismos de redistribución de bienes, al derecho laboral o al derecho societario.<sup>77</sup> Así, la armonización del derecho europeo de sociedades enfrenta a dos grandes modelos ideológicos de concebir las relaciones económicas: uno, abiertamente neoliberal, representado por el modelo

<sup>76</sup> Cf. O. Lando, “Why Codify the European Law of Contract”, *ERPL*, 1997, p. 529-530; Id.: “Guest Editorial: European Contract Law after the Year 2000”, *CMLR*, 1998, p. 825; Id.: “The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*”, *Private Law in the International Arena - Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, TMC Asser Press, 2000, p. 394; Id.: “Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law”, *ERPL*, 2000, p. 65.

<sup>77</sup> En palabras de G. Teubner, “Los esfuerzos europeos hacia la armonización aún no han tenido en cuenta seriamente las “variantes del capitalismo”, la diferencia de los regímenes productivos (cf. “Legal Irritants...”, loc. cit., op. cit., p. 266).

anglosajón y la teoría de la constitución; el otro, más marcadamente social o intervencionista inspirado en la teoría de la sede.<sup>78</sup> La sensibilidad diversa con que cada sistema jurídico aborda la necesaria protección de los consumidores ha exigido construir las directivas que conforman el derecho privado comunitario del consumo sobre un acuerdo de mínimos, que habilite tales diferencias de criterios.<sup>79</sup> Pero estas diferencias axiológicas, relevantes incluso cuando incorporan puros matices, se presentan en cualquier ordenación jurídica de alcance patrimonial. En consecuencia, no conviene olvidar que, tras las divergencias de principios, existen también diferencias de valores y políticas y, sobre todo, una diferente percepción de la persona acerca de los valores y la moral en que se desenvuelve. Este contexto cultural desempeña una función esencial en la vida jurídica. H. Collins lo pone de relieve magistralmente acerca de las diferentes percepciones que existen en los diferentes Estados europeos acerca del margen de participación o juego de la jerarquía en las relaciones de los trabajadores y la dirección y gestión de una empresa.<sup>80</sup>

Por último, la unificación del derecho privado europeo desde arriba a través de la fórmula de un código civil europeo plantea en España problemas singulares, que no preocupan a alemanes, holandeses, franceses, italianos ni a otros juristas europeos, con la excepción nuevamente de los británicos.<sup>81</sup> En el ámbito del derecho civil, nuestro sistema jurídico, como demuestra el art. 149.1º.8ª CE, ha mantenido la diversidad cultural, coexistiendo en nuestro territorio distintos derechos civiles, forales o especiales. Ciertamente, la unificación europea significaría también una modificación de tales derechos, apenas afectada por los problemas competenciales. También resulta claro que la

<sup>78</sup> Vid. V. Neßler, „Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung – Stand und Perspektive des europäischen Gesellschaftsrecht“, *ZfRV*, 2000/1, p. 1 y 6.

<sup>79</sup> Vid. H. Collins, “European...”, *loc. cit.*, p. 364.

<sup>80</sup> Cf. H. Collins, “European...”, *loc. cit.*, p. 358-359. Señala además H. Collins que el siglo XIX, con sus postulados universalistas y conceptualistas y el desarrollo de la codificación, se produjo un divorcio entre el derecho y las prácticas y usos comerciales que sólo pudo ser recuperado en el siglo XX, en un arduo proceso de descodificación. En este sentido, el Código Civil Europeo vendría a suponer un nuevo distanciamiento entre la cultura económica oficial armonizada y la realidad social de las prácticas comerciales (*ibíd.*, p. 360-361).

<sup>81</sup> De hecho, a pesar de los millares de páginas dedicadas a la conveniencia o inconveniencia de un derecho privado europeo, apenas se encuentran referencias de autores alemanes, franceses, holandeses o italianos a esta palpable contradicción. K. Schurig, sin embargo, pone de manifiesto los problemas singulares que un derecho privado europeo unificado plantearía en un sistema jurídico con pluralidad de derechos civiles como el español (cf. “Europäisches...”, *loc. cit.*, p. 1097-1098). Tampoco se les escapa el alcance de esta cuestión a H.J. Sonnenberger (“Der Ruf...”, *loc. cit.*, p. 983); G. R. De Groot (“Auf dem Wege...”, *loc. cit.*, p. 623); o S. Leible (*op. cit.*, § 9.A.I.3).



diversidad jurídica de nuestro país no impide una base común del derecho patrimonial y mercantil. Pero, sin duda, la existencia de un código civil español único, con pretensiones globales, sería inconstitucional. Por añadidura, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha hecho sino impulsar el desarrollo de los distintos derechos civiles. A los efectos de la construcción de un derecho privado europeo, la diversidad jurídica intraestatal es un dato mucho más relevante que la concepción política del Estado, centralista o federalista. En este contexto, la idea de un código civil europeo sugiere, como bien indica S. Cámara Lapuente, un nuevo suplicio de Tántalo: “disgregación nacional *versus* armonización supranacional”.<sup>82</sup> Lo interesante de la contradicción no es únicamente el daño que se infligiría a un sistema de derecho privado tan peculiar como es el nuestro, obediente a unos valores de respeto a la diferencia que, a menudo, es glosado por nuestros colegas europeos en términos peyorativos, calificándolo de *atávico* o *prehistórico*. La realidad española demuestra que es posible un sistema jurídico económicamente eficiente y respetuoso al tiempo con las peculiaridades no sólo nacionales, sino locales. Al menos en España sabemos vivir con la complejidad, y lo mismo cabría decir del Reino Unido. En definitiva, nuestra identidad nacional sufriría doblemente con un código civil europeo.

#### 4. ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS

Finalmente, conviene reseñar que la competencia de la Comunidad Europea en orden a la unificación del derecho privado se ha fundamentado, generalmente como opción subsidiaria a la vía del art. 95 CE, en el art. 308 CE, que recoge la doctrina de los poderes implícitos.<sup>83</sup> Esta referencia al art. 308, que a veces se ha vinculado con la voz activa del principio de subsidiariedad, no resulta, en principio, de recibo. Si se admite que la unificación o aproximación de las legislaciones en materia de derecho privado es una acción o competencia comunitaria contemplada en el art. 95, no cabría el recurso a la doctrina de los poderes implícitos ni

<sup>82</sup> Cf. “Hacia un código civil europeo: ¿realidad o quimera?”, *La Ley*, año XX, núm. 4748, 5 de marzo de 1999, p. 5 (vid. también “Communication...”, loc. cit., p. 10). Para una opinión contraria, a favor de la compatibilidad entre derecho privado europeo y derecho catalán, cf. S. Espiau Espiau, “La codificación del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 14, 2000, p. 63-127, esp. p. 75.

<sup>83</sup> Vid. las consideraciones al respecto de M. Franzen, op. cit., p. 87-92; L. Idot, “Les bases...”, loc. cit., op. cit., p. 31; S. Leible, op. cit., §10.A.II.b; P. C. Müller-Graff, *Privatrecht...*, op. cit., p. 33; F. Rittner, “Das Projekt...”, loc. cit., p. 25; I. Maselis, “Legislative...”, p. 140.

al art. 308 CE, que sólo es de aplicación cuando la actuación comunitaria no se encuentra prevista.<sup>84</sup> No puede utilizarse el art. 308 como una vía de escape a las limitaciones competenciales previstas en el propio CE. Cosa distinta es que pueda recurrirse a él cuando la armonización de legislaciones es solo un efecto accesorio de la reglamentación, si ésta encuentra su base legal en alguna finalidad institucional para la que no existe una competencia prevista (*ad. ex.* sentencia del TJCE, de 18 de noviembre de 1999, as. C-209/97: Comisión/Consejo).

No falta, sin embargo, quien aporte argumentos que permitan defender una intervención complementaria del art. 308 CE, en base a una doctrina de los poderes implícitos *lato sensu*, pero tal vocación subsidiaria o complementaria no puede eludir los límites que derivan para la competencia prevista en el art. 95 tanto del principio de subsidiariedad (art. 5.II CE) como del principio de proporcionalidad (art. 5.III CE).<sup>85</sup> Incluso para algunos autores, inspirándose en la opinión del TJCE 2/94, de 28 de marzo de 1986, la imposición de un código civil europeo tendría una dimensión constitucional que excedería de los límites del art. 308 CE.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Vid. en este sentido A. J. Engel, "Ein Europäisches...", loc. cit., p. 123. En el mismo sentido, J. Basedow justifica únicamente la acción de esta vía competencial para la adopción, por ejemplo, de la reglamentación sobre la patente europea o la marca comunitaria que, de forma distinta a la aproximación de legislaciones, busca crear un nuevo instrumento jurídico propiamente comunitario, que resuelva incluso las dificultades con que se enfrenta la armonización de los derechos nacionales (vid. "Codification...", loc. cit., p. 44; Id.: «Un droit commun...», loc. cit., p. 21). Acerca de su utilidad en el DPE derivado vinculado al principio de igualdad de sexos, vid. M. Franzen, op. cit., p. 91-92.

<sup>85</sup> Sentencia del TJCE, de 26 de marzo de 1987, as. 45/86: Comisión/Consejo. Cf. con carácter general P. Andrés Sáenz de Santa María, J. A. González Vega y B. Fernández Pérez, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, p. 106 y 107. En relación con el derecho privado europeo: A. J. Engel, «Ein Europäisches...», loc. cit., p. 123; W. Van Gerven, «Coherence...», loc. cit., p. 468; L. Idot, «Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome)», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, p. 31; I. Maselis, «Legislative...», loc. cit., p. 140. No deja de ser cierto, sin embargo, que la doctrina de los poderes implícitos no sólo ha sido admitida *stricto sensu*, sino también *lato sensu*, permitiendo una ampliación y extensión de los medios para alcanzar acciones comunitarias expresa o implícitamente contempladas en el TCE, habilitando una intervención conjunta del art. 95 y del art. 308 del TCE (vid. R. Alonso García, *Derecho comunitario (sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 533-558; A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguera, *Instituciones...*, op. cit., p. 322-326).

<sup>86</sup> Cf. W. Van Gerven, «Coherence...», loc. cit., p. 468.

# LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (COMISIÓN LANDO) EN EL MARCO DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS \*

FERNANDO MARTÍNEZ SANZ

*Catedrático de Derecho Mercantil en la Universitat Jaume I*

## SUMARIO

---

I. ALGO SOBRE LA HISTORIA    II. OBJETIVOS    III. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA UNIFICACIÓN  
IV. MÉTODO DE TRABAJO    V. ASPECTOS TRATADOS    VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO    VII. REPERCUSIÓN EFECTIVA    VII. REPERCUSIÓN EFECTIVA

El objeto de las líneas que siguen es ofrecer al lector una breve aproximación al papel desempeñado por la Comisión de Derecho Contractual Europeo (Comisión Lando) en el marco del proceso de armonización del derecho de contratos.

## I. ALGO SOBRE LA HISTORIA

Sin duda alguna, el germen o embrión de lo que pudiera ser un futuro e hipotético derecho europeo unificado en materia de obligaciones y contratos —objetivo que hoy sinceramente puede considerarse realizable a medio plazo— ha de rastrearse en la *Commission on European Contract Law* (más conocida por el nombre de su presidente, el catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Copenhague, el profesor Ole Lando). Los orígenes de la misma se remontan a mediados de los años setenta, aunque no sería hasta 1980 cuando empezara a reunirse de una manera *oficial*, si es que esta palabra puede emplearse para calificar a la Comisión. En efecto, la Comisión de Derecho Contractual Europeo no pasa de ser un grupo privado de trabajo, una reunión de académicos

procedentes de los diversos Estados miembros de la Comunidad, aunque sin mandato representativo de ninguna clase.

La Comisión ha venido trabajando regularmente desde entonces hasta febrero de 2001, fecha en que quedaron formalmente terminados sus trabajos y disuelta la Comisión. La misma se ha estructurado, a lo largo de este tiempo, en tres fases o comisiones sucesivas, compuestas por miembros que han ido variando a lo largo de los años.<sup>1</sup> En concreto, y por lo que se refiere a la participación española, en la primera Comisión tomó parte el profesor Alberto Bercovitz; en la segunda, el profesor Pablo Salvador Coderch, y en la tercera, el autor de estas líneas.

En cuanto a la financiación con la que ha contado, en un principio se nutrió de algunos fondos de la Comisión Europea, así como de diversas entidades privadas. En su última fase (tercera Comisión) disfrutó de parte de la ayuda del generoso Premio Leibniz concedido a uno de sus miembros (el profesor Reinhard Zimmermann). Con todo, la financiación fue, especialmente en la última etapa, relativamente modesta. Incluso podría pensarse que radica ahí la decisión de dar por concluidos los trabajos de la Comisión. No lo creo. La Comisión, sencillamente, había llegado a su fin, ya eran bastantes las metas logradas, por lo que se pensó que era el momento de concluir y dar paso con ello a otras iniciativas más ambiciosas que se emprendieron sin solución de continuidad, como es el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo, al que pertenecen buena parte de los miembros de la Comisión Lando (aproximadamente dos tercios de los componentes de ésta forman parte también del *Study Group*).

## II. OBJETIVOS

A mi juicio, los fines u objetivos de la Comisión han de buscarse no tanto a corto plazo, cuanto a medio y largo plazo. Aunque en algún lugar de la introducción de los principios se llegue a mencionar,<sup>2</sup> lo cierto es que no puede pretenderse que la función básica de los mismos sea la de suministrar una “ley” inmediatamente aplicable a los contratos, por la que éstos hayan de regirse, como si de una ley nacional se tratase. De hecho, los principios acogen, en este sentido, una visión moderadamente realista y acaban reconociendo las dificultades existentes para alcanzar esa finalidad.

<sup>1</sup> Para una visión completa de los diversos miembros que han compuesto la Comisión (al menos, en sus dos primeras fases), véase O. Lando, en O. LANDO; H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Kluwer, The Hague, London, Boston, 2000, “Preface”, p. XI-XIII.

<sup>2</sup> Así, en O. LANDO; H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, cit., “Introduction”, p. XXIII-XXIV.

Por ello, adoptan conscientemente una postura algo más modesta. En efecto, si uno acude a la introducción de la versión publicada en lengua inglesa podrá apreciar cómo, entre las finalidades del Proyecto (en realidad, lo que da sentido a este ejercicio académico), figura la de tender puentes entre distintas culturas jurídicas y obtener una suerte de destilado o de “principios” o reglas comunes, a partir de los cuales pudiera seguir avanzándose en la unificación del derecho contractual europeo.<sup>3</sup> De lo que se trataba, en definitiva, era de encontrar reglas que fuesen al menos asumibles por todos: juristas latinos, germanos, británicos, escandinavos.

De modo más concreto, los principios se limitan, como *soft law* que son,<sup>4</sup> de una parte, a servir como modelo para los contratantes (o sus asesores), a la hora de afrontar la redacción de un contrato internacional, de forma que ésta pudiera hacerse de acuerdo con lo dispuesto en tales principios. De otro lado, los principios podrían ser de importante ayuda a los operadores del tráfico internacional, ya que podrían suministrar un cuerpo de normas sensatas sobre las que basar la resolución de conflictos que pudiesen plantear los contratos internacionales. Se piensa que, bajo fórmulas como los “principios internacionalmente aceptados en el comercio internacional”, la nueva *lex mercatoria* o expresiones similares incluidas en el contrato, las partes podrían dar entrada a estos principios a través de una cláusula compromisoria que someta a arbitraje de equidad la solución de las controversias.<sup>5</sup> Con ello se evitaría, además, tener que optar por la expresa elección en favor de la ley nacional de una de las partes contratantes, y se adoptaría, en su lugar, un marco de referencia en principio equidistante de ambas y poco sospechoso.<sup>6</sup>

Al margen de estos objetivos a corto plazo, desde siempre se entendió en el seno de la Comisión que la misma podría sentar las bases de una futura y eventual unificación —siquiera parcial— del derecho europeo de obligaciones y contratos.<sup>7</sup> De hecho, entiendo que ése es su principal

<sup>3</sup> Cfr. O. LANDO; H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, cit., “Introduction”, p. XXIV.

<sup>4</sup> E. ARROYO I AMAYUELAS; A. VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, *La Ley*, 14 de febrero de 2002, p. 1 ss., en p. 2.

<sup>5</sup> Así, O. LANDO; H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, cit., “Introduction”, p. XXIV.

<sup>6</sup> O. LANDO; H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, cit., “Introduction”, p. XXIV.

<sup>7</sup> Destaca, por encima de todos, este objetivo, C. CASTRONOVO, “Savigny i moderni e la codificazione europea”, *Europa e Diritto privato*, fasc. 2 (2001), p. 219 ss., *passim*, pero especialmente en p. 231 ss. En particular, el autor destaca la “evolución” que habrían sufrido los trabajos de la Comisión, desde la etapa inicial, hasta el momento final, en el que la idea de la unificación efectiva (si bien el autor lo refiere al Código) va tomando cada vez mayor presencia en el seno de la propia Comisión, y en su entorno.

aporte: facilitar la tarea de lo que luego sería el trabajo de otros grupos o comisiones. Ése y el de ser un importante modelo de política legislativa a la hora de afrontar reformas en el plano interno.

De hecho, la comparación entre los objetivos iniciales de la Comisión Lando (que podrían entenderse plasmados en la introducción a la que se ha aludido repetidamente) y la percepción de lo que dicha Comisión pudiera conseguir o haber conseguido, arrojan la impresión de una clara evolución hacia objetivos parcialmente distintos; o mejor dicho, se comprueba cómo ha ganado importancia, sobre los demás objetivos inicialmente previstos, el de suministrar la estructura originaria de un futuro código de obligaciones y contratos.<sup>8</sup> Y ello, como se ha dicho, no sólo por una apreciación más ponderada del trabajo ya realizado, sino también por el distinto comportamiento de la misma obra, que ha ido madurando con el paso del tiempo y a medida que ha ido progresando.<sup>9</sup>

### III. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA UNIFICACIÓN

El camino hasta llegar al día de hoy no ha sido fácil. En la actualidad, la armonización del derecho contractual europeo y la unificación o aproximación del derecho civil y mercantil son temas en boca de todos (baste pensar en el impulso que supusieron la Comunicación de la Comisión de 11 de julio de 2001,<sup>10</sup> y la [tercera] Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, sobre armonización del derecho privado de los Estados miembros; o el gran número de estudios que comienzan a aflorar sobre el tema),<sup>11</sup> pero no siempre ha sido así. Tradicionalmente, la unificación del derecho privado no ha pasado de ser, en nuestro país, un mero *desideratum*, y la labor de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos ha pasado, por decirlo en términos suaves, inadvertida para el jurista español (entiendo que aquí tenemos que entonar el *mea culpa* todos), quien se ha resistido a admitir que algo podía estar cambiando en el ámbito del derecho privado. Ello contrastaba con la situación que se vivía en otros Estados miembros de la Unión Europea,

<sup>8</sup> C. CASTRONOVO, "Savigny i moderni e la codificacione europea", p. 232.

<sup>9</sup> Correctamente, C. CASTRONOVO, "Savigny i moderni e la codificacione europea", p. 231.

<sup>10</sup> Comunicación de la Comisión Europea, de 11 de julio de 2001, al Consejo y al Parlamento europeo, sobre derecho contractual europeo (COM [2001] 398 final).

<sup>11</sup> Baste aquí con citar algunos de ellos: S. CÁMARA LAPUENTE, "Un código civil europeo: ¿realidad o quimera?", *La Ley*, 1999, p. 1668 ss.; E. ARROYO I AMAYUELAS; A. VAQUER ALOY "Un nuevo impulso para el derecho privado europeo", cit.; L. DÍEZ PICAZO; E. ROCA TRÍAS; A. M. MORALES, *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002.

donde la labor de la Comisión era conocida y apreciada por los sectores interesados.

Como se decía, esto parece estar afortunadamente cambiando. De una parte, surgen diversos estudios sobre la unificación en el ámbito europeo (lo que en sí mismo es una excelente noticia), y de otra, ya se cuenta con la traducción española del texto articulado de los principios,<sup>12</sup> y está a punto de aparecer publicada, a la hora de redactar estas líneas, la traducción completa en lengua castellana de los principios, con notas y comentarios.<sup>13</sup> Vendría a sumarse, así, a una ya considerable lista de traducciones de los principios fomentadas directamente por los mismos miembros de la Comisión.<sup>14</sup>

Como es bien sabido, no se trata del único intento de fomentar la aproximación de las legislaciones en este terreno. Ha de mencionarse, de una parte, a los Principios Unidroit, sobre los contratos comerciales internacionales, que coinciden con los de la Comisión Lando en algunas de sus soluciones (cosa nada extraña si se tiene en cuenta que una y otra Comisión han tenido miembros comunes). Con todo, tanto por sus planteamientos como por sus pretensiones se alejan en parte de los principios de derecho contractual europeo, puesto que éstos tratan de reflejar tan sólo lo que sería un *restatement* de derecho europeo,<sup>15</sup> en tanto que los Principios Unidroit tienen vocación universal o global, y son bastante más ambiciosos en su pretensión de constituir “ley aplicable” al contrato. Además, mientras que los Principios Unidroit aspiran a comprender todo el derecho contractual, los Principios Lando sólo abordan una parte (sin duda, la más importante) del mismo:<sup>16</sup> la parte general de los contratos y del derecho de las obligaciones, por entender

<sup>12</sup> Para ser más precisos, se cuenta con dos traducciones distintas, lo que sin duda demuestra el interés del tema (cosa muy positiva), pero también la falta de comunicación entre los privatistas españoles (lo cual ya no es tan positivo). Cfr., por el orden de su publicación, la traducción de P. Barrés Benlloch en R. SCHULZE; R. ZIMMERMANN, *Textos básicos de derecho privado europeo*, edición española a cargo de Esther Arroyo i Amayuelas, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 449 y ss.; y también la traducción contenida en L. DÍEZ PICAZO; E. ROCA TRÍAS; A. M. MORALES, *Los principios del derecho europeo de los contratos*, cit., p. 21 ss.

<sup>13</sup> M<sup>a</sup> P. BARRÉS BENLLOCH; J. M. EMBID IRUJO; F. MARTÍNEZ SANZ (coord.), *Principios de derecho contractual europeo. Los trabajos de la Comisión Lando*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003 (la traducción comprende las partes I y II).

<sup>14</sup> Salvo error u omisión, existen en la actualidad (por limitarnos a idiomas comunitarios) traducciones al francés, al alemán, al italiano, al portugués y, ahora, al español.

<sup>15</sup> Así, M. W. HESSELINK, *The Principles of European Contract Law: some choices made by the Lando Commission*, en M. W. HESSELINK; G. J. P. DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001, p. 7 ss., en p. 19.

<sup>16</sup> R. ZIMMERMANN, *Estudios de derecho privado europeo* (edición española a cargo de A. Vaquer), Madrid, 2000, p. 121.

que es ahí donde resulta posible alcanzar un mayor acuerdo en el terreno europeo, y por ser las materias que alcanzan mayor nivel de abstracción.<sup>17</sup>

Por ello, el paralelismo más bien ha de trazarse con otras iniciativas de ámbito europeo, como pueda ser el Grupo de Trento, dedicado al “núcleo común (*common core*) del derecho privado europeo” (que también resulta más amplio en sus planteamientos); o el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo (el último en surgir y que, como pone de relieve su propio título, persigue ambiciosas metas, y que vendría a erigirse —así lo hace públicamente— en sucesor natural de la Comisión Lando).<sup>18</sup> En fin, también podría mencionarse el proyecto de “Código Europeo de los Contratos”, obra del denominado Grupo de Pavía encabezado por el profesor Gandolfi, aunque, como se ha señalado, son algunas las diferencias que lo separan de las iniciativas anteriores.<sup>19</sup>

#### IV. MÉTODO DE TRABAJO

La Comisión ha seguido un método de trabajo que adoptaba, a grandes rasgos, las siguientes pautas. Cada uno de los temas abordados era analizado por un ponente, encargado de redactar un informe preliminar (*preliminary report*) sobre la cuestión, con una elevada carga de derecho comparado. Dicho informe era objeto de exposición y debate en una sesión plenaria, especialmente sobre la base de un informe elaborado por un contraponente.

A partir de aquí, y de la discusión subsiguiente, se elaboraba un primer borrador del texto articulado correspondiente a la cuestión debatida, tarea que se realizaba en la misma reunión plenaria y cuyos detalles se confiaban a un *drafting group* constituido *ad hoc* para la tarea, con el mandato expreso de pulir el lenguaje, sin alterar el sentido del texto acordado. Dicho grupo se reunía de manera paralela a la celebración de la sesión plenaria. El texto resultante de todo ello sería sometido a discusión, primero en el marco de una o varias sesiones reducidas, y, finalmente, en la siguiente sesión plenaria (se venía a celebrar una por año).

<sup>17</sup> C. CASTRONOVO, “Savigny i moderni e la codificacione europea”, p. 231.

<sup>18</sup> Véase, sin ir más lejos, la *Joint Response* de la Comisión de Derecho Contractual Europeo y del Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo de 18 de septiembre de 2001, y las razones que se exponen para la emisión de una respuesta conjunta por ambos grupos (p. 1); básicamente, el hecho de que dos partes de los miembros de la primera pertenezcan también al segundo grupo de estudio; o el hecho de que éste “esté trabajando a partir de los logros de la Comisión de Derecho contractual europeo y extendiendo su trabajo a otras áreas del derecho privado”.

<sup>19</sup> Así, E. ARROYO I AMAYUELAS; A. VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, cit., p. 2.



De esta forma se aprobaba la versión definitiva de los artículos (a salvo de detalles de redacción, que se encomendaba de nuevo al *drafting group*), y pasaba a formar parte del comentario y de las notas de derecho nacional el resultado de la ponencia y la contraponencia originales, si bien notablemente modificados a lo largo del procedimiento.<sup>20</sup>

## V. ASPECTOS TRATADOS

De esta forma se lograría el resultado actualmente existente, fruto de las tres comisiones, partes o fases en que se ha dividido el trabajo (como es bien sabido, hasta el momento se encuentran publicadas en lengua inglesa las dos primeras partes,<sup>21</sup> en tanto que se espera para el presente año 2003 la aparición de la tercera parte de los principios).

Como se decía, la obra que se obtiene recuerda en cierto modo lo que sería un *restatement*, siquiera parcial, de la parte general del derecho europeo en materia de contratos (al modo de los promovidos en los Estados Unidos por el American Law Institute a partir de 1932).<sup>22</sup>

Con todo, no pueden desconocerse las diferencias existentes en este terreno a uno y otro lado del Atlántico. Y ello porque los Estados miembros de la Unión Europea disponen de sus propios sistemas de reglas abstractas y codificadas en la materia (salvo el caso inglés e irlandés), en tanto que no puede decirse que exista un derecho de la Unión Europea, como tal, que deba ser recogido en un *restatement*,<sup>23</sup> por lo que la tarea de la Comisión Lando era, no tanto la de formular el derecho vigente, cuanto la de extraer o inducir, a partir de los diferentes sistemas jurídicos vigentes, una serie de reglas o normas comunes<sup>24</sup> (una suerte de “mínimo común denominador”, si se quiere, aunque, en sentido estricto tampoco sea del todo correcta la expresión, pues son bastantes las soluciones acogidas en los principios que no son conocidas en todos y cada uno de los ordenamientos nacionales).

En definitiva, podría afirmarse que, mientras que los *restatements* pretenden recoger y aclarar el derecho vigente en un momento concreto a

<sup>20</sup> Véase el desarrollo del procedimiento, por lo que respecta a la primera y a la segunda Comisión, en O. LANDO; H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, cit., “Preface”, p. XIV-XV.

<sup>21</sup> O. LANDO; H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Kluwer, The Hague, London, Boston, 2000.

<sup>22</sup> Por lo que se refiere a la materia que nos ocupa, el *American restatement of the Law of Contract* fue publicado en su segunda edición en 1981.

<sup>23</sup> C. CASTRONOVO, “Savigny i moderni e la codificacione europea”, cit., p. 233 s.

<sup>24</sup> M. W. HESSELINK, *The Principles of European Contract Law: Some Choices made by the Lando Commission*, cit., p. 19.

través de una serie de normas articuladas, los Principios Lando “aspiran en mayor medida a la unificación jurídica y, desde la perspectiva de los derechos nacionales, a una reforma o a una evolución jurídica”.<sup>25</sup> Lo que sí es cierto es que se trataba de alcanzar soluciones que, existentes o no en cada uno de los ordenamientos europeos, resultasen mínimamente aceptables para todos o la mayoría de ellos y que al mismo tiempo fuesen soluciones realistas para solventar los problemas.<sup>26</sup>

De modo más concreto, los principios (en su parte primera y segunda) abordan sucesivamente una serie de reglas generales (capítulo 1: aplicación de los principios, deber de actuar de buena fe, interpretación, deber de cooperar, etc.); conclusión de los contratos (capítulo 2: oferta y aceptación, condiciones no negociadas individualmente, negociación en contra de la buena fe, ruptura de la confidencialidad, entre otras); representación directa e indirecta (capítulo 3); validez e invalidez (capítulo 4); interpretación (capítulo 5); contenido y efectos del contrato (capítulo 6); cumplimiento del contrato (capítulo 7); incumplimiento del contrato (capítulo 8), y medios de tutela frente al incumplimiento: resolución, reducción del precio, indemnización de daños y perjuicios (capítulo 9).

La tercera y última parte de los principios (cuya publicación en lengua inglesa se espera para comienzos del presente año 2003) se ocupa de la pluralidad de partes en la relación obligatoria; de la cesión de créditos, asunción de deuda y cesión de contrato; de la compensación; del interés compuesto; de la condición; de los efectos de la ilegalidad, y de la prescripción.

En estas dos materias (esta última profundamente tratada por la Comisión Lando) es donde, tal vez, se aprecia una cierta evolución de la Comisión hacia objetivos parcialmente distintos de los inicialmente propuestos, al no vincularse de manera exclusiva con la materia propia

<sup>25</sup> R. ZIMMERMANN, *Estudios de derecho privado europeo*, cit., p. 116.

<sup>26</sup> A la necesidad de construir un puente entre el *Civil Law* y el *Common Law* se refiere expresamente la introducción de los principios (cfr. O. LANDO; H. BEALE [ed.], *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, cit., “Introduction”, p. xxii-xxiii). No obstante, también es cierto que probablemente se haya exagerado en ocasiones el alcance de las diferencias entre las soluciones alcanzadas en ambos bloques. Baste señalar que las diferencias en materia de buena fe (tradicionalmente puesto como ejemplo de un sector donde el derecho anglosajón y el europeo-continental divergen notablemente) no resultarían ser tan considerables como se cree. Resulta interesante comprobar cómo los resultados a los que llegan juristas de los quince Estados miembros enfrentados con casos en los que la buena fe estaba directamente involucrada, no diferían en exceso (cfr. R. ZIMMERMANN; S. WHITTAKER [ed.], *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 653 ff.).

de los contratos y las obligaciones.<sup>27</sup> En efecto, como se ha dicho, tanto una como otra casan mal con un planteamiento de los principios exclusivamente como normas que han de ser asumidas libremente por las partes sobre la base de la autonomía de la voluntad. Y es que resulta ciertamente improbable que un árbitro, y menos aún un juez, vaya a aplicar la normativa dispuesta en los principios para la prescripción en detrimento de las normas contenidas en la ley nacional que resultaría aplicable.<sup>28</sup> Y otro tanto cabe decir respecto de los artículos sobre los efectos de la ilegalidad o contrariedad con las normas imperativas (de los mismos principios), lo que no casa en un sistema inicialmente concebido como basado en la autonomía de la voluntad.<sup>29</sup>

El resultado de todo ello en su conjunto ha sido un texto articulado en el que han primado, sobre otros aspectos, la concisión, la claridad y la flexibilidad:<sup>30</sup> normas redactadas de manera sencilla, fácilmente comprensibles (a lo que sin duda ayudan los casos y ejemplos). Cada uno de los artículos se acompaña de un comentario explicativo (*comment*). Vendría a ser una “interpretación auténtica” de lo que quiso decirse en el texto del artículo. Resultan extremadamente útiles, por cuanto que algunas de las soluciones adoptadas en los artículos —aunque pretenden ser una suerte de “núcleo común” de las soluciones de derecho nacional— pueden resultar ajenas a algún ordenamiento en particular. En fin, al comentario le siguen las notas nacionales, en las que se recoge el estado de la cuestión en relación con la regla consagrada en cada uno de los artículos. Se trata, por tanto, de ofrecer el *background* o los antecedentes de derecho comparado.

En cuanto a las concretas fuentes en que se inspira, los principios se basan en sólidos y minuciosos trabajos de derecho comparado.<sup>31</sup> En efecto, bastantes de sus soluciones se fundamentan en normas concretas existentes en algunos de los Estados miembros; en otras ocasiones se ha buscado inspiración en textos de carácter internacional. En este sentido, y sobre todos, destaca la influencia ejercida por el Convenio de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Así, C. CASTRONOVO, “Savigny i moderni e la codificazione europea”, cit., p. 231 y p. 235 ss., para quien ello sería la prueba de que los Principios Lando habrían asumido una nueva “conciencia codificadora” de la que antes carecían.

<sup>28</sup> C. CASTRONOVO, “Savigny i moderni e la codificazione europea”, cit., p. 237.

<sup>29</sup> C. CASTRONOVO, “Savigny i moderni e la codificazione europea”, cit., p. 238.

<sup>30</sup> R. ZIMMERMANN, *Estudios de derecho privado europeo*, cit., p. 158.

<sup>31</sup> R. ZIMMERMANN, *Estudios de derecho privado europeo*, cit., p. 158.

<sup>32</sup> Influencia que reconocen expresamente los propios principios (O. LANDO; H. BEALE [ed.], *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, cit., “Introduction”, p. xxv).

## VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Como se dijo al comienzo, donde probablemente los Principios Lando puedan desplegar una función más destacada sea a medio y largo plazo. En efecto, con ejercicios como el llevado a cabo por la Comisión se estaría suministrando una valiosa herramienta para una eventual armonización europea en el plano de las obligaciones y contratos. Esta posibilidad, que hace no demasiado tiempo parecía una quimera (y que sin duda para muchos juristas sigue siéndolo), comienza a tomar cuerpo. No puede olvidarse, en este sentido, la importancia que revisten los últimos pronunciamientos de la Comisión Europea, en particular la comunicación de fecha 11 de julio de 2001, dirigida al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre derecho contractual europeo (COM [2001] 398 final).

Puede decirse que esta comunicación supone la primera toma de conciencia seria, por parte de la Comisión Europea, de la necesidad de plantear el problema de la eventual armonización, lo cual ya es bastante. En efecto, las esporádicas resoluciones del Parlamento Europeo (en 1989, 1994 o, más recientemente, en fecha 15 de noviembre de 2001) apelando a la necesidad de proceder a la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de obligaciones y contratos para proceder a la compleción del mercado único habían sido tradicionalmente desatendidas.

La comunicación de julio de 2001 supone, por ello, un intento serio de abrir el debate acerca de la necesidad o conveniencia de afrontar la referida armonización europea en materia de derecho de obligaciones y contratos, para lo cual sería necesario determinar si las actuales divergencias en los ordenamientos jurídicos dan lugar a problemas reales, o más concretamente, si esas diferencias “obstaculizan las transacciones transfronterizas o aumentan su coste”, problemas que debieran resolverse aproximando las legislaciones nacionales.

Es precisamente este debate el que puede decirse que actualmente está teniendo lugar. Baste mencionar, a título de ejemplo, el elevado número de respuestas que suscitó la comunicación de la Comisión entre los círculos interesados. Ya hubo ocasión de referirse a la respuesta conjunta, de 18 de septiembre de 2001, a cargo de la Comisión de Derecho Contractual Europeo y del Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo, pero la misma no fue sino uno más —ciertamente, el más completo— de los cerca de ochenta comentarios y respuestas que recibió la comunicación.<sup>33</sup>

En el caso de que se apreciara que, efectivamente existen problemas, incoherencias valorativas o disfunciones en las transacciones, que

<sup>33</sup> Cfr. E. ARROYO I AMAYUELAS; A. VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, cit., p. 3.

obstaculicen el funcionamiento del mercado interior, la Comisión planteaba una cuestión ulterior, a saber: ¿cómo proceder a solucionarlas? A este respecto, y más que avanzar una solución de manera categórica, formulaba varias alternativas, y buscaba obtener *feedback* por parte de los círculos interesados:

a) la inhibición de la Comisión, y dejar que sea el mercado el que resuelva los problemas;

b) mejorar la calidad de la legislación comunitaria ya en vigor (algo en lo que, ciertamente, todos coinciden, si bien ha de considerarse más bien como una opción situada en un plano distinto al de las restantes ofrecidas por la Comisión, pues resulta conveniente y necesario, cualquiera que sea la opción elegida);<sup>34</sup>

c) adoptar nueva legislación exhaustiva de ámbito comunitario en materia de derecho contractual (a su vez, con varias subalternativas, que incluyeran nuevos instrumentos normativos);

d) o también —y ésta es otra de las opciones que propone la Comisión— “fomentar la definición de principios comunes de derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales”. De forma implícita pero muy clara, la Comisión alude a iniciativas como la de los Principios Lando cuando afirma que: “Podría utilizarse y desarrollarse la labor realizada en esta área, incluidos los resultados de los estudios académicos y las conclusiones extraídas en los foros académicos internacionales”, y propone la institucionalización de esta colaboración.

Expresamente se reconoce por la Comisión que “estos debates podrían desembocar en la elaboración de una serie de principios comunes, directrices o códigos de conducta específicos para determinados tipos de contratos”, cuya fuerza de obligar radicaría esencialmente —al menos en una primera fase— en la voluntad de las partes, y que podrían ser utilizados como modelo a la hora de promulgar nueva legislación.

Los principios comunes —sigue diciendo la Comisión— podrían ser de utilidad a las partes contratantes en la fase de redacción de nuevos contratos y para la ejecución de los contratos. También podrían ser útiles para los tribunales e instancias arbitrales nacionales que tengan que decidir sobre cuestiones jurídicas que no estén cubiertas por normas nacionales vinculantes o respecto a los cuales no exista ninguna disposición legislativa. Los tribunales o las instancias arbitrales sabrían que los principios aplicados constituyen la solución común a todos los sistemas nacionales de derecho contractual de la CE.

Es obvio que cuando la Comisión Europea se refiere a la elaboración de *restatements* o principios comunes está teniendo muy en cuenta los

<sup>34</sup> Así, la Respuesta Conjunta de la Comisión Lando y el *Study Group*, p. 20.

objetivos que se proponía la Comisión Lando (pues incluso coinciden en su práctica totalidad los fines que se dice podrían cumplir tales *restatements*). De hecho, puede afirmarse que, así como la posibilidad de contar con un Código Civil europeo sigue tropezando con numerosos obstáculos de toda índole (de tipo político, de competencia de la Unión Europea,<sup>35</sup> por citar tan sólo algunos),<sup>36</sup> la unificación del derecho contractual por la vía de los *restatements* sí aparece, hoy en día, como una posibilidad más realista.<sup>37</sup> Y en este marco es indudable la importancia que revisten los Principios Lando como base a partir de la cual trabajar.

De hecho, esta opción de ahondar en la elaboración de *restatements* es la que se estima como preferente en la Respuesta Conjunta de la Comisión Lando y el Study Group<sup>38</sup> (donde se renuncia incluso, de momento, a la idea de intentar aprobar un texto codificado de carácter vinculante,<sup>39</sup> y se opta en su lugar por enfatizar la elaboración de principios comunes). También el Parlamento Europeo, en su Resolución de 15 de noviembre de 2001, apuesta decididamente por esta vía, cuando omite de manera expresa aludir a la palabra *código* para referirse al instrumento que haya de lograr la armonización en la materia, y en su lugar habla de la necesidad de elaborar un “corpus de reglas” sobre el derecho contractual de la Unión Europea, y establece para ello una fecha: a partir del 2010 (es

<sup>35</sup> Este último argumento (tradicionalmente destacado por autores como Van Gerven) cobra cada vez mayor fuerza. Véase, por citar opiniones recientes, las de E. ARROYO I AMAYUELAS; A. VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, cit., p. 5, entre nosotros, o S. LEIBLE, “Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht-Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?”, *EWS* 10/2001, p. 471 ss., en p. 479, donde pone de relieve la insuficiente base que suministran cualquiera de los arts 65, 95 o 308 del TCE para llevar a cabo la aprobación de un código civil europeo, si bien no deja de afirmar que, de existir la voluntad política, sin duda se pondrían los medios para lograr el fin. Una opinión hasta cierto punto similar expresa E. ARROYO en el “Estudio preliminar” a R. SCHULZE; R. ZIMMERMANN, *Textos básicos de derecho privado europeo*, cit., p.55.

<sup>36</sup> Más optimista se muestra C. CASTRONOVO, “Savigny i moderni e la codificazione europea”, cit., *passim*, quien construye su trabajo, de una parte sobre la hipótesis de que la Comisión Lando habría evolucionado desde la idea del *restatement* o simple búsqueda de principios comunes, con fines muy modestos, basado en la asunción por los particulares, a una clara conciencia codificadora, tanto por su forma como por sus objetivos (así, por ejemplo, p. 231-232); de otra, que el ideal codificador, lejos de estar superado, habría tan sólo mutado sus presupuestos: no se trataría de un código en sentido decimonónico, sino un código de nuevo cuño para una nueva realidad política: la Unión Europea (así, por ejemplo, p. 222).

<sup>37</sup> Cfr., en la doctrina, la opinión favorable a tal solución, entre otros, de S. LEIBLE, Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht-Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?, p. 477-478.

<sup>38</sup> Así, Respuesta Conjunta de la Comisión Lando y el Study Group, p. 27 ss.

<sup>39</sup> Respuesta Conjunta de la Comisión Lando y el Study Group, p. 39.

decir, se inclina más bien por la elaboración de principios de asunción, en principio, voluntaria).

## VII. REPERCUSIÓN EFECTIVA

Sin duda alguna, el trabajo de la Comisión resultó ser un ejercicio académico enormemente estimulante, siendo el producto obtenido, a mi juicio, de una muy elevada calidad. En efecto, no cabe poner en cuestión que se contienen en él interesantes propuestas, y que los principios comienzan a tener influencia efectiva sobre el derecho europeo de obligaciones. No se trata sólo de que expresamente se tomen en cuenta, como se ha visto, como una de las alternativas más viables para profundizar en la unificación del derecho privado europeo; o que sus soluciones se adopten como base por el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo —que suele tomar las soluciones alcanzadas en los Principios Lando como *res certae*, más que como soluciones abiertas otra vez a la discusión. Es que, por encima de ello, algunas de sus soluciones han sido ya incorporadas en las últimas reformas legislativas (que era otra de las finalidades expresamente perseguidas).

Sirva para ilustrarlo algún ejemplo. La importante reforma alemana del derecho de obligaciones, que ha entrado en vigor en enero de este mismo año,<sup>40</sup> ha tenido como causa básica la necesidad de incorporar al ordenamiento alemán la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Sin embargo, la ocasión ha sido aprovechada para reformar en profundidad diversos aspectos cruciales del derecho de obligaciones (no sólo la compraventa) contenido en el BGB. Pues bien, en alguna de las normas modificadas se incorporan soluciones adoptadas expresamente en los Principios Lando. Así, por ejemplo, se añade un importante límite al ejercicio por el acreedor de su facultad de exigir la resolución y/o reclamar indemnización en los casos de cumplimiento defectuoso o retraso, toda vez que deberá previamente conceder al deudor una “segunda oportunidad” de efectuar un cumplimiento conforme (y el deudor tiene un derecho a que se le conceda esa segunda oportunidad). Se trata de normas especialmente pensadas para la compraventa, pero que se generalizan al derecho de obligaciones (§ 281.1 BGB). Pues bien, soluciones hasta cierto punto parecidas se contemplan también en los principios de derecho contractual europeo (arts 8:104 y 8:106).

<sup>40</sup> Sobre la misma puede verse el trabajo de Ulrich Magnus en este mismo volumen.

En los principios se contienen muchos otros ejemplos de normas relevantes. Piénsese en la obligación que se impone expresamente a las partes del contrato de “negociar” la modificación del mismo cuando un cambio en las circunstancias convierta la ejecución del contrato en excesivamente onerosa (art. 6:111); o una útil norma en materia de interpretación de aquellos contratos —que pueden darse en alguna ocasión— redactados en dos idiomas distintos, cuando ninguna de las versiones resulte ser oficial (*authoritative*): en tales casos, prevalece la versión en que el contrato fuese inicialmente redactado (art.5:107). O también, en el sugestivo régimen sobre cesión de derechos y sobre prescripción de acciones que se contiene en la tercera parte de los trabajos de la Comisión (aún no publicada).

En definitiva, se trata de normas que suministran un modelo asumible (o, al menos, digno de ser tenido en cuenta) con ocasión de una eventual labor de actualización del derecho de obligaciones y contratos, que es, precisamente, uno de los objetivos que se planteaban los Principios Lando.<sup>41</sup> A mi juicio, y tal y como se ha hecho en Alemania, podría ser aprovechada la necesidad de incorporar la ya mencionada Directiva de Garantías (de 1999) al ordenamiento español, para acometer una reforma —siquiera parcial— de mayor calado en el derecho de contratos. Sin embargo, no parece ser ésta la vía que finalmente seguirá el legislador.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> O. LANDO; H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, cit., “Introduction”, p. XXIV.

<sup>42</sup> El Proyecto de Ley de garantías en la venta de bienes de consumo (BOCG de 31 de octubre de 2002) se limita exclusivamente a la incorporación de la Directiva 1999/44/CE, introduciendo las modificaciones estrictamente necesarias en el resto del ordenamiento, y conteniendo una disposición derogatoria genérica, en cuya virtud “quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en esta Ley”.



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



## 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.<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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 Momsen, 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.

# ADAPTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL AL DERECHO EUROPEO: LA COMPRAVENTA\*

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

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

## SUMARIO:

---

I. INTRODUCCIÓN II. ENCUADRE DOGMÁTICO DE LA DIRECTIVA 1999/44 III. LA EXIGENCIA DE CONFORMIDAD IV. LA SUPERACIÓN DEL SISTEMA CODIFICADO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS: RAZONES TEÓRICAS, RAZONES PRÁCTICAS A. Razones históricas que justifican la existencia del sistema especial de responsabilidad del saneamiento B. Claves dogmáticas de la contraposición entre saneamiento e incumplimiento: la transformación del concepto de objeto V. EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/44/CE A LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS A. Generalización del sistema de la Directiva a todas las ventas, a través de la reforma del Código 1. Alemania 2. Austria 3. Francia 3. Holanda B. Creación de un régimen especial para las ventas a consumidores dentro el Código civil 1. Italia 2. Bélgica C. Incorporación mediante una ley especial 1. Portugal 2. España VI. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL SISTEMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROBLEMAS DE CONCURRENCIA DE REMEDIOS VII. LA REFORMA DEL CC A. Aspectos generales 1. La noción de compraventa 2. Una nueva regulación del problema del riesgo 3. Imposibilidad inicial (art. 1460 CC) 4. Supresión de la obligación de saneamiento 5. Mantenimiento de los preceptos que regulan las formas de entrega 6. Gastos de transporte 7. Estado en que debe ser entregada la cosa y atribución de sus frutos 8. Tratamiento de las diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles B. Falta de conformidad 1. La exigencia de conformidad 2. Determinación del momento en el que la cosa debe ser conforme al contrato 3. Los criterios de conformidad 4. Límites de la vinculación por declaraciones públicas 5. Entrega de cosa diferente o en cantidad inferior a la debida 6. Conocimiento de la falta de conformidad por el comprador 7. Incorrecta instalación del bien 8. La garantía convencional 9. Los remedios de la falta de conformidad 10. La pretensión de cumplimiento 11. Derecho a resolver el contrato o a obtener una rebaja del precio 12. Carga de denunciar la falta de conformidad 13. Prescripción C. Derechos de tercero 1. Delimitación del supuesto 2. Remedios del comprador 3. La llamada en garantía 4. Obligación de denuncia 5. Prescripción VIII. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA BIBLIOGRAFÍA

\* Este trabajo se incluye en el Proyecto de Investigación, "Hacia la unificación europea del Derecho de obligaciones" (BJU 2002-02356) financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación).

## I. INTRODUCCIÓN

La incorporación a los derechos continentales europeos de la Directiva 1999/44/CE, [en adelante la Directiva] del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999,<sup>1</sup> sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo,<sup>2</sup> ha planteado mayores problemas que la de las otras. Esta Directiva, en buena medida, no se ajusta al sistema bajo el cual los códigos civiles continentales regulan el problema de la falta de conformidad del objeto vendido.

En la Directiva es preciso diferenciar dos aspectos: (a) por un lado, las particularidades que introduce en la protección del comprador, en las compraventas de bienes de consumo; por otro, (b) el sistema dogmático que utiliza: su modo de entender la vinculación contractual, de concebir el incumplimiento y de articular el sistema de remedios por consecuencia del mismo; se diferencia del tradicional, utilizado por los códigos civiles continentales, entre los cuales se sitúa el español. Ahí está, precisamente, la causa de las mayores dificultades que presenta su transposición.

Hay dos maneras de realizarla. Una consiste en incorporarla, sin más, bien a través de una ley especial o en el propio CC, como una especialidad del régimen de las ventas a consumidores. Otra, de más calado, implica acometer la tarea de reformar, parcialmente, el régimen codificado de la compraventa civil, al menos, en lo que al saneamiento por vicios se refiere, para adaptarlo al sistema dogmático que utiliza la Directiva.

Si nos limitáramos a transponer la Directiva, sin más, sin acometer esa reforma del Código civil, podría darse por cumplido el mandato de la Unión Europea, pero se produciría una consecuencia anómala dentro del Ordenamiento receptor: Se habría generado un régimen especial, para las ventas a consumidores, cuya especialidad, en buena medida, carecería de justificación. Porque la especialidad de ese régimen no es consecuencia de la exigencia de proteger al comprador, consumidor, frente al resto de los compradores, sino del hecho de que la norma especial, en lo que se refiere al defectuoso cumplimiento y a la responsabilidad derivada del mismo, utiliza un sistema dogmático diferente del general del Código y presenta como especial lo que en realidad no es. Se crearía una especialidad injustificada que habría de atomizar innecesariamente el Ordenamiento. Y ese régimen especial tendría que desarrollar sus huecos sin conexión con el general.

<sup>1</sup> Diario Oficial n. L 171 de 07/07/1999, pp. 12 – 16.

<sup>2</sup> *“La presente Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo, con el fin de garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior”*

## II. ENCUADRE DOGMÁTICO DE LA DIRECTIVA 1999/44

No pretendo ocuparme con detalle de las particularidades de la Directiva, sino realizar su encuadre dogmático dentro del sistema codificado, para poner de manifiesto los problemas que plantea su incorporación a nuestro Ordenamiento y a otros Ordenamientos europeos continentales.

Todo su contenido podemos agruparlo en torno a dos núcleos normativos básicos. El primero es, la exigencia de conformidad; el segundo, el sistema de remedios que articula para el caso de que dicha exigencia no se cumpla por el vendedor. Conformidad significa que la cosa entregada por éste ha de adecuarse a las exigencias cualitativas y cuantitativas que el contrato le impone. Tal exigencia obligacional determina que la entrega de una cosa no conforme constituya incumplimiento de una de las obligaciones del vendedor. Y ese incumplimiento (como cualquier incumplimiento, ya que la Directiva parte de un régimen unitario de responsabilidad contractual) pone en manos del comprador un sistema de remedios, que no es otro que el general, de las obligaciones sinalagmáticas, adaptado a la compraventa.

La particularidad de la Directiva, frente al sistema codificado, reside precisamente ahí: en que la falta de conformidad de la cosa constituye incumplimiento del contrato por el vendedor, y en que a tal incumplimiento se aplican los remedios del incumplimiento, adaptados a la compraventa.

La diferencia entre el sistema de responsabilidad de la Directiva y el del Código civil, como ya he señalado, no es la consecuencia necesaria de la especialidad propia de las ventas de consumo, sino de la desactualización de los Códigos civiles en este punto<sup>3</sup>. El sistema de protección del comprador por defectos de la cosa, o falta de conformidad, tanto en el Código civil español, como en el resto de los Códigos europeos del siglo XIX, caracterizado por ser un régimen especial de responsabilidad, ha sido superado a finales del siglo XX, por ese nuevo sistema que refleja la Directiva. El nuevo sistema se ha perfilado en la elaboración de normas de derecho uniforme, concretamente de la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, de las Naciones Unidas, sobre los contratos de venta internacional de mercaderías (en adelante: CISG), ratificada por casi

<sup>3</sup> A favor de un modelo unitario de responsabilidad en el que se contemple un sistema articulado de remedios o medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento del deudor PANTALEÓN, ADC, 1993, pp. 1720 y 1721. Referido al supuesto de insatisfacción del adquirente por anomalías en la cosa, MORALES MORENO, ADC 1983, pp. 1530 y 1538.

todos los países europeos, entre ellos España. Y se viene aplicando, en buena medida, en la práctica de los tribunales.<sup>4</sup>

### III. LA EXIGENCIA DE CONFORMIDAD

En la Directiva podemos leer: “*El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa*” (art. 2. 1).

En la Exposición de Motivos se indica que el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales. Tal afirmación merece alguna observación.

Si nos atenemos a la regulación de los Códigos continentales, no puede afirmarse, rigurosamente, que el principio de conformidad esté plasmado en ellos en los mismos términos que en la Directiva 1999/44 CE. Lo que en ellos corresponde a tal principio es el régimen del saneamiento por vicios ocultos, y este régimen no coincide con el de la conformidad, ni en su naturaleza, ni en sus efectos. Se diferencia en su naturaleza jurídica: en los Códigos civiles el régimen del saneamiento por vicios ocultos es distinto del régimen del incumplimiento. También se diferencia en sus efectos: el saneamiento ofrece menor protección que el incumplimiento. El comprador sólo puede resolver el contrato, mediante la acción redhibitoria, u obtener una rebaja del precio, mediante la acción estimatoria (art. 1486 I). Carece de acción de cumplimiento para conseguir la reparación o sustitución del objeto. E igualmente carece de acción de indemnización de daños, salvo que el vendedor sea de mala fe (art. 1486 II). Además, el tiempo de ejercicio de las acciones de saneamiento es más limitado que el de los remedios generales del incumplimiento (comp. arts. 1490, 1964).

Sin embargo, el hecho de que la CISG haya sido ratificada por la casi totalidad de los Estados europeos,<sup>5</sup> permite afirmar que el principio de conformidad está presente en la mayoría de sus ordenamientos. Porque la exigencia de conformidad es una aportación de la CISG.

Lo que representa el principio de conformidad es, ni más ni menos, esto: que, en la compraventa, la cosa entregada debe ser adecuada, en cantidad, calidad y tipo (y en la CIGS, hasta en su envase y embalaje), a lo que requiere el contrato (art. 35 CISG); que faltando la conformidad, el vendedor incumple el contrato (art. 36 CISG) y el comprador dispone

<sup>4</sup> Cfr. sobre ello, FENOY PICÓN: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid 1996.

<sup>5</sup> En España mediante *Instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990* (BOE 26/1991 de 30-01-1991, p. 3170).



de los remedios (por evitar la palabra acciones, íntimamente conectada al proceso) propios de incumplimiento (art. 45 CISG).

El principio de conformidad es incompatible con el régimen del saneamiento. Son dos modos diferentes de tratar un mismo problema.

#### IV. LA SUPERACIÓN DEL SISTEMA CODIFICADO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS: RAZONES TEÓRICAS, RAZONES PRÁCTICAS

El sistema codificado, en el Código civil español como en otros códigos europeos, no trata el problema de la falta de conformidad (vicios, anomalías cualitativas) como un incumplimiento del vendedor, al que se aplique el régimen de éste, sino como un supuesto especial de responsabilidad contractual con reglas propias. Este es el sistema que está en trance de superación: La Directiva (como la CISG, y los *Principles of European Contract Law*, en adelante PECL) integra la falta de conformidad en una noción unitaria del incumplimiento al que corresponde un único sistema de remedios. Pero en ese trance cabe preguntarse: ¿cuáles son las razones, históricas o dogmáticas, que justifican el sistema codificado?

##### *A. Razones históricas que justifican la existencia del sistema especial de responsabilidad del saneamiento*

La existencia en el Código civil español (como en otros códigos continentales) de un sistema especial de responsabilidad, el del saneamiento por vicios, contrapuesto al general, tiene, en buena medida, una justificación histórica, contingente. No es una exigencia de un adecuado tratamiento del problema. Su razón de ser se explica en el modo de proceder en el momento de la codificación. No existe, por ello, una razón sustantiva, de peso, que impida transformar ese sistema, e integrar el régimen especial en el general de responsabilidad contractual.

Que, en la venta de una cosa específica, el vendedor deba responder frente al comprador por los defectos de la cosa vendida empieza por no ser una regla necesaria, impuesta por la propia naturaleza de las cosas. Dejando a un lado la razón política de su oportunidad y situándonos en un plano estrictamente técnico, es una regla tan admisible con la contraria, condensada en el aforismo *caveat emptor*. Y, curiosamente, tanto en el Derecho romano, como en el Derecho inglés, rigió inicialmente ésta última regla.

En Roma, antes de que se introdujeran las acciones edilicias, si el vendedor es de buena fe (esto es, ignora la existencia de defectos en la cosa específica que vende) y no ha prometido al comprador, de modo especial, que la misma tenga determinadas cualidades o carezca de determinados

defectos, no responde ante él por la ausencia de esas cualidades o la presencia de defectos.

Los Ediles Curules, magistrados que ejercen su jurisdicción en los mercados, se encuentran con un problema: la frecuencia con la que los vendedores engañan al comprador y la dificultad de probar su mala fe. Para resolverlo, imponen al vendedor, por vías que ahora no es preciso recordar, garantizar la ausencia de defectos en la cosa vendida; defectos ocultos, porque de los patentes se puede proteger por sí mismo el comprador. Se perfila así un sistema de responsabilidad objetiva, en el que el vendedor garantiza al comprador la ausencia de defectos ocultos en la cosa vendida.

La garantía se canaliza a través de dos acciones, conocidas hoy con el nombre de “acciones edilicias”: la acción redhibitoria y la *quanti minoris*. La primera, cumple en Derecho romano, que no conoce una acción general de resolución por incumplimiento, salvo que sea pactada, una función similar a la de la acción resolutoria. La segunda, la acción *quanti minoris*, permite restablecer la equivalencia entre las prestaciones. Con el tiempo estas acciones de carácter honorario, se transforman en remedios civiles, integrados en la regulación típica del contrato de compraventa. En el sistema romano, en el que fundamentalmente se regulan los tipos contractuales, no tienen la naturaleza de acciones especiales que tendrán en el momento de la codificación.

La Codificación supone una técnica de regulación de las obligaciones y contratos diferente de la romana. En Roma el régimen jurídico de la compraventa está fundamentalmente contenido en la regulación específica del tipo contractual. Los códigos civiles, en cambio, utilizan una técnica diferente, disgregadora. Por un lado, mantienen la regulación típica del contrato de compraventa, inspirada, como en otros contratos, en la romana del correspondiente tipo contractual; pero, al mismo tiempo, agregan a esta regulación especial, un régimen general de las obligaciones y del contrato, elaborado, en buena medida, a partir de reglas romanas sobre obligaciones unilaterales, por juristas yusnaturalistas. Que esta regulación general contempla el modelo de la obligación unilateral lo podemos advertir en nuestro Código civil: los remedios conectados al incumplimiento son los propios de ella: la acción de cumplimiento (arts. 1096 a 1099) y la indemnizatoria (arts. 1101 ss). No hay cabida en ese lugar para la resolución, a la que se encuadra entre las condiciones (art. 1124); tampoco la hay para la excepción de contrato incumplido ni para el remedio de la reducción de la contraprestación, que se recogen en las reglas especiales de los contratos.

La división de los contenidos normativos a la que me acabo de referir provoca, en la compraventa, la separación de dos sistemas de

responsabilidad del vendedor: el especial del saneamiento (por evicción, por vicios ocultos) y el general del incumplimiento. El primero aplicable al defectuoso cumplimiento (por defectos materiales o jurídicos de la cosa) y el segundo referido al incumplimiento de la obligación de entrega. Ya he dicho que la protección que ofrece al comprador el régimen especial del saneamiento por vicios ocultos es menor que la del régimen general del incumplimiento.

En la propia regulación de la compraventa, tanto el Código civil francés como el español separan nítidamente las obligaciones del vendedor. El artículo 1603 del CC francés dispone: «*Il y a deux obligations principales: celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend*». La garantía tiene dos objetos: la pacífica posesión de la cosa y los vicios ocultos (art. 1625 CC francés). Lo mismo hace el Código español (arts. 1461, 1474).

Este breve esbozo histórico pone de manifiesto lo que al comienzo señalé: que el doble sistema de responsabilidad (saneamiento, incumplimiento) tiene, fundamentalmente, como razón de ser la técnica legislativa utilizada en el momento de la codificación. Que, en lo hasta aquí expuesto, no es una exigencia del tratamiento de la materia. Que, por tanto, no hay inconveniente en reducir a unidad el sistema de responsabilidad, integrando el régimen del saneamiento en el general del incumplimiento.

Esto es lo que ha hecho la CISG y la Directiva.

### ***B. Claves dogmáticas de la contraposición entre saneamiento e incumplimiento: la transformación del concepto de objeto***

La separación, en nuestro Código, de dos sistemas de responsabilidad, el general (incumplimiento) y el especial (saneamiento), se justifica, también, en una razón de carácter dogmático. Proviene de la diferenciación entre la venta específica y la genérica, perfilada en el sistema romano, y el distinto modo de entender el objeto de la obligación en cada una de ellas. Puede afirmarse que lo que subyace es el modo de entender el objeto.

El modelo romano de contrato típico de compraventa, en el que se inspira la regulación del CC, es un modelo de venta específica. Muchas de sus reglas se explican por esta razón. Esto no significa que en Roma no existieran operaciones de compraventa sobre géneros; el comercio de granos o vinos, por ejemplo. Pero a estas operaciones no se les aplica el modelo típico de la *emptio venditio*. El efecto jurídico de la vinculación de vendedor y comprador se logra mediante *stipulationes* cruzadas mutuamente entre ellos.

En la obligación genérica el objeto es siempre el correspondiente al género, es decir, el que debe ser. En la específica, en cambio, se pueden contraponer dos maneras distintas de entender el objeto. Según una, el objeto es el objeto real, tal como es, con independencia de que tenga o no las cualidades que conforme al contrato debiera tener. Según otra, el objeto de la obligación no es el objeto real, tal cual es, sino el objeto ideal previsto por las partes; es decir, el objeto real con todas las cualidades que conforme al contrato debe tener.

La regulación de la compraventa de los códigos continentales, por estar inspirada en la venta romana, refleja claramente el primer modo de entender el objeto. El objeto del contrato y de la propia obligación nacida del mismo es el objeto real y no el ideal. Por eso, la pérdida de la cosa vendida al tiempo de celebrarse el contrato deja a éste sin efecto (art. 1460); por eso, también, entregar una cosa con defectos no constituye propiamente incumplimiento. No hay obligación de entregar una cosa sin defectos, cuando ésta los tiene, porque ello sería algo imposible y contradictorio; hay obligación, en cambio, de responder ante el comprador por medio de las medidas de saneamiento. Por eso, en fin, el saneamiento no concede al comprador un derecho a la sustitución de la cosa o a su reparación.

Este modo de entender el objeto no es, sin embargo, una exigencia ineludible de la obligación específica, impuesta por la propia naturaleza de las cosas, sino algo susceptible de modificación. La exigencia de conformidad de la cosa contenida en la Directiva y anteriormente en la CISG rompe abiertamente con esa tradición. Tras ella subyace un modo distinto de entender el objeto de la obligación del vendedor, aplicable tanto a la obligación genérica como a la específica: si el objeto de la obligación es entregar una cosa conforme al contrato, puede afirmarse que el objeto no es la cosa, tal cual es, sino tal como debe ser. Aceptarlo así, permite considerar como un verdadero incumplimiento, la entrega de una cosa no conforme.

Esto es algo que viene admitiendo la jurisprudencia de nuestro TS. La doctrina jurisprudencial que, en caso de entrega de una cosa defectuosa, justifica la aplicación de las reglas generales de incumplimiento, en vez de las especiales del saneamiento, en el hecho de haber entregado el vendedor algo distinto (*aliud pro alio*), sólo puede explicarse, en el fondo, si consideramos que el objeto que ha de entregar el vendedor no es el real, sino el que debe ser; es decir, el que resulta conforme al contrato. El cambio que propone la Directiva es, por tanto, un cambio que ya se ha producido en nuestro Ordenamiento.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Sobre ello FENOY PICÓN, Nieves: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid 1996.

Esta nueva idea de objeto de la obligación específica (el que debe ser) hace que pierda sentido la diferenciación entre el régimen la obligación específica y el de la genérica en lo que se refiere a la falta de conformidad de la cosa.<sup>7</sup>

## V. EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/44/CE A LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS

¿Cuál es el estado actual del proceso de transposición de la Directiva en los ordenamientos europeos?

En el momento actual se ha producido la transposición de la Directiva en Alemania,<sup>8</sup> Austria,<sup>9</sup> Dinamarca,<sup>10</sup> España,<sup>11</sup> Finlandia,<sup>12</sup> Grecia,<sup>13</sup> Holanda,<sup>14</sup> Irlanda,<sup>15</sup> Italia,<sup>16</sup> Portugal,<sup>17</sup> Reino Unido<sup>18</sup> y Suecia.<sup>19</sup> Y se

<sup>7</sup> Lo reconoce ORTI VALLEJO, autor en este punto nada sospechoso: *Los defectos de la cosa*, p. 52.

<sup>8</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* vom 26.11.2001 (BGBl. Nr. 61/2001 Teil I, 29.11.2001, S. 3138)

<sup>9</sup> *Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz - GewRÄG* (BGBl. Nr. 48/2001 Teil I, 08/05/2001, S.1019).

<sup>10</sup> *Lov om ændring af lov om Markedsføring* (Lov nr. 342 af 02/06/1999), *Lov om ændring af lov om køb* (Lov nr. 213 af 22/04/2002).

<sup>11</sup> Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, BOE núm. 165, p. 27160

<sup>12</sup> *Laki kuluttajansuojalain muuttamiesta ref: Suomen Säädökokoelma* n 1258/2001 du 19/12/2001, p. 3509.

<sup>13</sup> Ley núm. 3043-2002 de 21.08.2002.

<sup>14</sup> Wet van 6 maart 2003 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (Stb. 2003, 110)

<sup>15</sup> European Communities (Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees) Regulations 2003, S.I. No. 11 of 2003.

<sup>16</sup> Decreto Legislativo 2 febbraio 2002, n.24 (GU n. 57 del 8-3-2002 - Suppl.)

<sup>17</sup> Decreto-Lei n.º 67/2003. DR 83 SÉRIE I-A de 2003-04-08.

<sup>18</sup> En el Reino Unido la incorporación de la Directiva ha tenido lugar mediante Statutory Instrument 2002 No. 3045, "*Sale and Supply of Goods to Consumer Regulations 2002*" de 10.12.2002, Laid before Parliament el 11.12.2002 y en vigor desde el 31.03.2003. Esta norma ha provocado modificaciones en tres leyes: sale, supply of goods y unfair terms que añaden remedios para el consumidor en determinadas circunstancias.

<sup>19</sup> *Lag om ändring i konsumentköplagen* (1990: 932) ref: SFS 2002/587 du 19/06/20023; *Lag om ändring i konsumenttjänstlagen* (1985: 716) ref: SFS 2002/588 du 19/06/20024; *Lag om ändring i marknadsföringslagen* (1995: 450) ref: SFS 2002/565 du 14/06/2002.

halla en proceso de transposición en Bélgica,<sup>20</sup> Francia<sup>21</sup> y Luxemburgo.<sup>22</sup> Pero la incorporación no se ha producido del mismo modo en todos los Estados.

Nos interesa, sobre todo, constatar cómo se ha producido o se está produciendo la transposición en los ordenamientos continentales con Código civil, porque las bases dogmáticas de las que se parte son similares a las del nuestro. Para ello he elegido algunos ejemplos significativos. Dentro de ellos se han seguido tres vías diferentes de transposición. La primera, la más completa, ha realizado la incorporación mediante una reforma del Código civil, que ha supuesto la generalización del régimen de Directiva a todas las ventas. La segunda, ha implicado, también, una reforma del Código, pero esa reforma no ha supuesto una generalización del régimen de la Directiva, sino la creación, dentro del Código, de un régimen especial para las ventas a consumidores. La tercera, ha incorporado la Directiva mediante una ley especial.

## *A. Generalización del sistema de la Directiva a todas las ventas, a través de la reforma del Código*

### *1. Alemania*

El caso de Alemania reviste especial significado. La Directiva se ha transpuesto a través de una modificación de la regulación de la compraventa en el BGB, con ocasión de una amplia reforma del mismo, llevada a cabo por la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 26.11.2001 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts). Reforma de calado profundo, pues no sólo ha renovado el Derecho de obligaciones, sino que ha integrado en el BGB la legislación especial de protección de consumidores.

Aunque el BGB ha conservado la tradicional terminología de vicios de la cosa (*Sachmängel*), ha sustituido la regulación de los mismos por otra inspirada en el régimen de la conformidad de la Directiva. El régimen de la Directiva se ha generalizado.

<sup>20</sup> *Projet de loi complétant les dispositions du Code civil relatives à la vente en vue de protéger les consommateurs du 17.12.2002.*

<sup>21</sup> *Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.*

<sup>22</sup> *Avant-projet de loi relatif à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles corporels portant transposition de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation et modifiant la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur et l'article 1648 du Code civil (27.06.2003).*

## 2. Austria

Un ejemplo parecido de generalización del régimen de la Directiva lo encontramos en Austria. La *Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz* (GewRÄG) ha modificado el Código civil (ABGB), la ley de protección de consumidores y la de contrato de seguro. Ha modificado determinados párrafos del ABGB, que regulan la garantía que debe prestar al adquirente, el que transmite una cosa a cambio de una contraprestación. Y aunque se conserven términos tradicionales (*Mängel*), el ABGB generaliza para todas las transmisiones onerosas el régimen de la Directiva sobre conformidad. Por la peculiaridad del Código austríaco, la reforma no se sitúa en la compraventa, sino en las transmisiones onerosas.

## 3. Francia

Otro ejemplo de integración de la Directiva en el CC lo encontramos en el modo en que Francia proyecta transponer la Directiva. Así consta en el *Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*. Este grupo de trabajo, bajo la presidencia de Mme Le Professeur G. VINEY, ha elaborado un Anteproyecto de reforma del Código civil.

El Grupo de trabajo, en su *Rapport général*, considera a la Directiva como un texto importante y ambicioso; y, aprovechando la ocasión de su transposición, propone introducir en el Derecho francés las modificaciones exigidas para su modernización y adaptación al contexto económico y social actual, en armonía con la CISG. Aunque, a su juicio, pudiera bastar la incorporación a través de un texto especial, incorporado al Código de consumo, ha optado por una modificación del régimen común del CC, para evitar la «complejidad indescriptible» que implicaría una transposición mínima, que añadiría a las acciones de saneamiento por vicios una nueva acción aplicable sólo a ciertas ventas.

La reforma del CC propuesta afecta a la garantía por defectos de la cosa vendida; se sustituye ese título por el de «La garantía de conformidad», y se modifican los arts. 1641 a 1649 CC, desdoblado algunos de ellos en hasta cuatro artículos.

La reforma ha de suponer una generalización del sistema de la Directiva a todas las ventas, con independencia de las personas que intervengan en ellas (profesional o no profesional) y de los bienes vendidos (muebles –en ellos incluye el agua, el gas y la electricidad– o inmuebles). Además, se extiende al contrato de obra, referente a la fabricación o producción de objetos muebles (art. 1791-1).

La generalización, sin embargo, no está exenta de problemas, por la enorme diversidad de objetos a los que se refiere la regulación. Veamos un ejemplo. No hay obligación de denunciar la falta de conformidad al descubrirla, pero el tiempo límite de denuncia de la misma se sitúa en cinco años para los bienes muebles y diez para los inmuebles. Esto significa que el plazo de dos años previsto en la Directiva se extiende a cinco. ¿No resulta excesivo para buena parte de los bienes de consumo? La Comisión ha sido consciente de ello, pero ha considerado que tal plazo será corto para determinados bienes muebles, como barcos o maquinaria compleja. El problema es la unificación.

### **3. Holanda**

En el caso de Holanda, el nuevo Código civil (NBW) ya había redactado las reglas de la compraventa (libro 7, título 1) conforme a los mismos principios en que se inspira la Directiva, procedentes de la CISG; por esta razón la reforma introducida por la Ley de 6 de marzo de 2003 se limita a retocar algunos de sus artículos.

## ***B. Creación de un régimen especial para las ventas a consumidores dentro del Código civil***

Este sistema ha sido seguido por Italia y por Bélgica.

### **1. Italia**

En Italia se ha producido una transposición de la Directiva en el CC, pero no se ha generalizado el régimen de la Directiva a todas las ventas.

El Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2002, n.24, titulado *“Attuazione della direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo”* (Gazzetta Ufficiale N. 57 del 8 Marzo 2002) comienza en estos términos: *“Tras el parágrafo 1 de la sección II (“de la venta de cosas muebles”) del capítulo I (de la venta) del título III del libro V del código civil se inserta el siguiente parágrafo: “1-bis. – De la venta de bienes de consumo”. En ese parágrafo se vierte la incorporación de la Directiva, con reglas sólo aplicables a las ventas de consumo: 1519-bis (Ambito di applicazione e definizioni). - “Il presente paragrafo disciplina taluni aspetti dei contratti di vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo. A tali fini ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonche’ quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da abbricare o produrre.”*

### **2. Bélgica**

El modo italiano de incorporación va a ser seguido también en Bélgica. Existe un Proyecto de ley (*Projet de loi complétant les dispositions*



*du Code civil relatives à la vente en vue de protéger les consommateurs*) que modifica el CC, insertando una sección relativa a las ventas a consumidores.

Esta modificación no afecta al régimen de garantía por defectos del CC, como expresamente indica el Proyecto: “*Les dispositions du présent chapitre relatives à la garantie des défauts cachés de la chose vendue ne sont pas applicables aux ventes régies par la présente section.*» (art. 1649 quater § 5).

### **C. Incorporación mediante una ley especial**

Este es el caso de Portugal y de España.

#### **1. Portugal**

En Portugal la transposición se ha producido mediante el Decreto-Ley nº 67/2003 de 8 de Abril de 2003; por tanto, a través de una norma especial, circunscrita a las ventas de consumo, que no da lugar a una modificación del CC.

*Artigo 1.º Objectivo e âmbito de aplicação : 1 - O presente diploma procede à transposição para o direito interno da Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, com vista a assegurar a protecção dos interesses dos consumidores, tal como definidos no n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.- 2 - O presente diploma é aplicável, com as necessárias adaptações, aos contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir e de locação de bens de consumo.*

Ha sido preocupación del redactor de la norma de transposición no disminuir la protección de que ya gozaba el consumidor portugués (vid. L 24/96, 31 julio).

#### **2. España**

En el Derecho español la transposición de la Directiva se ha realizado mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo.<sup>23</sup> Con la aprobación de esta ley, la transposición se ha producido mediante una ley especial, fuera del CC y de la Ley General de Protección de consumidores y Usuarios.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> BOE núm. 165, de 11 de julio de 2003, pp. 27160-27164.

<sup>24</sup> El art. 1 de la Ley 47/2002 de 19 diciembre ya ha dado nueva redacción al art. 12.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en la orientación de la Directiva: “*El vendedor de los bienes responderá de la falta de conformidad de los mismos con el contrato de compraventa, en los términos definidos por la legislación vigente.*” Esta referencia, vacía de contenido, es inexplicable conforme a criterios de buena técnica legislativa.

## VI. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL SISTEMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROBLEMAS DE CONCURRENCIA DE REMEDIOS

En la doctrina se han alzado ya voces contrarias al sistema de transposición adoptado en España, fuera del Código civil. Se señala, con razón, que este sistema “ahonda en las diferencias entre el régimen que pretende ser general y el específico de los consumidores y condena al Código civil a un papel marginal, muy lejano de su función didáctica y conformadora del sistema de incumplimiento de las obligaciones, en el que sin duda se enmarca la prestación de entrega conforme como contenido principal de la obligación del vendedor”.<sup>25</sup>

Incorporada de este modo la Directiva al Ordenamiento español, se plantean serios problemas de concurrencia entre el sistema de protección de la Ley de incorporación, en caso de falta de conformidad, y el sistema de protección contenido fuera de ella. Como señala Nieves Fenoy, pensando en la transposición de esta Directiva, nuestro legislador ha diseñado piezas de protección, pero no se ha detenido a realizar el engarce entre las mismas: falta por ello la visión de conjunto del sistema.<sup>26</sup>

El problema se plantea, en primer lugar, en relación con el saneamiento por vicios ocultos, todavía vigente en el CC. Para este problema tiene respuesta la Ley 23/2003, de Garantías en la venta de bienes de consumo. La Disposición adicional única, que lleva por título, Incompatibilidad de acciones, ordena: “*El ejercicio de las acciones que contempla esta Ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa.*”<sup>27</sup> Esta exclusión tiene sentido. Los remedios por falta de conformidad que establece la Directiva y la Ley de incorporación se corresponden con los del saneamiento por vicios en el CC. Mas, por otra parte, una posible concurrencia entre los remedios por falta de conformidad y los del saneamiento por vicios no habría de plantear mayores problemas, desde un punto de vista práctico, pues la protección de esa Ley es más amplia en remedios y plazo que la ofrecida por el Código civil en el saneamiento. El problema sólo se presentaría cuando

<sup>25</sup> GARCÍA RUBIO, *La Ley* núm. 5747, p. 2. También ORTI VALLEJO: *Los defectos de la cosa*, p. 55, CASTILLA BAREA, *Aranzadi Civil*, enero 2003, num. 17, p. 17.

<sup>26</sup> FENOY PICÓN, *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 1148.

<sup>27</sup> Antes de la aprobación de la Ley 23/2003 proponía esta solución Nieves FENOY, *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 1148.

el comprador, dentro del tiempo del saneamiento, pretendiera optar por éste, por convenirle para resolver el contrato o pedir una reducción del precio, sin tener que pedir previamente la puesta en conformidad, como dispone la Ley de transposición (vid. art. 7 de la Ley 23/2003, de Garantías en la venta de bienes de consumo).

Merece también alguna consideración el tratamiento de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. La Directiva no ha incluido este remedio entre los de la falta de conformidad. Esto no significa que excluya su aplicación, pues expresamente prevé la aplicación de las normas nacionales referentes a la responsabilidad contractual o extracontractual (art. 8.1).<sup>28</sup> La Ley de transposición tampoco tiene una regulación especial de este remedio. Se remite a la legislación civil y mercantil.<sup>29</sup>

Es oportuno pensar en las reglas indemnizatorias del saneamiento por vicios (art. 1486 II) y en las del incumplimiento contractual (arts. 1101 ss). Las de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos, normalmente no han de ser aplicables, porque están referidas no al vendedor, sino al fabricante o importador (art. 1). Sólo serán aplicables cuando el fabricante o importador sean además vendedores, o no puedan ser identificados (vid. art. 4.3). Además no contemplan la indemnización de la insatisfacción contractual, sino de daños a otros bienes.

Se puede pensar que la incompatibilidad entre los remedios de la Ley 23/2003 y los del saneamiento, que señala la Disposición Adicional única, párrafo primero, se extiende a la indemnización de daños que prevé el CC en el régimen del saneamiento. Pero, de otro lado, el párrafo segundo de la DA única puede dar lugar a dudas, pues reconoce el derecho del comprador a ser indemnizado de acuerdo con la legislación civil y mercantil. A pesar de esta duda, creo que debe prevalecer la previsión del párrafo primero. Se debe excluir la aplicación del sistema especial de indemnización propio del saneamiento por vicios (arts. 1486 II ss.) y aplicar el general del incumplimiento. La falta de conformidad es una manifestación del incumplimiento, y atrae la aplicación de los remedios propios del mismo. Y, por otra parte, el criterio de imputación de

<sup>28</sup> Art. 8 Directiva: "1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual. sino que, por el momento, ésta queda al criterio de los Estados; aunque, para el futuro, prevé su posible regulación".

<sup>29</sup> "En todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad." (Disposición adicional única II).

responsabilidad en el saneamiento es el del dolo, criterio que pugna con el general del incumplimiento contractual.

La falta de regulación de la pretensión indemnizatoria en la Ley de incorporación de la Directiva, suplida por una remisión a la legislación civil y mercantil en el sentido que acabo de señalar, crea asimismo un desajuste entre los plazos aplicables a los remedios previstos en la Ley de incorporación (reparación, sustitución, resolución, disminución del precio) y el de la indemnización. Los primeros prescriben a los tres años desde la entrega del bien (art. 9.3 de la Ley 23/2003), el segundo a los 15 años (art. 1964). La diferencia es excesiva y no parece tener justificación.

Fuera de la referencia a la indemnización de daños, a la que acabo de aludir, la Ley 23/2003 guarda silencio sobre la posible aplicación, en los casos de falta de conformidad, de los otros remedios generales del incumplimiento; concretamente, la pretensión de cumplimiento y la resolutoria, pues la reducción del precio, hoy por hoy, no está contenida en el régimen general de los remedios por incumplimiento del Código civil. La aplicación de estos remedios, coincidentes con los de la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo, permitiría ejercitarlos sin los condicionamientos de esta Ley y en un tiempo muy superior.

Hasta ahora, la Jurisprudencia del TS ha admitido la aplicación de los remedios generales del incumplimiento en casos en los que también es aplicable el saneamiento por vicios; es decir, ha admitido la concurrencia entre los remedios del saneamiento y los del incumplimiento. La finalidad que ha perseguido no ha sido otra que la de evitar el plazo limitado de las acciones de saneamiento, escaso para poder verificar la conformidad de algunos bienes. Para ello ha manejado la idea de que entregar una cosa con defectos (no conforme) implica incumplimiento, pues supone entregar una cosa distinta de la debida (*aliud pro alio*).

Superado hoy el problema, el silencio de la Ley 23/2003 no nos autoriza a entender que exista compatibilidad entre el régimen de la falta de conformidad y el del incumplimiento. La falta de conformidad es un supuesto de incumplimiento. Los remedios previstos para ella en la Ley de transposición son los remedios propios del incumplimiento, adaptados a las particularidades de esta manifestación del incumplimiento. Carece de sentido aplicar, además, los remedios generales. ¿En qué quedaría el orden o jerarquía en el uso de los remedios que impone la Ley 23/2003 (primero el cumplimiento –la reparación o sustitución– y en defecto de éste la resolución o rebaja del precio)? ¿Para qué serviría el plazo de prescripción de tres años que establece esta ley, si fuera posible soslayar su aplicación utilizando los mismos remedios como remedios generales del incumplimiento? La aplicación del régimen general del incumplimiento

debe ser descartada, salvo en lo que se refiere a la indemnización de daños.<sup>30</sup>

El problema de compatibilidad también se presenta entre los remedios por falta de conformidad de la Ley 23/2003 y la pretensión de nulidad por error. Esta ley no ofrece ningún criterio para su solución. Es el problema que en general se presenta entre el error y el incumplimiento. Aunque pueda resultar deseable que los remedios del incumplimiento excluyan la aplicación del error, en estos momentos no encontramos en nuestro Ordenamiento bases suficientes para esa solución.

Por fin, el nuevo régimen de la falta de conformidad contenido en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo ha de derogar el sistema de garantía previsto en el art. 11 LGCU,<sup>31</sup> porque éste es incompatible con aquél (Disposición Derogatoria de la Ley 23/2003).<sup>32</sup>

## VII. LA REFORMA DEL CC

En estos momentos es necesaria una reforma del CC, al menos en lo que a ciertos aspectos del régimen de la compraventa se refiere. La incorporación de la Directiva 44/1999 la hace especialmente oportuna, por las razones que señalé al principio. Pero no es ésta la única razón: el sistema de protección del comprador por defectos o falta de conformidad de la cosa ha experimentado profundas transformaciones a finales del siglo XX, tanto en el Derecho uniforme, incorporado al ordenamiento español (CISG), como en la práctica de nuestro propio Derecho interno,<sup>33</sup> y es hora ya de reflejarlas en el Código civil.

¿Cómo ha de ser esa reforma?<sup>34</sup>

Hay una reforma mínima. Se refiere al saneamiento por vicios ocultos; afecta a los artículos 1484 a 1499 CC. Esta reforma resulta imprescindible. Pero, junto a ella, debería también reformarse el saneamiento por evicción (arts. 1475 a 1482) y por cargas o gravámenes ocultos (art. 1483), para adaptarlo a las orientaciones de la CISG, dentro de las que ha de producirse la convergencia entre los derechos europeos. La idea

<sup>30</sup> Así también Nieves FENOY: *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 1148.

<sup>31</sup> Sobre él, FENOY PICÓN: *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, pp. 1116 ss.

<sup>32</sup> Así Nieves FENOY: *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 1148.

<sup>33</sup> Sobre ello, FENOY PICÓN: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid 1996.

<sup>34</sup> Una propuesta articulada de transposición de la Directiva mediante reforma del Código civil, en CARRASCO PERERA, Ángel / CORDERO LOBATO, Encarna / MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *Estudios sobre Consumo*, año XV, núm. 52 - 2000, pp. 139 ss.

de garantía, o sistema especial de responsabilidad, debe ser sustituida por la de incumplimiento. La reforma de las dos manifestaciones del saneamiento del CC debe ir acompañada de otros retoques en algunos artículos de la compraventa.

A continuación formulo las directrices de una propuesta de modificación. Se articula en tres apartados: Aspectos generales, sustitución del régimen del saneamiento por vicios por el sistema de falta de conformidad, sustitución del saneamiento por evicción y cargas o gravámenes ocultos.

## A. Aspectos generales

### 1. La noción de compraventa

La actual definición del contrato de compraventa contenida en el art. 1445 CC debe ser modificada.

Debería desaparecer la exigencia de que la cosa sea “determinada”: no es necesaria. Además, conviene evitar que pueda pensarse que la regulación del CC se aplica sólo a ventas específicas y no a las genéricas. Debería desaparecer, igualmente, la expresión actual del CC, “precio cierto”, teniendo en cuenta que en el tráfico no es indispensable la determinación inicial del precio.<sup>35</sup>

En la nueva definición han de reflejarse las obligaciones del vendedor, tal como son concebidas en el modelo de compraventa de la CISG, en el que debe inspirarse la reforma de la compraventa. Junto al deber de entregar la cosa vendida, se ha de añadir la exigencia de conformidad de la cosa al contrato y la de que se halle libre de derechos y pretensiones de tercero, que no hayan sido previstos en el contrato.

En cuanto a las obligaciones del comprador, el nuevo artículo 1445 no sólo ha de referirse al pago del precio, como ahora hace el CC, sino al deber de *recibir la cosa*. En este punto el precepto concuerda con la CISG (arts. 53<sup>36</sup> y 60<sup>37</sup>), y con el art. 1:202 PECL.<sup>38</sup> El incumplimiento de este deber permite al vendedor resolver el contrato.

<sup>35</sup> Artículo 55 CISG: “Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.”

<sup>36</sup> Artículo 53 CISG: “El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.”

<sup>37</sup> Artículo 60 CISG: “La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste: a) En realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega. b) En hacerse cargo de las mercaderías.”

<sup>38</sup> Article 1:202: *Duty to Co-operate*. “Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.”

## 2. Una nueva regulación del problema del riesgo

El artículo 1452, dedicado al riesgo en el contrato de compraventa, debe ser modificado, para adaptarlo al nuevo sistema de regulación del incumplimiento contractual, propio de la Directiva 1999/44 (de la CISG y de los PECL), en el que debe inspirarse la reforma del CC.<sup>39</sup>

Conforme al nuevo sistema, constituye incumplimiento la falta de ejecución de cualquier obligación, con independencia de que la inejecución sea o no imputable al deudor (al vendedor).<sup>40</sup> Y el incumplimiento da lugar a la aplicación de un sistema de remedios, integrado por la pretensión de cumplimiento, la reducción del precio, la resolución, la indemnización de daños. En consecuencia, toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor, pues la pérdida provoca el incumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y el deterioro, el de la obligación de entregarla en conformidad. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios.

Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo está envuelto hoy en el tratamiento del incumplimiento.

La regla de translación del riesgo al comprador a partir del momento del cumplimiento de la obligación de entregar (liberación del vendedor), no ha de aplicarse en los casos en los que la pérdida o deterioro de la cosa, posterior a la entrega, no es fortuita, sino imputable al vendedor. Por ejemplo: (a) La falta de conformidad de la cosa, existente en el momento de la entrega, provoca, después de la entrega, su pérdida o deterioro; (b) el vendedor, aunque cumple su obligación de entrega, poniendo la cosa en poder del primer transportista, ha seleccionado mal al transportista, por lo que sigue siéndole imputable el riesgo de pérdida de la cosa.

El momento de translación del riesgo al comprador (si es que seguimos hablando de ese momento) debe situarse en el de la entrega de la cosa

<sup>39</sup> ORTI VALLEJO propone sustituir la regla *periculum est emptoris* (art. 1452) por la regla *res perit venditoris*, en armonía con la exigencia de que la cosa sea conforme en el momento de la entrega (*Los defectos de la cosa*, p. 98).

<sup>40</sup> Article 8:101 PECL: Remedies Available.- (1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9. (2) Where a party's non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages. (3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance.

venta; la entrega puede producirse bajo diferentes modalidades, que comprenden la puesta a disposición del comprador, la remisión, mediante la puesta en poder del primer transportista, o la traslación hasta el lugar previsto en el contrato. Lo que importa para la transmisión del riesgo es que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato. Sin embargo, en caso de entrega mediante puesta a disposición, parece conveniente no exigir sólo la efectiva puesta a disposición (estando la cosa debidamente identificada, con conocimiento del comprador), sino que el comprador la retire o haya incidido en retraso en su recepción. Estimulamos el cuidado del vendedor, si la cosa sigue bajo su custodia (es cierto que puede estar bajo la custodia de un tercero. por ej.: se halla en el almacén del fabricante). También evitamos discusión sobre si el vendedor es o no culpable de la pérdida de la cosa, ocurrida mientras estaba a disposición del comprador.

La regulación del riesgo nos plantea otra cuestión. Trasladado el riesgo al comprador, la pérdida o deterioro casuales de la cosa (por causa imputable a tercero o a un hecho de la naturaleza) ¿impide al comprador el ejercicio de la pretensión resolutoria? Esta cuestión admite dos respuestas. Conforme a la CISG, la pérdida casual de la cosa no excluye la resolución;<sup>41</sup> lo que significa que el comprador no tiene que devolver la cosa que se ha perdido por causa que no le es imputable, o sólo tiene que restituir la cosa deteriorada. Es el vendedor el que continúa soportando el riesgo de pérdida o deterioro de la misma. La solución contraria la hallamos en la actual redacción del art. 1488 CC. Según él, el riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa es de cuenta del comprador. Entre ambas soluciones nos parece preferible la segunda, es decir, la del CC. Tal solución resulta de la propia regla de transmisión del riesgo al comprador. Si se adopta, no es necesaria una regulación especial.

### 3. Imposibilidad inicial (art. 1460 CC)

La imposibilidad inicial ha sido considerada, reiteradamente, en los ordenamientos europeos, como causa de nulidad del contrato,<sup>42</sup> y

<sup>41</sup> Artículo 70: “Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los arts. 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.”

<sup>42</sup> Así, el CC francés (art. 1601) y el español (art. 1460 I) establecen un régimen de ineficacia automática del contrato de compraventa en los casos en los que la cosa se ha perdido, completamente, en el momento de la celebración del mismo. Estos mismos códigos consideran nulo a cualquier contrato cuando falta el objeto, pues falta un elemento esencial (así arts. 1261, 1300 CC español). Con una formulación más general, el § 306 BGB, antes de la reforma del 2001 [por Ley de 26/11/2001, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, en vigor a partir del 1/1/2002] consideraba



la redacción actual del artículo 1460 I responde a este criterio. Ello es consecuencia de considerar como objeto de la obligación el objeto real (imposible, inexistente) y no el ideal, al que se refiere el contrato; y, asimismo, de hacer gravitar el contenido de la relación obligatoria sólo en la pretensión de cumplimiento, desconsiderando la oportunidad de otros remedios que pueden satisfacer el interés del acreedor en estos casos, fundamentalmente el remedio indemnizatorio. Este criterio se halla sometido a revisión.

La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. Esta nueva manera de resolver el problema está reflejada en los PECL (art. 4:102).<sup>43</sup> El art. 1460 CC debe ser suprimido o modificado, de acuerdo con ella.

#### ***4. Supresión de la obligación de saneamiento***

El artículo 1461 debe ser suprimido. La obligación de saneamiento por evicción y vicios ocultos (arts. 1474 a 1499) debe desaparecer y ser substituida por la exigencia de conformidad y de entrega de la cosa libre de derechos y pretensiones de tercero. Estas obligaciones del vendedor han de ser enumeradas en la definición de la compraventa del art. 1445.

#### ***5. Mantenimiento de los preceptos que regulan las formas de entrega***

Teniendo en cuenta el propósito de la reforma del Código civil propuesta, no es necesario modificar los artículos 1462 a 1464, referentes a las formas de entrega. No obstante podría ser conveniente retocarlos en algún momento posterior, para reflejar en ellos las distintas manifestaciones del contenido obligacional del deber de entrega, como hace la CISG (art. 31);<sup>44</sup> sobre todo si, en una reforma más profunda

nulo al contrato con prestación imposible; de modo parecido el Código suizo de las obligaciones (art. 20 OR) o el austríaco (§ 787 ABGB). La imposibilidad inicial también produce la nulidad del contrato en el derecho inglés. Así, en el famoso caso *Couturier v. Hastie* (*Couturier v. Hastie* (1865) 5 HLC 673) en el que se vende la carga de cereal de un determinado buque, que navega hacia Inglaterra, cuando dicha carga ha sido ya vendida por el capitán del barco, en ruta, en un puerto. La Cámara de los Lores sostuvo en este caso que el comprador no estaba obligado a pagar el precio de la mercancía; y de ahí se extrae, aunque no resulte directamente de la sentencia, que el vendedor tampoco hubiera tenido que indemnizar al comprador los daños derivados de la falta de entrega. La razón es que el contrato se tiene por nulo. Este misma regla está recogida en s. 6 Sale of Goods Act 1979: "Where there is a contract for the sale of specific goods, and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract is made, the contract is void." Adviértase que el vendedor no conoce que los bienes han perecido.

<sup>43</sup> Article 4:102: *Initial Impossibility*.- "A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates."

de la compraventa, optamos, como parece conveniente hacer, por unificar el régimen civil y el mercantil. Esto no significa que no sea también conveniente respetar algunas reglas actuales: las que se refieren a los pactos en materia de tradición, y la de la tradición instrumental contenida en el art. 1462 II. Pero estas reglas podrían dejar de estar en la compraventa y trasladarse a la regulación de la posesión, como modalidades de la cesión de posesión o entrega (art. 460.4 CC).

### *6. Gastos de transporte*

En la actual redacción del art. 1465, los gastos de transporte son, en general, de cuenta del comprador. Es mejor tomar en consideración que la entrega puede adoptar distintas modalidades, e imponer al vendedor los gastos necesarios para cumplir su obligación de entregar. Cuando la entrega incluye la traslación de la cosa, los gastos de transporte serán de cuenta del vendedor.

### *7. Estado en que debe ser entregada la cosa y atribución de sus frutos*

El párrafo primero del art. 1468 se refiere al estado en que debe ser entregada la cosa. Dispone que el vendedor debe entregar la cosa en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato. Tal regulación es coherente con el sistema originario del CC, en el que el riesgo corresponde al comprador desde la perfección del contrato. Pero, modificado el sistema, no es procedente mantener la regulación de este artículo. El vendedor debe entregar una cosa conforme al contrato, y no, en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el mismo. Por eso propongo la supresión del párrafo primero del artículo 1468.

Además, en el nuevo sistema de responsabilidad contractual por falta de conformidad resulta superfluo el deber del vendedor de custodiar la cosa, que sanciona el art. 1094. El vendedor incumple su obligación de entregar una cosa conforme, con independencia de que la pérdida o el deterioro se deba a su culpa; no es necesario imponerle un deber de custodia.

<sup>44</sup> Artículo 31: *Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá: a) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador. b) Cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar. c) En los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.*

El párrafo segundo del art. 1468 también debe ser suprimido. El que el comprador haga suyos los frutos de la cosa vendida desde el día de la perfección del contrato, sin ser propietario de ella, puede tener justificación en un sistema en el que el riesgo de pérdida o deterioro de la misma es también suyo; pero no la tiene en un sistema, como el que se propone, en el que el riesgo es del vendedor. La regla debe ser la general, de atribución de los frutos al propietario. Nada impide que la autonomía de la voluntad establezca otra cosa.

### **8. Tratamiento de las diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles**

Los artículos 1469 a 1472 contienen, en la redacción actual del CC, unas reglas especiales para regular los problemas que surgen en casos de diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles. Tal regulación especial, justificable por razones históricas, pierde sentido en la nueva regulación unitaria del incumplimiento.

A los defectos de cabida hemos de aplicar las reglas generales del incumplimiento y las especiales, sobre falta de conformidad, contenidas en la compraventa. Pueden, además, ser aplicables las normas sobre vicios del consentimiento, particularmente las del dolo y el error. Y a los excesos de cabida, las reglas de la restitución, cuando se entregue más cantidad de la debida, y, en ocasiones, también las de los vicios del consentimiento. Los excesos de cabida pueden, asimismo, dar lugar a un incremento del precio.<sup>45</sup>

La supresión de estos artículos pretende evitar que a partir de los mismos se construya un sistema especial de acciones. Las diferencias de cabida y calidad deben ser tratadas con los remedios generales del incumplimiento, etc. No veo, sin embargo, inconveniente en que, aceptada esta premisa, se puedan regular algunas particularidades. Se podría recoger la regla según la cual, cuando el inmueble se vende como cuerpo cierto no se toman en consideración posibles diferencias entre la cabida real y la indicada en el contrato.

### **B. Falta de conformidad**

El bloque normativo comprendido entre los artículos 1484 a 1499, referido al saneamiento por los defectos de la cosa vendida, debe ser derogado y sustituido por una nueva regulación referida a la falta de conformidad.

<sup>45</sup> Artículo 52 CISG: “(...) 2. Si el vendedor entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador podrá aceptar o rehusar la recepción de la cantidad excedente. Si el comprador acepta la recepción de la totalidad o de parte de la cantidad excedente, deberá pagarla al precio del contrato.”

La nueva regulación de la falta de conformidad debe inspirarse en la Directiva y generalizar a todas las ventas aquellos aspectos de la misma, casi todos, susceptibles de aplicación general. Ya he señalado que la Directiva recoge los nuevos principios, contenidos en la CISG, con arreglo a los cuales ha de producirse la convergencia de los ordenamientos europeos. Mi propuesta coincide con la orientación seguida en Austria y Alemania y con la que se va a seguir en Francia.

### ***1. La exigencia de conformidad***

El punto de partida del nuevo sistema es, sin duda, la exigencia de conformidad. La CISG la expresa así: “*El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato*” (art. 35.1 CISG). La nueva regulación del CC puede empezar con una fórmula parecida. O bien, considerar suficiente la exigencia de conformidad indicada en la definición de compraventa del art. 1445.

La exigencia de conformidad se refiere a todas las ventas. En particular, tanto a las genéricas como a las específicas: en este punto se ha superado la separación entre ambas. En el nuevo sistema, las cualidades que debe tener la cosa (esté ésta individualizada o descrita conforme a un género) forman parte del contenido de la obligación del vendedor.

### ***2. Determinación del momento en el que la cosa debe ser conforme al contrato***

Según la Directiva, la exigencia de conformidad se sitúa en el momento de la entrega de la cosa (art. 2.1). Sin embargo, la entrega es un proceso en el que intervienen tanto el vendedor como el comprador, e incluso terceros (transportistas); proceso que genera riesgos particulares de pérdida de la conformidad. Decir que la cosa debe ser conforme al contrato en el momento de la entrega no es incorrecto, pero resulta poco preciso. Es mejor afirmar que la cosa debe ser conforme en el momento en que se produce la traslación del riesgo al comprador. El riesgo se traslada cuando el vendedor ha hecho, adecuadamente, todo lo que le corresponde hacer en el proceso de entrega; es decir, ha cumplido lo que le impone en el caso concreto la obligación de entregar. Por ejemplo, si le corresponde remitir la cosa al comprador, por medio de un transportista, ya la ha puesto en poder del mismo, habiendo hecho además adecuadamente la selección del transportista, si le correspondía hacerlo.

Cuando la entrega ha de producirse por puesta a disposición, el vendedor cumple su obligación poniendo la cosa, debidamente identificada, a disposición del comprador y comunicándoselo, para que ordene su retirada. Sin embargo, es posible y resulta conveniente, que el

riesgo de pérdida de la conformidad siga atribuido al vendedor, si éste continúa manteniendo el control de la cosa. Así ocurre en la CISG (art. 69 CISG); el CCo llega a un resultado parecido constituyendo al vendedor en depositario (art. 339 II CCo).

### 3. Los criterios de conformidad

Establecida la exigencia de conformidad, tanto la CISG<sup>46</sup>, como la Directiva<sup>47</sup>, añaden los criterios de determinación de las cualidades exigibles en la cosa. Estos criterios figuran igualmente en las normas de incorporación de la Directiva en otros ordenamientos europeos.

El primer criterio debe ser, sin duda, la autonomía de la voluntad. Pero las partes no siempre van a expresar suficientemente este extremo; por ello es útil precisar los criterios legales de conformidad.<sup>48</sup> Y me parece lo más conveniente, aproximarse lo más posible al texto de la Directiva en la redacción del nuevo artículo del CC. Podría completarse con una referencia al envase y embalaje

### 4. Límites de la vinculación por declaraciones públicas

La Directiva incluye, entre los criterios de conformidad, el de las declaraciones públicas, que susciten confianza en el comprador. Se presume la conformidad de los bienes si éstos *“presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor*

<sup>46</sup> Artículo 35.- “2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo.

b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor.

c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador.

d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.”

<sup>47</sup> Artículo 2.- “Conformidad con el contrato.- (...) 2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo; b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso; c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo; d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado”.

<sup>48</sup> Sobre los criterios de conformidad, CASTILLA BAREA, Aranzadi Civil, enero 2003, num. 17, pp. 16 a 39; num. 18, pp. 15 a 46.

*puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado*” (art. 2.2. d) Directiva).

Si acogemos este criterio, vinculamos al vendedor, en cuanto a las cualidades del objeto, por declaraciones públicas que no provienen de él. Esta vinculación debe tener límites. La Directiva los señala. El vendedor no debe quedar obligado por las declaraciones públicas, si demuestra que desconocía, y no cabía razonablemente esperar que conociera, la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o que la misma no pudo influir en la decisión de comprar el bien.

### **5. Entrega de cosa diferente o en cantidad inferior a la debida**

El régimen jurídico aplicable a la entrega de una cosa diferente o en cantidad inferior a la debida debe ser equiparado al de la falta de conformidad. Esta equiparación tiene por finalidad, no sólo aplicar, en estos casos, en la medida de lo posible, el sistema de remedios por falta de conformidad, sino también el régimen de denuncia del comprador propio de la falta de conformidad.

La CISG no hace, de modo directo, esta equiparación; pero no faltan autores que la interpreten en ese sentido. La reforma reciente del BGB sí establece la equiparación (§ 434 (3) BGB).<sup>49</sup>

### **6. Conocimiento de la falta de conformidad por el comprador**

Tradicionalmente se ha considerado que no merece protección el comprador que, al celebrar el contrato, conoce, o puede conocer, el estado de la cosa vendida (o del género); de ahí, la exigencia de que los vicios redhibitorios sean ocultos (art. 1484 CC). Esta regla debe mantenerse en la falta de conformidad. La recoge la CISG (art. 35. 3)<sup>50</sup> y la Directiva (art. 2.3).

El correspondiente precepto del Código civil puede redactarse según el texto de la Directiva; pero podría contener dos particularidades. La primera, inspirada en el art. 1590 CC, impone al vendedor el deber de advertir, oportunamente, al comprador de que los materiales suministrados por éste no son adecuados para fabricar una cosa conforme

<sup>49</sup> 3) „Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.“

<sup>50</sup> “El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.”

al contrato. La segunda, hace posible que el vendedor prometa poner en conformidad la cosa, que en ese momento de celebración del contrato no lo es.

### **7. Incorrecta instalación del bien**

Es frecuente que la compraventa de un bien exija la instalación del mismo. La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación de la cosa debe equipararse a la falta de conformidad de la propia cosa cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también deberá ser aplicable cuando se trate de una cosa cuya instalación esté previsto que sea realizada por el comprador, sea éste quien la instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.

Un precepto como éste, que regula la responsabilidad del vendedor por defectos de instalación, debería figurar en el régimen de la falta de conformidad. Generalizaría la disposición del art. 2. 4 de la Directiva. Un precepto análogo lo encontramos en el § 434 (2) BGB.<sup>51</sup>

### **8. La garantía convencional**

La Directiva, además del sistema legal de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad, prevé la posibilidad de que el vendedor o un tercero den al comprador, voluntariamente, una garantía.<sup>52</sup> Me parece conveniente trasladar al CC un precepto semejante sobre la garantía convencional de conformidad en la compraventa.

<sup>51</sup> „(2) Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden.“

<sup>52</sup> Artículo 6. Garantías.- “1. La garantía comercial obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad.- 2. La garantía deberá: - declarar que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regula la venta de bienes de consumo y especificar que la garantía no afecta a los derechos que asisten al consumidor con arreglo a la misma; - indicar con claridad el contenido de la garantía y los elementos básicos para presentar reclamaciones en virtud de la misma, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y dirección del garante.- 3. A petición del consumidor, la garantía deberá figurar por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que le sea accesible.- 4. Los Estados miembros podrán, con arreglo a lo dispuesto en el Tratado, exigir que la garantía de los bienes comercializados en su territorio esté redactada en una o más lenguas de las que ellos determinen de entre las lenguas oficiales de la Comunidad.- 5. En el caso de que una garantía infringiera los requisitos de los apartados 2, 3 o 4, ello no afectaría en ningún caso a su validez, pudiendo el consumidor en todo caso exigir su cumplimiento”.

Una regulación de la garantía convencional en el CC debería contener la exigencia de determinación del sujeto que la presta: el propio vendedor o un tercero; las modalidades de la garantía; la advertencia de que su mera aceptación no supone la pérdida o disminución de los derechos que ofrece la ley al comprador, en caso de falta de conformidad; la vinculación del garante conforme al contenido de la garantía, lo cual puede suponer una posible prolongación del tiempo de responsabilidad. La reforma del BGB regula la garantía convencional § 443 BGB.<sup>53</sup>

### 9. Los remedios de la falta de conformidad

Los remedios oportunos en caso de falta de conformidad son los remedios propios del incumplimiento, en las obligaciones sinalagmáticas. La reforma del CC ha de comenzar enumerándolos. El comprador podrá: 1. exigir al vendedor el cumplimiento del contrato, 2. resolver el contrato o reducir el precio, mediante declaración dirigida al vendedor, y 3. exigir, en cualquier caso, indemnización de los daños producidos.

Enumerados los remedios se plantea una cuestión: ¿se ofrecen todos, indistintamente, a la libre elección del comprador?; o, por el contrario, siendo compatibles, ¿existe alguna jerarquía entre ellos?

Si nos atenemos a la Directiva y pretendemos generalizar su criterio, hemos de establecer jerarquía entre los remedios enumerados. El derecho a exigir el cumplimiento ha de anteponerse, normalmente, al derecho a pedir la resolución del contrato o la rebaja del precio. La razón está en el intento de conservar el contrato y dar al vendedor la oportunidad de subsanar su incumplimiento inicial.

En cuanto a la indemnización de daños, es una medida siempre posible y compatible con cualquier remedio. La Directiva 1999/44 CE no contiene previsiones sobre la acción de indemnización de daños, pero entiende que ésta existe en los Ordenamientos de los Estados europeos.<sup>54</sup> La pretensión de indemnización debe reconocerse, también, en el caso de falta de conformidad; incluso en los casos en que la falta de conformidad

<sup>53</sup> (1) *Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache oder dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie), so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.*

(2) *Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.*

<sup>54</sup> Art. 8 Directiva 1999/44 CE.- Derecho interno y protección mínima.- “1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual. (...)”



inicial ha sido corregida, si la corrección se produce con retraso y el retraso implica daño; o si la falta de conformidad inicial provocó ya algunos daños.

Pero la regulación de la indemnización de los daños provocados por el incumplimiento no tiene que hacerse en la compraventa, sino en las normas generales de las obligaciones. Creo, por ello, que sería deseable, como ya he apuntado, revisar las reglas de indemnización de daños en la responsabilidad contractual contenidas en el CC, intentando superar el criterio de la culpa y sustituirlo por el que se perfila en la CISG<sup>55</sup> y en los PECL.<sup>56</sup>

### 10. La pretensión de cumplimiento

En la compraventa, en caso de falta de conformidad, la pretensión de cumplimiento puede quedar satisfecha mediante la reparación de la cosa o su sustitución por otra conforme. La regulación de esta materia exige

<sup>55</sup> Artículo 74 CISG.- “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.”

Artículo 77 CISG.- “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.”

Artículo 79 CISG.- “1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.- 2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente.- b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.- 3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.- 4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.- 5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.”

<sup>56</sup> PECL Capítulo 9, Sección 5.

tomar una decisión acerca de si es al comprador o al vendedor a quien corresponde elegir entre una u otra medida.

La Directiva atribuye al comprador la facultad de elegir entre la reparación o la sustitución. Aunque el texto del art. 3.2 no lo exprese de modo totalmente claro,<sup>57</sup> sí aparece en el apartado 10 de la Exposición de Motivos<sup>58</sup>. Al atribuir al comprador la facultad de elección, la Directiva tiene que establecer los límites de esta facultad.<sup>59</sup>

La reforma del BGB ha seguido este mismo criterio. Ha sido determinante el propósito de unificar el régimen de todas las ventas. La solución del BGB, sin embargo, ha merecido críticas.<sup>60</sup>

La CISG, aunque atribuye al comprador la elección entre la sustitución de la cosa o su reparación, limita el derecho de éste a pedir la sustitución a los casos en que la falta de conformidad implique un incumplimiento esencial, y excluye la petición de reparación en los casos en los que ésta no sea razonable.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> “En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado.”

<sup>58</sup> “(10) Considerando que, en caso de que el producto no sea conforme al contrato, los consumidores deben tener derecho a que los bienes se conformen a él sin cargo alguno, pudiendo elegir entre su reparación y su sustitución o, en su defecto, obtener una reducción del precio o la resolución del contrato;”

<sup>59</sup> “Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta:

- el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad,

- la relevancia de la falta de conformidad, y

- si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.”

<sup>60</sup> Así, HAAS en Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, *Das neue Schuldrecht* (2002) pp. 200-2001.

<sup>61</sup> Artículo 46 CISG: 1. *El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.*

2. *Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el art. 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.*

3. *Si las mercaderías no fueron conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que no se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el art. 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.*

La reforma del CC debería seguir el criterio de la Directiva, a fin de unificar en este punto el régimen de la compraventa. La atribución al comprador de la facultad de elegir la medida de cumplimiento debe contrarrestarse con las siguientes reglas de protección del vendedor.

En primer lugar, el vendedor podrá oponerse a la medida de cumplimiento elegida por el comprador (reparación o sustitución) si es imposible ejecutarla o, en comparación con la otra medida, resulta desproporcionada. Se considerará desproporcionada toda medida de cumplimiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra medida de cumplimiento, no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría la cosa si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la medida de cumplimiento alternativa se puede realizar sin inconvenientes mayores para el comprador.

La oposición justificada del vendedor a la medida de cumplimiento elegida por el comprador limita el derecho de éste a la medida alternativa. Pero también en este caso ha de reconocérsele al vendedor derecho para oponerse a la ejecución de la misma. La razón de la oposición no se encuentra ya en la comparación con la medida alternativa, porque ésta está descartada, sino en criterios razonables que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, habrá que concretar en cada caso.

### *11. Derecho a resolver el contrato o a obtener una rebaja del precio*

La resolución del contrato y la reducción del precio se ofrecen en la Directiva como remedios subsidiarios del de la puesta de la cosa en conformidad. Me parece que este criterio, que favorece la conservación del contrato en los términos iniciales, debe trasladarse al CC.

La resolución o la rebaja del precio son remedios oportunos en los casos siguientes: 1) Si el vendedor no está obligado a ejecutar ninguna medida de cumplimiento. 2) Si la falta de conformidad no puede ser corregida por ninguna medida de cumplimiento, o si la ejecución de cualquiera de ellas ha de producir retrasos excesivos o inconvenientes mayores para el comprador. 3) Si el vendedor ha rehusado ejecutar la medida de cumplimiento oportuna, o es previsible que no la realizará con éxito. 4) Si el vendedor no ha ejecutado la medida de cumplimiento oportuna en un plazo razonable. Algunos de los supuestos que acabo de enumerar se encuentran en la Directiva;<sup>62</sup> pero he añadido otros.

<sup>62</sup> Art. 3.5 Directiva 1999/44 CE.- “El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato: - si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o - si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o - si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor?”

En los casos enumerados, el comprador podrá, de nuevo, elegir entre la resolución o la rebaja del precio. Pero, de acuerdo con la Directiva, no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia.

Procede, además, regular el remedio de la reducción del precio, porque hoy por hoy no se incluye entre los remedios generales del incumplimiento; una futura reforma de las reglas generales del incumplimiento debería contemplar este remedio, propio de las obligaciones sinalagmáticas y generalizable en ellas. No es necesario, en cambio, regular, en la compraventa, el régimen de la resolución, porque es más bien cometido de las reglas generales.

La reducción del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que la cosa efectivamente entregada tenía en el momento de la entrega y el valor que habría tenido en ese momento una cosa conforme al contrato. Esta regla está inspirada en el art. 50 CISG.

El derecho a la reducción del precio se ejercita mediante declaración del comprador dirigida al vendedor. Recibida la declaración de reducción del precio, el vendedor deberá restituir al comprador, de inmediato, el exceso de precio pagado por éste.

## *12. Carga de denunciar la falta de conformidad*

En las condiciones en que se realizan muchas ventas es muy posible que el vendedor ignore la falta de conformidad de la cosa; esto no le exonera de responsabilidad. Por ello, es conveniente que el comprador, cumpliendo un deber de colaboración, ponga en conocimiento del vendedor, en ese caso, la falta de conformidad.<sup>63</sup>

El deber de colaboración de los contratantes se articula en los PECL.<sup>64</sup> En la CISG se concreta en un deber del comprador de examinar las mercaderías y de poner en conocimiento del vendedor la falta de conformidad, si al vendedor no le consta, ni debiera constarle. El incumplimiento de este deber lo sanciona con la pérdida del derecho a invocar la falta de conformidad.<sup>65</sup> Sin embargo, la CISG admite que exista una excusa razonable para omitir la comunicación requerida. En tal caso permite al comprador ejercitar algunos remedios; básicamente, la indemnización, sin incluir el lucro cesante, y la reducción del precio. En cambio le priva de la resolución y de la acción de cumplimiento; le

<sup>63</sup> También, GARCÍA RUBIO: *La Ley*, núm. 5747 p.4, col 1.

<sup>64</sup> Article 1:202: *Duty to Co-operate*.- "Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract."

<sup>65</sup> Artículo 39.- 1. *El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.*

priva porque el ejercicio tardío de estos remedios puede afectar en mayor medida al vendedor.<sup>66</sup>

La regulación de esta materia en la Directiva está influenciada por el propósito de proteger al comprador consumidor. La Exposición de Motivos admite que los Estados miembros impongan al consumidor el deber de denunciar al vendedor la falta de conformidad, en cuyo caso garantiza al consumidor un plazo mínimo de dos meses para practicar la denuncia; pero asimismo permite que los Estados no establezcan tal deber.<sup>67</sup> La Ley 23/2003, de Garantías en las ventas de bienes de consumo, ha optado, finalmente, por imponer al comprador el deber de denunciar la falta de conformidad, en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella (art. 9.4 L 23/2003).

Con mayor razón me parece conveniente recoger en el CC la obligación de denuncia.<sup>68</sup> Podría establecerse en éstos términos: El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de la cosa si no se la comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto, salvo que el vendedor la conociese o no pudiera ignorarla.

No obstante lo dispuesto anteriormente, el comprador podrá rebajar el precio o exigir indemnización de los daños y perjuicios. Esta propuesta está inspirada en la CISG.

### 13. Prescripción

La regulación de los remedios por falta de conformidad de la cosa vendida debe contener una regla de prescripción. El plazo de ejercicio de las acciones de saneamiento por vicios ocultos (seis meses, a partir de la entrega de la cosa, art. 1490 CC) ha sido, en muchos casos, un plazo insuficiente para una efectiva protección del comprador. Y, por otra parte, el plazo general de las acciones del contrato (quince años, art. 1964) es, sin duda, excesivamente largo.

<sup>66</sup> Artículo 44.- “No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 39 y en el párrafo 1 del art. 43, el comprador podrá rebajar el precio conforme al art. 50 o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si bien aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.”

<sup>67</sup> Considerando que los Estados miembros deben poder establecer un plazo en el que el consumidor deba informar al vendedor acerca de cualquier falta de conformidad; que los Estados miembros podrán garantizar un mayor nivel de protección del consumidor renunciando a establecer dicha obligación; que en cualquier caso los consumidores de la Comunidad deben poder disponer de dos meses como mínimo para informar al vendedor de la existencia de una falta de conformidad

<sup>68</sup> También GARCÍA RUBIO, *La Ley*, núm. 5747, p. 4, col. 1. En contra, ORTI VALLEJO, salvo en las ventas entre profesionales, por no corresponder a nuestra tradición jurídica (*Los defectos de la cosa*, p. 116 ss.). GARCÍA RUBIO señala, con razón, que tampoco corresponde a nuestra tradición el nuevo sistema de exigencia de conformidad.

El plazo que se establezca, aunque se aplique a todos los remedios, debería establecer diferencia entre los bienes muebles y los inmuebles. Por ejemplo, dos años para los bienes muebles y cinco para los inmuebles. La unificación del plazo crearía inconvenientes.

Algunos remedios, como la resolución o la reducción del precio, son derechos potestativos. Aunque los derechos potestativos no estén sometidos a la prescripción, podemos asimilar el régimen.

Además de la prescripción, se pueden utilizar otro tipo de plazos para limitar el ejercicio de los derechos del comprador. Los encontramos en la CISG, en la Directiva y en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo. Conforme a la CISG el vendedor no responde de la falta de conformidad que no haya sido denunciada por el comprador dentro del plazo de dos años, contados desde que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador.<sup>69</sup> La Directiva libera al vendedor de responsabilidad por la falta de conformidad que se manifieste después de dos años, a partir de la entrega.<sup>70</sup> Y la Ley 23/2003, además del plazo de prescripción, que es de tres años contados desde la entrega del bien, establece un plazo de dos años, desde la entrega del bien, dentro del cual se ha de manifestar la falta de conformidad, para que el comprador pueda reclamar al vendedor por razón de ella (art. 9).

En la reforma del CC es suficiente utilizar sólo el plazo de prescripción. De alguna manera, el sistema de la CISG de poner límite temporal a la denuncia de la falta de conformidad, es una vía para cerrar las reclamaciones por falta de conformidad, transcurrido cierto tiempo, sin tener que incidir en la regulación de la prescripción.

El tiempo de prescripción se deberá computar a partir del momento en que la cosa se haya puesto efectivamente en poder del comprador. Es el criterio que sigue la solución de la CISG (art. 39.2). Se trata de un sistema objetivo de cómputo del plazo que ofrece seguridad al vendedor, a costa del comprador, cuyo interés está en que el plazo se compute desde que conoce la falta de conformidad de la cosa. Esa seguridad para el vendedor

<sup>69</sup> Artículo 39 CISG: “1. El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.- 2. En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.”

<sup>70</sup> Art. 5.1 “El vendedor deberá responder de conformidad con el artículo 3 cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien. Si, con arreglo a la legislación nacional, los derechos previstos en el apartado 2 del artículo 3 están sujetos a un plazo de prescripción, éste no podrá ser inferior a dos años desde la entrega del bien.”

no está justificada si conoce la falta de conformidad de la cosa. En ese caso, el plazo debería computarse desde que el comprador conoce, o no puede ignorar, la falta de conformidad. En Derecho alemán se hace algo parecido, al aplicar en esos casos las reglas generales de prescripción (cfr. § 199 (1) BGB).

Si una ley especial prevé otros plazos (por ej. Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos) éstos deben ser respetados.

### *C. Derechos de tercero*

Aunque la Directiva no regula los problemas referentes a los que se han denominado vicios jurídicos (existencia de derechos de tercero sobre la cosa vendida) y su incorporación no hace necesario, por tanto, reformar el régimen del saneamiento por evicción o por cargas o gravámenes ocultos, creo que la reforma del saneamiento por vicios ocultos debería ir acompañada de una reforma de estas otras modalidades del saneamiento.

Existe cierto paralelismo entre el saneamiento por evicción, o por cargas y gravámenes, y el saneamiento por vicios. El saneamiento por evicción y por cargas significa, también, un sistema especial de “responsabilidad” del vendedor, distinto del general del incumplimiento. La particularidad estriba, conforme al Código civil, en lo que al régimen de la evicción se refiere, en que el vendedor no incumple ninguna obligación por el hecho de no haber transmitido al comprador la propiedad de la cosa, y, salvo dolo, no responde por ello; pero tiene que garantizar al comprador la posesión pacífica de la cosa vendida. Esta obligación de garantía le hace responder si, debidamente llamado al proceso, en el que un tercero reclama al comprador la cosa, no logra evitar que el comprador sea vencido en dicho proceso. Responde conforme al régimen especial del saneamiento por evicción, y no conforme al general de responsabilidad contractual.

Pero existen razones para suprimir este régimen especial de responsabilidad, así como el del saneamiento por cargas o gravámenes ocultos, y englobarlos en el sistema general de incumplimiento, conforme al modelo de la CISG.

La protección que ofrece al comprador el sistema de la evicción no es una protección adecuada, porque le obliga a soportar un proceso, en el que va a producirse la pérdida de la cosa, para poder reclamar al vendedor; y, salvo que medie dolo del vendedor (así en el Derecho histórico), no puede anticiparse a resolver el contrato. Además, esa reclamación, salvo dolo del vendedor, cubre limitadamente los daños sufridos por el comprador.

Existe, además, una razón más fuerte para realizar la reforma del saneamiento por evicción, y por cargas y gravámenes ocultos. En la práctica, el saneamiento por evicción se aplica escasamente por los Tribunales.

Por ello propongo la reforma de los artículos 1474 a 1483 y su sustitución por otros preceptos.

### *1. Delimitación del supuesto*

El vendedor debe entregar la cosa libre de derechos de tercero, tal como resulta de la nueva redacción propuesta para el artículo 1445. Pero la aplicación de esta regla no está exenta de dificultades; en el articulado del Código se ha de concretar bajo qué condiciones puede el comprador ejercitar los correspondientes derechos contra el vendedor, fundados en el incumplimiento de esta obligación. Y, respondiendo a esta pregunta, me parece, que debe bastar el hecho de que un tercero se encuentre en condiciones de poder hacer valer contra el comprador un derecho relativo a la cosa, no previsto en el contrato.

Ésta es la fórmula que utiliza el § 435 BGB. Es suficientemente flexible. Permitir incluir en ella tanto los derechos reales como los personales (arrendamiento); los que determinen la falta de adquisición del dominio por el comprador (la propiedad no pertenece al vendedor, sino a un tercero), como la transmisión de una titularidad gravada o limitada por algún derecho; los relacionados con la propiedad intelectual e industrial. La fórmula utilizada permite, por otra parte, que el comprador reclame al vendedor, sin necesidad de esperar a que el tercero ejercite efectivamente el derecho y sin tener que probar de modo inequívoco la existencia del derecho: basta que el tercero esté en condiciones de hacerlo valer. Y, a diferencia de la fórmula utilizada por la CISG, que impone al vendedor entregar la cosa libre de derechos y pretensiones de tercero,<sup>71</sup> evita someter al vendedor al riesgo de que un tercero ejercite contra el comprador pretensiones carentes de suficiente fundamento.

<sup>71</sup> Artículo 42 CISG.- “1. El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual: a) En virtud de la Ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o b) En cualquier otro caso, en virtud de la Ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.- 2. La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que: a) En el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o b) El derecho a la pretensión resulte de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador.”



## 2. Remedios del comprador

El Código civil también debe enumerar los remedios de que dispone el comprador en los casos en que existan derechos de tercero.

Los remedios utilizables son, ciertamente, los remedios generales, adaptados a las peculiaridades de esta manifestación del incumplimiento. Para evitar repeticiones se puede optar por una remisión al artículo que enumera los remedios por falta de conformidad.

El orden de utilización de los remedios en caso de existencia de derechos de tercero no ha de ser el mismo que el que, en consideración a la Directiva, hayamos adoptado para la falta de conformidad; es decir, primero el cumplimiento *in natura*, después la resolución o rebaja del precio. Hay una razón: el vendedor, con su sola voluntad, no ha de estar, normalmente, en condiciones de hacer propietario al comprador o liberar a la cosa del derecho ajeno; ni tampoco, de sustituir el objeto por otro.

El derecho del comprador a elegir el remedio que más le convenga ha de tener, sin embargo, algunas restricciones, en interés del vendedor:

Primera.- El vendedor puede oponerse a liberar la cosa del derecho de tercero o a la sustitución de ésta, cuando no esté a su alcance hacerlo o no resulte razonable, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

Segunda.- El vendedor podrá impedir la resolución del contrato o la reducción del precio si, tras la notificación del comprador, en un tiempo razonable y sin costes ni inconvenientes para el comprador, subsana el defectuoso cumplimiento en la transmisión. Sin embargo, el vendedor no podrá impedir la resolución si el incumplimiento es esencial.

## 3. La llamada en garantía

Aunque haya cambiado el sistema de la evicción y ya no sea necesario que ésta se produzca para que el comprador pueda ejercitar, frente al vendedor, los remedios fundados en la existencia de derechos de tercero, no deja de ser conveniente imponer al vendedor, como obligación derivada del contrato de compraventa, la obligación de defender al comprador en los procesos que contra él puedan promover los terceros, relacionados con derechos sobre la cosa.

Cuando un tercero promueva contra el comprador una acción dirigida a la evicción o al reconocimiento de un derecho que no debería afectar a la cosa, el vendedor está obligado a entrar en la causa para defender el interés del comprador, si éste lo requiere.

## 4. Obligación de denuncia

Me he referido a la obligación de denuncia en la falta de conformidad. Tal obligación debe extenderse a los casos de existencia de derechos de tercero ignorados por el vendedor.

### 5. Prescripción

El CC no regula, actualmente, la duración de la garantía por evicción. Sin duda porque el vendedor debe prestar esta garantía al comprador hasta que éste adquiera la cosa, por la protección del Registro de la Propiedad o por usucapión ordinaria (pues siendo el comprador de mala fe es dudoso que pueda exigir al vendedor la garantía).

En el nuevo sistema, a pesar de que queden tratados del mismo modo tanto el caso en el que la propiedad pertenece a tercero, como aquél en el que existen derechos diferentes sobre la cosa, conviene diferenciar, a efectos de prescripción, entre uno y otro supuesto. Cuando la propiedad de la cosa vendida pertenece a un tercero hemos de ofrecer al comprador de buena fe la máxima protección. Sus derechos y acciones contra el vendedor no deben extinguirse por prescripción hasta que no haya pasado el tiempo necesario para adquirir por usucapión. En los demás casos, el plazo puede ser inferior: por ejemplo, tres años computados a partir de la entrega; salvo que el vendedor sea de mala fe, en cuyo caso, al igual que propongo para la falta de conformidad, el cómputo podría hacerse desde que el comprador tenga conocimiento de la existencia del derecho o no pueda ignorarla.

## VIII. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA

Si se produce una reforma del Código civil como la propuesta, que generalice, en buena medida, las normas de la Directiva, pierde sentido mantener, para las ventas a consumidores, la Ley 23/2003. Esa ley debería ser derogada; y aquellas reglas contenidas en ella que no hayan sido generalizadas y que justifiquen su subsistencia por la especialidad de la materia, deberían ser trasladadas, bien al propio Código civil, como especialidad de las ventas de consumo, bien a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Considero preferible la primera solución.

### BIBLIOGRAFÍA

AVILÉS GARCÍA: Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas, en *RCDI*, 2000, pp. 2727 ss.

CARRASCO PERERA, Ángel / CORDERO LOBATO, Encarna / MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo, *Estudios sobre consumo*, año XV, núm. 52 – 2000, pp. 125 a 146.

CASTILLA BAREA, Margarita: La determinación de la “falta de conformidad” del bien en el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo, *Aranzadi Civil*, enero 2003, num. 17, pp. 16 a 39; num. 18, pp. 15 a 46.

CILLERO DE CABO, Patricia: Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español, *Estudios sobre Consumo*, 57, 2000, pp 147 ss.

CORRAL GARCÍA: La directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen del saneamiento en la compraventa de bienes muebles, *Revista de Derecho Patrimonial*, año III, 2000, núm. 5, pp. 521 ss.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 5ª ed. Madrid, 1995

FENOY PICÓN, Nieves: Comentario a Disposición Adicional Primera, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, Sobre Condiciones Generales de la Contratación, en: MENÉNDEZ / DÍEZ-PICAZO / ALFARO: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid 2002, pp. 1101 a 1150.

FENOY PICÓN, Nieves: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid 1996

GARCÍA RUBIO, María Paz, La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de garantías en la venta de bienes de consumo, *La Ley*, num. 5747, 26 marzo 2003, pp. 1 a 6.

GOMEZ POMAR, Fernando: Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la ventas y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica, *Indret* (www.indret.com), octubre 2001.

GRUNDMANN / MEDICUS / ROLLAND: *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln – Berlin – Bonn- München 2000.

HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENDTLAND: *Das neue Schuldrecht*, München 2002.

JORDA CAPITÁN, Eva: La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones sobre su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español, *CDC*, 31, abril de 2000, pp. 127 ss.

KOHE / MICKLITZ / ROTT / TONNER / WILLINGMANN: *Das neue Schuldrecht – Kompaktcommentar*, München 2002.

LETE ACHIRICA, Javier: La directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español, *Actualidad Civil*, núm. 42, 15 a 21 de noviembre de 1999, pp. 1365 ss.

LLÁCER MATAACÁS, María Rosa: Dret civil europeu i Dret de consum: entorn a la configuració de l'objecte contractual, *Comunicación presentada en las 12. Jornadas de Derecho Catalán en Tossa de Mar*, Septiembre de 2002.

LLÁCER MATAACÁS, María Rosa: La responsabilidad del vendedor de cosa defectuosa: la transposición de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *Carta Mercantil*, núm. 26, julio 2001, pp. 1 ss.

MARCO MOLINA, Juana: La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *RCDI* num 674 (2002) pp. 2275 a 2346.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: Bases pour une réglementation du contrat de vente dans un futur code européen des obligations, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 64, colloquia-8, pp. 245.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de Directiva), *ADC* 1999, pp. 265 ss.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: Comentario a los artículos 35 a 40, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*. Civitas, Madrid 1998, pp. 286 SS.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico), *ADC* 1983, pp. 1529 a 1546

MORENO TORRES HERRERA, María Luisa: Los plazos de ejercicio de los derechos del consumidor ante la falta de conformidad con el contrato en la Directiva 1999/44/CE y su transposición a los ordenamientos: un caso de desarmonización, *La Ley*, núm. 5655, 14 noviembre 2002.

ORTI VALLEJO, Antonio: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada 2002.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: Las nuevas bases de la responsabilidad contractual, *ADC* 1993, pp. 1719 a 1745.

PARRA LUCÁN, María Ángeles: Comentario del artículo 12 LOCM, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinados por Rodrigo Bercovitz / Jesús Leguina, Madrid 1997, pp. 198 ss.

SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas: Las garantías de los consumidores en las compraventas transfronterizas, en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol II, 1998, pp. 1125 ss.

SANZ VALENTÍN, Luis Antonio: La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *Actualidad Civil* 1991-3, pp. 1073 ss.

VERDA Y BEAMONTE: Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el Derecho Civil español, en *Noticias de la Unión Europea*, núms. 211 y 212, agosto-septiembre 2002, pp. 135 ss.

VERDA Y BEAMONTE: El régimen de conformidad y garantía en los productos y servicios, en *Derecho de Consumo*, coordinado por REYES LÓPEZ, Valencia 2002, pp. 445 ss.



# EUROPEANISATION OF PRIVATE LAW AND ENGLISH LAW

HUGH BEALE<sup>1</sup>

*Professor of Law, University of Warwick  
Law Commission of England and Wales*

## SUMMARY

---

COMPLIANCE WITH EU LEGISLATION    THE INFLUENCE OF EUROPEAN  
IDEAS ON ENGLISH PRIVATE LAW    ENGLISH ATTITUDES TOWARDS GREATER  
HARMONISATION OR UNIFICATION OF PRIVATE LAW    CONCLUSION

To what extent is English Private Law being affected by the United Kingdom's membership of the European Union? I think we can try to answer this at three levels: (i) The United Kingdom's compliance with EU legislation; (ii) the influence of European ideas on English Private Law; (iii) the attitude in England towards greater harmonisation or possible unification of European Private Law.

## COMPLIANCE WITH EU LEGISLATION

To my knowledge, the United Kingdom has a good record of compliance with EU legislation, in the sense of implementing Directives correctly. Of course, sometimes very little is required because our law already contains, in substance, what is required by the Directives. Indeed some Directives, for example those on consumer credit,<sup>2</sup> have been very heavily influenced by English law.

Our implementation has not always been by the deadlines set by the legislation. For example, the regulations which implemented the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts<sup>3</sup> came into force 6 months after

<sup>1</sup> Any views expressed in this paper are purely personal.

<sup>2</sup> Council Directives 87/102/EEC of 22 December 1986 and 90/88/EEC of 22 February 1990.

<sup>3</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993.

the deadline, and we have not as yet implemented the directive on certain aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees although this should have been implemented by the 1 January 2002.<sup>4</sup> In part the delay may be the result of a very cautious approach on the part of the Government Department (in these two cases, the Department of Trade and Industry (DTI) took responsibility for implementation) to make sure that the legislation did indeed implement the Directive fully.

It is my personal view that the British Government's approach to implementation is actually over cautious, and our experience has not been altogether a happy one. The Unfair Terms in Consumer Contracts Directive was implemented by a set of regulations<sup>5</sup> that, for the most part, simply reproduced the Directive word for word. This method of implementation is known as "copy out" or, less favourably, as "cop out". The original Regulations<sup>6</sup> were replaced in 1999.<sup>7</sup> The principal reason was that the 1994 Regulations, in purporting to implement article 7 (which requires member states to ensure that effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers) had given preventive powers only to the Director General of Fair Trading. This had been challenged by, among others, the Consumers Association, as not fully implementing the Directive; and, rather than fight the case, the new Labour Government decided to extend the preventive powers to the Consumers Association and various other bodies. At the same time the opportunity was taken to align the working of the Regulations even more closely to the wording of the Directive.

This has caused two problems. The first is that we already have legislation dealing with certain types of unfair term. The Unfair Contract Terms Act 1977 applies to almost any kind of exclusion or limitation of liability clause in a contract. In consumer contracts it makes many exclusion or limitation of liability clauses completely invalid, even if they have been 'individually negotiated';<sup>8</sup> with other exclusions or limitations of liability in consumer contracts, and in many cases also contracts between two businesses, it requires that the clause be fair and

<sup>4</sup> Directive 1999/44/EC of 25 May 1999. Regulations have now been laid before Parliament (Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002, SI2002 No. 3045) and are due to come into effect on 31 March 2003.

<sup>5</sup> Made under the European Communities Act 1972, section 2.

<sup>6</sup> Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994.

<sup>7</sup> Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.

<sup>8</sup> For example, a business selling to a consumer cannot exclude or limit its liability for the goods' failure to correspond to the description or sample, or to be fit for the purpose: section 6(2).



reasonable before it will be enforceable.<sup>9</sup> This Act was not affected by the regulations that implemented the Directive. The result is that there are two regimes, which to some extent overlap, which have different scopes of application and use different terminology and concepts. The result has been considerable confusion. Both consumers and businesses have complained about the unnecessary complexity to the DTI; and the DTI have referred the question to the Law Commissions (there are separate Commissions for England and Wales and for Scotland; this was a joint project). The Law Commissions have been asked to consider producing a unified piece of legislation which will both implement the Directive and preserve the additional elements of consumer protection which were granted by the 1977 Act.<sup>10</sup> In an ideal world, that would have been done in 1994. In other words, we would have incorporated the Directive into our general law.

The other problem with the “copy out” method of implementation is that it simply imposes on English law concepts and terminology which do not form part of English law and which are not easy for English lawyers to understand. The most obvious example is the test of fairness used by the Unfair Terms Directive, article 3(1): namely, that ‘a contract term... shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.’ English law does not have an equivalent concept of good faith. Good faith of course is relevant in English law in certain other contexts (for example, whether somebody is a bona fide purchaser of property, and in insurance contracts) but its meaning there is very different to the one that appears to be used here. The result has been a great deal of discussion as to the meaning of “good faith” in the context of unfair contract terms. In fact, the general conclusion seems to be that “good faith” means very much the same thing as the test of “fair and reasonable” which is used in the Unfair Contract Terms Act 1977.<sup>11</sup> It might have been a great deal easier to have used the terminology with which English lawyers were familiar in the

<sup>9</sup> Thus any other clause which would limit or exclude the business’s liability when in breach of contract to the consumer is valid only if it is fair and reasonable: section 3(2)(a). The same applies to a clause that would allow the business to perform in a way that is substantially different to that which the consumer reasonably expected, e.g. to change the hotel in which a holiday maker is to be accommodated: s. 3(2)(b). The same controls apply to business-to-business contracts, but only if the party adversely affected is dealing ‘on the other party’s written standard terms of business’: s. 3(1).

<sup>10</sup> The Law Commissions have published a Consultation Paper (LC no 166) on Unfair Terms in Contract. Copies may be downloaded from the Law Commission website: <http://www.lawcom.gov.uk>

<sup>11</sup> See *Chitty on Contracts* (28<sup>th</sup> edition, 1999), para 15-050; Law Com. Consultation Paper No 166, Unfair Terms in Contracts, paras. 3.70 to 3.71.

first place. However, there is some debate about the matter. Some argue that, even though using English terminology would make the legislation easier for consumer advisers and businesses to understand, it is more important to follow the words of the Directive, so that any jurisprudence from the ECJ that interprets the Directive will be readily applicable to our legislation also.

The Department of Trade and Industry seems determined to avoid making the same mistake twice. The Directive on Consumer Sales is to be implemented by amendments to the Sale of Goods Act 1979. However, these will be relatively slight, technical amendments; they will not involve a thorough-going revision of the Act. And again the Department is being rather cautious. For example, article 3(2) of the Directive requires that “in the case of a lack of conformity, the consumer shall be entitled to have the goods brought into conformity free of charge by repair or replacement...”. English sales law does not know a right to repair or to replacement of the goods as such. This is probably because of the general reluctance of English Contract Law to provide the remedy that we call “specific performance”. Specific performance will be ordered only if damages would not be an adequate remedy for the claimant, and this means that specific performance is awarded in sale of goods cases only when the goods are completely irreplaceable because they are entirely unique. The case law is very strict about this requirement.<sup>12</sup> English law allows the buyer to achieve the same result in other ways. If the buyer wants the goods repaired, he may have the repairs done at his own expense and then reclaim that expense in an action for damages. If he wants the goods replaced, he may reject the goods and terminate the contract, and then buy replacement goods from another seller and claim any additional cost involved from the original seller. The question is whether it is necessary for English law, in order to implement the Directive, to introduce a specifically enforceable right to repair or replacement; or do the existing remedies form a “functional equivalent” to specific performance in these cases? At an early stage representatives of the European Commission indicated, at least informally, that they thought that it would not be necessary for the United Kingdom to change its rules on specific performance; we already had sufficient “functional equivalents”. However, it seems from the draft regulations circulated for comment that the Department for Trade and Industry is likely to play safe and to give consumer buyers (but only consumer buyers) specifically enforceable rights to repair or replacement. This strikes me as excessively cautious and to cause unnecessary disruption to the structure of our law.

<sup>12</sup> See *Cohen v. Roche* [1927] 1 KB 169 (Contract for sale of set of antique chairs; specific performance refused.)

However, I am glad to say that the implementing Regulations<sup>13</sup> will not follow the Directive word-for-word. For example, they do not use the concept of ‘non-conformity’. English law does not have different rules for different types of breach of contract. English law states, for example, that the obligation to deliver goods that are fit for the purpose is just a contractual obligation like any other, and the same remedies are available as for any other breach.<sup>14</sup> Having special rules for non-conformity, for example setting special notice-periods, does not fit with this structure.

## THE INFLUENCE OF EUROPEAN IDEAS ON ENGLISH PRIVATE LAW

The second question is the extent to which the concepts and terminology from the continental European systems, or indeed from European Community Law, are actually influencing our private law. For example, it might be thought that the Directives (particularly if they are implemented by “copy out”) may be a way in which continental legal concepts and terminology will infiltrate English law. Thus, the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations refer to “good faith”, since they effectively copy out article 3(1) of the Directive. Will this result in the notion of good faith spreading into English law?

I think there are few signs of this happening as yet. What I think may happen is that there may be references to good faith when perhaps they would not previously have been those, but the substance of the law will be little affected. It is often recognised that English law has many rules which are functionally equivalent to the rules that in a continental system might be ascribed to the concept of good faith. As Bingham LJ once put it:

‘In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith... English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness.’<sup>15</sup>

<sup>13</sup> See note 4 above.

<sup>14</sup> In this respect English law is very like the Principles of European Contract Law. See *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (ed O Lando and H Beale) (Kluwer, 2000).

<sup>15</sup> *Inter-Foto Picture Library Limited v. Stiletto Visual Programmes Limited* [1989] QB 433, 439.

There is some evidence that, when court judges are referring to doctrine which are functionally equivalent to good faith, they may occasionally describe the doctrine as reflecting the principle of good faith. An example seems to be from contracts of employment. There have been some recent developments indicating the growth of an implied term that the employer will do nothing to bring about a loss of trust and confidence between the employer and the employee.<sup>16</sup> In some judgments one finds references to good faith in this context.<sup>17</sup> But it has to be said these references are only occasional, and amount to little more than 're-branding' of existing concepts.

It is perhaps not surprising that legislation has had a limited influence on our private law. This is consistent with the judicial attitude to legislation in the English system. Statute law is not seen as a base on which further common law development may be built. Rather legislation is seen as completely separate. It applies only when it expressly or by necessary implication deals with the situation, and otherwise it leaves the common law entirely untouched. Indeed, the existence of a limited form of legislation is sometimes given by the judges as a reason for not developing the common law in an area any further; they say that Parliament has indicated the limits to which the law should go and it is for Parliament to decide whether to go further.<sup>18</sup>

New legislation, other than that required by our membership of the EU, also shows relatively little influence of continental systems. Certainly continental systems are considered by the Law Commission when it is preparing its reports. For example, the recent reforms which allowed third party beneficiaries rights in English law for the first time<sup>19</sup> were preceded by the Law Commission Consultation Paper<sup>20</sup> that referred to continental legal systems. However, the notion of giving third parties rights in contracts was not solely derived from continental influences and the references to continental law provided little more than confirmation that what was proposed would be a good idea.

<sup>16</sup> See *Malik v. BCCI* [1998] AC 20, HL.

<sup>17</sup> See *University of Nottingham v. Eyett (No. 1)* [1999] 2 All E.R. 437, 440; and the speech of Lord Hoffmann in *Johnson v. Unisys Ltd* [2001] UKHL 13; [2001] 2 All ER 801, at [46]. In each case the claim that the implied term had been broken failed.

<sup>18</sup> See for example *National Westminster Bank v. Morgan* [1985] AC 686, HL; and *President of India v. La Pintada Compania Navigacion SA* [1985] A.C. 104. But compare the views of Lord Goff and Lord Woolf in *Westdeutsche Landesbank GiroZentrale v. Islington LBC* [1996] 2 All E.R. 961, at 698 and 724-726 respectively.

<sup>19</sup> Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.

<sup>20</sup> Law Commission Consultation Paper No 121, Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties.

It is sometimes thought that English law has been completely separate from continental legal thinking for many years. In fact, I do not believe that to be true. In the 19<sup>th</sup> century, for example, English law was definitely not cut off from continental thinking. It is of course the case that the vast majority of our private law was then and remains now judge-made law. We have no civil code; and although some areas have been covered by legislation, so that they are largely 'statutory', this is only true in certain areas. Family law, real property and sale of goods are covered in large part by statute; but the majority of the rules of contract and of tort (civil responsibility) remain governed by the common law. During the 19<sup>th</sup> century at least, the judges, and probably the counsel who argued the cases before them, were much influenced by Roman and continental legal ideas. If you look at the classic cases dealing with, for example, mistake or impossibility, you will find direct citations from the Digest.<sup>21</sup> If you look at the famous case on the amount of damages recoverable for breach of contract, *Hadley v Baxendale*,<sup>22</sup> you will find that it applies a principle exactly parallel to that of the French Civil Code, article 1150 (though without the special rule on fraudulent non-performance). It appears that this came to English law more or less directly from the writings of Pothier.<sup>23</sup>

In the 20<sup>th</sup> century, however, the English legal system became more self-enclosed. Possibly this was because fewer of the judges and practitioners had studied Roman law, which was then being replaced by common law as the subject of study at university. Possibly it was because there was a more rigid approach to following previous precedent. There was even a marked reluctance to rely on any authority other than previous cases. For example, when I was a student I was taught that it was not permissible to cite the views of an author in court, however well respected the author or his or her book might be, unless the author was dead and therefore incapable of changing his or her mind. Possibly it was simply due to the fact that there was much more material from the English legal system itself to put before the court, and other things were squeezed out or found not to be necessary. Cases from the other common law jurisdictions, even from the United States, were frequently cited but there was very little use of any other sources.

<sup>21</sup> See *Kennedy v Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co* (1867) LR 2 QB 580 (mistake); *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B&S 826 (impossibility).

<sup>22</sup> (1854) 9 Exchequer 341.

<sup>23</sup> See B. Simpson, 'Innovation in Nineteenth century Contract Law', (1975) 91 LQR 247.

This has begun to change. In the number of cases, Lord Goff, in particular, has cited German law quite extensively, though as yet German law has not yet formed the basis of any rule adopted in English law.<sup>24</sup>

Part of the reason that this is so rare is caused by rather curious and peculiar difficulties. First, English judges are supposed to confine themselves to matters which have been argued before them, so they are thus dependent to some extent on counsel. Thus they may have to suggest counselling that the court should consider foreign law, and invite argument on it. Counsel may not be willing to do this. Secondly, foreign law (whether it is the law applicable, or it is merely being argued that the court should adopt the same solution as does a foreign law) is technically speaking treated as a question of fact. The judge should not rely on his known knowledge of it; the parties are expected to prove what the foreign law is by bringing witnesses to give evidence of it. There is no equivalent of the service provided in Germany by the Max-Planck Institute of providing information to judges about foreign law. This rule has always been taken with something of a pinch of salt, particularly where decisions from the common law systems are concerned, and judges in practice are fairly flexible about considering foreign law when it is being cited simply as persuasive authority on how they should decide a case, rather than as the applicable law. Indeed I think the rule is beginning to break down. It is an open secret that Lord Goff, when he needs to know a point on German law on which he is not certain, rings up Professor von Bar.

There is also of course a linguistic problem. Most English lawyers are as bad as I am at other languages. I would expect that as more information about other legal systems becomes available in English, continental laws will be considered more regularly. Also text books, even by living authors, are now cited very regularly in court and text books will sometimes refer to continental systems.

Interestingly, this has turned out to be the field in which (to date) the *Principles of European Contract Law* prepared by the so-called Lando Commission<sup>25</sup> have proved most influential in England. They provide a statement of what is thought to be the common core of the different European legal systems. I have received several requests from judges for copies of this or information about the Principles, and they have been cited in the House of Lords on at least one occasion.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> The principal example is *White v. Jones* [1995] 2 AC 207, in which Lord Goff reached the same result as German law but via different reasoning.

<sup>25</sup> See above, note 14.

<sup>26</sup> *Director General of Fair Trading v. First National Bank Plc* [2001] UKHL 52, [2002] 1 AC 481 at [36].

Thus English law, and perhaps the common law system as a whole, is rather a closed world on which continental legal thinking has limited influence. However, it is far from being hermetically sealed and I think that the influence of continental thinking is growing. The actual outcome in terms of cases and legislation to date do not reflect the degree of interest that English practitioners and English judges are showing in the laws of our fellow Member States. Judges are regularly now attending seminars with judges from other countries and attending colloquia on comparative law. Some of them are extremely knowledgeable on the subject.

Nor can we rule out Law Reform based on continental models. One of the issues being considered at the moment is whether the Law Commission should review those parts of English contract law that, in the light of the Principles of European Contract Law, appear to be seriously out of line with the laws of the majority of Member States – either in terms of substance or in terms of the concepts used. A prime candidate would be the area of mistake, misrepresentation and non-disclosure. Here many English lawyers find our law to be unclear and unsatisfactory; but in addition it has a very different conceptual structure, since the doctrine of mistake is of very limited importance, its work been done by ‘misrepresentation’, an outgrowth of the doctrine of fraud; and sometimes it produces startlingly different results, as we have no general duty to disclose facts known to one party but not to the other. To this I will return.

## ENGLISH ATTITUDES TOWARDS GREATER HARMONISATION OR UNIFICATION OF PRIVATE LAW

I think we can best judge the typical English attitude towards the greater harmonisation or unification of European Private Law, perhaps by the adoption of a European Civil Code, by considering the reactions in England to the European Commission Communication on Contract Law of July 2001.<sup>27</sup> Some respondents from England pointed out that there are still specific barriers to trade created by national legislation, for example in the area of financial services.<sup>28</sup> But otherwise the reaction to the Commission’s paper can at best be described as cool. I think it is fair to say that the response of the UK Government itself is fairly representative. It welcomes the proposed Option III, improving the quality of existing EC legislation. But it rejects Option IV, a new comprehensive legislation, “in

<sup>27</sup> COM (2001) 398 Final.

<sup>28</sup> See the response of the London Investment Bankers Association.

any of its forms". It is even very sceptical about Option II, promoting the development of common contract principles. The response states that the UK Government 'sees some potential value in comparative legal research aimed at identifying, and disseminating information about, common principles that may already exist between national laws'. However, it states explicitly that the Government 'does not agree with the suggestion in paragraph 52 of the communication that the objective of this option is to achieve more convergence of national contract laws. It considers that convergence should only be pursued when there is a demonstrable need and after careful consideration of the net effect.'" In other words, the UK Government does not see harmonisation of law across Europe and as an end in itself. I am sure that many others in the United Kingdom share this point of view.

Why is this? I think there is a number of reasons.

First, there is general hostility to codification. I have explored this issue elsewhere, and today there is not time to do more than make a few brief points.<sup>29</sup> Much of English law is "codified" in the sense that it is now in a statutory form. I have mentioned Family Law, Property Law and the Sale of Goods Act; the latter formed part of a widespread statutory codification of Commercial Law in the late 19<sup>th</sup> century.<sup>30</sup> However, these are not codes in the continental sense. They are statutes that the courts apply in a strict fashion. When a point is not covered by the statute then the common law applies just as it did before the Act. The statutes are interpreted narrowly in the sense that one may not apply them by analogy but only when they are directly applicable upon the wording.

Codification in the continental sense has been tried on one occasion but failed. In the 1960s the Law Commissions in England and Scotland were engaged in a joint project to codify the Law of Contract. A great deal of work was done, including the preparation of a complete draft by Dr Harvey McGregor.<sup>31</sup> However, in the 1970's the project was abandoned, first by the Scottish Law Commission and then by the English Law Commission, so that they could concentrate instead on areas which needed particular reform. There appear to have been a variety of reasons for this abandonment. One of them seems to have been a problem of legislative style. Dr McGregor produced a text with an accompanying

<sup>29</sup> See my 'Codification and the English Common Law - a model to be followed?', in *Towards a European Civil Code* (Eds G Barrett and L Bernardeau) (ERA 2002) 30, 32 to 34.

<sup>30</sup> See also Bills of Exchange Act 1882 and Partnership Act 1890.

<sup>31</sup> See McGregor, *Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 1993).



commentary. The text was fairly general in style and reasonably brief. When the draft was passed to Parliamentary Counsel, the specialised kind of lawyer employed in the United Kingdom to produce Bills, the commentary was abandoned and the draft became much more detailed and closer to the traditional style of an English statute. One of the Scottish Law Commissioners at the time told me that the problem was ‘the Scots wanted a code but the English appeared to want a statute’.

The difference between a code and a statute is really rather important. The English judges are rather wary of statute because, when it is interpreted as they do, it is rigid and inflexible. It may well prevent the development and refinement of legal concepts to deal with new situations. One often hears the phrase “statutory cement”. By contrast, the development of the common law is one of constant refinement and (hopefully) improvement. English judges and indeed English lawyers generally think that this is one of the great strengths of our system. It means of course that the law is, at its edges, a little uncertain; it all depends on how the next court will interpret the existing precedents. That however should not be taken to mean that there is great uncertainty. Usually not only the basic rules but the application of the rules to the majority of cases are very clear. I would suspect that the English common law is no less certain in this sense than is any continental system, though the law in a code system may be a bit easier to find.

The second reason for hostility to a European Code relates to the history of English law as the law of choice of parties who may have very little other connection to England. In certain markets – for example, the ship-charter and commodity markets – it is very common for non-UK parties to agree that their contract should be subject to English law, frequently coupled with arbitration in London and sometimes insurance through Lloyds. The choice of English law may be partly because of the fairly effective court system that we have in the United Kingdom and the expertise of our lawyers. They are very expensive but they are usually regarded as knowing their business rather well. There is a fear that if English law were to be replaced by some European or international scheme, that unique expertise would be lost. The effect might be that legal business would move away from London.

There is also a fear that a change in the substantive law itself might result in a loss of business. Even though English law is not always easy to find, and though inevitably there are areas of uncertainty, it is a law which tends to produce fairly certain outcomes and to leave rather little to the judge. Indeed its rules sometimes seem draconian. For example, it is still the case that an insurance company may refuse to pay a claim made by the insured if the insured has committed any “breach of warranty” in

the insurance policy, even though the breach had no causal connection to the event giving rise to the claim. English lawyers worry that to adopt a general principle of good faith would make the law much less certain.

Our law is also rather individualistic. For example, it is well known that, outside the field of insurance contracts, there is no duty to disclose facts to the other party, even if the first party is aware that the second party is ignorant of some absolutely crucial fact and that, if the second party knew the truth, it would never enter the contract.<sup>32</sup>

I have argued elsewhere<sup>33</sup> that these rules may reflect the type of case which typically comes before the English courts. English contract law in particular is driven by a diet of commercial cases often involving parties of very great sophistication who are doing their best to compete in highly fluctuating markets. In these markets, to take advantage of knowledge that you have, and the other party does not have, is considered to be contrary to good faith; it is considered to be good business. In those circumstances the English rule seems quite justifiable. However, I think it is frequently acknowledged by English lawyers that our rule is too broad; it would apply equally to somebody who sells a house without telling the buyer that a pig farm is about to be opened next door.<sup>34</sup> But there clearly is a fear that any European Civil Code might contain law that in terms of substance was less attractive to commercial parties, and that they might turn to other systems as their ‘law of choice’.<sup>35</sup>

## CONCLUSION

So I think it is fair to say that at present English Private Law remains relatively immune to “Europeanisation”. It is of course subject to the EU legislation but, compatibly with the tradition of treating statutes as affecting only the area of law directly covered by them, EU law is seen as somehow separate and the degree of infiltration of European ideas is rather limited. However, as I have said things are beginning to change. I hope that in 20 years time the picture may look very different.

<sup>32</sup> The famous French *Poussin* case, in which the seller of a painting was able to avoid the sale on the grounds that he did not believe it could possibly be by Poussin whereas the buyer, the National Gallery, knew that it was very likely to be by that painter, would be inconceivable in English law. (See Civ. 13.2.1983, D.1984.340, JCP 1984.II.20186; Versailles 7.1.1987, D. 1987.485, Gaz.Pal. 1987.34.)

<sup>33</sup> See H. Beale, ‘The Europeanisation of Contract Law’ in R.Halson (ed.), *Exploring the Boundaries of Contract* (Dartmouth, Aldershot, 1996), 23-47, 38.

<sup>34</sup> Cf Cass. Civ. 3, 2 October 1974; Bull.civ.III.330; D.1974, IR.252; RGLJ 1975.669. n. Blanc.

<sup>35</sup> See UK Government response, para 8.

# EUROPE AND THE LEGAL REFORM OF THE LAW OF OBLIGATIONS

ULRICH MAGNUS

*Professor of Law at the University of Hamburg  
Judge at the Court of Appeal of Hamburg*

## SUMMARY

---

I. INTRODUCTORY REMARKS    II. SURVEY AND BACKGROUND OF THE RECENT GERMAN REFORM(S)    1. Reform of Contract Law and Limitation Law    2. Reform of the Law of Damages and Strict Liability    III. SOME DETAILS OF THE TWO REFORMS THROUGH THE EUROPEAN LOOKING GLASS    1. Limitation – General Rule with Few Exceptions    2. General Contract Law    a) Breach of Contract    b) Presumed Fault-Principle Retained    c) Extinction of Obligation to Perform    d) Damages for Breach of Contract    e) Right of Termination of Contract    3. Sales Contracts    4. Integration of Consumer Protection Statutes into Civil Code    5. Codification of Judge-Made Law    6. General Compensation of Immaterial Loss    7. Exclusion of Compensation of Fictitious Damage    8. Reduction of Children’s Liability in Traffic Accidents    9. Extension of Strict Liability    10. Evaluation    IV. THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN EUROPEAN AND NATIONAL PRIVATE LAW    1. Development and Character of European Private Law    a) International Conventions    b) Regulations and Directives    c) The Lando Principles    d) Preparatory Work of Different Groups    e) Characterisation of European Private Law    2. Impact of European Law on National Private Law    3. National Influences on European Private Law    V. CONCLUSIONS

## I. INTRODUCTORY REMARKS

2002 has been an incisive year for German lawyers and for the time-honoured German Civil Code, the “Bürgerliches Gesetzbuch” (BGB) of 1900.<sup>1</sup> The law of obligations, this very core of the BGB<sup>2</sup> and of civil law at all, underwent deep-rooted changes and every practising lawyer in Germany, every law student and, even worse, every law professor had and

<sup>1</sup> The BGB entered into force on 1 January 1900.

<sup>2</sup> The law of obligations („Schuldrecht”) is the second of the five Books of the BGB and comprises §§ 241 – 853. It contains a codification of the law of contractual and extra-contractual obligations.

still has to learn this part of the law almost entirely anew. It is tempting to present therefore a survey of all those changes as comprehensively as possible in a short paper like this and leave it to the reader to conclude how the German reform fits into the European development. I will, however, follow another path, namely first give some general information on the two reforms as it in fact were and on their background, then only indicate the main changes and put them in relation to their counterparts in other European countries, thirdly discuss the relationship between national and European developments in private law and finally draw some conclusions. The whole exercise serves the aim to state, if at all possible, how and into which direction private law legislation in Europe should proceed today.

## II. SURVEY AND BACKGROUND OF THE RECENT GERMAN REFORM(S)

The recent German reform consists actually of two reforms: the ‘great’ reform<sup>3</sup> for the modernisation of the “Schuldrecht” (law of obligations) which aroused much publicity,<sup>4</sup> hot discussions in parliament and among lawyers and changed in substance comparatively little; and the ‘small’ reform<sup>5</sup> of the “Schadensersatzrecht” (law of damages) which passed all parliamentary hurdles nearly unnoticed but has some important practical consequences.

### *1. Reform of Contract Law and Limitation Law*

The ‘great’ Schuldrechtsreform entered into force on January 1<sup>st</sup> 2002 and brought about changes of many provisions on the general law of contract, of the law of sales contracts and contracts for works and of the law of limitation. The main reason for the changes was the necessity to implement European directives, in particular the Consumer Sales Directive.<sup>6</sup> But the legislator did not confine itself to

<sup>3</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (Act for the Modernisation of the Law of Obligations) of 26 November 2001, Bundesgesetzblatt (Official Bulletin, BGBl.) 2001 I 3138 ss.

<sup>4</sup> Not only every law journal but almost every newspaper reported extensively on the „Schuldrechtsreform”.

<sup>5</sup> Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (Second Act for the Amendment of Provisions concerning the Law of Damages) of 19 July 2002, BGBl. I 2647.

<sup>6</sup> Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (Official Journal L 171, of 7 July 1999, p. 12 ss.).

the mere implementation of the European enactments. Parliament took the occasion for a systematic renewal of the general law of obligations. Such an idea had been pursued already since 1984 when an official commission had been instituted with the task to prepare proposals for a reform of parts of the law of obligations. Then, in 1992 this so-called “Schuldrechtskommission” presented a comprehensive proposal<sup>7</sup> to amend central parts of the BGB’s law of obligations. The proposal relied very much on the structure of the UN Sales Convention (CISG) of 1980<sup>8</sup> and now formed almost entirely the pattern of the reform.

At this stage a short remark on modern German legal history seems appropriate. The influential UN Sales Convention, to be correct its nearly identical predecessor,<sup>9</sup> had been initiated already 1929 by Ernst Rabel, one of the outstanding lawyers of the last century who lectured and researched then in Berlin. He – and further renowned scholars – prepared the first drafts of the uniform sales law on a comparative basis and found a convincing combination of the continental, Roman law based tradition<sup>10</sup> and the Common Law tradition.<sup>11</sup> His so to speak grandchild, the UN Sales Convention, influenced very much the European Sales Directive.<sup>12</sup> So ideas once developed in Germany returned home via the United Nations and Europe.

## 2. Reform of the Law of Damages and Strict Liability

The second reform of the year 2002 concerning the law of obligations entered into force on August 1<sup>st</sup> 2002 and amended many provisions of tort law and damages law. Its background was no European directives but

<sup>7</sup> Bundesminister der Justiz (Herausgeber), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992).

<sup>8</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 11 April 1980. This Convention has been ratified by 12 out of the 15 present EU member states. The United Kingdom is still contracting state of the Hague Uniform Sales Law (see next footnote). Only Ireland and Portugal have neither adopted CISG nor ULIS/ULF.

<sup>9</sup> The Hague Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) and the Hague Convention Relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULF), both of 1 July 1964.

<sup>10</sup> The continental („civil law“) tradition with its Romanic and Germanic branch.

<sup>11</sup> See his famous treatise *Das Recht des Warenkaufs*, Vol. I (1936), Vol. II (1958).

<sup>12</sup> Opinion of the Commission of 19 January 1999 [COM (1999) 16 fin., 96/0161 (COD)] under II.2.; see further STAUDENMAYER, „Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf“, *NJW* 1999, 2393; MAGNUS, „Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht“, in: GRUNDMANN / MEDICUS / ROLLAND (eds.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts* (2000) 79 ss.

the generally accepted need to adapt this part of the law to current social and economic conditions and today's policy considerations. Even the aim to bring German law in line with that of Germany's European neighbours played a certain role.<sup>13</sup> In fact, some typical German features of this part of the law have now been abolished.

### III. SOME DETAILS OF THE TWO REFORMS THROUGH THE EUROPEAN LOOKING GLASS

#### 1. *Limitation – General Rule with Few Exceptions*

German law of limitation was complicated because of the great and confusing variety of different periods of limitation – from six weeks<sup>14</sup> to thirty years<sup>15</sup> – for cases which had to be distinguished rather often only for this purpose. If for example a buyer bought an enterprise which was less profitable than announced by the seller a limitation period either of six months<sup>16</sup> or thirty years<sup>17</sup> could apply depending on the court's discretion to classify the failure of profitability either as a defect of the bought good or as a case of misrepresentation.

Now there is a general limitation period of three years with only few exceptions.<sup>18</sup> The period starts running by the end of the year in which the claim became due and the creditor knew or must have known the debtor and the facts founding the claim.<sup>19</sup> If the creditor did not acquire knowledge nor was grossly negligently unaware of the claim, then irrespective of his lacking knowledge a limitation period of 10 years runs from the date on when the claim came into existence, and a period of 30 years in case of bodily injury claims.<sup>20</sup>

One of the exceptions to the general three-years-period is sales law. Here, a two-years-period applies instead of the former period of six months for claims concerning defects of quality or title.<sup>21</sup> This rule which

<sup>13</sup> See *Begründung zum Regierungsentwurf* S. 33.

<sup>14</sup> In case of sale of non-conforming cattle: old § 490 par. 1 and 2 BGB (old § means: in force until 31 December 2001).

<sup>15</sup> 30 years was the general period of prescription, which always applied when no special (shorter) period was provided for: old § 195 BGB.

<sup>16</sup> According to the old § 477 par. 1 BGB.

<sup>17</sup> When the former general period applied.

<sup>18</sup> New § 195 BGB (new § means: in force since 1 January 2002).

<sup>19</sup> New § 199 par. 1 BGB.

<sup>20</sup> New § 199 par. 2 – 4 BGB.

<sup>21</sup> See new § 438 BGB.

had to be implemented due to the Consumer Sales Directive for consumer sales has been extended to all sales and also to contracts for work.<sup>22</sup>

A view on the European scene shows a great diversity of prescription periods and distinctions also there. But periods of limitation are regularly longer than one year.<sup>23</sup> The concept of one general period of reasonable length with some exceptions encounters for example in the United Kingdom.<sup>24</sup> The new German limitation law is now more in line with these models.

## 2. *General Contract Law*

As already mentioned the most fundamental modifications concern the provisions on general contract law.<sup>25</sup> They have been modelled after the UN Sales Convention. This has consequences for the dogmatic structure of the law but almost no impact on the solution of concrete cases. It has now become only much easier to reach the same solution as under the old law.

### a) *Breach of Contract*

The main change concerns the concept of breach of contract. The old BGB distinguished in general terms only between two cases of non-performance of obligations, namely impossibility of performance and default of performance.<sup>26</sup> Performance which was rendered but did not conform to the contract was not generally addressed but dealt with in few special provisions of sales law,<sup>27</sup> law of lease<sup>28</sup> and law of contracts for work.<sup>29</sup> Here – like in Roman law – specific warranty provisions (“Gewährleistung”) applied; namely termination (the Roman *actio redhibitoria*)<sup>30</sup> and price reduction (the Roman *actio quanti minoris*)<sup>31</sup>

<sup>22</sup> See new § 634 a BGB.

<sup>23</sup> See, e.g., art. 2262 ss. French Code civil where only few prescription periods are shorter than one year. In England the normal period is six years (see following footnote).

<sup>24</sup> See Limitation Act 1980 with a general period of six years but a number of exceptions.

<sup>25</sup> These are §§ 241 – 432 BGB; not all but many of them have been redrafted.

<sup>26</sup> Old §§ 275, 280 – 283, 323 – 325, 327 BGB (impossibility and its consequences); old §§ 284 – 292, 326, 327 BGB (default of the debtor); §§ 293 – 304 (default of the creditor; these provisions remained unaltered by the „Schuldrechtsreform” except that they – like all provisions of the BGB – were given official headings).

<sup>27</sup> Old §§ 459 – 493 BGB.

<sup>28</sup> §§ 536 – 536d BGB (these provisions remained also unaltered).

<sup>29</sup> Old §§ 633 – 639 BGB.

<sup>30</sup> Old § 462 BGB for sales, old § 634 BGB for contracts for work. In case of lease termination and redelivery was always specifically regulated (see §§ 543, 543, 546 BGB).

<sup>31</sup> Old § 462 BGB (sales); old § 634 BGB (contracts for work). Lease of non-conforming goods or rooms entitles the lessee also to price reduction (§ 536 BGB).

and in some special cases even damages<sup>32</sup> were granted as specific remedies for the non-conformity. But apart from those specific warranty provisions the BGB did not provide a general remedy for any other kind of non-conforming performance of contractual duties. To fill this gap, only four years after the BGB's entrance into force in 1900 the German courts therefore invented the institute of "positive breach of contract" (positive *Vertragsverletzung*) as a general remedy for all other kinds of breach of contract than impossible and defaulted non-performance.<sup>33</sup> However, the relation of this remedy to the special provisions remained difficult. The distinction whether the specific warranty provisions or whether the distinct rules on the positive breach of contract applied was always problematical. The distinction had also practical importance since the warranty provisions did not require fault – except for damages where gross fault was required<sup>34</sup> – whilst the rules on the positive breach of contract presupposed fault.

This problem has now been solved. The new § 280 BGB<sup>35</sup> makes it expressly clear that any non-conforming performance – be it non-performance, belated performance or poor performance – constitutes a breach of contract and triggers at least the remedy of damages if the debtor is responsible for the non-performance. The specific provisions on remedies in sales law and law of contracts for works have been almost entirely deleted. This model has been taken from the UN Sales Convention<sup>36</sup> which in turn has taken over this concept from Common Law. In 2002 Germany has therefore given up much of its Roman law background.

### *b) Presumed Fault-Principle Retained*

Under the UN Sales Convention like in Common Law a contractual debtor is liable for the performance of his duties irrespective of fault.<sup>37</sup> He is, however, exempted from liability when irresistible and unavoidable

<sup>32</sup> Damages were due when the non-conformity was the debtor's fault (§ 536a BGB for lease contracts, § 635 BGB for works contract); for sales contracts when the seller had breached a warrant or had maliciously hidden the non-conformity (§ 463 BGB).

<sup>33</sup> Reichsgericht (Imperial Court – RG) RGZ 54, 98.

<sup>34</sup> See in particular the old § 463 BGB which required that the sold good lacked a specifically agreed quality or that the seller had acted fraudulently („arglistig”) if the remedy of damages should be applied.

<sup>35</sup> New § 280 par. 1 BGB now provides: „If the debtor violates a duty arising out of the contractual relationship the creditor may claim compensation for the loss resulting thereof. This does not apply if the debtor is not liable for the violation of the duty.“

<sup>36</sup> See art. 45 CISG after which new §§ 437 and 634 BGB are modelled.

<sup>37</sup> See art. 45 and 61 CISG.



reasons beyond his control have impeded correct performance.<sup>38</sup> In contrast to this position the German reform has retained the fault principle on which German civil law has in principle ever relied.<sup>39</sup> Therefore, as under the prior law, a debtor is only responsible if he had at least negligently breached his contractual promise in any respect. But first, there are exceptions to this rule (e.g. it is no excuse to be even innocently unable to pay) and the reform has extended these exceptions;<sup>40</sup> secondly, fault is always presumed when an obligation is not correctly performed.<sup>41</sup> The burden is then on the debtor to prove that s/he was not at fault. And the courts have always seen to the fact that the proof is not too easily met.<sup>42</sup> In effect, the difference between the CISG model and the new German law is not very far-reaching in this respect.

### *c) Extinction of Obligation to Perform*

Another of the plagues of the old contract law was the question whether and when performance had become impossible with the result that the obligation to perform ended. Moreover, the time of this fact played a decisive role for the fate of the contract. A contract whose performance was impossible at the time of its conclusion was invalid.<sup>43</sup> This has been changed. First, a contract directed at an impossible performance is perfectly valid now.<sup>44</sup> Secondly, the obligation to perform ends when performance is either in fact impossible or economically unconscionable or for the debtor personally unacceptable.<sup>45</sup> A case of the last category is for example given when a Turkish employee in Germany refuses to work because he is called to service in the Turkish army under the threat of death penalty.<sup>46</sup>

### *d) Damages for Breach of Contract*

Prior German contract law required the creditor to choose between the remedy of termination (provided its preconditions were met) and the

<sup>38</sup> See art. 79 CISG.

<sup>39</sup> According to the new § 276 BGB (which in that respect was not modified) the debtor is generally liable if s/he was at fault, i.e. has acted with intent or negligence.

<sup>40</sup> The new § 276 par. 1 BGB now allows a stricter – or lesser – degree of responsibility (than mere negligence) if it so agreed or when it can be inferred from the contractual relationship.

<sup>41</sup> See new § 280 par. 1 sent. 2 BGB (cited in fn. 36).

<sup>42</sup> See, e.g., Bundesgerichtshof (Federal Court – BGH), *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1952, 1170; BGH NJW 1980, 2187.

<sup>43</sup> This was the old § 306 BGB.

<sup>44</sup> New § 311a par. 1 BGB.

<sup>45</sup> See new § 275 BGB.

<sup>46</sup> See the case of BAG (Federal Labour Court) NJW 1983, 2782.

remedy of damages. A cumulation – termination and additional damages for any remaining loss – was not permitted. Now, again following the example of the UN Sales Convention<sup>47</sup> such cumulation is expressly admitted.<sup>48</sup> This is one of the more substantial amendments of the “Schuldrechtsreform”.

Another substantial change is the fact that now damages are always available in case of any breach of contract<sup>49</sup> while the old law restricted this remedy considerably when defective goods or services were supplied.<sup>50</sup>

### *e) Right of Termination of Contract*

Termination of contract because of breach of contract is often the most severe remedy for the party in breach. This party loses the profit of the bargain and has often considerable additional expenditures like transport costs etc. in order to avoid further loss. Under the prior law the starting point was that the creditor could terminate the contract immediately after even a minor breach had occurred though a growing number of exceptions to this harsh principle had been developed by the courts.

Again, this heritage from Roman law has now been altered and the starting point has been changed into its contrary.<sup>51</sup> Termination is now granted only after the debtor had been given a reasonable further period – a second chance – to come up to his obligations. There are, however, exceptions: immediate termination is still permitted for example where the debtor has finally refused to perform his obligation or where performance at a fixed date had been agreed upon.<sup>52</sup>

## **3. Sales Contracts**

Since the Consumer Sales Directive necessitated changes the legislator took the opportunity to revise the law of sales as a whole. The definition of defects of the Directive which is derived from art. 35 UN Sales Convention was more or less accepted as general definition.<sup>53</sup> Therefore, factual representations in advertising<sup>54</sup> can now amount to binding

<sup>47</sup> Compare art. 45 par. 2 and 61 par. 2 CISG.

<sup>48</sup> See the new § 325 BGB.

<sup>49</sup> New § 280 BGB.

<sup>50</sup> See the old §§ 463, 635 BGB as interpreted by the courts.

<sup>51</sup> New § 323 par. 1 BGB.

<sup>52</sup> New § 323 par. 2 BGB.

<sup>53</sup> New § 434 BGB.

<sup>54</sup> This is provided for in art. 2(2)(d) of the Consumer Sales Directive.

promises, for example the announcement either of the seller or of the manufacturer that a car needs only 3 l fuel for 100 kilometres. If it then needs 5 l the car is 'defective' and the buyer can advert to the normal remedies.<sup>55</sup>

The remedies for non-conforming performance are now placed in a certain order which the buyer is obliged to recognise – as in the Directive but also to a wide extent in accordance with the UN Sales Convention. First comes the right to demand performance (repair or supply of a substitute at the buyer's choice)<sup>56</sup> and only if this remains unsuccessful termination<sup>57</sup> or price reduction<sup>58</sup> can be invoked.<sup>59</sup> However, damages can always be claimed.<sup>60</sup>

Further amendments necessitated by the Directive concern the extended limitation period of two years which has already been mentioned.<sup>61</sup> Furthermore, the last seller who is subject to consumer claims for defective goods has now a recourse right against his own seller which prescribes not earlier than two months after the last seller has fulfilled the claims of the consumer.<sup>62</sup>

All EU member states had to implement the Consumer Sales Directive until the end of 2001 but the member states have a rather wide discretion how to effect this task.<sup>63</sup> Germany has extended the basic concept of the Directive to the general sales law and has integrated the Directive into the existing Civil Code.<sup>64</sup> It remains to be seen whether this 'German way' recommends itself. One problem of this kind of implementation is the European interpretation of the directive-inspired provisions. It is now

<sup>55</sup> To cases of that kind see P. HUBER / F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Eine Einführung in das neue Recht* (2002) 302 ss.; U. BÜDENBENDER, in B. DAUNER-LIEB u.a. (ed.), *Anwaltskommentar Schuldrecht* (2002) § 434 no. 10 ss.; S. LORENZ / TH. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* (2002) 258 ss.; H. PUTZO, in: O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch* (62<sup>nd</sup> ed. 2003) § 434 no. 31 ss.

<sup>56</sup> § 439 BGB.

<sup>57</sup> § 437 no. 2 in connection with § 440, § 281 and § 323 BGB.

<sup>58</sup> Also § 437 no. 2 in connection with § 441 BGB.

<sup>59</sup> ANWALTSKOMMENTAR / BÜDENBENDER (supra fn. 56) § 437 no. 4; PALANDT / PUTZO (supra fn. 56) § 437 no. 4.

<sup>60</sup> § 437 no. 3 BGB.

<sup>61</sup> See § 438 par. 1 no. 3 BGB.

<sup>62</sup> This is now regulated in § 478 and § 479 BGB.

<sup>63</sup> A survey on the different forms of implementation of the Consumer Sales Directive in the Member States can be found in M. SCHERMAIER (ed.), *Verbraucherkauf in Europa* (2003).

<sup>64</sup> The provisions of the Directive have been inserted into the Sales Chapter of the BGB (§§ 433 – 479), in particular but by no means exclusively by inserting a new Subchapter on consumer sales (§§ 474 – 479 BGB).

rather difficult to detect whether a provision of the BGB is of European or mere national origin.

#### 4. *Integration of Consumer Protection Statutes into Civil Code*

One of the further aims of the reform was to reintegrate the special consumer protection statutes into the Civil Code. The idea of a comprehensive and complete codification of the civil law underwent a renaissance to some extent.<sup>65</sup> And indeed, the manifold special statutes<sup>66</sup> which existed outside the Civil Code made the law intransparent and supported the development of inconsistencies between the Code and those statutes. The German example therefore might encourage codification ideas also on the European level.

#### 5. *Codification of Judge-Made Law*

The idea to make the law more transparent, foreseeable and certain led also to the codification of a number of legal institutions developed by the courts over the last century. I already mentioned the so-called “positive breach of contract”. This legal instrument has now found its way into the new § 280 which covers every kind of “Pflichtverletzung” (violation of duty) irrespective whether it originates from impossibility, delay or any other non-performance of a – contractual – duty. Further institutes thus far developed by the courts but now codified are the doctrine of frustration (“Wegfall der Geschäftsgrundlage”),<sup>67</sup> the *culpa in contrahendo*<sup>68</sup> or the right to terminate long-range contracts on notice where their continuation is unconsonable for the terminating party.<sup>69</sup>

Contract law is now to be found in the Civil Code and can be understood by the reader – not just by the layman but by a professional

<sup>65</sup> For general considerations on modern codification see in particular J. BASEDOW, „Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex“, *Archiv der civilistischen Praxis (AcP)* 200 (2000) 445 ss., 465 ss.

<sup>66</sup> Before the reform, the German legislator had regularly implemented the European consumer protection directives (e.g., on unfair contract terms, on doorstep sales, on timesharing rights, on consumer credits) through separate statutes: see among others the former Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Act on unfair contract terms – AGBG); Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (Act on doorstep selling – HwiG); Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Act on the purchase of timesharing rights on immovable property – TzWrG); Verbraucherkreditgesetz (Consumer Credit Act – VerbrKrG).

<sup>67</sup> § 313 BGB.

<sup>68</sup> § 311 par. 2 BGB.

<sup>69</sup> § 314 BGB.

lawyer for whom the Code is primarily written. Moreover the Code is helpful for the law student to learn the law.

## 6. *General Compensation of Immaterial Loss*

The reform of the law of damages and torts to which I now pass has done away with a peculiarity of German law, namely with the very limited possibility to recover immaterial loss.<sup>70</sup> The monetary compensation of such loss was generally excluded in contract law<sup>71</sup> and in the field of strict liability.<sup>72</sup> Only where a negligent tortious act could be proved a bodily injured person could claim money compensation for pain and suffering.<sup>73</sup>

This has been radically changed: now both in contract law and under strict liability statutes immaterial loss can be claimed.<sup>74</sup> It is not necessary any more to prove fault in any event in order to get compensation for that kind of loss. This eases the procedural position of bodily injured victims considerably and brings German law also a good deal closer to its European neighbours. In particular, French law has always been more generous with respect to compensation of immaterial harm<sup>75</sup> than German law. This gap has been narrowed if not bridged now. This development is further supported by the fact that the German reform has moreover doubled the maximum amounts up to which strict liability covers damages.<sup>76</sup>

## 7. *Exclusion of Compensation of Fictitious Damage*

Though limited in scope a further amendment may prove to be of similar importance. The reform has introduced a provision<sup>77</sup> which

<sup>70</sup> The old § 253 BGB allowed compensation of immaterial loss only where foreseen by statute.

<sup>71</sup> Only two exceptions were recognised: § 611a BGB (immaterial loss through discrimination in labour law) and § 651f BGB (immaterial loss for loss of holiday enjoyment in case of breach of travel contracts).

<sup>72</sup> The most prominent example of this kind which was also of high practical importance was the exclusion of recovery of immaterial loss under the strict liability statute for road traffic accidents: § 11 Strassenverkehrsgesetz (Road Traffic Act – StVG).

<sup>73</sup> This was provided in the old, well known § 847 BGB.

<sup>74</sup> Now provided by the new § 253 par. 2 BGB.

<sup>75</sup> The notion of „dommage“ in art. 1382 Code civil has always been understood to include „le dommage moral“.

<sup>76</sup> To take again the example of the StVG: before the reform the Act limited compensation (where a single person was injured and the person liable was not at fault) to an amount of 250.000 € as lumpsum and 15.000 € as annual rent; the amended Act increased the amounts to 600.000 € and 36.000 €; cf. § 12 par. 1 no. 1 StVG.

<sup>77</sup> § 249 par. 2 sent. 2 BGB.

excludes the victim whose property has been damaged from claiming value added tax (VAT) for repair costs where repair is not effected. The VAT – at present 16 % in Germany – is normally incurred when repair is actually effected by a professional who is entitled to add the 16 % to his bill. If the victim has the property in fact to be repaired s/he can also recover the VAT. But thus far, the courts permitted the 16% even if the damaged property, for example a car was never repaired and the 16% were never incurred thus gifting the victim a kind of windfall gain. The new provision signals the tendency to reduce possibilities to claim compensation where the damage is only fictitious.

Again, Germany joins here the other European jurisdictions which never accepted similarly far-reaching recovery of a pecuniary damage which was in fact not suffered.<sup>78</sup>

### 8. *Reduction of Children's Liability in Traffic Accidents*

Psychological research and science but also the French<sup>79</sup> and Belgium<sup>80</sup> example have strongly influenced the decision of the legislator to increase in the traffic field the age at which children become responsible for their acts. Prior to the reform it was the age of seven from which on children were generally held liable according to their insight.<sup>81</sup> Concerning the responsibility for traffic accidents and except in case of intent the age of discretion has now been raised to ten.<sup>82</sup> Children below that age are not liable when they have negligently caused a traffic accident. And what is even more important under practical aspects they cannot be held contributory negligent in traffic situations either.

The main reason for the new provision (§ 828 par. 2 BGB) was that research had revealed that children below ten are unable to react adequately in traffic situations. They cannot realistically judge speeds, distances and dangers of traffic situations. But it is also evident that the French Loi Badinter<sup>83</sup> has been influential.

<sup>78</sup> For a comparative study cf. U. MAGNUS, *Schaden und Ersatz* (1987); id. (ed.), *Unification of Tort Law: Damages* (2001).

<sup>79</sup> The famous Loi Badinter: Loi no. 85-677 of July 5, 1985, Journal officiel 1985,

<sup>80</sup> Belgium has also introduced a statute modelled after the French Loi Badinter; see thereon H. COUSY / D. DROSHOUT, in: B.A. KOCH / H. KOZIOL (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability* (2002) 50 ss.

<sup>81</sup> This was provided by the old § 828 par. 2 BGB.

<sup>82</sup> See new § 828 par. 2 BGB.

<sup>83</sup> See fn. 80.

## 9. *Extension of Strict Liability*

Also the scope of strict liability was extended. But first, it must be stressed that strict liability is still regarded as an exception to the fault principle and therefore needs specific statutory regulation. With one exception<sup>84</sup> strict liability is not provided for in the Civil Code but in specific statutes which are interpreted restrictively. In order to improve the position of victims the recent reform has extended strict liability in several ways. It has been already mentioned that compensation of immaterial harm is now available under all strict liability statutes in contrast to the prior law.<sup>85</sup> And it has been also mentioned that the maximum compensation limits of the strict liability statutes have been doubled.<sup>86</sup> Moreover, in traffic accidents where the keeper of a car is strictly liable for any damage which the car has caused the possible exemption from liability has been reduced. Before the reform it was an excuse that even an ideal driver could not have avoided the accident.<sup>87</sup> Now only force majeure excuses.<sup>88</sup> Further improvements for victims concern the area of strict liability for damage through trailers,<sup>89</sup> through transport of dangerous goods<sup>90</sup> and through pharmaceuticals.<sup>91</sup>

From a practical point of view the changes improve the situation of bodily injured victims considerably. Partly European developments have influenced also these amendments.

## 10. *Evaluation*

The recent German reform of the law of obligations is to a considerable extent the reaction on European developments: developments either within the EU – which Germany was obliged to implement – or in the neighbouring countries which Germany voluntarily adopted (e.g. compensation of immaterial loss). With the UN Sales Convention even global unification of law has been taken into account and very much followed. Thus, legislation on private law is much more European and

<sup>84</sup> § 833 sent. 1 BGB [strict liability of the keeper of a so-called luxury animal (which is not needed for work or income)].

<sup>85</sup> See supra III.6.

<sup>86</sup> See also supra III.6.

<sup>87</sup> Cf. the old § 7 par. 2 StVG [„unabwendbares Ereignis“ (“unavoidable event”)].

<sup>88</sup> New § 7 par. 2 StVG [„höhere Gewalt“ („force majeure“)].

<sup>89</sup> § 7 par. 1 StVG.

<sup>90</sup> §§ 12a and 12b StVG.

<sup>91</sup> See the amendments in §§ 84 par. 2 and 3, 84a, 87, 88 Arzneimittelgesetz (Pharmaceuticals Act – AMG).

internationally oriented in Germany than it was few decades ago. The reform has brought German law closer to the other legal systems in Europe.

In substance, the amendments have reduced the Roman heritage still contained in German private law and have strengthened elements originating from Common Law. The amendments have also eliminated or at least reduced some of the too fine and abstract differentiations which the BGB of 1900 had introduced. They have improved the possibility to apply the law in an easier and more practical manner. They have strengthened the position of bodily injured victims and tried to re-establish a consistent system of value judgments and policy considerations.

#### IV. THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN EUROPEAN AND NATIONAL PRIVATE LAW

The German reform is but one example of the growing interrelationship between the European law and the national laws of the EU member states. Some general considerations concerning the development and character of European Private Law and its interrelationship to national law might therefore appear useful.

##### *1. Development and Character of European Private Law*

It is evident that a body of law is emerging that can be addressed as European private law.<sup>92</sup> It is partly set by the European legislator (though thus far unsystematically); it is partly developed by the European Court of Justice (although the Court's judgments and influence on private law are not yet fully investigated).<sup>93</sup> Also international conventions on substantive law ratified in the member states may be regarded as adding to that body of European private law as well as the many initiatives developing European or even global principles in that field of law.<sup>94</sup> It is

<sup>92</sup> See in this respect very recently TH. WILHELMSSON, "The Legal, the Cultural and the Political – Conclusions from Different Perspectives on Harmonisation of European Contract Law", *European Business Law Review (EBLR)* 2002, 541 ss.

<sup>93</sup> But as to the judgments of the European Court of Justice concerning tort law and the law of damages see U. MAGNUS / W. WURMNEST (eds.), *Casebook Europäisches Haftungs- und Schadensrecht* (2002); W. WURMNEST, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts* (2003).

<sup>94</sup> Here the CISG is evidently the most influential of these conventions. But also the 'soft law' prepared by the International Chamber of Commerce (INCOTERMS, Uniform Rules on Documentary Credits, on Guarantees etc.), this kind of a new *lex mercatoria* forms part of a Common European Law.



also evident that European private law is something else than one of the existing national legal systems in Europe. We face the emergence of what in comparative law is called a mixed jurisdiction which is composed of ingredients from different roots and legal systems.<sup>95</sup> A short glance at these roots may be allowed here.

### *a) International Conventions*

There are only few international conventions which harmonise parts of substantive private law and which at the same time are ratified by all EU member states. Conventions concerning international transports<sup>96</sup> and immaterial property rights<sup>97</sup> belong to that rare species and form already a small part of the law common to all EU members. But even with respect to international sales the UN Sales Convention is in force only in 12 of the 15 member states.<sup>98</sup> Nevertheless this Convention has strongly influenced the EU Consumer Sales Directive<sup>99</sup> and to some extent also the Directive on Package Tours.<sup>100</sup> The CISG therefore left already its traces in European private law.

### *b) Regulations and Directives*

Apart from special fields like air traffic<sup>101</sup> and company law,<sup>102</sup> the EU legislator did not use regulations as a means to enact substantive private law within the EU. The usual instrument for that purpose is the directive. About 25 directives concern the law of obligations in a rather general sense<sup>103</sup> while many further directives deal with particular

<sup>95</sup> See thereto K. ZWIEGERT / H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3rd ed. 1996) 72 („hybride Rechtsordnungen“).

<sup>96</sup> The Warsaw Convention (air transport) and the CMR (road transport) are examples of EU-wide ratified conventions.

<sup>97</sup> See the Paris Convention on immaterial property rights.

<sup>98</sup> Ireland, Portugal and the United Kingdom have not yet ratified the CISG though Great Britain is still a member state of the CISG's predecessor, the Hague Uniform Sales Conventions.

<sup>99</sup> For instance the Directive's definition of non-conformity of the sold goods has been largely taken from art. 35 CISG.

<sup>100</sup> The definition of force majeure as an excuse for non-performance of contractual obligations (art. 4 par. 6 subpar. 2 no. ii of the Directive) is inspired by the art. 79 par. 1 CISG.

<sup>101</sup> See Regulation No. 295/91 (on overbooking) and Regulation No. 2027/97 (on air carrier liability).

<sup>102</sup> Regulation No. 2157/2001 (on a European company).

<sup>103</sup> See the trilingual collection of regulations and directives (in German, English and French) MAGNUS (ed.), *Europäisches Schuldrecht – European Law of Obligations – Droit européen des obligations* (2002).

areas as for example labour law, insurance law or company law.<sup>104</sup> It is no secret that the private law contained in the directives developed in a very unsystematic and uncoordinated way. This has now prompted the commission – urged also by the parliament – to consider a comprehensive action on the law of obligations.<sup>105</sup> Partly, the development of a common European terminology and of common concepts is already furthered by the jurisprudence of the European Court of Justice in interpreting central terms of private law contained in international conventions, regulations or directives as for instance the terms contract,<sup>106</sup> tort, causation, damage and the like.

### c) *The Lando Principles*

A modern European development are the Principles of European Contract Law,<sup>107</sup> also known as the Lando Principles after the Danish scholar Ole Lando who initiated them. These Principles again follow very closely the model of the UN Sales Convention and conform also to almost 100% to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.<sup>108</sup> They combine elements taken from all European legal systems and state rules which could serve as a common European contract law. Although of no binding force they represent much of what could constitute the core of European private law.

### d) *Preparatory Work of Different Groups*

Inspired by the Lando Principles and the preparing Lando Commission several further groups have started working in further fields of private law like tort law, property law, family law, procedural law etc.<sup>109</sup> The outcome of these initiatives will further add to the emerging structure and shape of Europe's future private law.

Besides, these initiatives have also brought about an extended network, and a specific class, partly a community of European scholars

<sup>104</sup> See thereon the fourlingual collection of regulations and directives: J. BASEDOW (ed.), *European Private Law* 3 vols. (2000)

<sup>105</sup> See in particular the Communication on European Contract Law of the Commission of July 11, 2001 (KOM(2001) fin) and the reactions thereon.

<sup>106</sup> A prominent example is the recent judgment (of September 17, 2002) of the European Court of Justice in TACCONI / HWS, *European Legal Forum* 2002, 306: There the Court decided under art. 5 no. 1 and 3 Brussels Convention that a claim based on culpa in contrahendo (violation of precontractual obligations) does not qualify as a contract claim but as a tort claim.

<sup>107</sup> O. LANDO / H. BEALE, *Principles of European Contract Law*. Parts I and II (2000).

<sup>108</sup> See M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law* (2<sup>nd</sup> ed. 1997)

<sup>109</sup> A survey on these initiatives is given by W. WURMNEST (supra fn. 94) 3 s.

who are interested and involved in international, mainly inter-European relations, who have a good knowledge of other European legal systems and languages, who view their own law from some distance and educate their pupils in that sense of tolerance. This development will also have its impact on the creation of a truly European law.

### *e) Characterisation of European Private Law*

If the European Private Law had to be characterised it is at the moment a colourful mixture of elements from many diverging sources and it is still in the making. As yet it lacks consistency and a clear structure. However, it is certainly becoming a body of law of its own, distinct from the preexisting law of any of the European countries. And it is rather certain that it will develop further – be it through legislative acts of the Community, through judgments of the ECJ or through the voluntary adoption of solutions of neighbouring countries by national legislators or judges.

The development of a Common European Law has been sometimes compared with an orchestra without a conductor. But if one believes in sound effects of competition even on the level of legislation – I doubt this idea – then the famous ‘invisible hand’ should lead all those competing sources to a final solution which serves the public good.

## *2. Impact of European Law on National Private Law*

It is evident that purely national law giving is on the retreat in Europe – and similar developments can be observed elsewhere on our globe. Where regional integration is intended or begun – in Africa, America or Asia quite a number of integration blocks have been established in the last two decades<sup>110</sup> – the aim of harmonisation of law is always present. This development reduces the sovereignty and autonomy of the legislation of the single state. In Europe the EU legislation has not fully substituted national law giving but has done so to a good deal. By their direct applicability regulations replace any contradicting national law immediately.<sup>111</sup> Directives on the other hand leave a certain legislative discretion but only with respect to the way of implementation.<sup>112</sup> There is therefore a far-reaching formal influence of EU law on national law not only but also in the area of private law.

<sup>110</sup> See, e.g., in America: NAFTA, Mercosur, Andean Pact, OAS; in Asia: ASEAN, APEC; in Africa: OHADA, OAU, Comesa, EAC.

<sup>111</sup> Art. 249 EC.

<sup>112</sup> Art. 249 EC.

Some critique may be expressed here as to the specific European method of legislation through directives. This method was suitable in the early days of the Community. But today the necessary implementation especially of directives which concern parts of systematic codifications occupies the capacity of the national legislator to a large and growing extent. The implementation of European directives into national law – a procedure of quasi notarial character – and the adaptation of existing national law particularly in private law areas becomes more and more time-consuming and at the same time difficult and blocks the national legislator to a considerable extent from other tasks. In order to save this legislative capacity of national parliaments the time seems to have come that the EU legislator makes stricter use of the instrument of the regulation in private law.

As to substance and contents of private law the influence of European private law on national law is far-reaching and still growing as well. Taking the German example the recent “Schuldrechtsreform” would with all probability not have occurred without the need to implement European directives and certainly the contents of this reform has been influenced by European law much more than the mere implementation of the directives would have necessitated. I only mention the extension of the concept of the Consumer Sales Directive to the general sales law. Moreover, almost all consumer protection measures which were enacted in the last three decades in Germany had their origin in Brussels – and consumer protection was one if not *the* main legal development in German private law in that time.

In summary, the European influence on national private law is strong and still growing.

### *3. National Influences on European Private Law*

Are there also influences from national laws on the development of European private law? The answer is yes but with some qualifications. To take again a German example: The Directive on Unfair Contract Terms of 1993 was to a large extent modelled after the German Act on Standard Contract Terms (AGBG) of 1976. In this case, an existing national regulation was influential for the European legislative action. But in other important areas like consumer sales law, consumer credit law, product liability law the respective directives merged elements from different legal systems or – as in case of sales law – from international conventions rather than to adopt one national model. And partly the directives

developed new instruments on their own like in electronic commerce or for door-step contracts.<sup>113</sup>

Direct influence of national laws on European legislation in the sense that a specific national solution is adopted for Europe seems to be rare. Indirect influence that the existing national laws are taken into consideration when European legislation is prepared is probably the rule though this influence is difficult to assess. And partly, completely new legislative ideas are created in Brussels.<sup>114</sup>

Some hoped influence of national legislators should also be mentioned. For instance the recent German “Schuldrechtsreform” was also accompanied by the hope that the amended Code would receive greater attention and estimation in the process of forming a European private law than the unamended Code would have had.

Compared to the influence European private law has on national private law the influence vice versa is, however, much less extended.

## V. CONCLUSIONS

Which conclusions can be drawn with respect to future legislation on private law in Europe?

1. First, on the Community level: It is not only likely but for sure that there will be further private law legislation of the Community. In fact, legislation in this field will increasingly be taken over by the EU – certainly within the competency of the Community but this competency has been extended ever further and it is likely that this extension continues.

2. It has to be demanded that EU legislation on private law be more consistent and transparent than in the past where piecemeal and patchwork legislation governed. This means that future EU legislation on private law has to be more in the kind of comprehensive codifying legislation. This has the further effect that the instrument of regulation – instead of the directive – should be more frequently used – also in order to save capacity of the national legislators and also in order to bring about in the long run a true “area of law” as required by art. 61 Amsterdam Treaty.

3. What sources of inspiration should the EU legislation use? In the first line international conventions – like the Vienna Sales Convention – but also the European Contract Principles and the UNIDROIT Principles

<sup>113</sup> The consumer’s right of withdrawal from a validly concluded contract – if concluded in a certain situation – is of European origin.

<sup>114</sup> See preceding fn.

and similar unifying instruments should be taken into account in order to form a basis for EU legislation. Evidently also the various national solutions must be considered though a simple reception of one country's solution will become an ever rarer case. From all these sources a new hybrid law family will develop.

4. Secondly, the national level of private law legislation: Is there still the need to enact national statutes or codifications of private law – even for small parts of EU member states (provided that the national constitutional law allows such local codifications)? It is evident that the space for national legislative actions in the field of private law is shrinking. Where the EU has made use of an existing competency for legislative action the national lawgiver can at best merely reproduce the EU solution. Only within the scope of these restrictions national lawgiving remains possible. But nevertheless, although I am no defender of the idea of a 'competition of legal orders' I see no disadvantage to have – or to create – various modern codifications from which a future European regulation can benefit and on which it can be erected.

5. However, as far as the national legislator still enacts private law 'on its own' the taking into account of international conventions and instruments like the Lando and UNIDROIT principles as well as the comparison with the neighbour laws should be self-understanding. Moreover, the outcome should be also guided by the consideration that the solution should be acceptable both for the neighbouring laws and on the European level.

**TERCERA PONÈNCIA**  
**EL SENTIT D'UNA CODIFICACIÓ PER A CATALUNYA**





## PRIMER PANEL

# ESTRUCTURA I CONTINGUT DEL FUTUR CODI CIVIL DE CATALUNYA

PROF. DR. MIQUEL MARTÍN CASALS

*President de la Secció d'Harmonització de la Comissió de  
Codificació de Catalunya*

Algunes de les coses de les quals parlarem en aquest panel són ben conegudes por molts de vosaltres. Atès, però, que en aquest moment estan sent gravades i que després sortiran en una publicació, explicarem amb el detall que ens permeti el poc temps del qual disposem totes les qüestions relatives a com s'està elaborant en aquests moments el Codi civil de Catalunya. Penso que és molt positiu que s'hagi aconseguit que moltíssima gent col·labori i participi en l'elaboració d'aquests treballs prelegislatius.

El primer que he d'explicar és quin sentit té aquest panel i què fem aquí les persones que som en aquesta taula rodona. En la taula rodona hi participen persones que han estat o encara són membres de les diverses seccions de què es compon la Comissió de Codificació de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, que és l'organització encarregada d'elaborar el Codi. Cadascun de nosaltres parlarem una mica del sector en què ens ha pertocat treballar fins ara, tot i que tots pertanyem en aquests moments també a la Secció d'Harmonització, en la qual continuen els treballs d'elaboració del Codi. El Dr. Badosa és membre del Plenari de la Comissió de Codificació de l'Observatori i com a tal també estarà assegut aquí amb nosaltres aquesta tarda.

L'any 1998, empesos en part per l'eufòria d'un Codi de família reeixit i una Llei d'unions estables de parella que havia eclipsat una mica el Codi de família, es van celebrar, ho recordareu –molts de vosaltres hi éreu–, unes jornades a Barcelona que parlaven d'anar cap al Codi civil de Catalunya. Aquestes jornades, evidentment, no han estat l'única activitat: per parlar de l'evolució del dret català s'han fet jornades molt importants a Lleida, a Tarragona i també cada dos anys, i en fa més de 20, aquestes de Tossa. Voldria destacar, però, les jornades del 1998 a Barcelona com a punt de sortida, perquè s'hi va palesar la voluntat del Departament de Justícia d'anar ja cap al Codi civil de Catalunya en lloc de continuar fent

codis sectorials, atès que en aquell moment, després del Codi de família i el Codi de successions, el que semblava que hauria tocat era fer el Codi patrimonial.

Després de la necessària pausa marcada per les eleccions del 1999, l'any 2000 es va constituir l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, que està compost per un Consell Rector i una Comissió de Codificació que s'organitza en un Plenari i en unes seccions. En el Plenari hi participa un nombre molt considerable de juristes dels diversos sectors i, pel que fa a les seccions, en un primer moment es va constituir una Secció de Dret de Família, una Secció de Successions, una Secció de Dret Patrimonial i una Secció d'Harmonització. No us avorrire amb la lectura del decret que les va crear, però crec que val la pena explicar-ho amb una mica més de detall.

D'una manera més planera, tot parlant *en família*, com ara estem, podríem dir que la Secció de Dret de Família tenia com a missió estudiar els canvis que s'havien d'introduir en el dret de família, que sembla que no eren gaires, atès que el Codi de família era molt recent. També calia estudiar les lleis disperses que hi havia. La Secció de Successions havia d'estudiar els canvis que s'havien d'introduir en el Codi de successions perquè es produís aquesta codificació i per integrar aquest Codi sectorial en un Codi civil. Una de les seccions que tenia la feina més feixuga era la Secció de Dret Patrimonial, atès que –com sabeu– la legislació en matèria patrimonial era molt més dispersa, hi havia moltes lleis especials, però no hi havia un codi especial. Finalment, la Secció d'Harmonització, malgrat el seu nom amfibològic, no havia de fer simplement una mena de normalització lingüística, sinó que, d'alguna manera, havia d'anar preparant, amb l'ajuda de les altres seccions, el que seria aquest Codi.

La idea era que la Secció de Dret de Família treballaria durant un temps i, un cop escolat aquest termini, hi hauria una possibilitat de pròrroga. Això ja es va produir. Una vegada transcorreguda aquesta pròrroga, es va dissoldre la Secció de Família i el seu president i un vocal es van integrar a la Secció d'Harmonització. Aquest mateix procés de dissolució de la Secció i integració d'un president i un vocal a la Secció d'Harmonització es va produir en la Secció de Successions. El president de la Secció de Dret Patrimonial i un vocal, tot i continuar la seva tasca, també s'han integrat ja a la Secció d'Harmonització. Una vegada estigui clos el procés, aquesta Secció d'Harmonització s'haurà de convertir en la Permanent de la Secció de Codificació.

Si ens mirem amb detall aquest decret, quan es va crear l'Observatori ja s'havia oblidat la idea de fer un Codi patrimonial com a pas previ i existia la voluntat política d'elaborar un Codi civil, malgrat que llavors encara no quedava gaire clar com havia de ser aquest futur Codi civil

de Catalunya. Semblava que no podia ser com un Codi del segle XIX, que aspirés a una completesa total i a una certa immutabilitat. No podia aspirar a aquesta completesa, d'una banda, pels límits constitucionals amb què es troba el dret català, fonamentalment, encara que no exclusivament, en el 149.1.8a CE. Tampoc no es podia donar aquesta completesa perquè, com s'ha assenyalat en aquestes jornades, el dret català, com el dret espanyol, com els drets europeus, s'insereix en aquests moments en un marc europeu, en el qual, si es fa servir la figura del reglament, hi haurà determinades matèries que seran regulades per reglament i que els Estats membres no hauran de transposar ni incorporar en la seva legislació. És possible que en el futur, en la mesura que es legisli en la matèria civil mitjançant reglaments, com s'ha apuntat aquí, quedin molt més unificades les legislacions. També el grau d'immunitat que era l'ideal codificador del segle XIX és molt difícil de sostenir en una societat com la nostra, que és una societat molt més dinàmica, en la qual el canvi social és molt més accelerat, però també en la qual la integració europea ens porta que es vagin transposant directives i que el dret hagi d'anar-se modificant d'una manera constant.

Amb aquest model de Codi civil no es tractava de fer, com alguns diaris de la *villa y corte* han assenyalat, una carcassa del dret civil català on penjar d'una manera desordenada unes lleis boges, sinó que es tractava de trobar una estructura tecnicolegislativa que permeti fer un codi flexible, adaptable i que el dret civil català vagi creixent en el si d'aquest Codi civil de Catalunya tot el que li calgui. No es tractava de fer un trencaclosques, sinó que es tractava de fer una mena de rellotge suís en el qual, quan es trenca una peça, es pot canviar ràpidament i així el rellotge continua funcionant. Aquesta era una mica la idea del Codi obert que trobeu en el preàmbul d'aquesta Primera llei del Codi civil de Catalunya, que en aquests moments és al Parlament. La idea era fer un Codi que es pogués tramitar per llibres o per parts i que, en el cas que es pogués tramitar per parts, aquestes parts poguessin ser, si fos necessari, al més petites possible perquè es pogués canviar cada peça amb el mínim enrenou possible. Això va portar també a la idea de fer una numeració decimal, a la qual, certament, costa acostumar-se, però que s'està estenent de manera ràpida en altres països perquè realment és útil. Per això, perquè és útil, es fa servir en els articles del Codi civil de Catalunya. Així, per exemple, a l'article 111-1, el primer dígit ens indica el llibre, el segon el títol i el tercer el capítol. El número que ve després del guionet és consecutiu, a partir de l'1, i comença la seva numeració de nou en cada capítol.

La primera Llei del Codi civil de Catalunya ha estat dissenyada i elaborada en el si de la Secció d'Harmonització i millorada de manera important per les aportacions del Plenari de la Comissió de Codificació.

Consta de dues parts. En la primera s'estableix l'estructura, el contingut bàsic i el procediment de tramitació del Codi civil. Com que en aquests moments ens trobem amb uns cossos de lleis molt recents –com ara el Codi de família– en els quals només cal fer petits ajustaments, i altres parts –com ara el dret patrimonial– en les quals cal fer lleis molt extenses, calia buscar un sistema que ens permetés combinar la tècnica de la llei modificativa amb la llei de refosa. Una Segona llei del Codi civil de Catalunya en matèria de successions, que permeti introduir simplement una sèrie de modificacions, tindrà potser més components de refosa que de llei modificativa. Com que no té sentit tornar a portar al Parlament textos sencers que, a més a més, es van aprovar no fa gaires anys, la idea és portar-hi només aquells textos que suposin una modificació del dret vigent. Si aquestes modificacions obtenen l'aprovació del Parlament, després caldrà fer la refosa. Dic això perquè algú probablement pot pensar que les lleis de família o de successions que podríem veure en uns mesos diran molt poca cosa, ja que la feina que han fet les seccions corresponents és una feina que es veurà principalment en la refosa. La Secció de Successions i la de Família han estat treballant durant un any intentant refondre el nostre dret. El que hem fet és extreure aquells elements que havien de passar pel Parlament per ser aprovats com a llei modificativa i preparar la refosa posterior.

La Primera llei, després d'explicar com és aquest Codi obert i com es tramitarà, introdueix un llibre primer, en el qual s'intenta recollir, d'una banda, les regles en matèria de fonts del dret català i, de l'altra, es regulen la prescripció i la caducitat. Moltes d'aquestes regles de fonts no són més que la reordenació de regles que ja es trobaven en la Compilació. Per això sorprèn una mica aquest desconeixement, com ara aquest article del 16 de setembre a l'ABC que, si bé afirma que “nuestro Derecho es una de la mejores aportaciones de Cataluña a la España actual pluricultural y plurilingüística”, critica que es converteixi el nostre dret civil en “un compartimento aislado estanco que busca sus fuentes en el Tribunal de Casación de Cataluña cuando en el contexto actual la jurisprudencia la conforman las sentencias que dicta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña”. La crítica es fa des de la ignorància de les qüestions més elementals de la nostra història. En l'embolcall de la gran lloança a la capacitat legislativa de Catalunya i al valor pluricultural, es critica una referència a la tradició que deriva del Tribunal de Cassació de Catalunya que ja es troba en la regulació actualment vigent. Tots sabem que el Tribunal de Cassació de Catalunya va complir un gran paper en la seva època. Després, amb la reforma de la Compilació de l'any 1984, es va voler aprofitar l'experiència, integrar la seva jurisprudència en la tradició jurídica catalana i recuperar així el que s'havia anomenat la “tradició

jurídica prohibida”. Tot això són factors culturals que s’han de tenir en compte.

Com que hi haurà possibilitat de dir moltes coses en el debat, que espero que sigui molt llarg, i com que després vindrà una altra taula rodona on hi haurà la visió dels professionals, de persones que no han estat tan implicades en aquest procés com nosaltres, deixo aquí la meua intervenció. Moltes gràcies per la vostra atenció.

**ROBERT FOLLIA CAMPS**  
*President de la Secció de Família*

Bona tarda. Seré breu perquè he de compartir el temps amb el Dr. Egea, que ha d’explicar més coses que jo.

El Llibre segon del Codi civil de Catalunya és el Llibre de persona i família. Els components de la Secció de Família, quan ens van fer l’encàrrec de posar al dia els textos actuals, ens vam trobar que aquests eren molt recents –el Codi de Família i la Llei d’unions estables de parella porten data de juliol del 1998. Ens vam plantejar si també havíem de mirar les situacions convivencials, que són de desembre del mateix any, i les d’acolliment de les persones grans, de l’any 2000, que vam entendre que també s’havien d’integrar en el mateix Codi. Aquestes lleis eren molt recents i el criteri que es va seguir és el de mínima intervenció, criteri que era el de la Conselleria, però que ens semblava molt bé, per dues raons. Primer, per una seguretat jurídica, perquè no es podien canviar uns textos que acabaven d’entrar en vigor, no hi havia prou experiència jurídica per veure el que s’havia de canviar. En segon lloc, perquè algun d’aquests textos legals, com per exemple el de parelles estables, va provocar una forta discussió parlamentària que no convenia tornar a començar. Tot això ha fet que s’hagi anat més aviat a un criteri d’integració, ja que, més que fer canvis substancials, el que calia era integrar en un mateix llibre, com un tot orgànic, aquestes quatre lleis, evitant repeticions i contradiccions, així com omplir algun buit. També s’hi van introduir normes relatives a la protecció de menors i de desemparats i a la vegada algunes aspiracions i mancances que ens havien assenyalat els departaments en aquest punt.

Tot i aquest criteri de mínima intervenció, veuran per l’àmplia exposició del Dr. Egea que el nombre de modificacions és bastant gran a la Llei, que ja ha passat per la Comissió de Codificació. Aquest criteri de mínima intervenció s’ha anat accentuant, ja que en un principi les seccions havien treballat més. Per exemple, s’havia parlat de la possibilitat de fer un únic procés de separació i de divorci, però, després de ser refusada per les Corts una proposta semblant, es va abandonar la idea. Per

tant, utilitzarem un criteri de mínima intervenció, de molta integració i d'evitar contradiccions. En parlarà més el Dr. Egea, que és l'home que ha treballat en més lleis familiars aquests últims anys.

A continuació voldria assenyalar dos punts.

El primer, en relació amb el Llibre segon de persona i família. Respecte al de la família, està totalment acabat, és a dir, està fet tant el text amb les modificacions i supressions que ha de ser aprovat pel Parlament com també el text refós. El text que ha d'anar al Parlament va ser aprovat per la Comissió de Codificació fa pocs dies. En canvi, el Llibre de persona, que té tres capítols, està acabat, però encara no ha passat per la Comissió de Codificació, per tant, podríem dir que no ha nascut.

El relació amb el segon punt, del qual sóc una mica el culpable, és el règim de comunitat on vam fer una petita modificació, bastant important. Vam suprimir el paràgraf primer de l'article 66, i en el 67 es diu que són béns comuns els béns i els drets als quals els cònjuges atribueixen aquest caràcter en el moment de constituir la comunitat. Es va voler deixar palès que el règim de comunitat podia comprendre tant el règim de comunitat general com el de comunitat reduïda. Aquest canvi es va fer perquè l'experiència havia demostrat que no s'havia constituït cap règim de comunitat general. Tot i així, es demanava a les notaries comunitats reduïdes, que alguns feien a través del règim de guany, tot i que es podia fer amb el règim de llibertat de pacte. S'havia pensat en un primer moment a configurar un règim de comunitat reduïda com el de béns i guany antic de Girona, però va semblar que era un canvi massa fort. La regulació del Codi de família, quan parla de règim de comunitat, diu que són comuns tots els béns, després va canviant i sempre parla de la liquidació i separació dels béns privatis i dels altres. Per això ens va semblar que, amb aquesta modificació, atès que s'havia de constituir sempre en escriptura pública, podia quedar clar des d'un primer moment que es volia constituir una comunitat reduïda o universal.

Res més. Sense més preàmbuls, passo la paraula al Dr. Egea, que us informará amb més detall de les modificacions, i després, si hi ha alguna pregunta en el col·loqui, restaré a la vostra disposició.

**PROF. DR. JOAN EGEEA FERNÁNDEZ**  
*Vocal de la Secció d'Harmonització*

Senyores i senyors. La meua intervenció es limitarà a donar unes breus pinzellades del que han estat els treballs de la ja dissolta Secció de Dret de Família de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya i de la posterior

revisió que n'ha fet la Secció d'Harmonització, amb la qual cosa es complementarà l'exposició introductòria feta per Robert Follia.

Pel que fa al dret de família, l'Observatori proposa introduir poques novetats en el futur Codi civil de Catalunya. La majoria són retocs que es limiten a millores de tècnica legislativa i només uns pocs, als quals tot seguit em referiré, impliquen un cert canvi de fons. Dit això, començaré la meua exposició repassant cadascun dels diferents títols del Codi de família, per després entrar en les lleis especials.

En el Títol I del Codi de família, l'Observatori proposa suprimir de la consideració de despeses familiars les d'adquisició de l'habitatge familiar en titularitat exclusiva d'un dels cònjuges, i així s'harmonitza amb el fet que per al mateix CF no ho són si aquesta mateixa adquisició s'ha produït abans de la celebració del matrimoni. Això no treu, és clar, que en qualsevol cas l'aportació de l'habitatge computi com a contribució a les despeses familiars (art. 5 CF) i, en canvi, evita que es pugui entendre que el cònjuge no adquirent (i que, per tant, no consolida cap titularitat sobre l'esmentat habitatge) ha de contribuir directament a la seva adquisició i respondre, a més, solidàriament davant el venedor o el finançador del pagament del preu o del préstec. En aquesta mateixa línia la proposta també diferencia més acuradament el que són despeses familiars en sentit ampli de les derivades de les necessitats ordinàries de la família (l'anomenada potestat domèstica), amb la qual cosa es corregeix la confusió que presenta l'actual regulació. Efectivament, l'art. 8 CF estén la responsabilitat solidària a totes les despeses familiars que enumera l'art. 4 CF, mentre que el més lògic fóra que la solidaritat es limités a les derivades de les necessitats ordinàries de la família, és a dir, a les de l'art. 3 CF. Si prospera aquesta proposta, doncs, no es podrà interpretar que el cònjuge del comprador d'un habitatge (encara que sigui familiar) en titularitat exclusiva respon solidàriament davant, per exemple, el banc o la immobiliària que ha finançat l'adquisició exclusiva.

El president de la Secció ja ha exposat les novetats que afecten el Títol II; per tant, passaré directament al Títol III, on es regulen els efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial. Aquí destaca la proposta de desenvolupament i de potenciació dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial que l'any 1998 el Codi de família, fent un primer pas, es va limitar a introduir. Es fixen, això sí, uns límits a la renúncia a la pensió compensatòria, en la mateixa línia que ja avui conté la Llei d'unions estables de parella, i que es concreten a afegir una nova lletra a) a l'art. 84.2 CF; això és, s'admet la renúncia però sense que pugui incloure allò que sigui necessari per atendre la pròpia sustentació, si el matrimoni ha minvat la capacitat del cònjuge creditor d'obtenir ingressos. En aquesta mateixa seu dels efectes comuns, es proposa una regulació

de les mesures provisionals mitjançant la inclusió d'un nou art. 76 bis CF, que estalviï acudir a l'aplicació supletòria de l'art. 103 CC, ja que és evident que aquest és un precepte que no resulta prou escaient al règim català de separació de béns. Alhora, s'aprofita també per incloure-hi unes mesures específiques relatives a la prevenció de la violència domèstica, que es concreten en l'allunyament de l'agressor de l'habitatge familiar, del lloc de treball de l'altre cònjuge, de l'escola dels fills o, en general, dels llocs habituals que freqüentin el cònjuge o fills agredits.

En el títol IV, la filiació, a més de refer la redacció certament defectuosa, i en part contradictòria, de l'art. 88 CF, el qual presumeix com a període legal de concepció els primers 120 dies d'embaràs quan proves concloents demostren que ha durat més, s'afegeix un nou apartat a l'art. 101 CF, en el qual, per tal que quedi plenament garantit el principi de tutela judicial efectiva en els supòsits en què si s'invoca *l'exceptio plurium concubentium*, es disposa que el tercer pot ser cridat a intervenir en el procés, a petició del demandat o del Ministeri Fiscal; només a partir d'aquí es pot declarar la paternitat d'aquell que resulti més versemblant. D'altra banda, per evitar el risc que s'acabi imposant, contra el que ha estat tradicional al dret català, el requisit contingut ara a l'art. 767.1 LEC, segons el qual, per admetre la demanda sobre filiació, cal acompanyar-la d'un principi de prova, hem considerat convenient incorporar una norma reactiva que ho exclouï expressament.

Pel que fa al títol V, respecte a l'adopció, la novetat més important és potser la que es refereix a la plena equiparació, en les relacions de parentiu, del fill o filla adoptius amb els fills o filles per naturalesa, a diferència de la regulació vigent, en què l'adopció només origina parentiu amb l'adoptant i els seus descendents; la nova proposta de redacció de l'art. 127.1 CF l'estén a tota la seva família. En fi, ens hem limitat a completar l'últim punt que restava per assolir aquella plena equiparació. Seguint en la filiació adoptiva, l'Observatori s'ha fet ressò també de la demanda de l'Institut Català de l'Adopció i l'Acolliment perquè s'obrin vies de solució per als problemes que en determinats països planteja l'adopció internacional, en relació, particularment, amb institucions semblants a l'acolliment o a la tutela amb finalitat adoptiva. Així, proposem afegir un nou apartat 2 a l'art. 124 CF que permeti l'adopció dels menors en situació anàloga a l'acolliment o a la tutela constituïts a l'estranger amb finalitat adoptiva.

Entrant en el Títol VI, de potestat del pare i de la mare, els canvis són de caire més aviat formal. Per començar, es proposa modificar l'orientació de la presentació que l'art. 135 CF fa dels drets de relació i visita (l'actual regulació els perfila com a drets del pare i de la mare) per donar-los un enfocament recíproc, tot emfasitzant el dret dels fills a relacionar-se amb els seus progenitors. Igualment, es corregeix la confusió que actualment hi



ha a l'art. 138.1 CF entre el règim dels desacords ocasionals i els reiterats en l'exercici de la potestat i, igualment, es proposa eliminar el requisit que els consentiments especials hagin de constar en escriptura pública (art. 142 CF). Finalment, s'hi introdueixen algunes modificacions amb les quals es pretén canviar el criteri de dissenyar el règim de protecció de la persona incapacitada major d'edat sota el patró de la protecció dels menors. Així passa, per exemple, entre altres, al vigent art. 161 CF en relació amb la potestat prorrogada del pare i de la mare i també, com veurem, en la tutela de l'incapacitat, que es fa descansar, fonamentalment, sota les mateixes regles que la tutela de menors. És millor separar i preveure normes específiques per a la protecció del menor d'edat i per a la del major incapacitat, perquè la problemàtica dels uns i dels altres sol ser també força diferent.

Precisament, passant ja a la tutela regulada al Títol VII, només destaca que s'hi han introduït algunes modificacions en la línia que acabo d'esmentar; és a dir, es delimita més clarament la línia divisòria entre la tutela dels menors i la dels incapacitats (no té sentit, per exemple, que l'art. 168.2 CF, en relació amb l'obligació d'informar el tutelat, només tingui en compte l'edat; per això la proposta opta per afegir que també es tingui en compte la capacitat natural). Igualment, l'Observatori s'ha fet ressò d'algunes de les demandes que van plantejar les entitats tutelars de malalts mentals a Catalunya. D'una banda, es reconeix el dret de les entitats tutelars a una retribució pel preu del servei (la redacció proposada de l'art. 185.4 CF les acostaria, salvant les distàncies, a les entitats col·laboradores de l'adopció), la qual cosa permetrà una prestació del servei més eficient i universalitzada; de l'altra, en relació amb les excuses, per reforçar l'especialització d'aquestes entitats, del tot aconsellable per a un tractament més acurat dels diversos tipus d'incapacitats, es proposa que les persones jurídiques es puguin excusar si les condicions personals del tutelat no s'adeqüen a les finalitats per a les quals van ser creades (art. 187.2 CF).

Per acabar, em referiré als retocs que afecten l'internament per raó de trastorn psíquic i els tractaments mèdics perillosos; en aquest punt l'Observatori ha considerat que la necessitat de comunicar-ho al jutge en el termini de 24 hores, quan el fet d'obtenir l'autorització pot comportar un greu risc, només té sentit per a l'internament i no, en canvi, per als tractaments mèdics.

Finalment, en relació amb els aliments entre parents, regulats al VIII, no hi ha cap novetat destacable; ens hem limitat a harmonitzar-ne la regulació amb la Llei d'unions estables de parella.

Passant a les unions estables de parella, cal destacar tan sols que la proposta de l'Observatori es limita a l'harmonització d'aquesta llei

especial amb les propostes que acabo d'exposar per a alguns punts del Codi de família. Així, per exemple, s'aclareix la distinció entre despeses familiars en sentit ampli i les derivades de les necessitats familiars ordinàries, alhora que se circumscriu la responsabilitat solidària a aquestes darreres. També s'opta per donar resposta al que amb insistència s'ha reclamat des dels òrgans judicials; això és, regular un procediment específic per tramitar la ruptura de les unions estables de parella. En aquest cas ens hem decantat per una norma de remissió al capítol 4, títol 1, llibre 4 de la LEC.

Pel que fa a les situacions convivencials d'ajuda mútua, gairebé totes les propostes de modificació se centren en aspectes merament de tècnica legislativa, particularment d'harmonització de les seves disposicions amb les institucions paral·leles del Codi de família que li van servir de model, estalviant, en la mesura del possible, l'aplicació analògica d'aquest a les llacunes que presenta la vigent regulació d'aquelles convivències.

Per acabar, em centraré en l'acolliment de persones grans. En aquest aspecte l'atenció de l'Observatori s'ha centrat en dos punts. El primer afecta les causes d'extinció: l'art. 5.1 c) LAPG permet l'extinció del contracte per voluntat de qualsevol de les parts, cosa que no s'escau gaire al caràcter oneros (aleatori) que l'art. 1 LAPG atorga al contracte d'acolliment, i és per això que proposem deixar-ho a les regles de la resolució per incompliment. L'altre es refereix a la supressió dels actuals art. 8 i 9, que regulen els efectes de l'acolliment en la successió testada i intestada, respectivament. Entenem que ambdós preceptes, erròniament, tampoc no tenen en compte que el model que presideix aquesta llei és el d'un contracte oneros. Si de cas, l'atorgament de drets successoris només tindria sentit si l'acolliment tingués una causa mixta, és a dir, fos en part oneros i en part gratuït, de manera que la contraprestació no cobrés totes les despeses. La incoherència d'atorgar drets successoris als acollidors s'agreuja encara més si ho comparem amb les situacions convivencials d'ajuda mútua (que responen en part a un model semblant a l'acolliment que ens ocupa, però de fonament altruista), on no se'ls reconeixen, però, paradoxalment, sí que se'ls atorguen beneficis fiscals en l'impost de donacions i successions (beneficis, per cert, que no es concedeixen als acollidors). És més, en altres països, com França, on s'ha regulat una institució semblant, s'ha posat en relleu que aquest és un aspecte on el risc de captacions de voluntat és molt elevat, i per tant, miren amb recel les donacions i les institucions testamentàries.

Aquestes han estat a grans trets les novetats més destacables que, en matèria de dret de família, l'Observatori proposa incorporar al futur Codi civil de Catalunya. Després, en el col·loqui, serà el moment d'ampliar o

acclarir allò que tingueu per convenient demanar. Moltes gràcies per la vostra atenció.

ENRIC BRANCÓS NUÑEZ  
*Vocal de la Secció d'Harmonització*

En matèria de successions s'ha de partir d'un principi, que és l'esquema del dret successori a Catalunya. A tots els països és un esquema absolutament interrelacionat, en el qual no resulta fàcil tocar un punt sense que tingui conseqüències en altres punts del mateix dret de successions. L'esquema general del dret de successions de Catalunya sembla clar, i sembla que només necessita retocs de detall.

Es mantenen tots els grans principis del dret català: la regla *semel heres semper heres*, el principi *nemo pro parte*, la necessitat d'institució d'hereu en el testament i la naturalesa expansiva d'aquesta institució d'hereu. Es tracta d'institucions i principis que aguanten bé el pas del temps. Per exemple, la llegítima catalana ha anat aguantant, i avui pràcticament es pot considerar una llegítima molt més moderna i molt més en la línia del temps que en altres ordenaments. Per tant, els retocs que s'han fet són més de caràcter puntual que no una modificació general de l'esquema.

En matèria de col·lació, hi hagut una ampliació en el sentit que s'entenen col·lacionables totes les donacions rebudes pels descendents cohereus. Partim de la base que, si les donacions es fessin simultàniament o en contemplació les unes de les altres, podríem arribar a entendre el fet que la voluntat del donant que no s'hagi manifestat té un significat específic. Al llarg de la vida s'observa que es van produint donacions en diferents moments; el normal és que quan es casa el fill gran o s'estableix en un negoci se l'ajuda, i el mateix passa amb la resta de fills. Si enmig d'aquest procés el donant falta, es produeix un desequilibri. Per tant, sembla la regla més segura d'establir la col·lació en general de totes les donacions. En un corrent del que és la pràctica actual, s'entenen col·lacionables totes les primes d'assegurances de les quals siguin beneficiaris els descendents cohereus, els deutes que s'hagin pagat per compte d'ells i les despeses d'establiment en una activitat comercial o professional. Es precisa més el criteri de valoració d'aquestes donacions, en cas en què el donatari hagi alienat entre el període comprès entre la donació i la defunció del donant causant de l'herència. En aquest cas es parteix del valor que tenia el bé en el moment de l'acte de disposició, però sempre actualitzant-lo al moment de la mort del causant. S'estableix també un fre quan es preveu que la col·lació arriba fins al límit de la part que li corresponia rebre al cohereu, però no més enllà, és a dir, que no ha

de restituir l'excés a l'herència, sinó que simplement deixa de rebre fins a aquest mínim.

En matèria de prescripció, es dubta d'adequar l'acció de petició d'herència a la prescripció decennal, que és la que s'estableix a la Primera llei del Codi civil de Catalunya. Aquest ha estat un tema que es manté obert perquè fins i tot en estudiar els diferents drets comparats no es posen d'acord. Dins d'aquest plantejament parlariem també d'una imprescriptibilitat de l'acceptació o de la repudiació de l'herència, que aniria bastant en la línia de l'article 121-2 de la Primera llei.

En matèria de testaments, en el testament hològraf simplement se suprimeix el requisit de fixació del lloc seguint la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 23 d'abril de 1998. Després, en la designació d'hereus entre parents, es preveu la possibilitat cada vegada més freqüent dels matrimonis successius, és a dir, que una persona es casi més d'una vegada i tingui fills de diferents matrimonis. En aquest cas no servia l'antiga regulació que parlava d'un parent de cadascuna de les línies. S'obre i s'estableix que, si hi ha més de dues línies paternes, és a dir, una mare i dos pares diferents o bé un pare i fills de dues mares diferents, s'ha d'haver designat la línia que farà l'elecció. En un altre cas no valdrà aquesta delegació de la designació d'hereu.

En matèria de llegats, es precisa el mecanisme de transferència de riscos. En els de cosa específica, es pren com a base el moment del lliurament; en els genèrics, el moment de l'especificació i posada a disposició, i en la resta, la comunicació de la predisposició per part de l'obligat al compliment. S'ha precisat un petit detall, però que estadísticament és molt important. Aquest consisteix en l'atribució del gravamen, de la càrrega o deute que suposen les hipoteques o els béns immobles llegats. Fins ara, en els béns immobles llegats, que tenien un gravamen hipotecari, per satisfer el cost d'adquisició s'entenia que no en responia l'herència, sinó el legatari. Ara en aquest cas es fa referència explícita, a més del cost d'adquisició o millora, també al cost de construcció. No segueixen aquesta regla els gravàmens que poguessin establir-se en garantia d'altres deutes diferents del causant. En certa mesura, la distinció establerta és una aplicació de la teoria coneguda de la *minus* adquisició.

Quant a l'usdefruit universal testamentari, s'estableix que en aquest usdefruit universal atribuït per voluntat del causant hi ha implícita una cautela tàcita. D'aquesta manera els legitimaris poden triar entre la llegítima lliure o bé tolerar l'usdefruit imposat pel testador sobre la totalitat dels béns. Aquesta cautela tàcita seguiria el criteri d'una sentència del Tribunal Suprem de 23 de desembre de 2001.

Una altra qüestió que em sembla que s'arrossega des de fa temps –ja que recordo haver-la discutit en unes Jornades a Lloret l'any 1985– és el cas de la successió del matrimoni en què un dels cònjuges mor sense haver fet testament. Per tant, parlem de successió intestada. El cas que sempre es comenta és el dels immobles o bé l'empresa d'un dels consogres, que, per atzar de les intestades, si mor un dels cònjuges sense fills, els hereta l'altre cònjuge i, si aquest últim mor, aquests béns van a parar als consogres. Aquí s'ha proposat establir-hi una reserva. Ara bé, el dret català rebutja en principi les reserves. Segons el meu punt de vista, no hi hauria en principi una reserva, sinó que la construcció més adient fóra la constitució d'un usdefruit a favor del cònjuge supervivent sobre els béns immobles i l'empresa familiar heretats. La nua propietat correspondria als ascendents dels quals procedien i, si no n'hi hagués, als col·laterals d'aquesta branca. En tot cas, tinc els meus dubtes sobre que el dret català fos absolutament tan refractari a les reserves. Sembla que tot això encara està pendent d'una última discussió.

Quant a la successió intestada en les adopcions, s'ha suprimit tota successió intestada a favor de la família per naturalesa. Això és degut al fet que cada vegada és més freqüent l'adopció internacional, i introduir com a destinataris de determinats béns hereditaris una família per naturalesa procedent o que està establerta a Ucraïna, Romania o l'Índia no deixa de ser un trastorn enorme per a qualsevol successió intestada, independentment que presentaria altres dificultats d'identificació.

Està pendent d'una última volta un possible pal·liatiu, que no seria l'únic i que tampoc no intenta ser definitiu, per a la successió de l'empresa familiar. Es tracta de regular la donació *mortis causa* de l'empresa familiar donant garanties, per una banda, de la continuació de l'empresa, i per l'altra, que a l'hereu donatari no li serà revocada aquesta donació *mortis causa*. El que es proposa és la limitació de les causes de revocació de la donació *mortis causa*, aprofitant l'esquema general de la donació *mortis causa*, de manera que, quan es tracti d'una empresa, explotació mercantil o bé industrial, només es pugui revocar per incompliment de l'obligació de gestió i de les altres obligacions convingudes en el moment de la donació, en cas que la gestió del donatari posi en perill la continuïtat de l'empresa pel fet de ser una gestió notòriament imprudent i finalment en cas de premoriència del donatari. Per tant, s'estableixen com a causes de revocació aquelles que posen en perill la continuïtat de l'empresa.

En matèria d'unions estables de parella, aquestes es consideren com un matrimoni a determinats efectes. Ens referim aquí a les causes d'indignitat successòria, als supòsits de presumpcions de revocació de disposicions *mortis causa*, a les prohibicions que té el notari d'autoritzar el testament de determinades persones, a la institució d'hereu per cònjuge

o membre de la unió estable de parella i a totes les circumstàncies de pèrdua de l'usdefruit del vidu. En canvi, no ha estat encara objecte de debat la situació de la unió estable de parella en general. La unió estable de parella en els últims anys ha tingut una evolució rapidíssima, amb uns canvis de concepció notables, i segurament requereix que es consolidi més aquest concepte dins el dret de família. En la unió estable de parella, a Dinamarca i Alemanya consideren, en el cas de la unió estable de parella heterosexual, que la idea és no conferir drets successoris. Consideren que qui podent-se casar avui (tenint en compte que el matrimoni no té cap connotació de caire polític ni religiós) no es casa, és perquè realment no vol i, per tant, atribuir-li aquí uns efectes excessius que vagin més enllà de l'enriquiment injust, d'uns determinats drets d'aliments o bé d'una mínima assistència, podria anar contra la llibertat individual. Em sembla que en aquest punt es requereix que s'acabi d'aclarir aquest concepte de la unió estable de parella i llavors lligar-hi, un cop definit aquest esquema, els efectes successoris.

Finalment, hi ha un treball important, que ara no es veurà per aquestes dues fases que abans deia el Dr. Martín. Es tracta d'un treball de síntesi de depuració de determinades parts del Codi de successions. Per exemple, en matèria de fideïcomisos hi havia redundàncies, i molts conceptes sobers han reduït bastant l'àmbit, cosa que ha donat una redacció molt més sintètica que farà molt més fàcil el maneig i l'enteniment d'aquesta institució. Em sembla que poca cosa més podria dir en aquest moment a resultes del debat que surti amb posterioritat.

PROF. DR. FERRAN BADOSA COLL

*Membre del Plenari de la Comissió de Codificació*

En primer lloc voldria comentar, si és prudent, si és possible i si cal que el Codi civil de Catalunya reguli els contractes i les obligacions. Evidentment, un Codi civil que no regula els contractes i les obligacions sembla que és un Codi civil ple de mancances. Per més que reguli temes de la vida social o molt pròxims a les persones com la família i les successions, li falta l'element de pedigrí més important que pot tenir el Codi civil.

També hi ha el tema del dret europeu, que es pot importar perfectament, que es pot transposar. El problema que tenim és de quin dret europeu estem parlant.

Comencem, potser, per on no havíem de començar, pel final de tot, que és el tema de la infracció de l'obligació. Infringim l'obligació o el contracte? Comencem pel predicat del subjecte. Quin és el predicat

del subjecte? Quan parlem d'infracció resulta que, segons el professor Morales, infringim el contracte, i en canvi jo sóc més partidari que infringim l'obligació.

El fet d'infringir el contracte o l'obligació ens porta al concepte d'objecte del contracte i de l'obligació. Hem arribat a l'acord amb el professor Morales que l'objecte no és un element real de la vida material, és una creació de la voluntat de les persones que es posen d'acord sobre l'objecte i per això tenen amplíssima llibertat per configurar-lo. És un punt important la incorporabilitat essencial de l'objecte de les obligacions. Jo sempre l'he defensat i per això precisament l'objecte es pot convertir en un gran calaix de sastre on podem posar el *genus*, l'*especies*, la *quantitas*, la *qualitas*, l'absència de vicis, etc. D'aquesta manera hi podem anar posant totes les coses, perquè l'objecte no és donat en la realitat, sinó que el creem nosaltres en el moment de fer el nostre contracte. Ara bé, és evident que l'obligació que neix d'un contracte oneros té més elements que integren l'objecte; per això els escolàstics deien que aquest objecte tenia més comprensió que no els objectes que procedeixen d'un contracte gratuït, on els elements d'identificació són menors. Per exemple, en un contracte oneros l'absència de *vicia* serà un element que identificarà l'objecte i, en canvi, un contracte gratuït amb vicis o sense vicis pot complir el requisit de la identificació.

Si estem discutint què és l'objecte, què és l'obligació, què és el contracte, podem dir que en aquest moment a Catalunya ens trobem en una situació de reflexió sobre aquests conceptes propis. La doctrina catalana en aquest moment està en situació de tirar endavant una reflexió d'aquesta mena, i aquesta és una mica la pregunta retòrica que des de Savigny s'ha fet sempre. Estem en disposició de fer aquesta reflexió, i si girem els ulls a la situació actual del dret europeu en matèria d'obligacions i contractes, ens trobem amb dos textos que han sortit aquí a bastament esmentats: els principis Lando i la Directiva 44/1999, sobre venda de mercaderies i béns de consum.

D'aquests dos textos, el primer té caràcter programàtic, no ha passat encara a la categoria de legislació, però el segon sí. En aquests dos textos, per mi s'hi mantenen divergències absolutes –menys absolutes segons el professor Morales–, sobre el concepte d'incompliment que ara veurem. Per exemple, els principis Lando només parlen d'incompliment de les obligacions; en canvi la Directiva 44/1999 només ens parla de manca de conformitat. Per si volem provar el *tertium genus* que apareix en totes les coses de la vida, la Convenció de Viena d'11 d'abril de 1980 accepta els dos conceptes: el d'incompliment dels articles 25, 45 i següents i també el de manca de conformitat de l'article 35. Per tant, aquesta és la situació del dret europeu, i si mirem aquest dret europeu perquè no ens refiem

de les nostres forces, resulta que la situació tampoc no és gaire clara. No queda clar com es pot solucionar aquesta problemàtica. Sembla que, per una banda, incorporarem la famosa directiva, que és la de l'incompliment de les obligacions que deriven del contracte de compravenda. Per l'altra, farem unes regles especials de manca de conformitat en el compliment del contracte. I per acabar, farem una part general de les obligacions on posarem el concepte d'incompliment de l'obligació dels principis Lando.

Davant d'aquesta situació més aviat poc afalagadora, ens trobem conceptes flotants i desconfiança en les nostres forces. Trobo que només tenim un principi de salvació, que és recuperar el principi d'abstracció, un principi canònic aquell de la *voluntas quantuquam nulla obligat*. Aquest principi bàsic és el de recuperar la força de l'autonomia de la voluntat en la seva plenitud, com s'aplicava en dret català, entre altres coses perquè el dret canònic era el primer supletori. Recuperar el principi d'abstracció vol dir el principi de l'autonomia de la voluntat amb tota la seva plenitud, sense límits externs, només amb els límits interns de la no-infracció de les lleis, dels costums, etc. En aquest punt, el professor Díez-Picazo, que és una persona partidària del principi de la llibertat de contractació, hi està d'acord.

Ens movem, doncs, en aquest desert: regulem nosaltres aleshores? Deixem que reguli Europa? Callem i aplicarem supletòriament el Codi civil i estarem a resultes de la poca claredat que tindrà aquest Codi segons com s'hi incorporin els principis i es transposin directives?

El segon punt fa referència al tema de les competències, que malauradament sempre s'ha girat en contra de Catalunya. El tema de la distribució de competències és un tema típic del pensament polític i jurídic català. Em remuntaré a la República, no més enllà, a l'acabament de la Primera Guerra Mundial, al projecte d'Estatut de l'any 1919. En aquest projecte es fa una distribució de competències exclusives de l'Estat, competències exclusives residuals de la Generalitat; es parla del poder regional i s'esmenta el poder civil, amb les excepcions de les regles de la interpretació del títol preliminar del Codi civil.

Aquesta distribució de competències té un padrinatge molt prestigiós: dos senyors, un que es deia Hugo Preuss i l'altre que es deia Hans Kelsen –Hugo Preuss com a autor de la Constitució de Weimar el 14 d'agost de 1919 i Hans Kelsen com a inspirador de la Constitució austríaca de 1920. Si llegim les conferències que es van fer sobre l'Estatut de l'any 1932 a l'Acadèmia de Legislació i Jurisprudència de Catalunya, ens omplirem la boca d'aquesta genealogia. Allò que nosaltres hem posat, no ho hem posat nosaltres, sinó que ens hem inspirat en la Constitució de Weimar, que l'any 1932 estava vigent però no s'aplicava per raons òbvies, després



de la presa de poder de Hitler com a canceller, el 1931, i la Constitució austríaca.

Amb aquest bagatge arribem fins a l'Estatut de 1932, que és producte d'un acord entre Esquerra Republicana i el Sr. Vicente Alcalá Zamora. En aquest acord hi entren les bases de les obligacions contractuals. Si llegim els discursos que es fan a les corts espanyoles, les Corts Constituents de l'agost de 1931, trobem un enemic de l'autonomia catalana en Felipe Sánchez Román. Aquest, en tots els discursos que intervé, diu sempre que les bases de les obligacions contractuals són només tres o quatre punts –accepta la causa, el consentiment, l'objecte i para de comptar– i ho diu literalment en castellà.

En referència a les bases de les obligacions contractuals, ens trobem que Catalunya entrebanca amb la famosa Llei de censos de l'any 1933, que va parar al Tribunal de Garanties Constitucionals amb una sentència de l'any 1934. En aquella dissortada sentència, que és un dels motius, després del cop d'Estat, dels fets de l'octubre de l'any 1934, l'advocat de la Generalitat és Amadeu Hurtado, paradoxalment el mateix que havia pactat amb Vicente Alcalá Zamora l'article 12 de la Constitució republicana. Evidentment, Amadeu Hurtado, que era una persona de gran habilitat dialèctica, hi fa una pregunta dirigida al fiscal de la República, que després es revela d'una grandíssima influència: “¿Qué entiende el señor Fiscal por bases de la obligaciones contractuales?”, a la qual es contesta “todo”. Aquest “todo” en la sentència del Tribunal de Garanties Constitucionals del 1934 és el “todo” sobre el qual encara estem vivint.

Totes les sentències que en aquest moment està traient el Tribunal Constitucional, de les quals resulta que les bases de les obligacions contractuals afecten totes les obligacions encara que no neixin del contracte i afecten tots els contractes encara no produeixin efectes obligacionals, són el resultat d'una pregunta retòrica que es va contestar en termes judicials fonamentalment. Evidentment, no representa l'actual doctrina del Tribunal Constitucional la voluntat de continuar la doctrina de la sentència del Tribunal de Garanties Constitucionals de la República, entre altres coses perquè no l'esmenten mai i la desconeixen absolutament. Vol dir que hi ha com una espècie d'inspiració de principi que vol dir que, sempre que es preguntí a l'Estat espanyol quines són les bases de les obligacions contractuals, diran “todo”. És una resposta que està integrada dins d'aquest tarannà i sortirà automàticament sempre que es faci.

Per tant, hauríem de tornar a la interpretació originària estricta de les bases de les obligacions contractuals. Per exemple, fent-nos nostre Felipe Sánchez Román, que no era una persona precisament partidària de

l'autonomia catalana, i també l'apreciació restrictiva d'aquestes bases de les obligacions contractuals que es fa en el Primer Congrés Jurídic Català.

Les bases de les obligacions contractuals va ser el tercer tema del Primer Congrés Jurídic Català del mes de maig de 1936, realitzat, per tant, en molt mal moment. El ponent d'aquest tema era un senyor desconegut, un catedràtic de Dret Internacional Públic de la Universitat Autònoma de Barcelona, predecessor del senyor Bassols en el càrrec. Aquest senyor, que era el ponent d'aquest tema, casualment era deixeble directe d'un senyor que també ha sortit moltíssim aquests dies: Ernst Rabel. Va ser un senyor que va estudiar a Berlín, que era originàriament romanista i que va sortir fet un internacionalista, perquè va dir, segons explica en una crònica de la seva vida el senyor Oriol Casanovas, de la Universitat Pompeu Fabra, que s'havia de deixar el dret romà, que no ressuscitava res, per anar al tema modern, que era el tema del dret europeu que en aquell moment Rabel estava fent. En aquest Primer Congrés Jurídic Català, les actes del qual s'han perdut, hi ha indicacions que es plantejava novament la interpretació de les bases de les obligacions contractuals segons el seu sentit originari, i segons el pacte Esquerra-Alcalá Zamora.

Què hauríem de fer nosaltres? Penso que hauríem de tornar a aquest pacte. Les bases de les obligacions contractuals queden en definitiva com un tema que s'havia plantejat en el dret internacional privat alemany en qüestió de les obligacions contractuals. El tema era quin és el dret aplicable a les obligacions contractuals. La influència de Guero Molares, catedràtic de Dret Internacional Privat i després conseller de Justícia en esclatar la guerra, és el que va determinar la incorporació d'aquests principis, d'aquesta regla. Es tractava no solament d'un principi de dret civil, sinó d'un principi de dret internacional privat perquè tractava del diàleg entre els diferents drets que estaven vigents a Espanya.

En conclusió, podem veure que aquesta idea inicial ha quedat completament esvalotada, destruïda i oblidada per la interpretació actual que n'ha fet el Tribunal Constitucional, de manera que volen que les bases de les obligacions contractuals diguin coses que no diuen, perquè les han estès per a les obligacions i per a les contractuals.

Penso que el govern de la Generalitat i nosaltres com a juristes catalans hauríem de recuperar aquella idea del pacte inicial. Per a això caldria recuperar els documents d'aquella època i recordar els discursos de les Corts Constituents per poder defensar i fonamentar la nostra posició, que en definitiva és la nostra competència. Ara bé, que després exercim o no aquesta competència, com i de quina manera, és una altra cosa. La qüestió de principis en aquest punt és la bàsica per al seu propi desenvolupament.

**PROF. DR. ANTONI MIRAMBELL I ABANCÓ**  
*President de la Secció de Dret Patrimonial*

Què podem fer amb la part de dret patrimonial del Codi Civil de Catalunya? És evident que la resposta és difícil per diversos factors. La Secció de Dret Patrimonial ha treballat molt. Permeteu-me que recordi que està composta per dos catedràtics d'universitat –la professora Carmen Gete-Alonso i el professor Pere del Pozo–, dos registradors de la propietat –el Sr. Antoni Cumella i el Sr. Josep Lluís Sarrate– i dos notaris –el Sr. Francesc Torrent i el Sr. Lluís Jou. És una secció que treballa mitjançant un sistema de ponències internes i ponències externes que després revisem a la Secció.

El contingut de la part de dret patrimonial del Codi civil de Catalunya dependrà efectivament de diversos factors; en diré tres i breument per anar molt ràpidament. Un és el factor temporal: les legislatures duren el que duren i el Parlament està en la fase de legislatura que està. Una altra és conjuntural: la Secció de Patrimonial ha elevat a la Secció d'Harmonització el contingut del seu treball, al qual després em referiré també al més breument possible. Al seu torn, la Comissió de Codificació haurà de decidir què aprova i què no d'aquest text, i en el terme final el Govern de la Generalitat haurà de decidir què aprova com a projecte de llei i què no. Hi ha un tercer factor, que resumiré molt concisament, que és el factor competencial. En relació amb aquest últim factor apuntat, només cal recordar que, per provisió de 22 de maig de 2002, el Tribunal Constitucional ha admès a tràmit el recurs del president del Govern de l'Estat espanyol en contra dels articles 24, 25 i 26 de la Llei 25/2001, sobre l'ocupació i l'accessió.

El Projecte de la primera llei del Codi civil reserva a la part de patrimonial dos llibres (el llibre cinquè i el llibre sisè). La Secció de Dret Patrimonial ha elaborat una proposta de regulació completa del llibre relatiu als drets reals i està treballant en una proposta d'elaboració sobre una doble possibilitat, en relació amb la part de contracte i tipus contractuals. La Secció ha treballat sota la pretensió d'aconseguir la completesa en l'àmbit competencial autonòmic, amb una interpretació no restrictiva del 149.1.8a de la Constitució espanyola.

Com els deia, el llibre dedicat als drets reals consta de sis títols. A continuació remarcaré alguns dels seus aspectes essencials.

El llibre primer regula els béns, la seva adquisició i la titularitat dels béns. Aquí s'ha inclòs una proposta d'una subcomissió del Ple de la Comissió de Codificació, sobre l'oportunitat d'incorporar al nostre Codi civil els patrimonis fiduciaris. Partim de la idea que tota persona pot ser propietària d'un dret de propietat o d'un altre dret real sobre els

béns, o en pot tenir la possessió, pot ser administradora d'un bé aliè o fiduciària d'uns béns afectats a una finalitat. D'acord amb aquesta idea, s'ha proposat de fer la regulació d'aquests patrimonis separats sense personalitat jurídica destinats a una finalitat que pot ser d'inversió, de gestió, de garantia o de finançament i que estan sotmesos a una situació d'administració amb el nomenament d'uns beneficiaris. Aquesta és una figura nova per a nosaltres, però no en l'àmbit del dret comparat. Pot plantejar alguns problemes seriosos en relació amb la garantia patrimonial universal del constituent, en relació amb la transmissió de la titularitat del domini, i la necessitat d'inscripció registral d'aquesta situació d'administració. Es tracta de problemes als quals la proposta de regulació final podria donar una solució adequada.

En aquest mateix títol dedicat als béns, es fa una proposta de regular l'administració de béns aliens. Amb aquesta proposta es pretén permetre una certa harmonització de totes les institucions jurídiques que contenen una administració de béns no propis, ja que, per poder-se introduir la regulació dels patrimonis fiduciaris, cal tenir regulada la situació d'administració dels béns.

El títol segon es dedica a la possessió. En aquest títol s'ha fet la proposta d'incorporar la regulació de l'acció publiciana, de manera que aquella persona posseïdora que es trobi en els darrers tres anys de possessió, per completar la seva usucapció pugui accionar-la i exercir el seu millor dret davant el posseïdor actual. Es tracta d'una protecció adequada, més enllà de la mateixa tutela interdictal, tot i que la nova Llei d'enjudiciament civil no utilitza aquesta expressió.

En relació amb els títols adquisitius, s'ha fet la proposta de regular la tradició, la usucapció i la donació, com a acte unilateral dispositiu de caràcter gratuït. Pel que fa a la usucapció, es fa una proposta de reducció dels llargs terminis actuals.

El quart títol d'aquest llibre es dedica a la regulació del dret de propietat. És evident que s'han de regular les disposicions generals relatives a aquest dret, però l'èmfasi em sembla que s'ha de fer en la necessitat de regular les accions protectores del dret de propietat, concretament l'acció reivindicatòria, a més de l'acció negatòria, les de tancament de finques i de fitació i delimitació.

El llibre cinquè dels drets reals dedica un títol a les situacions de comunitat. Un avantprojecte de llei de regulació de les situacions de comunitat ha estat sotmès a informació pública per un edicte del 27 de febrer d'aquest any 2002. Es pretén fer un exercici de síntesi, de tota la regulació de qualsevol situació de comunitat a partir de la comunitat ordinària. La comunitat ordinària es defineix per quatre factors fonamentals: l'existència de la quota, les regles d'administració

i de disposició, l'acció de divisió i l'atorgament de drets d'adquisició preferent. A partir d'aquesta regulació, quan ens falla algun d'aquests aspectes hem intentat regular totes les altres situacions de comunitat. Aquestes es caracteritzen pel fet de tenir un règim jurídic i pot ser, per exemple, la propietat horitzontal simple o complexa, és a dir, els conjunts immobiliaris o les subcomunitats i les urbanitzacions privades. D'altra banda, s'ha fet la proposta de regulació de la comunitat especial per raó de la facultat d'ús, diferenciada de les anteriors. Es tracta del cas de l'aprofitament per torns i que consisteix en l'organització de les facultats d'ús. Finalment, s'ha hagut d'incloure aquí la comunitat especial per raó de mitgeria de càrrega.

L'últim títol es reserva als drets reals limitats o limitatius del domini. Aquí s'hi hauran de reconduir els que són continguts en les lleis especials vigents actualment –des del dret d'usdefruit fins al dret de superfície–, la nova regulació de les servituds, els drets d'adquisició i de garantia i naturalment incorporar sistemàticament aquí els censos de la Llei 6/1990. De moment no es regula el dret d'hipoteca. La Secció té en estudi un text a partir del dubte que es planteja sobre l'existència de competència legislativa per a la regulació d'aquest dret. Si obviéssim qüestions formals, processals i registrals, no veig grans impediments per regular algunes modalitats d'hipoteca derivades de la regulació d'institucions pròpies de Catalunya. Per exemple, la hipoteca en garantia censal, la hipoteca en garantia del dret resultat de la venda amb carta de gràcia o del dret de superfície. En aquests casos es podrien fer algunes propostes per solucionar algunes qüestions registrals que en aquest sentit es plantegen.

En relació amb el llibre sisè, el Projecte de la primera llei el reserva a les obligacions i els contractes. Aquest és per nosaltres el més difícil d'afrontar, en primer lloc per la raó competencial –no cal que hi insisteixi–, i en segon lloc hi ha la resolució del Parlament Europeu de 15 de novembre de 2001, que inicia ara amb una certa força aquest procés d'harmonització del dret privat dels Estats de la Unió Europea. Hi ha una primera fase de recollida de materials fins al 2004. El 2010 s'intentarà, tot i que amb cura ja no es parla només de Codi sinó també de Principis, de formular alguns textos més o menys uniformes en aquest sentit. Per tant, des del meu punt de vista, em sembla que no caldria dir que resulta evident que s'ha de mirar de participar en aquest procés. Si tinguéssim la fortuna de trobar la manera, s'hauria de provar que la Generalitat de Catalunya hi participés fins i tot des d'un punt de vista institucional, i em sembla que ja hi està treballant.

La qüestió en matèria d'obligacions i de contractes és si ens hem de limitar a incorporar allò que és actualment vigent a la Compilació i algunes lleis especials en el futur llibre sisè o bé podem fer alguna

cosa més. La primera opció és fàcil: es tracta simplement d'organitzar sistemàticament la part compilada, és a dir, la rescissió per lesió, la venda a carta de gràcia, els contractes d'explotació sobre terres i ramaderia, i les lleis especials que són la Llei 6/2000, de pensions periòdiques, i la Llei 23/2001, sobre cessió de sòl o edificabilitat a canvi de construcció futura. Aquest és un exercici senzill i es pot dir que ja està fet.

Per fer alguna cosa més, hem de diferenciar clarament la part de l'eventual regulació de l'obligació de la part relativa al contracte i alguns tipus contractuals. En aquest moment, resulta molt aventurat arriscar-se a fer la regulació de la part general de l'obligació sense conèixer exactament quin és el marge competencial i sense estar inserits en l'evolució –que necessita un temps, òbviament– d'aquest procés d'harmonització europeu. Per tant, des d'aquest punt de vista, em sembla que poca cosa més es pot fer que assumir l'aplicació del dret estatal i fer, si escau, la reserva competencial futura una vegada determinades quines són les bases de les obligacions contractuals i una vegada determinada la situació competencial. Potser sóc optimista en pensar que això es pot determinar amb una certa rapidesa. Crec que poca cosa més es pot fer. No és una fórmula nova aquesta de fer la reserva competencial, només cal agafar la disposició addicional primera de la Compilació vigent, combinada amb la disposició final quarta, i veiem que aquesta és la fórmula que s'utilitza.

En relació amb el contracte, la Secció està treballant tenint en compte tots els materials i directives a les quals s'ha fet referència en aquestes mateixes Jornades, per tal de veure si es pot fer una proposta de regulació del contracte, i tenint la convicció o almenys la intuïció que per regular la font de l'obligació competencialment tenim una mica de marge. En aquest sentit, la Secció està treballant per preparar un text que pugui contenir les disposicions generals relatives al contracte, i fins i tot preveure el consumidor com a part contractual i poder-hi entrar en part, que en podríem dir el dret català del consum.

Si s'escau, caldrà fer una proposta de regulació sobre algunes modalitats contractuals, a més d'incorporar els contractes que ja estan regulats en lleis vigents; us recordo la Llei 6/2000, de pensions periòdiques, que s'ha d'incorporar necessàriament. Es podria fer una proposta de regulació general dels contractes sobre objecte aliè, bàsicament pensant en una regulació mínima relativa als arrendaments, que ens permetés fer la remissió o la reincorporació sobretot dels arrendaments rústics, però potser també d'algunes normes d'arrendaments urbans. Podríem incloure dins els contractes sobre objecte aliè el contracte de multipropietat, és a dir, aquell del qual derivarà l'aprofitament per torns, que hauríem regulat des del punt de vista de la situació real en el llibre cinquè. També hi podríem incloure la regulació dels contractes societaris i parciaris, amb la

possibilitat de resoldre alguna de les qüestions relatives a aquestes formes que tenim ara, com la masoveria o la parceria.

Finalment, podríem fer un intent de proposta de regulació sobre els contractes de solució de conflictes, tenint en compte la mediació familiar, la mediació comercial i l'arbitratge, i mirar de fer, a partir d'unes disposicions generals, la definició i una regulació més àmplia de la transacció.

Sobre la majoria d'aquests aspectes, afortunadament la Secció ha tingut algunes ponències externes. Amb aquestes ponències convenientment estudiades i amb un temps relativament prudent, si ens el concedeix l'estructura de l'Observatori, podríem completar la confecció d'aquesta proposta relativa al llibre sisè.

Finalment, una consideració personal. Podem preguntar-nos avui per què la necessitat de fer un Codi civil de Catalunya, que en alguns casos fins i tot pot regular algunes de les institucions ja contingudes en el Codi civil espanyol o en la legislació civil estatal. La meva resposta és que hem d'intentar trobar algunes solucions normatives adequades a la nostra manera de fer i de ser, algunes d'aquestes, segurament avançades. Catalunya ja ha estat avançada en altres institucions –les teniu tots al cap–, ja que ha estat el primer Parlament que ha regulat algunes institucions noves. Crec que s'ha d'exercir l'autogovern, i en definitiva que cal normalitzar el dret propi de Catalunya.





## SEGON PANEL

# IMPORTÀNCIA D'UN CODI CIVIL PER A CATALUNYA: REFLEXIONS DES DEL MÓN JURÍDIC

ARACELI VENDRELL FERRER

*Directora general de Dret i Entitats Jurídiques Departament de Justícia*

Ara tractarem el món jurídic amb la participació de ponents de tots els àmbits i de tots els operadors jurídics que hi ha en aquest moment al país. Per tant, en primer lloc, donaríem la paraula al Sr. Carles Genover, en representació del Col·legi d'Advocats de Girona, perquè és la província on tradicionalment s'han dut a terme aquestes Jornades.

CARLES GENOVER HUGUET

*Advocat de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Girona*

Bona tarda, senyores i senyors.

Voldria obviar les habituals i protocol·làries paraules d'agraïment, per guanyar temps. Però no puc pas obviar unes paraules de disculpa, no gens protocol·làries. Disculpes perquè quan ahir el meu degà i l'organització de les Jornades em van demanar que ocupés el seu lloc en aquesta taula rodona, el primer que vaig fer va ser mirar el tema objecte del debat ("Importància d'un Codi civil per a Catalunya: reflexions des del món jurídic") i, fixant-me en la segona part de la frase, em vaig posar de seguida a reflexionar. Però amb la modèstia dels meus coneixements (només sóc un advocat d'infanteria), en comparació amb els il·lustres juristes que m'han precedit en l'ocupació d'aquesta taula i els que la comparteixen ara amb mi, lamento dir-vos que només he pogut arribar a dues reflexions, molt rudimentàries, pròpies d'un advocat.

Parafraçant Woody Allen (que com sabeu és un prestigiós jurista americà), quan a un advocat li fan, o es fa, la pregunta essencial de la nostra existència –"hi ha vida després de la mort? Hi ha una altra vida més enllà?"–, l'advocat passa de seguida a les preguntes següents: "Bé, si hi ha una altra vida, és molt cara? I hi haurà aire condicionat?"

Les meves reflexions van per aquí, són molt simples, molt rudimentàries i, per tant, us en demano disculpes, perquè –ho confesso

per endavant– així crec que almenys aconseguiré els beneficis de l'atenuant de penediment espontani, per la meva gosadia de voler parlar després dels grans juristes que m'han precedit.

Per tant, les meves reflexions rudimentàries no es referiran a l'essència del Codi civil (sobre això veus molt més autoritzades que jo han dit i diran coses molt més profundes), sinó a dues qüestions molt concretes:

1a- Regulació unitària.

2a- Regulació completa.

1a- Els advocats volem una regulació unitària del dret (bé, els advocats no, parlo només per mi, perquè el que us parla no té cap títol ni dret per atribuir-se la representació de tots els advocats, però estic segur que molts compartiran el meu criteri).

Estem molt fastiguejats amb l'actual dispersió legislativa. No solament hi ha massa lleis, sinó que es modifiquen contínuament, moltes vegades a través de disposicions finals o addicionals d'altres lleis que no tenen res a veure amb la matèria de què es tracta, de manera que determinar la norma efectivament aplicable a un cas concret esdevé una veritable carrera d'obstacles, plena de trampes. Encara que només fos per no haver d'anar afegint fotocòpies i més fotocòpies de noves lleis als codis habituals, cal aconseguir, en la mesura que sigui possible, la unificació de la regulació d'una determinada matèria.

No m'interpreteu malament: no vull eludir la complexitat que l'aplicació del dret sempre ha de comportar. No pretenc pas que tots els problemes jurídics es puguin trobar en un sol llibre (*El abogado en casa*) –entre poc i massa!–, sinó simplement evitar les trampes que la situació actual ens posa als que apliquem el dret.

Ahir la Dra. Roca, parlant de la coexistència de diversos ordenaments jurídics en un sol Estat (parlava dels EUA, però això també és aplicable a Anglaterra, i lògicament a l'Estat espanyol), deia que això no suposa cap problema, sinó només una complicació per al jurista, que es veu obligat a aplicar normes de dret internacional privat o dret interregional. Jo no defujo aquesta complicació, de cap manera, encara que només sigui per pur egoisme: si l'aplicació del dret fos molt senzilla, l'existència mateixa de la meva professió estaria en perill.

Però el que s'ha d'evitar és una exagerada dispersió legislativa, que constitueixi una trampa, una carrera d'obstacles que s'ha de superar per arribar a determinar quina és la norma aplicable.

Mireu, us en posaré un exemple (no perquè dubti de la vostra capacitat de comprensió, sinó perquè dubto de la meua capacitat d'explicació):

L'altre dia, un advocat (advocat núm. 1) va interposar un recurs de reposició contra una decisió judicial, però va invocar una norma de la Llei d'enjudiciament civil que encara no és

aplicable (aquest advocat va cometre l'error de no saber que les lleis, com les sentències, s'han de començar a llegir pel final).

L'advocat contrari (advocat núm. 2), en el seu escrit d'impugnació, es va poder lluir posant en relleu l'error palès del seu company en invocar una norma no aplicable.

Doncs bé, darrere la satisfacció inicial de l'advocat núm. 1, que es pensava haver trobat la norma aplicable, darrere la satisfacció inicial de l'advocat núm. 2 en detectar l'error del seu company, darrere el disgust de l'advocat núm. 1 en comprovar que s'havia equivocat i darrere l'enorme satisfacció del jutge, que al final no va donar la raó ni a l'un ni a l'altre (al primer, perquè havia errat en la norma aplicable, i al segon, perquè s'havia equivocat en el fons de la qüestió), hi ha un terrible sentiment de frustració per al professional del dret, perquè la funció o la finalitat de l'aplicació del dret no és establir una sèrie de trampes per veure qui és més llest a descobrir-les primer, sinó que és molt més diferent i important.

Per això (primera reflexió), és important que hi hagi un Codi civil de Catalunya (digueu-ne Codi, o recopilació, o compilació, perquè el nom no fa la cosa, i potser la utilització de la paraula *codi* suscitarà suspicàcies en el legislador central, que tem veure envaïdes les seves competències pel legislador català).

Jo crec que el procés que hem vist a Catalunya és la destrucció de la compilació, i ara la volem tornar a muntar. Em sembla perfecte. No faig una crítica del sistema que s'ha seguit, però la situació actual porta a l'objecte de tornar a unificar el que s'ha disgregat. Afortunadament, en algunes matèries ja no hi ha problema, per exemple en el dret de família o en el de successions.

Però l'exemple paradigmàtic del que us acabo d'exposar és l'actual regulació dels drets reals. A més dels articles que hagin pogut quedar subsistents de la Compilació, tenim la Llei del 1990 i les dues lleis d'aquest any, una de les quals deroga parcialment la del 1990. Per tant, es fa difícil determinar la norma aplicable, a part de nombrosos problemes de dret intertemporal, i això exigeix una solució urgent, com la que ja tenim amb el Codi de família i el Codi de successions.

No vull ferir susceptibilitats, però des que Catalunya té poder legislatiu, la tasca que s'ha fet ha consistit a destruir o desmuntar la Compilació. La tasca que s'ha de fer ara, i que encoratjo en nom de l'advocacia, és tornar-la a construir, amb el nom que sigui. Per tant, acabo la primera reflexió: des del món jurídic en general i de l'advocacia en particular considerem de gran importància el Codi civil català, volem una regulació unitària.

2a reflexió. Els advocats volem una regulació completa, no només principis. Això ho exigeix la seguretat jurídica.

Encara que en una sola llei hi pot haver incongruències i incoherències, és molt més fàcil que en un sistema de dispersió legislativa n'hi hagi. Per tant, en un codi amb una regulació unitària i completa és més difícil que s'hi escapin contradiccions.

Sense eludir tampoc la complexitat de l'aplicació del dret, les normes han de ser clares, concretes, no només declaracions de principis.

Us en posaré un altre exemple (i novament us demano disculpes, perquè no vull posar en dubte la vostra capacitat de comprensió, sinó que dubto de la meua capacitat de fer-me entendre):

L'altre dia vaig haver de suspendre un judici perquè el contrari no estava citat ni convocat.

Sembla clar que el judici s'havia de suspendre. Però el jutge, que vol aplicar amb rigor i entusiasme la nova Llei d'enjudiciament civil (com a mínim, amb el mateix rigor i entusiasme amb què fins ara incomplia sistemàticament l'anterior), va dir: "Busquem l'article que diu que si el demandat no està citat s'ha de suspendre el judici". Doncs bé, després de molt buscar a la Llei, no el va trobar! La decepció del jutge va ser immensa.

Li vaig dir: "Miri, encara que la Llei no ho digui, és evident que no podem fer el judici si una de les parts no ha estat convocada; per tant, què li sembla si el suspenem d'acord amb l'art. 24 de la Constitució, que serveix per a tot".

Bé, no m'allargo més perquè després de mi han de parlar persones que poden dir coses molt més importants i profundes que jo. M'he limitat a expressar-los unes simples reflexions (repeteixo, molt rudimentàries).

Moltes gràcies.

CARLES FONT I AUSIÓ

*Degà del Col·legi d'Advocats de Granollers*

Bona tarda a tothom.

En primer lloc, us presento l'excusa del degà de Girona i del president del Consell de Col·legis (per reunió a Madrid perquè presideix el Consejo de la Abogacía). En el seu nom, aquí les meves breus paraules.

Des del punt de vista de l'exercici de la professió, es diria que els advocats primerament apliquem el dret, com els notaris, l'advocat és qui aconsella, després els jutges, després els registradors, etc.

I és clar, la visió dels advocats és important, i és important un Codi civil de Catalunya. També repassant consultes recents del despatx, se m'ha

preguntat per una paret mitgera, per la separació, la cancel·lació registral d'una servitud d'aqüeducte inoperant... És a dir, quan contractem, estem aplicant el dret civil català, i diria que tenim dos textos damunt la taula: un la LEC i l'altre és la legislació civil catalana (que sempre tenim damunt de la taula).

A partir d'aquí diria que el fet d'aconseguir legislar sobre el dret civil propi i d'anar estenent la normativització del nostre dret ha comportat l'existència de normes diverses, que alguna vegada no són prou conegudes, o el contingut de les quals no s'aplica, i segurament una de les causes és la dispersió. Sempre recordo les paraules de Puig i Ferriol, que em deia “no sé què passa amb la llei d'immissions”, on no hi ha assumptes d'immissions, i l'advocat no l'ha aplicat perquè no n'ha tingut formació; jo diria que ens falta alguna cosa (un coneixement de les normes), i com que no el tenim no l'apliquem suficientment.

Per tant, em sembla una fita important del Codi que en una mateixa norma puguem tenir tota la legislació i tot allò que necessitem, i puguem a través seu aplicar tot el dret.

No deixa de ser una fita, i és un símbol d'identitat. A més, facilita la recerca de la norma aplicable en cada cas, facilita el coneixement del seu contingut, i a efectes de la docència i de la professió, un sol codi ens interessa a tots.

Ara bé, la publicació del seu contingut ens ha d'arribar a tots. Globalment hauríem de fer un esforç perquè tothom pugui arribar a un profund coneixement. La possibilitat de cursos –penso que hem de treballar en això–, d'impartir la formació necessària per a la normalització de l'aplicació de tots els preceptes del dret civil.

Moltes gràcies, res més.

JOAN CARLES OLLER I FAVARÓ

*Membre de l'Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya*

Bona tarda. Els agraeixo molt que m'hagin convidat a participar en aquestes Jornades. Jo faré una intervenció d'abast una mica més general i em permetré fer primer una petita reflexió històrica.

El dret català, com sabem, existeix fa molts segles. El dret civil català històric era un dret complet, autosuficient, que no en necessitava cap altre ni hi estava subordinat i que es caracteritzava pel fet que estava integrat per una sèrie de fonts diverses, per les lleis, no cal dir-ho, però també pels costums, la jurisprudència i la doctrina científica; fins i tot es tenia en compte, i els tribunals la prenien en consideració, la doctrina dels millors juristes europeus i les decisions dels tribunals més importants

del continent. És a dir, bastants segles abans de la celebració d'aquestes Jornades, el món jurídic català ja tenia un gran coneixement i domini del dret civil europeu, del qual formava part en primera línia.

D'aquesta època data el primer gran llibre de lleis català (1413-1422), que, de fet, és conegut com la primera compilació del dret general de Catalunya o, si vostès volen, tot salvant la distància històrica, el primer Codi civil català. Després en vindrien d'altres. Així tenim la compilació de les Corts de Monsó de 1588-1589; més tard, la compilació del 1704.

No cal esmentar les penúries del nostre vell dret a partir del s. XVIII, en perdre la Guerra de Successió (1705-1714), que s'accentuaren arran de la publicació del Codi civil espanyol (1888). Les resistències del catalanisme polític a un codi civil unitari i, particularment, l'actuació del jurista i polític català Duran i Bas, amb la publicació de la seva famosa i magistral obra *Memoria acerca de las instituciones de derecho civil de Cataluña* i també amb les seves encertades gestions polítiques, aconseguiren incloure a darrera hora l'article 12, que salvava els drets aleshores anomenats *forals*.

La pressió centralista i uniformitzadora, però, continuà fins que, després del parèntesi republicà, el 21 de juliol de 1960 s'aprovà la Compilació de Catalunya. La Compilació, que va tenir una forta retallada respecte del projecte inicial (d'un total de 534 articles només se'n varen poder mantenir 344) va significar, tot i l'amputació, la salvació del nostre dret en un moment històric i polític difícilíssim. En la seva elaboració hi participà una gran generació de juristes catalans, entre els quals excel·lí Ramon Maria Roca Sastre, un dels més eminents juristes de la nostra història. Josep Pla, en l'*Homenot* que dedicà a aquest darrer, recull el sentiment contradictori que provocà la Compilació: "En aquesta enorme i impressionant qüestió del dret s'ha arribat a una conclusió real i certa: s'ha salvat el que s'ha pogut, però res més".

Veiem, doncs, la importància que per a Catalunya ha tingut i té el dret civil, que havia estat històricament complet i íntegre, amb una escola jurídica de primer nivell i que ha estat defensat pels seus ciutadans en circumstàncies molt adverses.

I així arribarem a la Constitució del 1978, que ja inicia una nova etapa, amb la Generalitat, el Parlament, l'Estatut i la recuperada capacitat legislativa en l'àmbit civil, que s'ha exercit molt i molt bé, amb el Codi de successions, el Codi de família i totes les lleis especials aprovades. De fet, fa vint anys que codifiquem.

Finalment, com una conseqüència lògica de tot el procés codificador, ens trobem davant el projecte actual del Govern de la Generalitat i el Parlament de Catalunya d'elaborar un Codi civil que, en una perspectiva històrica i salvades les distàncies, seria com una llei general més, una

compilació més de la nostra història. El que s'està fent amb la codificació actual és, per tant, una reconstrucció històrica del nostre dret, per bé que projectant-lo cap al futur, legislant també sobre els nous reptes que planteja la societat actual.

És per totes aquestes raons històriques i, si es vol, polítiques que s'ha dit que el dret civil català, juntament amb la llengua, són els signes distintius més destacats del que s'ha anomenat el *fet diferencial català*: Catalunya, juntament amb Euskadi i Galícia, és una de les nacionalitats històriques, això és, una de les diferents nacions existents a l'Estat espanyol. Totes tres comunitats històriques, i no és cap casualitat, tenen una llengua i un dret civil propis. Lògicament no són pobles o nacions diferenciades perquè tinguin una llengua i un dret, però els seus habitants els perceben com una part indestriable de la seva identitat.

I aquest dret de Catalunya a preservar els elements constitutius del seu fet diferencial, principalment el seu dret i llengua propis, Catalunya troba dificultats per exercir-lo en el marc de la legislació actualment vigent a l'Estat espanyol. Concretament, estic parlant de les dificultats que troba i sembla que trobarà en el futur per poder desenvolupar el seu dret civil i promulgar un Codi civil que al llarg del temps esdevingui complet, tancat. I aquí entrem en el famós tema de la interpretació i controvèrsia jurídica que ha suscitat l'article 149.1.8a de la Constitució espanyola.

Recentment, hem sabut del recurs d'inconstitucionalitat que el Govern central ha interposat contra la Llei catalana 25/2001, de 31 de desembre, d'accessió i ocupació, i sembla que també contra la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de garanties reals. Els arguments emprats en el recurs, pel que hem pogut saber, fan una interpretació molt restrictiva ja no només de l'art 149.1.8a de la Constitució, sinó fins i tot de la doctrina continguda en la coneguda sentència del Tribunal Constitucional de 12 de març de 1993, que introduí la teoria de la connectivitat, atès que, bàsicament, se sosté que la connexió dels nous preceptes ho ha de ser amb institucions concretes de la Compilació precedent i que la modificació i desenvolupament del dret anomenat foral s'ha de fer a costa dels seus propis preceptes i mai en perjudici del Codi civil, com si aquest tingués una reserva constitucional sobre les matèries no regulades a la Compilació.

Aquesta interpretació deixa buit de contingut el precepte constitucional i no pot prosperar, segons resulta ja no de la Constitució, sinó de la mateixa doctrina del Tribunal Constitucional, concretament a la sentència abans esmentada, on va establir que la connexió "s'ha d'entendre més per referència al dret foral en el seu conjunt que a institucions forals concretes" i que "s'havia de fer possible el seu creixement orgànic."

No estic blasmant les bondats de la sentència de 12 de març de 1993, que ha estat molt criticada a Catalunya, i amb raó, perquè en el

seu moment ja va introduir una interpretació molt limitativa de l'art. 149.1.8a, mentre que la intel·ligència més lògica i literal del precepte és que les comunitats autònomes amb dret civil propi poden conservar-lo, modificar-lo i desenvolupar-lo sense cap més limitació que la reserva expressa de competències que fa el mateix article en favor del govern central.

No entraré aquí en els detalls d'una controvèrsia que fa molts anys que dura i en la qual Catalunya té les de perdre, perquè, a la pràctica, el que compta i el que s'ha d'aplicar és la doctrina del Tribunal Constitucional. La tesi extensiva de l'art. 149.1.8 de la CE, tot i ser clarament la més ajustada a la Constitució i al seu esperit, es troba en un carreró sense sortida. I, a més a més, ens situa en el mateix nivell del debat que, per exemple, Extremadura i Aragó. I, amb tots els respectes, això no ens interessa.

En el moment en què el Govern i el Parlament de Catalunya tenen el ferm propòsit d'emprendre la redacció d'un Codi civil català tan complet com sigui possible, probablement ha arribat el moment de començar un altre camí jurídic: em refereixo a la disposició addicional primera de la Constitució, més quan la mateixa doctrina del Consell d'Estat (que ha d'emetre preceptivament un informe al Govern central quan aquest interposa un recurs d'inconstitucionalitat) ha estat favorable a l'aplicació a Catalunya de l'addicional primera, si més no en matèria de dret civil.

En concret, el Consell d'Estat defensa, en els seus dictàmens i informes, la interpretació de l'art 149.1.8a de la Constitució d'acord amb la disposició addicional primera, que dona lloc a una lectura del mateix article amplíssima, que permetria considerar el terme *desenvolupament* en el sentit d'una autèntica recuperació del dret històric, fins a assolir un dret civil complet, o almenys amb pretensions de plenitud, però no per a totes les comunitats autònomes amb dret civil propi, sinó només per a Catalunya, Euskadi i Galícia, és a dir, les comunitats històriques de la disposició transitòria segona de la Constitució, a les quals, sens dubte, s'hauria d'afegir Navarra. És més, sembla que el contingut dels dictàmens del Consell d'Estat, establint la doctrina aquí exposada, va ser determinant perquè el govern central desistís en el seu moment del recurs d'inconstitucionalitat presentat contra les lleis catalanes de filiacions i successió intestada i la llei basca del dret civil foral.

En definitiva, la invocació de l'addicional primera de la Constitució, que no contradiu sinó que reforça la interpretació extensiva de l'article 149.1.8a si el Tribunal Constitucional ratifica la doctrina del Consell d'Estat, ens permetria esgotar al màxim les possibilitats que ofereix la Constitució per al desenvolupament del nostre dret civil. I a més ens obriria la porta per a una futura aplicació de l'addicional primera en



matèria de dret públic, com ha estat defensat per Herrero de Miñón i altres autors. Però aquest és un altre tema en el qual ara no podem entrar.

Per tant, el legislador català no s'hauria d'acomplexar davant la situació actual, i amb la flexibilitat que li permet la fórmula del codi obert, de manera progressiva i en funció de l'oportunitat que s'apreciés en cada cas, podria anar completant els diferents llibres del Codi civil, segons el criteri de legislar sobre totes les matèries que no estiguin expressament reservades al Govern central a l'art. 149.1.8a.

De fet, el llibre II, relatiu a la persona i a la família, amb el contingut del Codi de família actual i les lleis especials vigents, ja és força complet. Resten algunes institucions, com l'emancipació i, fins i tot, la nul·litat, separació i divorci, que ja estan regulades actualment en alguns aspectes i res no impedeix en el futur regular també la part substantiva d'aquestes matèries. Només haurien de quedar fora les formes de celebració del matrimoni.

El llibre IV, de successions, transposant el Codi de successions, amb les correccions que es consideri oportú introduir-hi, ja tindrà una regulació completa.

En el llibre V, relatiu als drets reals, també es podria assolir la integritat, amb el contingut de les lleis especials ja aprovades, d'usdefruit, ús i habitació, de servituds, de dret de superfície, de censos, de drets reals de garantia. En el futur també es podria regular la hipoteca, que és un dret real i té una regulació bàsicament civil, si bé s'haurien de respectar les bases de l'ordenació del crèdit, que és una competència estatal segons l'art. 149.1.11 de la CE. També es pot iniciar, i així s'està fent, una regulació exhaustiva de la propietat i la possessió.

El llibre VI, relatiu a les obligacions i contractes, és el que, d'acord amb la legislació actualment vigent, de moment no pot assolir la integritat, atesa la competència estatal sobre "les bases de les obligacions contractuals", competència que no ha estat a dia d'avui clarament definida pel Tribunal Constitucional, i que ens impedeix fer-ne una regulació general i ens limita força a l'hora de regular els diferents tipus de contractes. Amb tot, hi ha un camp molt ampli, com ens han explicat a bastament els membres de la Secció de Dret Patrimonial.

No hem de perdre de vista que, en una futura reforma de l'Estatut, la invocació de la disposició addicional primera i consegüent "actualització" del drets històrics permetria, aleshores sí, arribar a la completesa estricta i total, i legislar fins i tot sobre aquestes matèries de competència exclusiva del govern central. Així ho entén la doctrina constitucionalista.

La importància per a Catalunya de tenir un Codi civil complet, o potencialment complet, és, lògicament, enorme, principalment per les raons històriques i polítiques abans esmentades, però també des d'un

punt de vista estrictament jurídic, ja que són evidents els avantatges de tenir un text complet, amb les mínimes remissions al Codi civil espanyol, correctament estructurat i degudament harmonitzat en les seves diverses parts.

Finalment, des d'alguns sectors s'ha qüestionat que a Catalunya s'estigui redactant un Codi civil, codificant, si ja s'està parlant d'una codificació europea i, fins i tot, d'un futur Codi civil europeu. Però no hi ha contradicció: Catalunya s'està dotant del Codi civil que les circumstàncies històriques i polítiques li van privar de tenir en l'època en què es van aprovar els diferents codis civils europeus.

Hi ha el temps suficient. No hem d'oblidar que aquí el Codi civil espanyol va trigar quasi un segle a aprovar-se. Segurament el Codi civil d'Europa no trigarà tant temps, però de ben segur que no es farà en quatre dies. I el que és segur és que es respectaran les peculiaritats dels diferents ordenaments europeus, si més no en l'àmbit del dret de família i successions. En el dret patrimonial i, especialment, en el contractual serà sense dubte més fàcil establir una regulació unitària.

El que des de Catalunya volem fer i, de fet, ja s'està fent és mirar de participar en el debat i els treballs que sobre dret contractual ja s'estan realitzant en el si del Parlament Europeu, fent propostes i incorporant a la nostra legislació les directives que es vagin aprovant. Paral·lelament, també és molt important que el nostre dret sigui conegut pels juristes d'altres països de la Unió, a fi que obtingui el degut reconeixement. En aquest sentit, aquestes Jornades han estat una primera i molt interessant iniciativa, però en calen d'altres.

En aquesta línia, a tall d'exemple i per acabar, només els voldria esmentar que la prestigiosa revista jurídica *Juris Classeur*, que és una mena de compilació no promulgada dels drets civils europeus, en la seva darrera remesa ha publicat les institucions més importants del dret civil escocès, sent la primera vegada en tota la seva llarga història que ha divulgat un dret civil no estatal. Segurament no és cap casualitat que es tracti d'una regió europea que atresora un fet diferencial, un fet nacional. Seria molt important per a Catalunya que el seu dret civil es difongués en un dels propers números d'aquesta revista.

Moltes gràcies.

NÚRIA BASSOLS I MUNTADA

*Magistrada de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de  
Justícia de Catalunya*

En primer lloc, voldria ressaltar que quan anaven parlant cadascun dels conferenciants m'anava adonant que quedaven menys coses per dir,

pel fet que l'objecte d'aquesta taula rodona no és un tema estrictament jurídic (sobre el qual els juristes no exhaurim mai el debat), sinó quelcom íntimament relacionat amb el món jurídic. És fàcil incidir en reflexions semblants, però penso que queda alguna cosa per dir, i aprofitaré per comentar-ho.

En segon lloc, voldria donar les gràcies a l'organització per haver-me convidat a formar part d'una taula rodona juntament amb persones que mostren una especial sensibilitat pel nostre dret.

També voldria felicitar l'organització pel fet que aquestes jornades s'hagin convertit en una cita obligada per a molts juristes, i també per l'elecció de Tossa, un poblet de la Selva, comarca on visc, i per fer-les el mes setembre, quan romanen una pau i malenconia especials, cosa que suposa novament, al meu entendre, un encert encomiable.

Per començar vull dissentir de l'advocat que m'ha precedit en l'ús de la paraula, a qui aprecio tant com a persona com a professional, ja que ha fet incidència en el fet que un advocat va perdre un plet només perquè no havia llegit les lleis fins al final. Haig de dir que als jutges, sortosament, no ens agrada prendre la raó a ningú, però tot i així no ens queda més remei, i amb més motiu si no es llegeixen les lleis íntegrament; a nosaltres també ens podria passar...

Però, deixant de banda aquesta anècdota, el que volia expressar coincideix en gran part amb els meus antecessors que han parlat en aquest debat: la tendència cap a una harmonització dels principis del dret civil europeu no resulta contradictòria amb l'existència d'un Codi civil català.

Caldria fer esment a una part de la història que tots tenim al cap, sense incidir en l'àmbit polític; tots recordem que amb el Decret de Nova Planta i la creació de la Reial Audiència, les institucions pròpies de Catalunya varen quedar suprimides. Per tant, aquelles normes que procedien del dret romà i que havien acollit el tarannà econòmic i social de la nostra terra resultaren rebutjades.

Amb la llei de bases que havia de desembocar en el dictat del Codi civil, hi va haver un intent d'apropar les tendències nacionalistes amb les uniformistes, però en realitat el Codi civil, que recollí el que es considerà com a normativa especial (que contenia el que formaria part de les compilacions de les actuals comunitats autònomes), no donà els resultats esperats, sinó que el que va succeir és que vàrem tenir un dret absolutament fossilitzat durant molt temps: era freqüent l'exercici de la professió de jurista sense estudiar ni invocar cap norma pròpia i, de fet, es podia cursar tota la carrera de lleis sense tenir cap coneixement del dret propi.

A partir de la Constitució la cosa ha canviat, i crec que el Parlament de Catalunya ha aprofitat molt el temps dictant una sèrie de normes de les quals escauria ressaltar el Codi de família i el Codi de successions. Ambdues normes, com sabem tots, tenen vocació de normes autònomes, cosa que comporta que en els àmbits respectius de què tracten no s'hagi d'acudir per res al dret civil conegut com a comú.

Amb la nova regulació del recurs de cassació segons la Llei d'enjudiciament civil de 2000, les qüestions que poden accedir a cassació per la via de l'interès cassacional són moltes perquè no hi ha exigència, en cas d'interès cassacional, d'una quantia mínima. La circumstància anterior comporta que en el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el qual exerceixo com a magistrada, tenim l'oportunitat d'unificar la interpretació de les lleis suara esmentades en tota la comunitat autònoma. Per tant, l'aplicació de les normes en matèria de família i successions ja no està marcada pels criteris del Tribunal Suprem, ja que, com s'ha dit, aquesta normativa és autònoma, sense fissures.

Les lleis esmentades (Codi de família i Codi de successions) es varen promulgar sense problemes. En canvi, ara que, com sabem, hi ha una Comissió Legislativa, per tal d'assolir el Codi patrimonial i finalment un Codi civil català de caràcter obert, han sorgit molts problemes amb el Govern central. De ben segur que el fet d'haver emprat els juristes catalans la paraula *codi* per definir la legislació en la qual s'està treballant ha incidit en la posició adoptada pel partit polític que ara governa, però també escau posar en relleu que en la interpretació de la Constitució pel que fa a les competències legislatives de les comunitats autònomes, hi juguen molts factors derivats de diverses sensibilitats, procedències, vivències, que provoquen que els debats en el tema que ara es tracta mai no estiguin mancats de passions que a vegades resulten contraproductes.

Si en el marc regulador de la família i el dret de successions la cosa ha funcionat molt bé, ja que s'ha assolit la recuperació del dret propi fins allà on ha estat possible, penso que seria desitjable un Codi civil català que englobés la totalitat de la normativa, sempre que ho permeti la Constitució. De tota manera, la interpretació restrictiva que el Tribunal Constitucional ha donat a l'article 149 de la Constitució fa difícil d'assolir els interessos de moltes persones encaminats a un Codi civil de Catalunya.

Ha estat molt discutit si era convenient recollir tota la normativa civil catalana en una llei codificada. Ha quedat palès que els dos lletrats que formen part d'aquesta taula rodona s'han inclinat pels avantatges que suposaria tenir a les nostres mans un Codi civil català, atès que les lleis recollides en un Codi resulten molt més fàcils d'estudiar i de conèixer, i el dret que s'hi recull suposa un dret molt més fort i reconegut. Aquesta

circumstància comporta que, al meu entendre, ara no escau tornar enrere, sinó que la fórmula elegida sembla l'adequada.

Voldria també incidir en el fet que, en el marc de la Comunitat Europea, en la qual regeix el sistema de lliure circulació de mercaderies, s'està tendint a unificar els principis del dret civil. La unificació ha assolit ja diversos àmbits, s'han dictat molts reglaments i, per tant, en alguns d'aquests àmbits ja es pot parlar de normativa comunitària. Però, al meu entendre, el fet que hi hagi una forta tendència a l'harmonització del dret civil europeu no suposa que els plantejaments que estem defensant en aquestes jornades siguin arcaics, retrògrads o provincians. Des d'aquesta perspectiva, escau concloure que és perfectament compatible una harmonització de la legislació europea i, al mateix temps, desenvolupar el nostre dret civil català, cosa que històricament ens ha estat vedada.

Per acabar, en aquest marc seria interessant fer al·lusió al fet que el professor Herman, en l'article "The Louisiana Civil Code", feia una comparació entre el que succeeix en aquest Estat de l'Amèrica del Nord i el que passa a Catalunya. I en aquest treball l'autor donava una sèrie d'indicacions que els juristes han de seguir si volen que sigui una realitat la dualitat suara esmentada, a saber: tenir el nostre dret propi i alhora un dret europeu àmpliament unificat.

Per comprendre millor les indicacions esmentades, escau dir que el fet que l'any 1808 s'optés per fer un Codi civil per a l'Estat de Louisiana suposà l'existència d'una illa de *civil law* dins un oceà de *common law*, i no sembla que les diferències d'un sistema de normes civils o un altre siguin intranscendents, ja que només escau posar en relleu que ha de ser sorprenent per a un jurista nord- americà acostumat al sistema dels precedents judicials l'estudi i la resolució dels casos judicials per la via de les normes codificades. Tot i així, s'ha de ressaltar que a l'Estat de Louisiana no hi ha problemes importants a l'hora d'aplicar les normes autònomes.

Herman recorda que Catalunya ha d'apreciar la seva riquesa cultural derivada de l'existència d'un dret autòcton, i incideix en la circumstància que aquesta riquesa cultural i jurídica no perjudica ningú. Però la diversitat de la normativa catalana suposa una nova exigència per als qui volen exercir el dret a Catalunya, ja que el jurista català ha de poder competir amb l'espanyol en règim d'igualtat: això vol dir que hem de conèixer el dret civil català i l'espanyol, i, nogensmenys, s'ha de dominar la normativa europea, que és el fruit de l'aproximació suara al·ludida.

Són també indicacions esgrimides pel professor Herman aquelles que insisteixen que els jutges i magistrats que treballen a Catalunya han de tenir coneixement del dret català, ja que és l'única manera de no deixar-lo de banda en el moment de resoldre els litigis civils. Així mateix,

aquest professor insisteix en el fet que s'ha d'exigir aquest coneixement als advocats que exerceixen a Catalunya i que, d'altra banda, aquesta exigència s'hauria de fer extensiva als advocats pertanyents a països de la Comunitat Europea que treballin a Catalunya, si treballen en l'àmbit del dret propi.

Com a cloenda d'aquest modest comentari, caldria ressaltar que, si bé la conservació de la riquesa que suposa la tinença d'un dret propi requereix un alt nivell d'exigències, val la pena insistir en aquest repte, ja que penso que els avantatges s'han d'assolir, són superiors als esforços que s'hi han d'esmerçar.

ANTONI ISAC AGUILAR  
*Registrador de la Propietat*

Moltes gràcies i bona tarda a tothom.

Estic molt content de ser aquí. Voldria fer, però, un primer advertiment: el fet que jo sigui representant dels registradors de Catalunya no vol dir que ho hagin decidit, sinó que vol dir que l'òrgan competent m'ha designat un vot de confiança, però en allò que digui podria haver-hi alguna fissura en l'estructura professional dels registradors.

Tot i que, majoritàriament, crec que per la seva formació professional, que obliga a aplicar les lleis vigents, les coses són com són.

Des d'aquest punt de vista, la transcendència que els registradors donem a un fet o procés de codificació és enorme. Ens sembla un fet extraordinari, entre altres coses, perquè posa en relleu una gran maduresa jurídica.

Pensem que codificar implica una enorme maduresa jurídica de l'òrgan legislatiu, en aquest cas el Parlament de Catalunya, i de la societat que el representa. Pensem que codificar implica tots els condicionants perquè es dóna la codificació.

Els registradors estem molt vinculats amb el fet codificador. Pensem que la Llei hipotecària del 1861, que estableix el sistema de seguretat jurídica preventiva, i la Llei del notariat del 1962 són una sortida elegant dels fracassos de la codificació del Codi civil, i per tant, d'alguna manera, tenen un aspecte de codificació, però, compte, no cal reproduir ara la polèmica sobre el fet codificador del segle XIX, entre altres coses perquè jo crec que no és el mateix respecte el que es planteja ara, bàsicament perquè ara no cal concretar jurídicament els ideals d'igualtat i llibertat.

Per tant, la codificació del dret català té molta transcendència, i el més important és la base, ja que es codifica quan hi ha un projecte global.

La codificació del dret català respon a un projecte global i no al fet concret de regular una nova situació o modificar-ne una altra d'inadequada. Codificar no és això, sinó que és una resposta de globalitat, ambició de totalitat i també respon a una idea de perdurabilitat. És a dir, globalitat, perdurabilitat com a notes significatives d'una societat estable. La societat catalana és major d'edat i estable i pot fer el més oportú en la seva autoregulació dels fenòmens privats.

Des d'aquest punt de vista, la diferència que hi ha respecte de la codificació del segle XIX és una reconstrucció històrica; s'ha parlat que al segle XVIII Catalunya veu com les seves institucions queden mutilades, només queden petits nuclis que se suposa que desapareixeran. Cal reconstruir la globalitat, i a això respon el Codi.

Naturalment aquest fet jurídic en comporta un de polític, perquè d'alguna manera reconstruir una globalitat històrica és un fet de reafirmació nacional, però no cal constantment recordar-ho, tot i que d'alguna manera la codificació és un fet de reafirmació nacional.

Molt important és com s'està fent la codificació. No parlo des del punt de vista tècnic (ja en parlen les comissions). Nosaltres ens referim a una codificació que té una enorme compatibilitat amb la tradició pròpia. En principi, codi comporta una certa derogació; però el nostre codi no deroga els nostres preceptes, té molt en compte la nostra tradició jurídica. A més a més, aconsegueix una perfecta modulació de coexistència dins els seus textos de principis tradicionals (per exemple, el principi de conservació del patrimoni a través, posem per cas, de la institució d'hereu) amb la innovació suficient i necessària dels nous models de la societat (per exemple, la regulació de les diferents situacions convivencials, etc.). Amb això vull dir que la globalitat, però també la modernitat, és una visió que cal, és a dir, el nostre codi no és ni serà, espero, una mera recopilació de fòssils del segle XVIII. No és aquesta la idea que s'està fent.

Competencialment és importantíssim fer aquest codi. Les competències es tenen i s'han d'utilitzar, perquè si no es dóna arguments a les parts contràries quan es reclamen competències o traspassos: si no fa les que té, per què en vol més? Competencialment és molt important i es pot fer.

El primer que cal fer és estar convençut de les competències de la legitimitat pròpia.

Codi, ja ho he dit abans, és sinònim de globalitat. Per tant, el fet de fer un codi ha de significar palesar la regla general en la matèria del dret civil propi, la sobirania del qual correspon plenament al Parlament de Catalunya, llevat d'unes excepcions determinades constitucionalment. D'alguna manera, una Constitució inverteix la regla d'atribució competencial, i el que fa és establir una regla de competències per a la

comunitat autònoma, i establir unes excepcions que són les que es queda l'Estat. Per tant, en aquest punt, pel que fa el repartiment de competències en matèria de drets civils propis, el protagonista és Catalunya i no l'Estat espanyol.

Pel que fa la Unió Europea, tampoc no és obstacle perquè es pugui fer una codificació del dret civil; al contrari, ens va molt bé, especialment en aquelles regulacions de les matèries que tenen un contingut econòmic. És cert que nosaltres tenim una economia de mercat i que formem part de la Unió Europea, i és cert que la Unió Europea ha comportat una certa pèrdua de sobirania dels Estats membres, com ho ha de comportar per part del Parlament de Catalunya, que forma part d'un Estat membre de la Unió Europea, però el que fa això és canviar l'òptica de la competència. El que no és tan important és què es diu, sinó qui ho diu. I, per tant, allò important és que qui ho digui sigui el Parlament de Catalunya, a través dels seus òrgans o de la Generalitat, de manera que estigui present en la presa de decisions i hi aportï els seus criteris o, si més no, hi estigui present. Es tracta, doncs, potser de buscar o de fer bo el principi de l'equivalència dels resultats de les diferents normes. D'alguna manera, n'és l'exemple aquesta taula: tots estem dient el mateix però des de diferents punts de vista. Doncs això és el que pot passar perfectament a la Unió Europea en matèria de dret patrimonial: que tots els Estats membres diguin més o menys el mateix, però a través dels seus diferents òrgans de producció de la norma, perquè són els òrgans legitimats per fer-ho. Hi pot haver, doncs, un cert canvi en l'òptica del dret patrimonial.

Finalment, un tema que a mi em sembla francament interessant, sense fer referència als elements tècnics d'aquest procés de codificació. El procés d'elaboració ha estat i està sent impecable, i quan dic impecable em refereixo que en el procés d'elaboració del codi hi ha unanimitat en els operadors i institucions jurídiques catalanes en la seva participació; tots hi participen. Per què? Doncs perquè fa referència a una cosa que és de tots, el nostre dret privat, en una forma legislativa que ens afectarà a tots, que és el Codi i, per tant, val la pena que tots, a través dels seus diferents òrgans, hi participin, i que tothom hi pugui dir la seva tant pel que fa les matèries com a la política codificadora.

Que jo recordi, a Catalunya fa uns 15 anys que s'està parlant de la codificació, i fins ara ningú no s'hi havia oposat. La prova està en la constant recerca, i fins ara totes les lleis han estat aprovades per unanimitat al Parlament de Catalunya. Per tant, això podria salvar un obstacle que fa referència a la durada del procés de codificació, que abans estava més enllà d'una legislatura. Però per quan vingui una alternança, aquesta no serà obstacle a la codificació, perquè fins ara l'alternança



també ha pogut participar, i a l'hora de votar, han votat favorablement a la codificació.

Per tant, agraïm una vegada més aquesta oportunitat per dir l'opinió que jo he expressat.

A mi i als registradors de Catalunya només ens resta encoratjar les persones –la directora general, el conseller, les persones que hi estan participant i treballant– perquè acabin la feina que els resta per fer i renovar un cop més la permanent oferta de col·laboració al nivell que s'escaigui per part dels registradors de Catalunya.

I a vostès, moltes gràcies per haver-me escoltat.



## **COMUNICACIONES**



**COMUNICACIONS A LA PRIMERA I A LA SEGONA  
PONÈNCIES**



# LAS ARRAS PENITENCIALES

PATRICIO CARVAJAL R.  
*Universidad de Salamanca*

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN    II. ALGUNAS ÚTILES CONSIDERACIONES HISTÓRICO-DOGMÁTICAS    III. LAS ARRAS PENITENCIALES Y EL SISTEMA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN    IV. LAS ARRAS, PARTE DEL PRECIO, Y EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO    V. LAS ARRAS PENITENCIALES Y LA CLÁUSULA PENAL    VI. LAS ARRAS Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS    VII. CONCLUSIÓN

## I. INTRODUCCIÓN

Más allá de la amplia y cuidadosa labor “conservadora”<sup>1</sup> que, *splendi gratia*, ha realizado la jurisprudencia respecto de las diversas funciones que pueden desempeñar las arras, persiste, en mi opinión, un significado asistemático e incoherente entre los varios que se le reconocen hoy a la institución. Paradójicamente, me refiero al único sentido que sí es recordado por el artículo 1454<sup>2</sup> del Código civil, el de “arras penitenciales”, el cual, seguramente por el mismo hecho de no haber requerido reconstrucción, no parece haber estimulado suficientemente la mirada crítica de los juzgadores.

Actualmente se consideran arras penitenciales aquéllas que se dan durante la celebración de un contrato, atribuyéndole a las partes la posibilidad de *poenitentia*, es decir, de arrepentimiento, respecto de aquel contrato ya perfecto en cuya celebración han mediado; la parte que

<sup>1</sup> GARCÍA CANTERO, G., en ALBALADEJO, M.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XIX, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, p. 99.

<sup>2</sup> “Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindir el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas?”

desiste debe soportar la pérdida del arra o, en su caso, la restitución de la recibida más el pago de *alterum tantum* –se ha señalado lo incorrecto de la expresión “devolverlas duplicadas”–;<sup>3</sup> en síntesis, se pacta la facultad bilateral de desistimiento del contrato bajo sanción arrasal para quien la ejerza.

A pesar de la actual dualidad de fuentes jurídicas que informan la institución de las arras (jurisprudencia y ley), el que las penitenciales provengan de un mismo tronco histórico<sup>4</sup> que el resto de los regímenes elaborados por la *praxis* de los tribunales permite conectar sus diferentes sentidos para volver sobre el viejo debate respecto de la función que debe corresponder a las arras penitenciales frente al contrato.

## II. Algunas útiles consideraciones histórico-dogmáticas

1. Se debe tener presente, como dato preliminar, que las arras penitenciales provienen de sistemas jurídicos donde el consenso por sí solo no era vinculante.<sup>5</sup> Puede observarse en las compraventas no consensuales que sirvieron de base a la creación de la institución de las arras penitenciales –tal vez más adecuadamente denominadas *obligacionales* por la escuela orsiana–,<sup>6</sup> que estas últimas cumplen la función de acompañar un acuerdo imperfecto, en cuanto a su eficacia jurídica, dotándole por vía indirecta de exigibilidad al excluir la posibilidad de arrepentimiento, en cierta medida, gracias al poder disuasorio de la sanción.

Así parece haber ocurrido en el Oriente mediterráneo en materia de comercio internacional desde el tercer milenio a. C.<sup>7</sup> hasta la aparición, entre los siglos IX y VII a. C., del *arrabón* griego,<sup>8</sup> figura readaptada a partir de sus antecedentes semíticos, como, entre otras cosas,<sup>9</sup> lo

<sup>3</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange*, 3.<sup>a</sup> ed., Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1908, p. 60; GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 105.

<sup>4</sup> CARVAJAL, P.: El polimorfismo de las arras en el derecho civil moderno, *Academia, Revista Jurídica Internacional*, Universidad Veracruzana 1(2001)2, pp. 12 y 13.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: Comentario a la STS de 31 de julio de 1992, *CCJC* 30(1992), p. 849.

<sup>6</sup> D'ORS, A.: Las arras en la compraventa justiniana, *IVRA* 6(1955), pp. 149 ss.; SAMPER, F.: *Las arras contractuales*, en prensa.

<sup>7</sup> VOLTERRA, E.: *Diritto romano e diritti orientali*, Incolla Zanichelli Editore, Bologna, 1937, pp. 246 ss.

<sup>8</sup> Varro, *de ling. lat.* 5, 175.

<sup>9</sup> Vid. ARANGIO-RUIZ, V.: *La compravendita in diritto romano*, vol. 1, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1956, p. 17.; TALAMANCA, M.: *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1950, p. 4.



demuestra la raíz etimológica fenicio-aramea *ereb* (*erabon*, *arrubba*), que significa “entrar”, “penetrar”.<sup>10</sup> Precisamente, ante una compraventa de naturaleza real como la griega, donde, más allá de la entidad puramente económica de la convención, la perfección del contrato se producía en el momento del pago del precio,<sup>11</sup> las arras representaban el primer dato jurídicamente relevante y, en este sentido, ellas –el contrato arral–, no la compraventa misma, marcaban el inicio, la “penetración”, la “entrada” en el negocio para el mundo del derecho.<sup>12</sup>

En la parte oriental del Imperio Romano nunca fue desterrada la práctica helenística.<sup>13</sup> Ya en época postclásica parece bastante difundido el uso de estas arras penitenciales-obligacionales, como se puede apreciar en los Sermones de San Agustín,<sup>14</sup> quien no parece conocer otra forma de arras.<sup>15</sup> Y es que en este período las arras penitenciales-obligacionales podían acompañar al consentimiento *in itinere* que se presenta en las ventas *cum scriptura* –en las que el consenso, mientras no se cumplía dicha formalidad, resultaba jurídicamente tan irrelevante como el de su inmediato antecedente griego, según se desprende del Libro Siro-romano (año 476-480)–.<sup>16</sup> Recogiendo el desarrollo postclásico de las arras penitenciales-obligacionales, Justiniano también las reconoce en materia de compraventas *in scriptis* en *Codex* 4, 21, 17.

En época altomedieval, la concepción germánica de la compraventa como negocio real permite la penetración de las arras penitenciales-obligacionales, reconducidas, en su relación con la compraventa, a una situación análoga a la que tuvieron en el mundo griego, con la diferencia de que la suma entregada a título de arras, que perfeccionaba el contrato arral, no formaba parte del precio sino que era un requisito esencial para celebrar una compraventa con pago diferido–aproximadamente, algo así

<sup>10</sup> MIRALDI, S.: Sulla caparra nell mondo greco, *Studi Senesi* 113(2001)1, p. 88; BOYER, G.: Isidore de Séville et la définition des arrhes, en *Droits de l'Antiquité et Sociologie Juridique*, Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris, Paris, 1959, p. 53.

<sup>11</sup> Vid. CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. pp. 22 y ss., y la bibliografía allí citada. Entre la última bibliografía: MIRALDI, *Sulla caparra*, cit. pp. 86-121.

<sup>12</sup> TALAMANCA, *L'arra della compravendita*, cit. pp. 11 y 12; WATSON, A.: *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford University Press, London, 1965, p. 46.

<sup>13</sup> ARCHI, G.: *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1934, pp. 187 ss.; THOMAS, J. A. C.: Arra in sales in justinian's law, *TvR* 24(1956)1, pp. 258; GALLO, F.: *Disposizioni di Giustiniano sulla forma della vendita*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1964, pp. 19 ss.

<sup>14</sup> 23, 8; 156, 16; 378.

<sup>15</sup> Vid. CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. pp. 36 ss.

<sup>16</sup> *Cfr.* L. 38; 51.

como un contrato preliminar–, de manera que, entregada la cantidad que realmente correspondía al precio y perfeccionada, en consecuencia, la compraventa real, las arras debían ser restituidas.<sup>17</sup> Posteriormente, en el derecho peninsular, luego del intervalo de la legislación visigótica, que no recogió este tipo de arras, las arras penitenciales-obligacionales, que habían venido desarrollándose en la antigua zona romano-oriental, encontraron un terreno fértil para su incorporación, una vez más, en las compraventas imperfectas desarrolladas en los territorios navarro-aragoneses,<sup>18</sup> donde el negocio era reforzado a través del apretón de manos o *mercat de palmada* –mecanismo también conocido en Siria, Persia y Arabia, y similar al *handsal* del derecho germánico.–<sup>19</sup> Mediando *palmada* se permitía la retractación bajo pena de tener que pagar cinco sueldos. Así se desprende de la lectura de los Fueros de Jaca 67,<sup>20</sup> de Navarra 3, 12, 8,<sup>21</sup> y de los de Aragón 194.<sup>22</sup> La multa parece haber sido el sistema acostumbrado hasta que, por semejanza, se introdujo el arra penitencial-obligacional postclásica.<sup>23</sup>

En este mismo sentido, siguiendo en alguna forma también la lógica de las compraventas postclásicas *in scriptis*, las Observancias de Aragón 4, 6, 1<sup>24</sup> permiten la retractación, so pena de cinco sueldos, frente a

<sup>17</sup> BELLOMO, M.: v. “*caparra*”, *Diritto intermedio*, ED, vol. 6, pp. 188 ss.

<sup>18</sup> OTERO, A.: Las arras en el derecho español medieval, *AHDE* 25(1955), pp. 197 ss.

<sup>19</sup> Vid. CARUSI, E.: “Sul frammento L. 38 del libro di diritto siro romano, saggio de un metodo di essegisi comparativa in diritto romano ed orientale”, *BIDR* 28(1915) p. 303; CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. p. 42.

<sup>20</sup> “*De mercat de palmada.– Si alguns homes fan mercat dalguna hereditat o daltra cosa et sobre la conuenença del pret fan palmada per que sia mas ferm lo mercat que han fait, si lo comprador se tira atras et non uol tenir lo mercat paguia V soltz al uendedor, et altresí lo venedor si non uol lo mercat tenir; mas si lo mercat es afiançat la fiança lo ha a far tenir.*”

<sup>21</sup> “*Si algun home quiere de otro home comprar [hereditat, o] bestia [o otras cosas], et fecho el avenimiento del precio a voluntad de las partidas, si sobre esto se dieren palmada el uno al otro, por ser ferme la sentamiento, si por aventura el venedor, o el comprador se tornassen de la conveniencia, segun el fuero deve dar aqueill, que se repentira al otro cinco sueldos por la palmada [et si prisso seinal, deve doblar la seinal].*”

<sup>22</sup> “*Quando cierta conueniença es sobre alguna cosa auendida entr’el uendedor et el comprador et aquesta conueniença es firmada por palmada, aquel qui non querra atener la conueniença deve peytar V al otro qui quiere atener la conueniença.*”

<sup>23</sup> OTERO, Las arras en el derecho español, cit. p. 203.

<sup>24</sup> “*De pactis inter emptorem et venditorem.– In Aragonia quilibet potest resilire a venditione, solutis quinque solidis, ut in cap. I huius tituli, quod sic intelligitur. Si conventum est super venditione, et sit facta venditio sine traditione, et sine carta, [et sine arra], et sine cursore. Si tamen cum carta esset facta, traslatum esset dominium in emptorem, et non posset aliqua partium resilire, secundum quod non potest si venditio sit facta cum carta, et cursore mediante: alias secus. Nam in Aragonie in contractibus habitis cum carta, etiam sine traditione transfertur dominium. Idem si sit facta traditio rei venditae: etiam si aliquis de casibus praedictis non inuenerit, non potest resilire.*”

compraventas imperfectas *sine traditio, et sine carta, et sine cursore*,<sup>25</sup> elementos todos que implicaban la perfección del contrato y, por lo tanto, ponían fin a la posibilidad de retractación. Otro tanto puede decirse del Fuero de Soria 367,<sup>26</sup> donde se observa claramente que la imperfección de la compraventa puramente consensual permitía la retractación independientemente de que hubiesen o no mediado arras.

Para la *Glossa* las arras penitenciales-obligacionales también podían tener lugar –además de otros casos a los que se hará mención más abajo– en la compraventa imperfecta,<sup>27</sup> tomándose desde ahí la terminología que la Pandectística vino a desarrollar y popularizar en el siglo XIX de arras *pacto imperfecto data*.<sup>28</sup>

La última versión de estas arras penitenciales-obligacionales *pacto imperfecto data* la podemos encontrar actualmente en las que preceden a un contrato solemne,<sup>29</sup> o a un contrato de opción de compra<sup>30</sup> y, de alguna manera, también en las que acompañan un contrato de promesa,<sup>31</sup> si se las mira en relación con el contrato prometido.

2. Aparte del desarrollo de las arras penitenciales-obligacionales, debe tenerse en cuenta que las arras penitenciales del artículo 1454 del Código civil español corresponden a un proceso diverso que encuentra su punto de partida también en el desarrollo del *arrabón* griego, pero desde que este desarrollo se bifurca, abriendo un camino paralelo al de las arras penitenciales-obligacionales, a partir de las reformas de Justiniano en esta materia.<sup>32</sup>

En efecto, producto de la enraizada tradición jurídica griega que se observaba en la *praxis* de la población imperial, Justiniano, junto con

<sup>25</sup> Cfr. OTERO, Las arras en el derecho español, cit. pp. 198 y 199.

<sup>26</sup> “*Sj alguno uendiere hereditat o otra cosa alguna et recibiere sennal por la uendida, non se pueda repentir della [saluo ende sil doblare la sennal al comprador]. Otrossi el comprador non se pueda repentir de la compra, saluo si quisiere perder la sennal. Et si sennal non fuere dada et recibida de la una parte a la otra, non tenga njn uala la compra; mas si so alguna pena se obligaren en la compra et en la uendida por que sea el pleyto guardado entrellos, que uala; et si pena non ouiere puesta, que se puedan repentir amas las partes, o qual quier dellos.*”

<sup>27</sup> BELLOMO, v. “*caparra*”, cit. pp. 188 ss.

<sup>28</sup> CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. p. 15.

<sup>29</sup> SAVIGNY, F.: *Le obbligazioni*, vol. 2., Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1915, p. 249. Cfr. art. 1803, en relación con el art. 1801, inciso 2.º, del Código civil chileno. No ocurre exactamente así en España por efecto del artículo 1279 del Código civil.

<sup>30</sup> Vid. SANTAMARÍA, J.: *Comentarios al Código civil*, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 483 a 488.

<sup>31</sup> STS 4.3.1996, núm. 2723/1992, fund. de derecho 4.º; BONET, F.: Comentario a la STS de 28 de diciembre de 1946, RDP 31(1947) p. 302.

<sup>32</sup> CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. p. 61. Con alusión al derecho latinoamericano.

la recepción de las arras penitenciales-obligacionales postclásicas que precedían a la venta *cum scriptura*,<sup>33</sup> crea las arras penitenciales que acompañan tanto a la compraventa consensual, o *sine scriptis*, como a la compraventa *in scriptis perfecta*.<sup>34</sup>

Al introducirse la costumbre oriental en el derecho romano se quiebra la tradición clásica,<sup>35</sup> donde las arras representaban, en principio, sólo una prueba (*argumentum*)<sup>36</sup> de haberse celebrado la compraventa –y en este sentido constituían una garantía–,<sup>37</sup> que sólo en combinación con una *lex commissoria* podían cumplir con una cierta función indemnizatoria<sup>38</sup> –similar a la de las arras penales,<sup>39</sup> hoy reconocidas por la jurisprudencia<sup>40</sup> y por el artículo 83 del Código de Comercio, y que ya se establecían en el artículo 1376<sup>41</sup> del Proyecto de Código civil de 1851, al igual que en su transliteración al artículo 1480 del Anteproyecto de 1882-1888–.<sup>42</sup>

Las arras penitenciales justinianeas resultaban totalmente incompatibles con la compraventa consensual clásica, dado que en aquella época “el contrato perfecto vincula, y está fundamentalmente excluido el

<sup>33</sup> Iust. Inst. 3, 23, pr.; Cod. Iust. 4, 21, 17.

<sup>34</sup> Iust. Inst. 3, 23, pr.: “...sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur: licet super arras nihil expressum est” (...ya la venta haya sido hecha por escrito o no, el que se niega a cumplir su obligación, si es el comprador, pierde lo que se ha dado; y si es el vendedor, está obligado a dar el doble, aunque nada se haya tratado acerca de las arras).

<sup>35</sup> Los alcances de la regulación justiniana de las arras han sido muy debatidos por la romanística: vid. CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. pp. 42 a 59.

<sup>36</sup> Gai Inst. 3, 139.

<sup>37</sup> En ningún caso pueden compararse las arras del período clásico con el *pignus*. La analogía establecida por Aulo Gelio, *Noct. Att.* 17, 2, 21 –que llevó a PRINGSHEIM, F.: *The Greek Law of Sale*, Hermann Bölaus Nachfolger, Wiemar, 1950, p. 416, a denominarlas *pignus-arra*– debe ser observada tanto en cuanto fuente no jurídica, de manera que sólo puede tenerse por una analogía extrínseca si se considera el régimen diverso de ambas instituciones, por lo que en dicha fuente se debe entender *pignus* con el sentido genérico de “garantía”. Vid. CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. pp. 27 y 28. Contra: VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, cit. p. 260. Para este autor, las *arras-argumentum* son así interpretadas sólo a partir de Gayo; anteriormente se habrían interpretado como *pignus*. Esta impropia equiparación ha llevado al Código civil chileno, en su artículo 1803, a definir las arras penitenciales como aquellas “que se dan como prenda de celebrar el contrato”.

<sup>38</sup> Iust. D. 18, 3, 1. Vid. CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. pp. 30 ss.

<sup>39</sup> Vid. ALBALADEJO, M.: *Las arras en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 68 ss.

<sup>40</sup> STS, 30.12.95, núm. 1156/1995, fund. de derecho 1.º; 22.9.99, núm. 746/1999, fund. de derecho 2.º.

<sup>41</sup> “Aunque hubiesen mediado arras o señal no podrá rescindirse el contrato por el hecho de allanarse el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas?”.

<sup>42</sup> ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. p. 36 ss.

desistimiento unilateral”.<sup>43</sup> Además, las arras penitenciales justinianas, tal como el *arrabón*,<sup>44</sup> se consideraban parte del precio, lo que tampoco podría haber ocurrido en época clásica donde el comienzo de ejecución del contrato impedía que la *lex commissoria* operase.<sup>45</sup>

El carácter de “cláusula de estilo” que ya en época postclásica tuvo la *lex commissoria*<sup>46</sup> sirvió de precedente para que la facultad resolutoria envuelta en las arras penitenciales justinianas aparezca vinculada con el contrato a la manera de una cláusula legal (*licet super arris nihil expressum est*),<sup>47</sup> que cumplió la importante función de compatibilizar la consensualidad clásica, que Justiniano pretendía refrendar en materia de compraventa, con la concepción helenística de los contratantes respecto de la retractabilidad del consenso.<sup>48</sup>

La evidencia de la pobreza dogmática de las arras penitenciales incorporadas por Justiniano ha producido una reacción “defensiva” en la romanística actual. De ahí que algunos romanistas, guiados al menos en este punto por un prejuicio en favor de la infalibilidad científica del *Corpus Iuris*<sup>49</sup> –sorprendidos éstos, acaso, por la incoherencia que presenta la incardinación de las arras penitenciales en el propio sistema de contratación justiniano–, han buscado diversas interpretaciones en las que se excluye el reconocimiento de más arras penitenciales que las obligacionales que preceden a la compraventa *cum scriptura*, rechazando su pertinencia en relación con contratos ya concluidos;<sup>50</sup> explicaciones

<sup>43</sup> SCHULTZ, F.: *Principios del derecho romano*, trad. Manuel Abellán Velasco, Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 246.

<sup>44</sup> WATSON, *The law of obligations*, cit. p. 46. Contra: JONES, J. W.: *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford University Press, London, 1956, p. 230.

<sup>45</sup> Cfr. Iust. D. 18, 5, 10, 1 itp.; ARCHI, *Il trasferimento della proprietà*, cit. p. 696. Contra: ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit. p. 92, n. 1; TALAMANCA, *L'arra della compravendita*, cit. pp. 59 y 60: el autor considera que desde Juliano las arras pueden considerarse parte del precio cuando ellas no consistan en un *adminiculum* según Iust. D. 19, 1, 11, 6; Cod. Iust. 4, 45, 2.

<sup>46</sup> D'ORS, A: “Arra reagitata” sive in scriptis sive sine scriptis, *IVRA* 9(1958), pp. 80 y 81; ARCHI, *Il trasferimento della proprietà*, cit. pp. 690 ss.

<sup>47</sup> Cfr. Iust. Inst. 3, 23, pr.; D'ORS, “Arra reagitata”, cit. p. 80.

<sup>48</sup> Ídem pp. 80 y 81.

<sup>49</sup> Vid. CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 42 a 59.

<sup>50</sup> Vid., entre otros, ZULUETA, F. DE: *The Roman Law of Sale*, Oxford at the Clarendon Press, London, 1945, p. 24; MARASINGHE, M. L.: Arra-not in dispute, *RIDA* 20(1973) p. 352; ZIMMERMANN, R.: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd., Cape Town, 1992, pp. 233 y 234; TALAMANCA, M.: Osservazioni sull'arra nel diritto giustiniano, *Mélanges Philippe Meylan*, vol. 1, Imprimerie Centrale de Lausanne, 1963, pp. 326 ss.; WATSON, A.: Arra in the law of justinian, *RIDA* 6(1959) p. 389; LISOWSKY: La prétendue contradiction entre c. 4, 21, 17 et inst. 3, 23, pr., *RIDA* 5(1950) pp. 74 ss.; THOMAS, Arra in sales, cit. pp. 264 ss.: si bien este último autor no cree

forzadas, a mi modo de ver, desde el momento que van contra el texto expreso de las fuentes (...*sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est*).<sup>51</sup>

Parece suficientemente elocuente la opinión de CARUSI<sup>52</sup> para ilustrar la pobre consideración que la romanística tiene respecto de las arras penitenciales justinianas, al decir que ellas constituyen una “figura monstruosa por intrínseca contrariedad lógica y jurídica”, pues las arras son, a la vez, el *iter* de la *poenitentia* y una pena al ejercicio de ese mismo arrepentimiento.

A pesar del cuestionable contenido dogmático, las arras penitenciales justinianas gozaron de amplia trascendencia en las etapas históricas sucesivas hasta incorporarse al Código civil. Más allá de lo que se establecía en los estatutos de las diferentes ciudades del Renacimiento –algunos no permitían las arras penitenciales y otros sí–,<sup>53</sup> la *Glossa* delineó las arras bajo el común carácter de confirmatorias –excluyéndolas así de los elementos esenciales del contrato–, de manera que sirvieran de *argumentum* tanto en compraventas imperfectas como perfectas, escindiéndose hacia sus modalidades específicas, penitencial-obligacional o penitencial, según si acompañaban a una u otra.<sup>54</sup>

Si las arras penitenciales consistían en dinero no se discutía que ellas eran parte del precio, pero la doctrina se dividía entre si al resolverse el contrato debían ser restituidas como lógica consecuencia de la desaparición de todos los efectos de la compraventa (quedando desplazado el carácter sancionatorio de las arras penitenciales), o si, por el contrario –según Rugerio y la *Glossa* acursiana–, podían ser retenidas por el vendedor (aquí estaríamos frente a verdaderas arras penitenciales según el concepto actual). La base de este último razonamiento<sup>55</sup> viene a introducir la consideración de las arras penitenciales como un contrato independiente que, aun resuelta la compraventa, servía de título para la retención, pues, pese a la intención de las partes de tenerlas como parte

que estas disposiciones den lugar a las arras penitenciales; sobre la base de otras fuentes sostiene que la práctica les dio cabida en el derecho justiniano y bizantino.

<sup>51</sup> Iust. Inst. 3, 23, pr.

<sup>52</sup> CARUSI, E.: Sull'arra della vendita in diritto giustiniano (a proposito de un recente studio), *Studi in Onore di Pietro Bonfante*, vol. 4, Fratelli Treves Editori, Milano, 1930, p. 509; Sul frammento L. 38, cit. p. 304.

<sup>53</sup> Entre los que no las permitían: Fano, Cesena, Senigallia, Pergola; entre los que sí: Roma, San Marino, Cadore. Vid. BELLOMO, v. “*caparra*”, cit. p. 188.

<sup>54</sup> Ídem p. 189; COING, H.: *Derecho privado europeo*, vol. 1, *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 568.

<sup>55</sup> Recuerda, salvando las distancias, el contrato arral griego en cuanto negocio independiente.

del precio, ello no ocurría sino hasta cumplirse la compraventa, de manera que en todo otro caso no se imputan a dicha prestación sino que siguen encontrando causa en el contrato arral.<sup>56</sup>

Como sea, la facultad de retractación sólo podía ser ejercitada hasta antes del principio de ejecución de las prestaciones de la compraventa, pues luego, si bien podía tener lugar la desaparición del contrato, dicha extinción provenía de un *factum simile prioris* de las partes, de manera que, independientemente de si se acepta o no la retención de las arras, era el mutuo disenso, y no propiamente la retractación, el modo por el cual se extinguía el contrato en este caso.<sup>57</sup>

En lo que se refiere al derecho peninsular, las arras penitenciales justinianas no fueron recibidas por la legislación visigótica, sino que, aunque *sui generis*, su funcionamiento se acerca más a las arras confirmatorias del derecho romano clásico. Ni el Código de Eurico 297,<sup>58</sup> ni la *Lex Wisigothorum* 5, 4, 4,<sup>59</sup> ni el Fuero Juzgo 5, 4, 4,<sup>60</sup> permiten al vendedor retener el arra entregada por el comprador en caso de incumplimiento por parte de éste,<sup>61</sup> pero se le faculta para resolver la venta, de manera que debe considerarse que la dación arral, a la vez que confirmatoria, envolvía una especie de *lex commissoria* legal –en que la resolución no funcionaba, en todo caso, bilateralmente, sino como derecho exclusivo del vendedor, al igual que en el derecho romano clásico y a diferencia de las penitenciales de Justiniano-.<sup>62</sup> Por primera vez en el Fuero Juzgo 5, 4, 5<sup>63</sup> se da testimonio de la consideración de *pars pretii* de

<sup>56</sup> BELLOMO, v. “caparra”, cit. p. 189; COING, *Derecho privado europeo*, cit. p. 568.

<sup>57</sup> BELLOMO, v. “caparra”, cit. p. 189; OTERO, *Las arras en el derecho español*, cit. p. 195.

<sup>58</sup> “*Qui arras pro quamcumque acceperit re, praetium cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat.*”

<sup>59</sup> “*Qui arras pro quamcumque re acceperit, id cogatur implere, quod placuit. Emtor vero, si per agritudinem aut gravem necessitatem, que vitari non potuerunt, ad constitutum non occurrerit diem, quem voluerit pro se dirigat, qui pretium tempore definito perconpleat. Quod si constituto die nec ipse successerit nec pro se dirigere voluerit, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat.*”

<sup>60</sup> “*Quien toma señal por alguna cosa deve cumplir lo que prometio. E si el comprador por enfermedad o por otra coyta grand non pudiere pagar al plazo, envie otro qualquiere que cumpla per el. E si non fuere, o non quier enviar, reciba su señal que dio, e non vala la vendicion.*”

<sup>61</sup> Éste es el signo característico de las arras visigóticas. Vid. OTERO, *Las arras en el derecho español*, cit. p. 194.

<sup>62</sup> D’ORS, “*Arra reagitata*”, cit. pp. 80 y 81.

<sup>63</sup> “*Si la una partida del precio es pagada, y la otra partida finca por pagar, non se deve por ende desfazer la vendicion. E si el comprador non pagare el otra partida del precio al plazo, pague las usuras daquella partida que deve, fueras si fuere parado, que la vendicion fuesse desfecha si non pagas el precio al plazo.*”

las arras confirmatorias visigodas, produciéndose una identificación entre arras-confirmatorias y arras-*pars pretii* –identificación también inversa a la del derecho justiniano, donde las penitenciales eran las que se consideraban parte del precio-. En realidad, la consideración de *pars pretii* es consecuente con el carácter de elemento formal que tenía el pago del precio, aun parcial –acreditado por medio de documento o de testigos–, para la perfección del contrato de compraventa en el derecho visigodo.<sup>64</sup>

Después de este intervalo visigodo y luego de recibidas las arras penitenciales-obligacionales en la zona navarro-aragonesa, de la forma que ya hemos explicado arriba, irrumpen también las arras penitenciales justinianas. Resulta llamativa la distinción que se realiza en las Observancias de Aragón 4, 5, 5,<sup>65</sup> donde se distingue entre las arras que acompañan una compraventa como *senyal* y las que lo hacen como *paga*. En el primer caso, las arras-*senyal* corresponden a las penitenciales de Justiniano, atraídas al texto por la práctica consuetudinaria, y, en el segundo, las arras-*paga* corresponden a las visigóticas confirmatorias-*pars pretii*.<sup>66</sup>

Luego, el arra penitencial justiniana pasó, a partir del siglo XII, a varios Fueros evidentemente conectados entre sí. El de Cuenca 165;<sup>67</sup> 946;<sup>68</sup> 951;<sup>69</sup> 952;<sup>70</sup> el de Zorita 149;<sup>71</sup> 815;<sup>72</sup> 819;<sup>73</sup> 820;<sup>74</sup> y el de Teruel 756;<sup>75</sup> 757.<sup>76</sup> Me parece que, por razones análogas a las que fundaban las

<sup>64</sup> Vid. FERNÁNDEZ, R.: La compraventa en el derecho medieval español, *AHDE* 25(1955) pp. 339 a 344, 359 a 367, con la bibliografía allí citada.

<sup>65</sup> “*Si aliquis emerit aliquid, et dederit aliquid pro senyal et paga, non potest vendi duplando el senyal. Sed si pro senyal tantum, potest vendi duplando el senyal.*”

<sup>66</sup> Vid. OTERO, Las arras en el derecho español, cit. p. 199.

<sup>67</sup> “*De venditore vel emptore qui post pactum penituerit. – Si quis radicem vendiderit, et postea penituerit, pecte pecuniam quam recepit duplatam. Si emptor penituerit, perdat pecuniam quam dederit pro ipsa.*”

<sup>68</sup> “*De artificibus. – Si artifex aliquod opus inceperit, ut turrim, aut ecclesiam, ...aut quod uius aliud opus, perficiat illud iuxta pactum quod fecerit; sin autem, pectet pecuniam, quam proinde acceperit, dupplatam... Magister qui ad tempus statum opus factum non habuerit, pectet pecuniam quam acceperat dupplatam. Similiter dominus operis duplet pecuniam, quam ad placita statuta non pecaverit.*”

<sup>69</sup> “*De foro sutorum. – ...Omnis sutor quod ad diem statutum opus factuum non dederit, reddat erram duplatam. Emptor, qui ad horam statutam precium paccauerit, perdat erram, et sutor uendat opus cuicumque sibi placuerit...*”

<sup>70</sup> “*De foro pellipariorum. – Si pelliparius ad diem conuentum opus, perfectum non dederit, reddat signum dupplatum; si signum non tenuerit, pectet unum aureum. Emptor si ad diem statutum pelliparium non peccauerit, solvat precium dupplatum...*”

<sup>71</sup> “*Del uendedor et del comprador que despues del pleyto se arrepintiere. – Otroquesi, si alguno rayz uendiere, et despues se arrepintiere, peche los dineros que por ella recibio doblados, et siel comprador se repintiere pierda los dineros que por ella dio.*”

<sup>72</sup> “*Del que començare alguna obra. – Mando que todo maestro que alguna obra començare, assi como torre, ...acabela segund la postura que ouiere fecha. Et sino, que peche el algo*



distinciones terminológicas que hemos apuntado en las Observancias de Aragón, en estas fuentes las arras penitenciales se denominan genéricamente como *pecunia*; por la misma influencia del derecho visigodo, que los redactores habrían tenido en cuenta, en este caso con sentido negativo, la consideración de penitencial de las arras habría determinado que no se les tratara como parte del precio, pues se debe recordar que, como da cuenta el Fuero Juzgo 5, 4, 5, las arras-*pars pretii* tenían efecto puramente confirmatorio.<sup>77</sup> Dicha influencia, ahora en sentido positivo, se observa también en las arras-*pars pretii* confirmatorias del Fuero de Coria 130<sup>78</sup> (*sinnal o preçio*), el Fuero de Usagre 139<sup>79</sup> (*senal o precio*), y en el Fuero de Soria 369<sup>80</sup> (*sennal que es partida*).<sup>81</sup>

*que por ello ouiere recibido doblado... El maestro que al tiempo establecido la obra no ouiere acabada, peche I marauedi por cada dia. Otroquesi, el sennor de la obra peche por cada dia I marauedi, si al plazo establecido non pagare."*

<sup>73</sup> "Del çapatero que uendiera çapatos.- ...Todo çapatero que al dia establecido la obra fecha non diere, tornela señal doblada: el comprador que al ora estableçida el preçio non pagare, piérdala et el çapatero uenda la laour a qui quisiere."

<sup>74</sup> "Del pelligero.- ...Decabo si el pelligero el dia de la postura la obra acabada non diere, torne la sennal doblada, et si señal non touiere, peche I marauedi: el comprador otroquesi, si el dia establecido no pagare, pague el preçio doblado..."

<sup>75</sup> "De los çapateros.- ...Otrozi, tod çapatero que al dia stablido la obra non diere fecha, duple la sennyal et la yerra. Et si el comprador encara al dia stablido el precio non pagare, pierda la yerra et la sennyal, et el çapatero uenda la hobra a qujen le plugujere."

<sup>76</sup> "De los pelligeros.- ...Decabo, si el pelligero al dia stablido la obra conuenjda non diere acabada, duple la sennyal, et si sennyal non tuijere, peche V sueldos al querelloso. Otrozi, el comprador que al dia stablido non pagare al pelligero o su obra non redimjere, duplado pague el precio..."

<sup>77</sup> Contra: OTERO, Las arras en el derecho español, cit. pp. 202 y 203. Sólo en el caso del pellejero se establece que si el comprador no pagaba el día establecido debía pagar el precio doblado, pero en este caso se trata de una multa legal y no de arras, como también lo acepta este autor.

<sup>78</sup> "Qui sennal tovier por labor.- Todo labrador que sinnal o preçio tovier por labor, e el labor dexar fasta que sea fecho, peche un maravedí al sennor del labor e cunpla el labor. E aquel que señal le dio e señal e el labor le tollio, perda la sennal. E por todo mercado que sennal tovier e se arrepentier, doble. E el que la dier, si se arrepentier, pierdala."

<sup>79</sup> "Qui lexar labor aliena.- Todo labrador que senal o precio touier per alguna laour, et la laour lexar fata que sea fecha, pectet I. maraueti domno laboris et cumpla la laour. Et qui senal le diere et laour le tolliere perda la senal. Et perdo mercado qui senal touiere et se arripintiere, duplela al quereloso. Et qui la diere et se arripintiere, perdala."

<sup>80</sup> "Sj alguno comprare casa o moljno o bestia o otra cosadalguno et diere sennal por ella tal que es partida por que la cosa fue comprada, si ardiere o cayere o se lisiare o se perdiere, el danno sea del comprador et non del uendedor, et cumpla el preçio que fuere puesto sobre aquello que ante dio el comprador. Mas si el uendedor non diere al comprador la cosa al dia o al tiempo que deuiere o si se perdiere por su culpa osi fizo pleyto que si se perdiessse o si se dannasse que fuesse el danno suyo, en estas tres guisas o en qual quier dellas deue seer el danno del uendedor. Mas si la cosa uendida se aprouechare o meiorare, sea todo del comprador."

<sup>81</sup> OTERO, Las arras en el derecho español, cit. p. 206.

En el Fuero Real 3, 10, 2,<sup>82</sup> las arras-*pars pretii* aparentemente mantienen la influencia visigoda –Fuero Juzgo 5, 4, 4 y 5, 4, 5 parecen ser su modelo–,<sup>83</sup> de manera que habrían de ser simplemente confirmatorias, eso sí, ahora salvo pacto en contrario, con lo que también se vienen a aceptar, por vez primera, unas arras-*pars pretii* penitenciales –diversas de las penitenciales justinianas sólo en cuanto aquéllas se establecieron de manera legal y no convencional como éstas-. En la primera parte del texto también figuran las arras penitenciales, con la denominación habitual de arras-señal; sin embargo, en este caso la redacción también modifica enteramente la tradición al otorgar exclusivamente al comprador la posibilidad de desistirse “arbitrariamente” de la compraventa.<sup>84</sup>

En las Partidas 5, 5, 7,<sup>85</sup> confluyen con mayor claridad el arra justiniana y el arra visigoda, desfiguradas en el Fuero Real. Así, por una parte, las arras-señal envuelven la facultad arbitraria de retractación, tal como en el Fuero Real, aunque ahora, en cambio, ambas partes quedan investidas de dicha facultad –lo mismo que en el Libro de los Fueros de Castilla 64<sup>86</sup> y en el Fuero Viejo 4, 1, 6–;<sup>87</sup> del otro lado, se establecen las arras-*pars pretii*, de valor únicamente confirmatorio.

Después de las Partidas no se encuentran en la Península datos relevantes acerca de las arras hasta el proyecto de Código civil de 1851.<sup>88</sup>

3. Sin perjuicio de lo anterior, este breve *excursus* debe tener en cuenta las aportaciones iusprivatísticas francesas, pues es bien conocida la influencia del Código civil francés en la codificación española.

<sup>82</sup> “Si el home alguna cosa vendiere, e tomare señal por la vendida; e si el comprador [no quisiere pagar el precio, pierda la] señal que dio, e no vala la vendida; e si el comprador no diere señal por la vendida, e diere alguna partida del precio, no se pueda desfacer la vendida, fuera por avenencia de amas las partes.”

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> *Ídem* p. 207.

<sup>85</sup> “Señal dan los omes vnos a otros en las compras, e acaece despues, que se arrepiente alguno. E porende dezimos, que si el comprador se arrepiente despues que da la señal, que la deue perder. Mas si el vendedor se arrepiente despues, deue tornar la señal doblada al comprador, e non valdra despues la vendida. Pero si quando el comprador dio la señal, dixo asi; que la daua por señal, e por parte del precio, o por otorgamiento, estonce non se puede arrepentir ninguno dellos, ni desfazer la vendida, que non vala.”

<sup>86</sup> “Esto es por fuero de omne que compra bestia o ropa e da sennal: sy la non quisiere pagar, deue perder la sennal. Et sy el que toma la sennal non quisiere dar la cosa comprada, deue doblar la sennal al otro.”

<sup>87</sup> “Todo ome, que compra de otro bestia, o ropa, [o otra cosa mueble qualquier], e da señal por ella, e despues non quier comprir la paga, e quier desfacer la compra, deve perder la señal, que a dada, e deve ser quito. E otrosi, si el que tomo la señal non quisier dar la cosa, que ovo tomada, deve dobrar la señal, e non es mas tenuto. Mas despues que la vendida fuer fecha, [quier de mueble, quier de rais], e fuer apoderado de ella el comprador, non se puede despues desfacer, e vale al que la compro, e el vendedor non lo puede desfacer.”

<sup>88</sup> *Ídem* p. 209.

En aquel Código se dejó sentir la influencia de POTHIER,<sup>89</sup> quien admitía como penitenciales exclusivamente las arras *pacto imperfecto data*, lo que determinó que la disposición relativa a tales arras se ubicara en sede de promesa de compraventa, en el artículo 1590. Sin embargo, por vía interpretativa se entendió que las arras penitenciales igualmente podían acompañar un contrato perfecto.<sup>90</sup>

Estas lecturas “antipothierianas” del artículo 1590 del *Code* hacen descansar en las *Iustiniani Institutiones* 3, 23, *pr.* la posibilidad de aplicar directamente las arras penitenciales a la compraventa, refrendando así aquella institución que desde su núcleo histórico ha sido tan resistida por la romanística. La mayor confusión, que se ha venido fraguando durante siglos, consiste en atribuir a las arras la virtud de permitir el arrepentimiento, en circunstancias que –como lo enseña D’ORS<sup>91</sup> respecto de las arras entregadas *medio tempore* en la venta *cum scriptura* justiniana–, el carácter penitencial no proviene de las arras sino de la imperfección del contrato. Tal como señala respecto de la nueva interpretación del artículo 1590 del *Code*, AFONSO,<sup>92</sup> “*lo que se quiere pues destacar con esta interpretación del pensamiento justiniano es que la revocabilidad de un contrato de venta con pacto de arras no deriva de su propia debilidad jurídica, dada su imperfección, sino que, incluso habiendo el contrato alcanzado su perfección jurídica, podían las partes desistir libremente de la ejecución del mismo, siempre y cuando se sometieran a las consecuencias del pacto arral*”.

Este giro doctrinal deja entrever serias incoherencias que hacen muy cuestionable la construcción de las arras penitenciales del artículo 1454 del Código civil, la cual no se corresponde con los antecedentes históricos ni con las apreciaciones dogmáticas modernas, según trataré de explicar en las líneas siguientes.

### III. LAS ARRAS PENITENCIALES Y EL SISTEMA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN

1. El carácter consensual de la compraventa, determinado por el artículo 1450 del Código civil, sienta sus bases en la modélica consensualidad de la compraventa romano-clásica,<sup>93</sup> una de las

<sup>89</sup> POTHIER, R.: *Traité de contrat de vente*, vol. 3, Paris, 1821, pp. 20 ss.

<sup>90</sup> BONET, Comentario a la STS, cit. p. 303.

<sup>91</sup> D’ORS, Las arras en la compraventa, cit. pp. 150 y 151.

<sup>92</sup> AFONSO, M.: *Las arras en la contratación*, Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 191.

<sup>93</sup> Gai Inst. 3, 136.

características más sobresalientes del contrato, pues, de la mera voluntad de las partes, en cuanto a la cosa y el precio, se genera el vínculo entre ellas sin necesidad de formalidad alguna.<sup>94</sup> Este principio fundamental, paradójicamente, también fue adoptado por Justiniano (*nihil... innovatus est*),<sup>95</sup> a pesar de que el concepto de que el consenso debidamente dado, válido y perfecto, genera un vínculo obligatorio que resulta irrevocable unilateralmente, representa la situación final del desarrollo doctrinal del derecho romano clásico, donde el arrepentimiento no tenía cabida.<sup>96</sup>

Posteriormente, dicho principio adquirió el valor general que presenta en el artículo 1258 del Código civil: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan...*”, precepto que, entre otros que se podrían citar, arranca en la tradición jurídica española desde las disposiciones de Alfonso XI, el año 1348.<sup>97</sup> Ya desde el *usus modernus pandectarum*, se observa en la Europa de los siglos XVI y XVII la ascensión del consenso, por impulso del derecho canónico, como la forma vinculante por excelencia en materia contractual,<sup>98</sup> de tal manera que el reconocimiento de la fuerza vinculante del contrato, *solo consensu*, viene a ampliarse incluso a la regulación sobre los contratos innominados,<sup>99</sup> donde todavía existía la herencia justiniana<sup>100</sup> de la posibilidad de *poenitentia*.<sup>101</sup>

Tal como señala COING,<sup>102</sup> “hubiera sido consecuente con el reconocimiento del principio *pacta sunt servanda* haber considerado este derecho de penitencia como sobrepasado”, y así ocurrió, aunque

<sup>94</sup> Gai Inst. 3, 136; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit. p. 13 a 18.

<sup>95</sup> *Cfr.* Iust. Inst. 3, 23, pr.; Vid. D'ORS, *Las arras en la compraventa*, cit., p. 150.; CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. p. 57.

<sup>96</sup> CARUSI, *Sull'arra della vendita*, cit. pp. 531 ss.

<sup>97</sup> Recopilación 5, 16, 2; Novísima recopilación 10, 1, 1: “*Pareciendo que alguno quiso obligar a otro por promisión, o por algun contrato, o en otra manera, sea tenuto de cumplir aquello que se obligó, i no pueda poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir prometiendo con cierta solemnidad de derecho, o que fue hecho el contrato, o obligación entre ausentes, o que no fue hecho ante escribano publico o que fue hecha a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno que daría a otro, o haría alguna cosa; mandamos que todavía vala la dicha obligación, i contrato, que fuere hecho, en qualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro.*”

<sup>98</sup> COING, *Derecho privado europeo*, cit. p. 508, n. 9.

<sup>99</sup> D'ORS, A.: *Creditum*, *AHDE* 33(1963), pp. 353 ss.

<sup>100</sup> IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Historia e instituciones*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 400: “El derecho general de arrepentirse y reclamar la prestación por medio de la *condictio ex poenitentia*, es pura creación justiniana.”

<sup>101</sup> COING, *Derecho privado europeo*, cit. p. 512.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

se deba reconocer que la consecuencia se vino a deducir tardíamente, por la mayoría de la canonística del siglo XVIII en Alemania. La idea del consentimiento como clave única de la noción de contrato se refleja en la Ley de bases del 11 de mayo de 1888, al decir que los contratos “*continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades establece el vínculo*”.<sup>103</sup>

2. En materia del tratamiento de las arras en el Código civil, si nos apegamos a una interpretación formalista, tendríamos necesariamente que llegar a la misma conclusión que ALBALADEJO, en cuanto a que, de pactarse arras sin otra calificación, ellas tendrían el carácter de penitenciales atribuido en el artículo 1454, salvo pacto en contrario: primero,<sup>104</sup> porque tanto el Proyecto como el Anteproyecto del Código establecían la norma opuesta, es decir, que las arras no tendrían carácter penitencial, salvo voluntad en contrario, de manera que tal contradicción normativa obviamente tendría que reflejarse en una correspondiente variación interpretativa y no llegar por ambas vías a una misma solución, como lo hacen los Tribunales, pues de esta última manera se está burlando el cambio de opinión del legislador; y, segundo, porque de no haberse querido que las arras fueran penitenciales, salvo pacto en contrario, el artículo 1454 habría tenido una redacción similar a la del artículo 343<sup>105</sup> del Código de Comercio y no justamente la inversa, de manera que, al igual que en la legislación mercantil, debieran interpretarse las arras inicialmente según la disposición y luego modificarse dicha lectura si aparece manifestada por las partes otra voluntad.

Pero, más allá de esta explicación exclusivamente apegada a las disposiciones legales sobre arras, parece más atinado el camino hermenéutico contrario que ha elaborado la jurisprudencia.<sup>106</sup> Según este criterio integrador, las arras deben interpretarse como confirmatorias, salvo que las partes expresamente las pacten como penitenciales –criterio que, por cierto, prima en el derecho comparado–.<sup>107</sup> Lo anterior, debido al carácter excepcional de la norma, el cual viene a exigir su interpretación

<sup>103</sup> Vid. LALAGUNA, E.: *El contrato. Estructura, formación y eficacia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 22.

<sup>104</sup> ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. pp. 36 ss.

<sup>105</sup> “*Las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario.*”

<sup>106</sup> Aunque el autor cita jurisprudencia que avala su posición: Vid. ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. pp. 27 ss.

<sup>107</sup> PINTO MONTEIRO, A.: *Cláusula penal e indemnização*, Libreria Almedina, Coimbra, 1990, p. 163.

restrictiva, de manera que, para entender que en un contrato se dieron arras penitenciales, debe resultar patente que las partes las hicieron intervenir con la finalidad de quedar facultadas para la retractación.<sup>108</sup>

Parece evidente que la posibilidad de arrepentimiento de un contrato perfecto, contenida en el artículo 1454, no puede sino ser una excepción dentro del Ordenamiento,<sup>109</sup> pues, como señalaba, éste tiene por principio general el supuesto contrario: la fuerza vinculante del contrato.<sup>110</sup>

Ahora bien, en mi opinión es necesario reflexionar si acaso la situación de las arras penitenciales, como se las entiende hoy, se restringe a la contradicción de dicho principio general del Ordenamiento, o si tal contradicción no sólo afecta el principio, sino que lo traspasa y viene a chocar con el Ordenamiento mismo. Ello, porque no me parece tan claro, ni por muy excepcionales que se consideren las arras penitenciales, que se pueda señalar, *a priori*, que la facultad de desistir arbitrariamente del negocio pueda predicarse del “..concierto libremente convenido, conforme a la libertad contractual consagrada en el artículo 1255..”, como señalan la jurisprudencia<sup>111</sup> y la doctrina, incluso la de posturas más críticas;<sup>112</sup> ni tampoco, a consecuencia de lo anterior, me parece tan fácil definir las arras penitenciales como el precio del “lícito” desistimiento<sup>113</sup> de un negocio plenamente eficaz<sup>114</sup> y, mucho menos, cuando, luego de afirmada su licitud, se dice que sirven de “indemnización” por la resolución o hasta por el “incumplimiento”.<sup>115</sup> Más bien estoy de acuerdo con MAYNZ,<sup>116</sup> cuando señala que las arras penitenciales son contrarias a todos los principios generales.

3. Para enfrentar la cuestión, es necesario separar el problema de la *poenitentia* del de las arras, es decir, la retractación de la sanción, pues así parece entenderse mucho mejor el supuesto complejo del artículo 1454.

<sup>108</sup> STS, 18.10.1996, núm. 827/1996, fund. de derecho 2.º.

<sup>109</sup> QUINTANO, A.: Las arras en el novísimo derecho contractual, *RGLJ* 19(1950), pp. 757 y 758.

<sup>110</sup> *Cfr.* Código civil, art. 1091.

<sup>111</sup> STS, 22.9.99, núm. 746/1999, fund. de derecho 2.º.

<sup>112</sup> ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. p. 42; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la STS*, cit. p. 855; QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 757.

<sup>113</sup> GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 104; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la STS*, cit. p. 855.

<sup>114</sup> GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 104.

<sup>115</sup> PINAZO, E.: *Cuadernos de derecho judicial, derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, dir. Ángel Carrasco Perera, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 348.

<sup>116</sup> MAYNZ: *Cours de droit romain*, 3.ª ed., vol. 2, Librairie Polytechnique D’Aug. Decq, Paris, 1870, p. 401 n. 15.

No estoy de acuerdo con MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>117</sup> cuando afirma que “en las arras penitenciales difícilmente cabe distinguir, como pactos diferentes, el de desistimiento unilateral y el de penitencialidad arral”, agregando que “en realidad son un mismo e inescindible instituto, cuya eficacia unitaria es permitir ese desistimiento en las condiciones de penitencialidad establecidas...”. Me parece que dicho presupuesto es falso, además de haberse formulado de una manera quizás inadecuada –penitencialidad = penalidad, cuando en realidad el término no debe asimilarse a sanción o *poena*, sino a arrepentimiento o *poenitentia*. Es necesario distinguir el hecho de que en las arras penitenciales, *ex* artículo 1454, ambos pactos se presenten conjuntamente por el legislador, es decir, no se encuentren escindidos, del que ellos sean “inescindibles”. Evidentemente sí se pueden separar; esto se corrobora no sólo desde un punto de vista puramente lógico,<sup>118</sup> sino también a través de la constatación de las diversas funciones que pueden cumplir las arras, donde no todas ellas están relacionadas con la retractación,<sup>119</sup> como asimismo, por el otro lado, del que el Código civil otorgue la facultad de retractación no sólo en materia de arras,<sup>120</sup> sino también, separadamente, en la multa penitencial<sup>121</sup> del artículo 1153.<sup>122</sup>

SANCHO<sup>123</sup> señala que la sanción arral descansa en la paccionada resolubilidad del contrato e, históricamente, en la imperfección del mismo. Lo anterior es cierto, pero no parece apuntar al meollo de la cuestión.

Efectivamente, el exabrupto histórico-dogmático se produce al trasladar, Justiniano, la penitencialidad de las arras que se otorgaban en una compraventa escrita aún no perfeccionada, herederas de la tradición griega, a las que acompañan las compraventas perfectas de la tradición romano-clásica. Evidentemente, el trasvase se realizó sin demasiados miramientos, pues no se atendió a que, en las arras que se entregaban con ocasión de la venta escrita, el *ius poenitendi* no existe por el hecho de las arras, sino porque la venta escrita no se perfecciona mientras no

<sup>117</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Comentario a la STS, cit. p. 856.

<sup>118</sup> TRIMARCHI, M.: v. “*caparra*”, diritto civile, *ED*, vol. 6, p. 192.

<sup>119</sup> CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. pp. 11 ss.

<sup>120</sup> PINTO, *Cláusula penal*, cit. p. 185.

<sup>121</sup> BONET, Comentario a la STS, cit. p. 302.

<sup>122</sup> “*El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho...*”

<sup>123</sup> SANCHO, F., en LACRUZ, J.: *Elementos de derecho civil*, II, vol. 1, *Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 258 ss.

se extienda la escritura.<sup>124</sup> Es decir, contrariamente a lo que sugiere la denominación “arras penitenciales”, las arras venían a imponer un límite a un *ius poenitendi* ya naturalmente existente, en cuanto establecen una pena por la fallida perfección del contrato.<sup>125</sup>

Pero, en realidad, la alusión a los contratos imperfectos, si bien es muy ilustrativa respecto de la incompatibilidad de supuestos que existe respecto de las arras penitenciales modernas y de la ineludible reconducción dogmática hacia ciertos caracteres de las arras penitenciales-obligacionales que impone la actual reflexión, no responde a los antecedentes históricos inmediatos del artículo 1454, sino a los de las arras penitenciales justinianeas. La sola constatación del dato histórico resulta superflua por sí sola. Más bien, una vez sitas las arras penitenciales en sede de contrato perfecto por el emperador, el asunto para el derecho civil radica en determinar si en tal caso es posible establecer la posibilidad de desistimiento, planteamiento que no puede sino ser rechazado en el estado actual de la cuestión.

4. Un acuerdo sobre un contrato bilateral en que se agrega la cláusula de desistimiento equivale a decir: “Estamos obligados, pero en cuanto alguna de las partes así ya no lo quiera, dejaremos de estarlo”. Me parece que tal construcción es absurda si se quiere elevar una voluntad tan precaria al nivel de un contrato.<sup>126</sup> Esta aspiración vulnera al propio Ordenamiento<sup>127</sup> desde el momento que no parece que pueda nacer un contrato a partir de una convención en que falta la intención de obligarse.<sup>128</sup> Faltaría a esta declaración el requisito de “seriedad” que suele recordarse con relación a la oferta<sup>129</sup> –habitualmente de una manera que tal vez sea demasiado escolar–, pero que indudablemente integra toda

<sup>124</sup> SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit. p. 249.

<sup>125</sup> CARUSI, Sul frammento L. 38, cit. p. 303

<sup>126</sup> SAVIGNY, F.: *Sistema del derecho romano actual*, 2.ª ed., vol. 2, trad. Jacinto Mecía y Manuel Poley, Góngora, Madrid, s/d, pp. 221 y 222.

<sup>127</sup> QUINTANO, Las arras, cit. pp. 758 y 759.

<sup>128</sup> POTHIER: *Traité des obligations*, en *Ouvres Completes de Pothier*, vol. 1, P. J. Langlois, Libraire; A. Durand, Libraire, Paris, 1844, pp. 80-81; Vid., sobre la Escuela del Derecho Natural: COING, *Derecho privado europeo*, cit. pp. 514 ss.; LANDO, O. (ed.): *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 137 ss. El artículo 2:101.1.(a) señala: “A contract is concluded if: the parties intend to be legally bound...”; y en el comentario se indica: “In order to be bound by a contract a party must have an intention to be legally bound”; agrega el artículo 2:102: “The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party’s statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.”

<sup>129</sup> MARTÍNEZ, E.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 38 ss., con la bibliografía allí citada.



declaración<sup>130</sup> que pretenda ser vinculante.<sup>131</sup> De manera que, agregado el pacto de desistimiento, incluso determinada la cosa y el precio,<sup>132</sup> no puede tenerse tal acuerdo por una compraventa perfecta,<sup>133</sup> pues esta clase de “consentimiento” sobre el objeto contractual –que es un *prius*–<sup>134</sup> no puede jurídicamente tener la consideración de tal.<sup>135</sup>

La perfección del contrato es un presupuesto de validez, de manera que la calificación de validez requiere como dato previo que éste esté formado:<sup>136</sup> una convención en las condiciones señaladas no puede ser considerada sino un trato preliminar.<sup>137</sup> Y no creo que en el caso de las arras penitenciales pueda salvarse la cuestión señalándose que hay convención porque, en cualquier caso, han nacido, y han sido queridas, las obligaciones propias de la dación de arras, lo que demostraría que el contrato en el que se insertan se ha perfeccionado y está desplegando su eficacia, pues, en atención al mismo carácter de cláusula accidental que generalmente se le reconoce a las arras –planteamiento que, en cualquier caso, no comparto–, el consentimiento tiene que recaer precisamente en los señalados elementos esenciales del contrato de compraventa y no sólo en los accidentales.<sup>138</sup>

5. En la doctrina francesa, COLMET DE SANTERRE<sup>139</sup> creía que se trataba de una condición resolutoria, al igual que lo hace hoy toda la doctrina y la jurisprudencia. Pero, al hilo de los argumentos que acabo de exponer sobre la formación del consentimiento, tampoco puede aceptarse la configuración de las arras como condición resolutoria del contrato pues, evidentemente, para que se predique de ellas tal configuración

<sup>130</sup> Ídem p. 75.

<sup>131</sup> Cfr. Código civil, art. 1262. Resulta esclarecedor el antecedente que ofrecen las Partidas 5, 11, 2: “Pregunta e respuesta ha menester que sea fecha en la promisión por palabras, e con entendimiento de se obligar”.

<sup>132</sup> Cfr. Código civil, art. 1450.

<sup>133</sup> Cfr. Código civil, art. 1278.

<sup>134</sup> Cfr. Código civil, arts. 1254, 1261.1.

<sup>135</sup> LANDO, *Principles of European Contract law*, cit. p. 143: en el comentario al artículo 2: 102, se indica: “Parties often make preliminary statements which precede the conclusion of a contract but which do not indicate any intention to be morally or legally bound at that stage.”

<sup>136</sup> LALAGUNA, *El contrato*, cit. p. 113.

<sup>137</sup> Vid. ALONSO, M.: La responsabilidad precontractual, *RDCI* (1971), pp. 860 ss.; LOBATO DE BLAS, J.: Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares, *RGLJ* (1976) p. 548.

<sup>138</sup> Cfr. Código civil, arts. 1261 y 1450.

<sup>139</sup> COLMET DE SANTERRE, E.; DEMANTE, A.: *Cours analytique de code civil*, vol. 7, Librairie Plon, Paris, 1887, n. 10 bis.

debe suponerse que acompañan un contrato perfecto, lo que no parece ocurrir cuando se pretende incorporar un pacto de retractabilidad.<sup>140</sup> Tal como señala BADOSA<sup>141</sup> –aunque en relación con la multa penitencial–, la formulación penitencial es aplicable a los contratos y no a las obligaciones.

Pero puede aportarse, además de los argumentos ya dados entorno a la imperfección del consentimiento, un argumento más para rechazar que el desistimiento tenga la calidad de condición resolutoria: un pacto de retractación anula el contrato principal por ser contrario a la ley.

En efecto, si nos atenemos a lo que señala el primer inciso del artículo 1116: “*Las condiciones... prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa*”, debemos concluir que el pacto de retractación anularía el contrato, pues, de acuerdo con el artículo 1091,<sup>142</sup> no sería lícita una condición que se base en la ruptura de la ley contractual para operar; ruptura que no corresponde a un elemento extrínseco al contrato mismo –*posterius*– como lo es el incumplimiento<sup>143</sup> –que técnicamente no hay en esta línea de pensamiento, como se verá–, sino que con el propio contrato que desaparece tras la sola retractación.

De estas consideraciones se desprende que las arras penitenciales, de no haber sido incorporadas por el artículo 1454, no podrían ser incluidas voluntariamente por las partes en un contrato,<sup>144</sup> pues la libertad contractual encuentra límites lógico-jurídicos en los aspectos fundamentales del sistema general de la contratación; ni mucho menos podría el desistimiento, por la misma razón, haber tenido la consideración de “lícito” que reclama la definición de arras como precio del lícito desistimiento.

6. Conviene ahora recordar otro sector de la doctrina francesa conformado, entre otros, por TROPLONG<sup>145</sup> y BAUDRY-LACANTINERIE,<sup>146</sup> que le atribuyen a las arras penitenciales el carácter de condición suspensiva del contrato de compraventa.

<sup>140</sup> QUINTANO, Las arras, cit. p. 759.

<sup>141</sup> BADOSA, F.: *Dret d'obligacions*, Publicacions Universitat de Barcelona, 1990, p. 184.

<sup>142</sup> “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.*”

<sup>143</sup> BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.ª ed. corregida, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, pp. 487 ss.

<sup>144</sup> ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. p. 42.

<sup>145</sup> TROPLONG, M.: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De la vente*, vol. 1, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, Paris, 1845, pp. 25 ss.

<sup>146</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique*, cit. pp. 62 ss.

Para aceptar que la posibilidad de desistimiento que se contiene en las arras penitenciales constituya una condición suspensiva del contrato debe primero hacerse una distinción: si las arras son una simple cláusula accidental del contrato, no parece que pueda aceptarse la tesis; si ellas constituyen un negocio autónomo, sí resulta aceptable.

En el primer caso, no se puede tener el desistimiento como condición suspensiva porque, tal como lo indica SAVIGNY,<sup>147</sup> no hay condición si la cláusula así llamada corresponde implícitamente a la relación jurídica. Lo anterior es relevante en atención a que si las arras son una simple cláusula del contrato se debe llegar a la conclusión obvia de que existe una sola relación jurídica: el contrato; de tal manera que una condición suspensiva que consiste en el hecho de que ambas partes lleguen a tener verdadera y definitiva intención de obligarse, se confunde con un elemento –la seriedad– que informa esencialmente la relación jurídica, por lo que lo formalmente denominado condición suspensiva no es en realidad una modalidad del negocio, sino un elemento intrínseco en cuanto corresponde a uno de los requisitos de la formación del consentimiento. En este supuesto se vuelve al *prius* de la imperfecta formación del consentimiento: no hay contrato condicional porque no hay contrato todavía.

Distinta es la situación si se consideran las arras penitenciales como un negocio independiente. En este caso, si las arras resultan ser un contrato genéticamente distinto, bien puede aceptarse que el contrato principal nace pero su eficacia queda supeditada al hecho extrínseco<sup>148</sup> de que una de las partes opte por hacer operar la sanción del contrato arral, lo que implicará, a su vez, la falta de asentimiento definitivo en el contrato principal. Dicha condición suspensiva no parece objetable por el hecho de que prevé que el contrato está perfecto pero surtirá efecto sólo si las partes quieren perseverar en el contrato principal o, más bien “no optar por el contrato arral”; equivale a decir: “Te alquilo mi casa de la playa si tú me vendes tu coche”, o “te vendo mi casa a plazos si tú me garantizas el pago con hipoteca”, o, tal vez mejor, “te vendo mi coche si tú no me cobras tal o cual deuda anterior”.

No se trataría en este caso de una condición meramente potestativa del deudor,<sup>149</sup> prohibida por el artículo 1115, pues –más allá del criterio discutible de que el deudor que se desiste al mismo tiempo que no tiene

<sup>147</sup> SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit. p. 216.

<sup>148</sup> Vid. BLASCO GASCÓ, F.: *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, p. 47.

<sup>149</sup> Vid. LÓPEZ, L.: *La condición suspensiva en los contratos*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1999, pp. 24 ss.

que cumplir su obligación pierde el crédito correlativo que tenía contra la otra parte<sup>150</sup>– el perseverar en el contrato no depende de su sola voluntad arbitraria sino también de la situación extrínseca que, justamente, importa el negocio independiente de las arras.<sup>151</sup>

7. Es menester señalar que la configuración de las arras penitenciales como negocio independiente parece ser la que mejor se adapta a su naturaleza de negocio real. No estoy de acuerdo con AFONSO cuando señala que la naturaleza simplemente accidental tenga fundamento en el derecho romano,<sup>152</sup> ni que hoy en día tengan la calidad de simple cláusula accidental<sup>153</sup> sobre la base de que “el acuerdo de voluntades de donde surge la garantía arral se sustancia en una voluntad concorde de los contratantes de conseguir el fin práctico perseguido por el negocio principal”. Una cosa es la causa del contrato principal, que en cuanto fin práctico de las partes envuelve también las arras, de lo que se sigue que las arras, como garantía que son –o, debieran ser–, resultan accesorias al contrato principal, y otra muy distinta es que este negocio, aunque accesorio por ser garantía, tenga como causa eficiente la misma voluntad –consentimiento– que la que da lugar al contrato principal. Si se atiende al carácter real de las arras penitenciales, no puede haber duda acerca de que ellas no surgen del contrato principal, pues la naturaleza puramente consensual de éste no basta para hacer nacer conjuntamente sus obligaciones principales y las arras, que se perfeccionan por una dación, de manera que malamente podrían ser las arras una mera cláusula de aquel contrato que no contiene en sí mismo todos los elementos necesarios para la perfección de éstas.<sup>154</sup>

Respecto de las arras penitenciales del artículo 1454, MARTÍNEZ DE AGUIRRE se pregunta, con razón, cómo un mecanismo que permite el desistimiento puede servir para reforzar el vínculo.<sup>155</sup> Frente a lo cual se ubica el criterio de SANCHO<sup>156</sup> y TRIMARCHI<sup>157</sup> respecto de que ellas constituyen el reforzamiento de un vínculo previamente debilitado.

<sup>150</sup> LÓPEZ, *La condición suspensiva*, cit. pp. 28 y 29. Contra: SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit. p. 221.

<sup>151</sup> En esta construcción el contrato arral da causa a la retención o devolución duplicada de las arras, como lo estimaban Rugerio y la *Glossa acursiana*.

<sup>152</sup> CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 28 a 30.

<sup>153</sup> QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 752.

<sup>154</sup> POTHIER: *Traité de contrat de vente*, cit. p. 196; ROYO: *Notas sobre la función de las arras en la contratación*, *AUH* (1949) p. 138; BAVETTA: *La caparra*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963, pp. 21 ss.; TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 202.

<sup>155</sup> QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 752.

<sup>156</sup> SANCHO, *Elementos de derecho civil*, cit. pp. 258 ss.

<sup>157</sup> TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 204.

Comparto dicho aserto, pero, en razón de todo lo ya expuesto, no en cuanto a que el debilitamiento proviene de un pacto de resolubilidad –que, en cualquier caso, es lo que se puede colegir de la disposición legal–, sino que, en doctrina, debe concluirse que proviene de la condición suspensiva que importa el contrato arral respecto del contrato principal.

En consecuencia, me parece que si nos atenemos al sistema general de contratación español, prescindiendo obviamente del artículo 1454, objeto de análisis, la correcta configuración de las arras debe corresponder al de un negocio autónomo de garantía que refuerza un contrato sujeto a la condición suspensiva, simplemente potestativa, negativa, de no optar por la sanción arral.

#### IV. LAS ARRAS, PARTE DEL PRECIO, Y EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO

1. No se puede desconocer que en la historia hispánica de la institución existe cierta correspondencia, de un lado, entre la palabra “precio” y las arras confirmatorias y, del otro, entre la palabra “señal” y las arras penitenciales: así se observa todavía en el artículo 343 del Código de Comercio, que emplea la palabra *precio* para regular las arras confirmatorias, y en el artículo 1454, que emplea la palabra *señal*, a secas, para disciplinar las arras penitenciales, recibiendo estas disposiciones una tradición que se ha mantenido casi invariable desde el derecho visigótico, para el primer caso, y desde las Observancias de Aragón, para el de las arras penitenciales, hasta llegar con ambas nomenclaturas y sus correlativas funciones a las Partidas, según ya he expuesto.

La jurisprudencia, sin embargo, ha señalado de manera constante que “el empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio”.<sup>158</sup>

Como primera aproximación me parece correcto este razonamiento, pues, en atención a la libertad de formas<sup>159</sup> y, sobre todo, al carácter polifuncional de las arras,<sup>160</sup> las palabras que las designan, por sí solas, no pueden resultar sino equívocas; por lo demás, con independencia de la ambigüedad terminológica, las partes igualmente deben manifestar

<sup>158</sup> STS 18.10.1996, núm. 827/1996, fund de derecho 2.º.

<sup>159</sup> Cfr. Código civil, arts. 1278 y 1279.

<sup>160</sup> Vid. CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. pp. 11-61.

expresamente la función penitencial, según el correcto criterio jurisprudencial sobre el carácter excepcional de la figura.

Eso sí, no creo que sea igualmente correcto trazar una total sinonimia entre la “simple señal” y la “entrega parcial del precio de la compraventa”.<sup>161</sup> Las sumas que se entregan “a cuenta del precio” serán arras o simplemente pagos parciales de la compraventa según lo determinen las partes,<sup>162</sup> pero conceptualmente el pago de parte del precio, sin más, no es lo mismo que la dación de arras,<sup>163</sup> de la misma manera que conceptualmente tampoco es lo mismo un contrato en que medien arras de otro en que no: en primer lugar, las arras pueden provenir también del vendedor,<sup>164</sup> lo que obviamente no podría ocurrir con el pago del precio; y, en segundo lugar, el que las arras dadas por el comprador, cualquiera sea su función, se imputen al precio o a la indemnización de perjuicios –salvo en este último supuesto las penales– es una cuestión de interpretación fundada en la economía lógica y jurídica de las operaciones entre las partes<sup>165</sup> y no derivan, evidentemente, de la identidad de los títulos que sirven de causa a la entrega.

2. Desde otra perspectiva, parece pacífico el criterio que indica que las arras penitenciales del artículo 1454 se deben constituir en el espacio comprendido entre la perfección y la consumación del contrato,<sup>166</sup> pero uno de los vacíos más importantes de la norma es la falta de delimitación temporal de la posibilidad de retractación, una vez que ya se han establecido las arras penitenciales.<sup>167</sup> Tanto para quienes ven la penitencialidad como una condición resolutoria como para quienes la vemos como condición suspensiva del contrato, resulta capital establecer cuándo se encontrará fallida la condición, en el primer caso, o cumplida, en el segundo, pues de ahí en adelante ya no podrá operar el mecanismo arral.<sup>168</sup>

<sup>161</sup> STS 23.7.1999, núm. 675/1999, fund. de derecho 2.º.

<sup>162</sup> PINTO, *Cláusula penal*, cit. p. 164.

<sup>163</sup> ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. p. 44; contra: JORDANO, F.: *La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, pp. 345 ss.

<sup>164</sup> GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 102.

<sup>165</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la STS*, cit. p. 852.

<sup>166</sup> GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 103.

<sup>167</sup> Esto sí lo ha hecho el Código civil chileno, donde el artículo 1804 indica: “Si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual pudieren retractarse perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada la escritura pública de venta o de principiada la entrega.” El mismo plazo de dos meses estaba en el Código de Obligaciones de Marruecos, artículo 249. Vid. ídem pp. 104 y 105.

<sup>168</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique*, cit. pp. 62 ss.

Siempre las partes pueden fijar un plazo para el ejercicio del desistimiento, pero, de no ser así, la situación no es nada clara, sobre todo para quienes ven las arras penitenciales como condición resolutoria. En este último caso sólo razones de prudencia y buena fe pueden conducirnos difusamente a determinar que el principio de ejecución del contrato excluye la posibilidad de retractación; sin embargo, hoy no parece existir un fundamento jurídico que impida decisivamente que la retractación sobrevenga incluso después del cumplimiento total del contrato.<sup>169</sup> En este punto acaso sí podamos recurrir a la tradición jurídica hispánica en que las arras que se tenían como parte del precio o, lo que es lo mismo para estos efectos, como cumplimiento parcial, tenían carácter confirmatorio, entendiéndose, en consecuencia, que, aunque faltara el pago íntegro, el principio de ejecución excluía la posibilidad de retractación de las partes.<sup>170</sup>

Si se considera, en cambio, que el mecanismo arral condiciona suspensivamente el contrato, resulta mucho más claro que si alguna de las partes da inicio a la ejecución del contrato –ya sea por medio de una solemnidad<sup>171</sup> o de una prestación<sup>172</sup>–, llega a ser cierto<sup>173</sup> que no cabe lugar a la ulterior intervención del contrato arral.<sup>174</sup> Basta con el cumplimiento parcial, salvo que las partes hayan determinado expresamente que dicho pago también tenga carácter penitencial, pues, una vez verificado, no cabe sino entender que la condición se ha cumplido desde el momento que la parte, de cuya voluntad dependía el cumplimiento o la frustración de la condición, prefirió tener el contrato por plenamente eficaz, ya que no podría haber tenido lugar el pago si quien lo ejecutó aún tuviera la obligación por condicional.

<sup>169</sup> Contra: GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. pp. 104 y 105.

<sup>170</sup> Ciertamente se trata de un criterio constante pero no absolutamente apoyado por la historia del instituto, pues las partes perfectamente podían tener las arras penitenciales por parte del precio, como ocurría con las arras penitenciales de Justiniano y, asimismo, en la *Glossa* y en el Fuero Real. A esto debemos agregar que el criterio “filológico” de la doctrina civilística suizo-germánica les llevó a identificar, en el artículo 158 del Código Federal de las Obligaciones de 1912, a la inversa, las arras-señal con las arras confirmatorias. Vid. QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 753. Acaso se pueden ver razones de índole histórica, donde claramente la ejecución de las prestaciones, completa en todo caso, pone fin a la posibilidad de *poenitentia*, en las compraventas *sine traditio*... a que aluden las Observancias de Aragón. Pero en este caso se trataba de un supuesto distinto, pues se refería a una venta imperfecta en combinación con arras penitenciales-obligacionales. Subyace también este criterio en la *Glossa* que exigía, luego de ejecutadas las prestaciones, del mutuo disenso para dejar sin efecto el contrato.

<sup>171</sup> *Cfr.* Código civil, art. 1279 y 1462 inc. 2.º.

<sup>172</sup> *Cfr.* Código civil, art. 1461 y 1500.

<sup>173</sup> *Cfr.* Código civil, art. 1117.

<sup>174</sup> Vid., en materia de multa penitencial, BADOSA, *Dret d'obligacions*, cit. p. 182.

## V. LAS ARRAS PENITENCIALES Y LA CLÁUSULA PENAL

Aunque el Código civil trata las arras penitenciales en el Título IV “Del contrato de compra y venta”, siguiendo en este punto la tendencia tradicional delineada por el *Code*,<sup>175</sup> se observa la tendencia moderna de desvincular las arras de un contrato particular para evidenciar su aplicabilidad general,<sup>176</sup> disciplinándola cerca de la cláusula penal,<sup>177</sup> principalmente, debido a sus significativas similitudes funcionales –especialmente con las arras penales–,<sup>178</sup> a pesar de las diferencias estructurales existentes.<sup>179</sup>

1. La distinción entre las arras penitenciales –e, incluso, las arras en general– y la cláusula penal radica en que aquéllas tienen naturaleza real y ésta convencional. De lo anterior se desprende una gruesa diferencia,<sup>180</sup> pues la cláusula penal para el Código civil es sólo una disposición accidental que las partes han agregado al contrato.<sup>181</sup> En cambio las arras no pueden ser una simple cláusula, sino, como ya he expuesto, un negocio independiente.<sup>182</sup>

Las arras penitenciales –no así ya las demás clases de arras–, aún si consistieran en un simple acuerdo, como propone la doctrina moderna,<sup>183</sup> tampoco dejarían de considerarse como un negocio independiente pues,

<sup>175</sup> Art. 1590, sec. III, Tit. VI, Libro III “De la promesa de venta y las arras”.

<sup>176</sup> GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 103.

<sup>177</sup> Codice Civile, art. 1385; BGB § 336 a 338; Código Suizo de las Obligaciones, art. 160 a 163.

<sup>178</sup> Vid. LANDO, *Principles of European Contract law*, cit. p. 454. En el comentario A, del artículo 9:509, relativo a la cláusula penal (*Agreed payment for non-performance*), la ilustración 2 entrega un caso de arras penales sin hacer distinción alguna: “A agrees to sell his house to B, from whom he obtains a deposit for 20 per cent of the price to secure B’s performance of the contract. B refuses to complete the transaction. A may forfeit the deposit.” En realidad la confusión se puede plantear entre la cláusula penal y las arras penitenciales o penales, no con las confirmatorias. Vid. GÓMEZ CALERO, J.: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 72.

<sup>179</sup> PINTO, *Cláusula penal*, cit. p. 163.

<sup>180</sup> Contra: GÓMEZ, *Contratos mercantiles*, cit. p. 73.

<sup>181</sup> BADOSA, *Dret d’obligacions*, cit. p. 182.

<sup>182</sup> A parte de la posibilidad de que las partes imputen al precio lo dado en concepto de arras penales por el comprador, ésta es la única diferencia relevante entre las arras penales y la cláusula penal. Vid. DÁVILA, J.: *La obligación con cláusula penal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1992, p. 180; RAMOS, E.: *La cláusula penal del pacto resolutorio (aspectos sustantivos y registrales)*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999, p. 44; ESPÍN, I.: *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 45 ss.

<sup>183</sup> FOLIGNO, v. *arra poenentialis*, NDI.



si fuera una simple cláusula accidental, impediría que el contrato naciera a la vida del derecho por falta de consentimiento.

2. Es interesante la posición de ALBALADEJO,<sup>184</sup> para quien el vendedor que recibe las arras y se retracta queda sujeto a una obligación convencional de la misma naturaleza que la cláusula penal. GARCÍA CANTERO<sup>185</sup> replica que de esto habría que colegir que quien recibió el arra, si se arrepiente, debe quedar sometido a las normas de la cláusula penal. En la actualidad no se discute acerca de la sanción del vendedor<sup>186</sup> –lo que sí ocurrió en los orígenes griegos de la institución respecto del vendedor, *accipiens* del arra–,<sup>187</sup> pero, por muy convencional que efectivamente sea la sanción del vendedor, nada tiene que ver con una cláusula penal, pues la cláusula penal consiste en una prestación subsidiaria a otra principal<sup>188</sup> y, en cambio, la sanción del vendedor es directamente el objeto de su prestación desencadenada, merced a su arrepentimiento, por el mecanismo arral.

3. Me parece evidente la gran diferencia funcional que presentan los institutos respecto de que las arras siempre pueden ser consideradas, además, indirectamente como anticipo del precio o parte de la indemnización, en su caso; en cambio la cláusula penal nunca podrá tener la consideración de *pars pretii*.

Del otro lado, la mayor coincidencia funcional entre las arras penitenciales del artículo 1454 respecto de la cláusula penal, consiste en que ambas están destinadas a reforzar el vínculo,<sup>189</sup> si bien dentro de presupuestos diferentes, pues en un caso hay un vínculo debilitado y en el otro uno completamente eficaz.<sup>190</sup>

Si se miran las arras penitenciales como una sanción por el arrepentimiento, vinculada a la condición suspensiva fallida a que estaba sujeto el contrato principal, o bien, si se piensa que hay condición resolutoria cumplida, de lo que entiendo que el pacto de resolubilidad hace que el acuerdo tenga el carácter de simple trato preliminar, resulta que, al igual que las arras penitenciales-obligacionales,<sup>191</sup> serían una coerción al

<sup>184</sup> ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. 2, vol. 2, 8.ª edición, Bosch, Barcelona, 1989, p. 85.

<sup>185</sup> GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 106.

<sup>186</sup> TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 203.

<sup>187</sup> CARVAJAL, El polimorfismo de las arras, cit. pp. 24 y 25.

<sup>188</sup> SANZ, A.: *La cláusula penal en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 30; BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 303.

<sup>189</sup> Contra: BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

<sup>190</sup> TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 204. Contra: PINTO, *Cláusula penal*, cit. p. 186; GÓMEZ, *Contratos mercantiles*, cit. p. 72; PINAZO, *Cuadernos de derecho judicial*, cit. p. 350.

<sup>191</sup> No admite esta posibilidad: GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 103.

*ius poenitendi* que convencional y legítimamente corresponde a las partes –de manera que, tal como lo enseña la romanística, las arras penitenciales son siempre penales-.<sup>192</sup> En cambio, la cláusula penal, ya sea sólo una liquidación anticipada de los daños y perjuicios,<sup>193</sup> ya sea una sanción penal privada<sup>194</sup> –caso en el cual se encontraría otro punto de contacto–, opera ante el hecho ilícito del deudor de incumplir la obligación.<sup>195</sup>

4. De acuerdo a lo que acabó de señalar, no me parece que la cláusula penal y las arras penitenciales tengan en común el que ambas sean una liquidación anticipada de los daños, en el primer caso por el incumplimiento y en el segundo por la resolución. Dentro de esta doctrina arral, que yo no recojo, parece ser más lógico pensar que quien desiste y soporta la sanción arral no incumple,<sup>196</sup> pues su facultad consiste justamente en poder desistir lícita y arbitrariamente; en cambio, la cláusula penal opera siempre por incumplimiento.<sup>197</sup> No entiendo, en consecuencia, a quienes viendo en el desistimiento una resolución, hacen corresponder las arras penitenciales con una indemnización a la par que el desistimiento es considerado un acto lícito,<sup>198</sup> pues evidentemente en esta doctrina se configura una radical diferencia entre retractación e incumplimiento.<sup>199</sup> En esta órbita de pensamiento, más acertada es la posición de MESSINEO,<sup>200</sup> para quien no se trata de una indemnización de perjuicios sino de la contraprestación al derecho de ejercitar la separación del contrato, es decir, el precio<sup>201</sup> o pena<sup>202</sup> de la resolución. Desde mi

<sup>192</sup> D'ORS, Las arras en la compraventa, cit. pp. 149 ss.; CARUSI, Sul frammento L. 38, cit. p. 305.

<sup>193</sup> MAS BADÍA, M.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 14; DE AMUNÁTEGUI, C.: *La función liquidadora de la cláusula penal en el tribunal supremo*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 23 ss.; Vid. MARINI, A.: *La clausola penale*, Jovene Editori, Napoli, 1984, pp. 23 ss.

<sup>194</sup> BLANCO, J.: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 51 ss.; ESPÍN, *La cláusula penal*, cit. pp. 16 ss.; BADOSA, *Dret d'obligacions*, cit. p. 182. En una posición intermedia: SANZ, *La cláusula penal*, cit. pp. 19 a 22.

<sup>195</sup> LOKSAIER, F.: *La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux*, Éditions Paguito Lausanne, Suisse, 1985, p. 86.

<sup>196</sup> SANCHO, *Elementos de derecho civil*, cit. pp. 258 ss.

<sup>197</sup> VIVES, G.: *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p.131.

<sup>198</sup> Vid. HERNÁNDEZ, F.: *Las arras en la contratación*, Salamanca, 1958, p. 69.

<sup>199</sup> TRIMARCHI, v. "caparra", cit. p. 202.

<sup>200</sup> MESSINEO, F.: *Doctrina general del contrato*, vol. 1, 3.ª edición, Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 529.

<sup>201</sup> HERNÁNDEZ, *Las arras en la contratación*, cit. p. 70.

<sup>202</sup> BONET, Comentario a la STS, cit. p. 304.

perspectiva –condición suspensiva–, evidentemente el desistimiento no genera ninguna obligación de indemnizar y la pena arral es exclusivamente una sanción privada.

## VI. LAS ARRAS Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

Muy de cerca con la indefinición del artículo 1454 respecto de los límites al ejercicio del *ius poenitendi* y de varias de las consideraciones expuestas sobre la comparación entre arras y cláusula penal, se encuentra el problema de la diferencia entre el desistimiento y el incumplimiento.

1. Como señalé líneas arriba, la doctrina moderna parte de la radical diferencia entre desistir e incumplir.<sup>203</sup> De la diferencia se deriva el que no proceda indemnización de perjuicios cuando media el desistimiento,<sup>204</sup> pues no puede haber resarcimiento del daño tanto en cuanto, como dice BONET,<sup>205</sup> “la parte que se arrepiente viene a encontrarse en el ejercicio legítimo de una facultad propia”. La verdad es que, desde esta óptica, la sanción arral no sólo suple la ejecución, como dice QUINTANO,<sup>206</sup> sino que se debe concluir que suple al contrato mismo, que se extingue.

Por ello no es técnicamente aceptable lo que señala BONET<sup>207</sup> acerca de que el carácter de garantía de las arras penitenciales, a pesar de debilitar el vínculo, provenga del hecho de eximir al acreedor de la necesidad de probar el daño ocasionado por la resolución; me parece que no habiendo una conducta ilícita del deudor no se ve de dónde podría provenir la obligación de indemnizar. Por los mismos motivos, tampoco tiene sentido señalar que la penalidad de las arras penitenciales sólo se encuentra cuando el resarcimiento del daño que viene cubierto por la pérdida del arra o su restitución duplicada sea superior al daño cubierto y efectivo que hay que reparar.<sup>208</sup>

Otro problema es si quien se arrepiente no cumple con la pena arral, pues ahí sí habrá incumplimiento, pero respecto de la obligación penal, no respecto del contrato principal que ya se ha extinguido por el desistimiento, de manera que en este supuesto no se puede decir, como lo hace GARCÍA CANTERO,<sup>209</sup> que tendrá lugar lo previsto en el artículo 1124 respecto de las obligaciones principales. Es más, el propio hecho

<sup>203</sup> TRIMARCHI, v. “caparra”, cit. p. 202.

<sup>204</sup> SIERRA GIL, I. (coord.): *Comentario del Código civil*, vol. 7, Bosch, Barcelona, 2000, p. 337.

<sup>205</sup> BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

<sup>206</sup> QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 757.

<sup>207</sup> BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

<sup>208</sup> BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

<sup>209</sup> GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 105.

de la demanda contra el *accipiens* del arra que no realiza la devolución y el pago de *alterum tantum* implica el pleno reconocimiento de la parte actora respecto de que ha operado el desistimiento no sólo generando la sanción sino también extinguiendo el contrato.

Parece, en todo caso, que esta aproximación al asunto, proveniente del texto del artículo 1454, no siempre satisface las intenciones de materializar la justicia por parte de la jurisprudencia, la que no parece exhibir demasiados escrúpulos –con el añadido de alguna relajación conceptual– en obviar la consecuencia lógica de que las arras penitenciales otorgan tan amplia arbitrariedad para desistir del contrato que es imposible considerar que en una determinada circunstancia no hay desistimiento sino incumplimiento.<sup>210</sup> La doctrina tampoco acoge con demasiado rigor este principio lógico. Eso parece desprenderse de la opinión del mismo QUINTANO,<sup>211</sup> para quien, considerando que la obligación ya había nacido, no cabe hablar de inexistencia sino de incumplimiento, lo que reclama una justa reparación, estimando que no hay razón alguna para que las obligaciones queden fuera de las reglas de resarcimiento en caso de dolo, culpa, mora u otra contravención según el artículo 1101. Pero, una vez más, cómo se podría verificar cualquiera de estos supuestos si la parte que se desiste siempre podrá oponer, sin más, su “lícito” desistimiento.

2. Sin embargo la intuición de QUINTANO tiene cierta correspondencia con la sinuosa historia de la institución y, de igual forma, con la falta de correlato lógico entre un contrato perfecto y un pacto de retractación. De hecho, me parece que el origen de las arras penitenciales no presentaba tan serias fisuras como la construcción actual y, asimismo, no puede ser coincidencia que las originales se asemejaran mucho más a las actuales arras penales que a las propiamente penitenciales.

En el derecho justiniano, la *poenitentia*, en sentido estricto, el derecho de arrepentimiento arbitrario sólo tenía lugar en las ventas *in scriptis* y podía venir sancionada por las arras penitenciales-obligacionales, de ahí

<sup>210</sup> STS 11.3.1997, núm. 185/1997, fund. de derecho 2.º: “...cualquiera que sea la interpretación de la estipulación del contrato relativa a la primera entrega de un millón de pesetas, ya se considere constitutiva de las arras contempladas en el artículo 1454, ya un anticipo del precio, es evidente que no se puede obviar la disposición concerniente a que si la parte compradora no hiciera honor en las fechas indicadas a los compromisos adquiridos, se entenderá ello como desistimiento del contrato y renuncia voluntaria a la compra de la finca, perdiendo en estos supuestos las cantidades que hubiera entregado hasta aquel momento y quedando el inmueble a libre disposición de la vendedora... el único incumplimiento habido procede de doña María Angeles M. V. y don Alberto A. D., quienes ya no satisficieron la segunda entrega de un millón de pesetas dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la firma del documento.”

<sup>211</sup> QUINTANO, Las arras, cit. p. 760.

que se lea en las fuentes “*poenitentiae locus est*”;<sup>212</sup> en el caso de las ventas perfectas y las arras penitenciales justinianas sólo hay *poenitentia* en un sentido lato, de manera que las fuentes no la mencionan sino que está implícita, refiriéndose, en cambio, directamente al incumplimiento. Así, quien ejercita la *poenitentia* es señalado como el que se rehúsa a cumplir el contrato “*qui recusat adimplere contractum*”.<sup>213</sup>

Por lo tanto, la *poenitentia* se presentaba de dos formas: como una *facultas poenitentiae*, en el primer caso, y como un *factum poenitentiae*,<sup>214</sup> en el segundo. Evidentemente, en consecuencia, si bien se autoriza el desistimiento de un contrato perfecto, no se trata de un *ius poenitendi*, como en las compraventas imperfectas, sino que dicho desistimiento es un mero hecho que jurídicamente cae dentro de los supuestos de incumplimiento. Lo anterior tiene plena coherencia con el hecho de que la construcción justiniana de las arras penitenciales se basó, en parte, en la *lex commissoria* que podía acompañar las arras clásicas y que, al tiempo de la Compilación, era una cláusula de estilo en los contratos –idea que subyace en el derecho visigótico y foral, donde las fuentes habitualmente plantean la cuestión desde la perspectiva del cumplimiento-. En realidad, las arras penitenciales justinianas invocadas para abandonar las ideas de POTHIER funcionaban de una manera muy distinta a las actuales: se trataba de un mecanismo de defensa de la parte cumplidora y no de un mecanismo arbitrariamente operado por la incumplidora. La *poenitentia* no era en sí misma un acto de consecuencias jurídicas directas, sino que era el supuesto de hecho que autorizaba a la otra parte para optar entre las consecuencias alternativas de derecho que se presentaban en su favor: la resolución con sanción arral o el cumplimiento del contrato. Así, si el comprador incumplía porque se había arrepentido del negocio, estaba en manos del vendedor optar entre la pena arral y el cumplimiento; pero, a su vez, si el comprador disuadido por la sanción arral prefería cumplir el contrato, siempre podía enervar la acción del comprador –lo que constituye una gran diferencia con la *lex commissoria* clásica–, de lo que se sigue que ambas partes podían invocar la perfección del contrato.<sup>215</sup>

El cambio en la consideración del desistimiento, en el derecho español, comienza a percibirse de manera más bien tardía –si consideramos la prolongada historia del instituto arral–, pues sólo a partir del Fuero Real 3, 10, 2, vino a introducirse el arrepentimiento como el acto que, proviniendo de la voluntad arbitraria de la parte incumplidora –“*si el*

<sup>212</sup> Cfr. Iust. Inst. 3, 23, pr.; Cod. Iust. 4, 17, 21.

<sup>213</sup> Cfr. Iust. Inst. 3, 23, pr.

<sup>214</sup> CARUSI, Sull'arra della vendita, cit. p. 525.

<sup>215</sup> Vid. D'ORS, “Arra reagitata”, cit. pp. 80 y 81.

*comprador no quisiere pagar el precio*”, desencadena directamente las consecuencias jurídicas.

3. Todo lo anterior nos viene a demostrar los gruesos fallos que evidencia la construcción del artículo 1454, donde parece que no termina de cuajar la idea de que un contrato perfecto puede ser desconocido por cualquiera de las partes, sin más ulteriores consecuencias que la pena de las arras. Desde este presupuesto de la perfección del contrato cuesta explicar que el negocio en realidad no tiene eficacia verdadera, ni para exigir el cumplimiento específico ni para exigir la indemnización de perjuicios. No se trata, tampoco, como dice QUINTANO,<sup>216</sup> de que las arras no puedan echar por tierra todo el tratamiento de las obligaciones condicionales, especialmente las que se refieren a la destrucción de la cosa y a la indemnización de los daños. La regulación del artículo 1122 puede llegar a operar, pero siempre que arbitrariamente no se haya optado por el contrato arral.

Si se miran las arras penitenciales como condición suspensiva, no me parece que resulte tan violenta la distinción entre desistimiento e incumplimiento, pues, como la *poenitentia* interviene *pendente condicione* –para ser más exacto, justamente pone fin al estado de pendencia y produce la consecuencia de la extinción del contrato–, no existe posibilidad de aproximar y entremezclar ambos conceptos, pues no se presenta el desistimiento frente a una obligación aparentemente perfecta y, de esta forma, es claro que tampoco puede haber incumplimiento donde no hubo obligación.

## VII. CONCLUSIÓN

En el caso de las arras penitenciales, se observa que desde su origen se han insertado en el derecho de contratos más que nada por la fuerza de la *praxis*, y, pese al transcurso de los siglos, su incardinación no ha llegado a ser suficientemente acomodada sino que, por el contrario, aparece cada vez más incómodo el justificar su encuadramiento.

Más allá de las denominaciones desistimiento, *deitè*,<sup>217</sup> *recesso*,<sup>218</sup> o, la jurídicamente más expresiva, de *Reurecht*,<sup>219</sup> que recibe el *ius poenitendi* que interviene en las arras penitenciales, sin duda alguna el arrepentimiento de un contrato perfecto no puede ser considerado, en el

<sup>216</sup> QUINTANO, Las arras, cit. p. 760.

<sup>217</sup> Vid. LOKSAIER, *La clause pénale*, cit. p. 85.

<sup>218</sup> Vid. TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. pp. 203 y 204.

<sup>219</sup> Vid. PINTO, *Cláusula penal*, cit. 1990, pp. 169 y 170.

actual estado de la cuestión, como un derecho pactable –con ello exceptúo los casos en que la posibilidad de desistimiento emana de la propia naturaleza del negocio–.<sup>220</sup> En este sentido, el exceso de dogmatismo tendría que llevarnos a circunscribir la función arral a las confirmatorias y las penales<sup>221</sup> –y, dicho sea de paso, no nos alejaríamos tanto del molde justiniano, como he expuesto–. Pero seguramente la *praxis* nos volvería a presentar el problema de las arras penitenciales, pues tras siglos de aplicación parece que se debe tener por suficientemente acreditado que han llegado a ser un modo de contratar que es deseado por las partes en el tráfico, las cuales, de no existir el recurso de las arras penitenciales, o bien no realizarían la negociación,<sup>222</sup> o bien la realizarían fuera de los márgenes de la protección de la ley; da igual, en ambos casos el derecho fallaría gravemente. Por ello, pese a mi personal cúmulo de objeciones en esta materia, entiendo que debe arbitrarse un medio adecuado jurídicamente para lograr el resultado, cuando las partes así lo quieran expresamente, de un negocio que, si bien tenga trascendencia jurídica en el sentido de que la retractación no sea impune, a la vez dicha retractación sea admitida sin más consecuencias que las de la sola sanción arral.

En realidad, las partes que contratan con la intervención de arras penitenciales deben tener presente que se trata de un negocio precario del que fundamentalmente emanan meras expectativas, por ello es que no pueden esperar indemnización alguna. Además, si bien las obligaciones se pueden novar, no creo en cambio que se puedan ceder los créditos contractuales, pues su naturaleza los hace personalísimos –las partes recíprocamente quedan sujetas a la decisión arbitraria de la otra, de manera que la consideración de la persona del otro contratante les resulta esencial a la hora de celebrar el contrato–. En cualquier caso, no se puede decir que el negocio principal sea igual a la nada, como ocurriría con los tratos preliminares a que se tendrían que reconducir las arras penitenciales en cuanto condición resolutoria. Hay un efecto jurídico importante derivado del carácter condicional del contrato: las partes –especialmente el comprador– podrán impetrar medidas conservativas,<sup>223</sup> como es propio de las obligaciones sujetas a condición suspensiva, aunque deba decir también, que el contrato, por ser *intuitu personae*, no me parece que sea transmisible a los herederos.

<sup>220</sup> Ej. Ley 7/1996, art. 44 y 45, en relación con art. 10.

<sup>221</sup> QUINTANO, Las arras, cit. p. 761.

<sup>222</sup> BLASCO GASCÓ, *Cumplimiento del contrato*, cit. p. 51.

<sup>223</sup> *Cfr.* Código civil, art. 1121.

En mi opinión, la correcta incardinación de las arras en el sistema contractual español debe ser la de un contrato real –sin especial énfasis en esto último–, de garantía, destinado a infligir una sanción privada a la parte que prefiera sufrir esa pena y desistirse del contrato principal, el cual se encuentra, a su vez, sujeto a la condición suspensiva, negativa y simplemente potestativa, de que alguna de las partes no escoja aquella opción, llegando a ser cierto que no se optará por las arras desde el momento del principio de ejecución del contrato.



# REPRESENTACIÓN INDIRECTA Y UNDISCLOSED AGENCY: SU CONVERGENCIA.

## LA CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS Y LOS PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI  
*Universidad Autónoma de Madrid*

### SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN	II. UNDISCLOSED AGENCY Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA	III. CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (GINEBRA, 17 FEBRERO DE 1983)	A. Clasificación de los supuestos
1. El conocimiento por tercero	2. Momento del conocimiento o desconocimiento por el tercero	3. Carga de la prueba	B. Efectos
2. Supuestos II y III: la aproximación entre el common law y el civil law	a) La reticencia del Reino Unido a la aproximación	b) Requisitos para el ejercicio de la acción directa: incumplimiento del agente	i) Incumplimiento frente al principal
ii) Incumplimiento frente al tercero	c) Dinámica de la acción directa	i) Obligación de desvelar la identidad	ii) Obligación de notificar
iii) Excepciones oponibles	d) Excepciones a la acción directa	i) Falta de voluntad del tercero de contratar con el principal	ii) Acuerdo en contra de la aplicación
IV. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW	A. Sistema de clasificación	B. Efectos de la representación indirecta	1. Supuestos de efectos directos
2. Dinámica de la acción	3. Excepciones oponibles	4. Excepciones a la acción directa	V. CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFÍA			

### I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha hablado de una diferencia entre los sistemas de *common law* y los de derecho continental a la hora de establecer los efectos de la actuación del representante en determinados supuestos. En concreto, se suelen contraponer la teoría de la *undisclosed agency*, propia de los sistemas del *common law*, y la de la **representación indirecta**, propia de los sistemas continentales.

Esta división se ha intentado superar en los *Principles of European Contract Law* (PECL); la regulación de los supuestos que los PECL agrupan bajo la denominación de «representación indirecta» puede considerarse, en efecto, una síntesis del régimen propio de los sistemas

continentales, por una parte, y del existente en los sistemas de *common law*, por otra.

Dicha aproximación tiene como antecedente la *Convention on Agency in the International Sale of Goods* (Ginebra, 17 de febrero de 1983),<sup>1</sup> que ya intentó en su momento acercar los principios de la representación indirecta y los de la *undisclosed agency* en el ámbito concreto de la compraventa internacional de mercaderías. Por esta razón, aunque hayan sido escasas las ratificaciones que ha recibido dicha Convención,<sup>2</sup> parece importante el estudio de algunas de sus disposiciones, a través del debate que se originó entorno a las mismas antes de su aprobación definitiva.

La finalidad de la presente comunicación consiste en determinar, mediante el análisis de las propuestas y observaciones de los representantes de los distintos países participantes en la Conferencia, de qué modo se llevó a cabo la aproximación entre los sistemas continentales y el *common law* en este punto concreto.

Así, tras una breve alusión a las diferencias más significativas entre el régimen de la representación indirecta y el de la *undisclosed agency*, centraremos la atención en el debate que tuvo lugar entorno a los preceptos de la CAISG que regulan el objeto de nuestro estudio, poniendo de relieve algunas de las propuestas más significativas, señalando las posturas de los distintos países en relación con las mismas, así como las razones que llevaron a introducirlas o no, según los casos, en el texto final.

Por último, haremos referencia a los PECL teniendo en cuenta el anterior estudio; de lo que se trata es, por tanto, de determinar qué cuestiones de las que surgieron en el debate de elaboración de la CAISG han sido abordadas en los PECL y si la solución adoptada en ellos se asemeja o difiere de la que finalmente quedó reflejada en la CAISG.

## II. UNDISCLOSED AGENCY Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA

Tal y como ponen de relieve ZWEIGERT y KÖTZ<sup>3</sup>, los sistemas continentales distinguen entre representación **directa** e **indirecta**: la diferencia fundamental existente entre ellas estriba en que, si bien en ambos casos el representante actúa por cuenta ajena, en la representación directa celebra el contrato con el tercero también en nombre ajeno,

<sup>1</sup> A partir de ahora nos referiremos a ella como CAISG.

<sup>2</sup> En concreto, ha sido ratificada por Italia (16 de junio de 1986) y por Francia (7 de agosto de 1987). La Convención no está en vigor, pues el número de ratificaciones necesarias para ello es de 10.

<sup>3</sup> ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An Introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433.

mientras que en la indirecta la actuación se lleva a cabo en nombre propio. El *common law*, sin embargo, no toma en cuenta la dicotomía «actuación en nombre propio vs. actuación en nombre ajeno»<sup>4</sup>. Ahora bien, lleva a cabo una clasificación tomando como punto de referencia si el tercero conoce o desconoce que el agente actúa como tal: en concreto, se habla de *disclosed* y *undisclosed principal* o *disclosed* y *undisclosed agency*.<sup>5</sup>

La diferencia entre el *common law* y el derecho continental en este ámbito no estriba sólo en el distinto parámetro de clasificación de los supuestos de representación o *agency*, sino también en el establecimiento de los efectos de la actuación del representante o *agent*.

Así, en los sistemas continentales, en los casos de actuación del representante en nombre propio, es este último quien adquiere los derechos y obligaciones derivados del contrato celebrado con el tercero.<sup>6</sup> En los supuestos de representación indirecta, por tanto, el representado carece de acción directa contra el tercero y viceversa.

Para el *common law*, sin embargo, es indiferente que el agente actúe en nombre propio o ajeno a la hora de establecer efectos directos entre el tercero y el principal.<sup>7</sup> Es más, tanto en los casos de *disclosed agency* como en los de *undisclosed agency*, el principal puede demandar al

<sup>4</sup> A propósito del desconocimiento de la dicotomía «representación directa e indirecta» y el *common law*, se ha dicho que «The dichotomy between direct and indirect representation is unlikely to be attractive to Common Law systems, which tend to reach the result of direct representation with more facility than the civil law», BOWSTEAD, W. y REYNOLDS, F.M.B.: *Bowstead & Reynolds on Agency*, 1996, p. 11.

ZWEIGERT y KÖTZ observan que dicha unidad responde a una perspectiva económica del fenómeno de la representación; afirman en concreto que «in economic reality acting in one's own name and acting in the name of another are really very much the same; this is more fully realized in the Common Law, with its wider conception of agency, than in the Continental Systems», ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An Introduction to Comparative Law*, 1998, p. 434.

<sup>5</sup> Afirman en este sentido ZWEIGERT y KÖTZ que «it makes a difference whether or not the third party could tell that he was contracting with a principal», ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An Introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433. Entre la doctrina inglesa reciente cabe destacar las siguientes definiciones de *undisclosed principal*: «An undisclosed principal is one of whose existence the third party is unaware at the time of the contract», TREITEL, G.H.: *The Law of Contract*, 1999, p. 672. MARKESINIS, B.L. y MUNDAY, R.J.C., por su parte, afirman: «Where the third party contracts with the agent unaware that the latter is contracting as agent», MARKESINIS, B.L. y MUNDAY, R.J.C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 153. Véase también BRADGATE, R. y SAVAGE, N.: *Business Law*, 1993, p. 424.

<sup>6</sup> ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An Introduction to Comparative Law*, 1998, p. 434.

<sup>7</sup> Afirman a este propósito ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: «English lawyers are not familiar with the distinction drawn on the Continent between acting "in one's own name" and acting "in the name of another", and they cannot see why it's only in the latter case that the principal acquires rights and liabilities», ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An Introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433.

tercero y viceversa en relación con el contrato celebrado por el agente.<sup>8</sup> Naturalmente en los casos de *undisclosed agency* el tercero demandará al principal una vez que haya descubierto su existencia. Aunque en una primera aproximación pudiera parecer que el régimen aplicable a los casos de *undisclosed agency* y el aplicable a los de *disclosed agency* es el mismo, un estudio más detallado pone de relieve que el funcionamiento de la acción directa en los dos supuestos no es idéntico. Aunque en la investigación que estamos actualmente desarrollando este aspecto es tratado ampliamente, las limitaciones de esta comunicación nos obligan a centrarnos en el dato de la posibilidad de acción directa entre tercero y principal, sin entrar en el funcionamiento concreto de la misma en cada uno de los supuestos.

### III. CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (GINEBRA, 17 FEBRERO DE 1983)

El capítulo III de la CAISG se ocupa de los efectos de la actuación del agente (*Legal effects of acts carried out by the agent*). La importancia de dicho capítulo ha sido puesta de relieve por los propios intervinientes en la elaboración de la Convención; a título de ejemplo BONELL<sup>9</sup> lo califica como la parte más original e importante de toda la Convención. En el *Explanatory Report* podemos también leer que se trata de «the most original part of the draft Convention».<sup>10</sup>

En el *Explanatory Report*<sup>11</sup> se pone igualmente de relieve el intento de aproximación entre los sistemas de common law y los de derecho continental al que nos referíamos al comienzo y que se encuentra plasmado en concreto en los siguientes preceptos:

**Artículo 12:** «Where an agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly bind the principal and the third party to each other, unless it follows from the circumstances of the case, for example, by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only».

<sup>8</sup> Véase para más detalle TREITEL, G.H.: *The Law of Contract*, 1999, pp. 672 a 681.

<sup>9</sup> BONELL, J. M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 733.

<sup>10</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 32.

<sup>11</sup> En concreto podemos leer: «It [la CAISG] represents a serious attempt to bridge the gap between the Common Law and Civil law Systems», «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 32.

**Artículo 13:** «1. Where the agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority, his acts shall bind only the agent and the third party if:

(a) the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent, or

(b) it follows from the circumstances of the case, for example by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only.

2. Nevertheless:

(a) where the agent, whether by reason of the third party's failure of performance or for any other reason, fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the principal, the principal may exercise against the third party the rights acquired on the principal's behalf by the agent, subject to any defences which the third party may set up against the agent;

(b) where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party, the third party may exercise against the principal the rights which the third party has against the agent, subject to any defences which the agent may set up against the third party and which the principal may set up against the agent.

3. The rights under paragraph 2 may be exercised only if notice of intention to exercise them is given to the agent and the third party or principal, as the case may be. As soon as the third party or principal has received such notice, he may no longer free himself from his obligations by dealing with the agent.

4. Where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party because of the principal's failure of performance, the agent shall communicate the name of the principal to the third party.

5. Where the third party fails to fulfil his obligations under the contract to the agent, the agent shall communicate the name of the third party to the principal.

6. The principal may not exercise against the third party the rights acquired on his behalf by the agent if it appears from the circumstances of the case that the third party, had he known the principal's identity, would not have entered into the contract.

7. An agent may, in accordance with the express or implied instructions of the principal, agree with the third party to derogate from or vary the effect of para-graph 2».

A continuación intentaremos sistematizar las disposiciones contenidas en dichos preceptos deteniéndonos especialmente en los puntos que fueron objeto de discusión durante su elaboración.

### A. Clasificación de los supuestos

El objetivo del presente apartado consiste en determinar el sistema de clasificación de supuestos seguido por la CAISG para regular los efectos de la actuación del agente; la cuestión no carece de importancia puesto que, tal y como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve, los sistemas continentales distinguen entre actuación en nombre ajeno y actuación en nombre propio, mientras que el *common law* establece como elemento diferenciador el conocimiento o desconocimiento por tercero de la condición de agente.

#### 1. El conocimiento por tercero

El supuesto básico al que se refieren los artículos 12 y 13 CAISG es aquel en el que el agente actúa por cuenta del principal y dentro de los límites de la *authority* que éste le ha otorgado. A partir de ahí los preceptos citados distinguen los siguientes casos:

1. En primer lugar, aquel en el que el tercero sabía o no podía desconocer que el agente actúa como tal (art.12).

2. En segundo lugar, aquel en el que el tercero no sabía ni podía saber que el agente actúa como tal [art.13. 1 (a)].

3. En tercer y último lugar, aquel en el que, si bien el tercero sabía o no podía desconocer la condición del agente, a partir de las circunstancias del caso se deriva que el agente se obliga<sup>12</sup> a vincularse con el tercero. La propia CAISG cita como ejemplo de este tercer supuesto el caso del comisionista [art. 12 *in fine* y 13.1 (b)].

Obsérvese que en la CAISG no se utiliza ninguna de las terminologías propias de los sistemas continentales o del *common law*: representación directa/indirecta y *disclosed/undisclosed agency*, respectivamente. Ahora bien, en una primera aproximación puede entenderse que la clasificación adoptada por la CAISG es similar a la de los sistemas de *common law*. Nótese, de hecho, que, en principio, no se toma en consideración como elemento diferenciador de los supuestos el que el agente actúe en nombre propio o en nombre del principal; por el contrario, el dato fundamental

<sup>12</sup> En este punto concreto existe una diferente terminología en la versión francesa y en la inglesa; mientras que en la primera se utiliza el verbo *entendu*, en la inglesa el término empleado es *undertakes*; hubo propuestas de modificar la versión inglesa por el verbo *intends*, pero se prefirió el señalado por ser más objetivo. «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 33.

que los distingue es que el tercero conozca o desconozca que el agente actúa como tal.<sup>13</sup>

No puede afirmarse, sin embargo, que en la CAISG se ignore totalmente la clasificación propia de los sistemas continentales. Nótese que el artículo 13.1 (b) aporta como ejemplo del caso que contempla (el agente se obliga a vincularse con el tercero) el contrato de comisión. Pues bien, puede afirmarse que el sentido en el que se utiliza el término «comisionista» en la CAISG es, precisamente, el del agente que actúa en nombre propio. Así se deriva a partir del *Explanatory Report*;<sup>14</sup> en él se afirma que el sentido que debe otorgarse al contrato de comisión es el mismo que recibe en los sistemas de derecho continental. Precisamente en las consideraciones generales del propio *Explanatory Report*<sup>15</sup> se califica de *commission agents* a los agentes que actúan en nombre propio.

Retomando, pues, la cuestión planteada al comienzo, puede afirmarse que la CAISG, aunque aparentemente adopta la sistematización de supuestos seguida por el *common law*, de manera implícita toma igualmente en consideración la dicotomía actuación en «nombre propio vs. actuación en nombre ajeno».<sup>16</sup>

## 2. Momento del conocimiento o desconocimiento por el tercero

La cuestión principal que se planteó en las discusiones relativas al artículo 12 se refería al momento que debe tomarse en consideración para establecer que el tercero conoce o desconoce la condición de agente.<sup>17</sup>

En el texto elaborado por el comité de expertos presentado a discusión en la Conferencia,<sup>18</sup> dicha cuestión se encontraba expresamente resuelta en la regulación del segundo de los supuestos citados [art. 15.1 (a),

<sup>13</sup> Entre las observaciones que realizaron los distintos países al texto elaborado por el comité de expertos («Observations and proposals by governments and international organisations on the draft convention and on the draft final provision», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 62 y ss.), cabe destacar a este propósito la realizada por la República Popular del Congo (pp. 84 y 85), que proponía incluir la obligación del agente de desvelar su condición al tercero. La propuesta no dio lugar a debate alguno, puesto que en el momento en que debía discutirse, el representante del país que la había defendido no se encontraba presente, tal y como nos sugieren las palabras de WIDMER (presidente), («10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307).

<sup>14</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17.

<sup>15</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 16.

<sup>16</sup> Añádase a ello la literalidad del artículo 1.4 CAISG, en virtud del cual «It applies irrespective of whether the agent acts in his own name or in that of the principal».

<sup>17</sup> «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 304 a 308 y «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 315 y 316.

<sup>18</sup> «Text established by a UNIDROIT Committee of Governmental Experts which met in Rome from 2 to 13 November 1981», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 7 a 9.

antecedente del actual art. 13.1.(a)];<sup>19</sup> en virtud de dicha regulación, el tercero *desconoce* la condición de agente en el momento de la celebración del contrato.<sup>20</sup> Dicha referencia temporal, sin embargo, no existía en la regulación del primer supuesto (art. 13, antecedente del art. 12); no se establecía, por tanto, qué momento hay que tomar en consideración para determinar que el tercero *conoce* la condición de agente.

La evidente falta de armonía existente entre ambos preceptos fue solucionada eliminando toda referencia temporal. A dicha decisión, sin embargo, se llegó tras un debate en el que resulta interesante detenernos.

Fue GONDRA<sup>21</sup> (España) quien llamó la atención sobre la falta de armonía existente entre el artículo 12 y el artículo 13 en la cuestión temporal; dicho autor proponía como solución insertar la referencia al momento de la celebración del contrato en ambos preceptos.

En un sentido similar se expresaba SWART<sup>22</sup> (Holanda), quien proponía la modificación de ambos preceptos estableciendo que el lapso temporal a tomar en cuenta es «antes o en el momento de la celebración del contrato».

Las posturas que surgieron ante dichas propuestas fueron fundamentalmente dos; ambas respondían de manera opuesta a la cuestión que en el fondo subyacía: la coordinación entre el artículo 12 y el artículo 13. Mientras que para BONELL<sup>23</sup> (Italia) la coordinación debía resolverse a favor del artículo 13, y por tanto insertando la referencia al momento de la celebración del contrato también en el artículo 12, para FARNSWORTH<sup>24</sup> (EE.UU), debía eliminarse toda referencia temporal y adaptar, por tanto, el artículo 13 al artículo 12.

Fueron diversos los argumentos esgrimidos a favor de la segunda de las posturas citadas, que finalmente fue la adoptada.

Así, se adujo que la exigencia de que el conocimiento o desconocimiento por el tercero tuviese lugar en un determinado momento implicaba una

<sup>19</sup> En el texto elaborado por el comité de expertos, el contenido de los actuales artículos 12 y 13 se encontraba en los artículos 13 y 15, respectivamente, por lo que durante los debates la numeración que se sigue no es la actual. Sin embargo, con el objeto de facilitar la lectura de la comunicación, utilizaremos la numeración que finalmente se adoptó.

<sup>20</sup> Disponía en concreto el precepto citado: «[...] At the time of contracting the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent», «Text established by a UNIDROIT Committee of Governmental Experts which met in Rome from 2 to 13 November 1981», en *ULR*, 1983, I-II, p. 8.

<sup>21</sup> GONDRA: «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 304.

<sup>22</sup> SWART: «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305.

<sup>23</sup> En este sentido BONELL (Italia): «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305.

<sup>24</sup> FARNSWORTH: «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 305 y 307.



excesiva precisión.<sup>25</sup> En este sentido ROGNLIEN<sup>26</sup> (Noruega) observaba que las distintas circunstancias que pueden darse en cada caso concreto aconsejan no especificar demasiado.

WIDMER<sup>27</sup> (presidente del Comité) se pronunciaba en contra de la propuesta y a favor de la eliminación de toda referencia temporal, al considerar que ésta no era necesaria, puesto que se encuentra implícita en la propia CAISG. Apelaba en concreto al artículo 1.2 CAISG, referido al ámbito de aplicación de la misma y en virtud del cual «*it governs not only the conclusion of such a contract by the agent but also any act undertaken by him for the purpose of concluding that contract or in relation to its performance*». En un sentido similar se expresaba FARNSWORTH<sup>28</sup> (EE.UU).

Por último, es importante destacar la intervención de EVANS<sup>29</sup> (secretario general de la Conferencia), quien afirmó que el artículo 13.1 (a), por tanto el segundo supuesto, se refiere al caso en el que el tercero descubre la existencia del principal tras la celebración del contrato. Asimismo, de sus palabras<sup>30</sup> puede derivarse que la referencia al momento de la celebración del contrato oscurecía la intención de dicho precepto.

### 3. Carga de la prueba

Una de las cuestiones que se sometió a debate fue el problema de la carga de la prueba. Para la delegación de Japón,<sup>31</sup> la CAISG no clarificaba suficientemente a quién corresponde probar que el tercero conoce o desconoce la existencia del principal. Dicha observación, sin embargo, no recibió gran atención en las discusiones puesto que, tal y como señaló FARNSWORTH, en su condición de presidente del *Drafting Committee*,<sup>32</sup> las cuestiones relacionadas con la carga de la prueba no entran dentro del ámbito de la CAISG.

<sup>25</sup> En este sentido FARNSWORTH (EE.UU): «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 306 y 307, VAN RENSBURG (Suráfrica): «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305, ALBARKEY (Irak): «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 306.

<sup>26</sup> ROGNLIEN: «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 306.

<sup>27</sup> WIDMER: «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305.

<sup>28</sup> FARNSWORTH: «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307.

<sup>29</sup> EVANS: «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307.

<sup>30</sup> Afirmaba en concreto lo siguiente: «Unfortunately, article 15 as drafted did not bring that out too early», EVANS: «10<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307.

<sup>31</sup> «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 85 a 87.

<sup>32</sup> Afirmó en concreto que «the intention of the drafters not to take up any position about the urden of proof remained unchanged», «18<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 408.

## B. Efectos

El objeto central de los artículos 12 y 13 CAISG está constituido por la determinación de los sujetos que pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa celebrado por el agente por cuenta del principal y dentro de los límites de la *authority* que éste le concedió. La cuestión que nos planteamos a continuación consiste en establecer en qué casos la CAISG concede acción directa al principal contra el tercero y viceversa.

A este propósito es preciso distinguir entre el primer supuesto, por una parte, y el segundo y el tercero, por otra. En efecto, cuando el tercero conozca o tenga que conocer que el agente actúa como tal, la vinculación se produce entre principal y tercero; sin embargo, tanto cuando el tercero desconozca o no pueda conocer la condición de agente, como cuando, a partir de las circunstancias del caso, se deriva que el agente se obliga a vincularse personalmente, la regla general es que no existe acción directa entre principal y tercero. La CAISG, sin embargo, somete dicha regla general a algunas excepciones.

La importancia de las reglas expuestas, así como las numerosas cuestiones que suscitan, aconsejan el análisis separado de cada una de ellas.

### 1. Supuesto I. Disclosed agency

Uno de los principios básicos de la CAISG que encontramos enumerados en el *Explanatory Report*<sup>33</sup> es que, para que se produzca la vinculación entre principal y tercero, no es esencial que la actuación del agente se lleve a cabo en nombre ajeno. Para BONELL,<sup>34</sup> la CAISG sigue en este punto los principios de la *disclosed agency*, propios del *common law*, y se aleja considerablemente de la perspectiva continental.

El análisis detallado del régimen aplicable a los restantes dos supuestos obliga, sin embargo, a matizar dicha conclusión puesto que, tal y como ya hemos tenido ocasión de apuntar, a través del tercer supuesto la CAISG otorga importancia al hecho de que el agente actúe en nombre propio. Parece, pues, adecuado centrar nuestra atención en los efectos aplicables a los dos restantes supuestos, no sólo por la razón citada, sino también porque el debate entorno a la regulación de los efectos en la CAISG se

<sup>33</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17. Este mismo principio se reitera al analizar el antecedente del artículo 12, p. 32.

<sup>34</sup> BONELL, J. M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 734.

originó al someter a discusión precisamente el precepto regulador de dichos supuestos, al que el *Explanatory Report* se refiere como «[...] perhaps the single most important article of the draft Convention».<sup>35</sup>

## 2. *Supuestos II y III: la aproximación entre el common law y el civil law*

En el artículo 13 CAISG se regulan los efectos de la actuación del agente en los supuestos no incluidos en el artículo 12, es decir, cuando el tercero no conoce ni puede conocer la condición de agente y cuando, aun conociéndolo, el agente se obliga a vincularse.

A modo de síntesis puede afirmarse que la CAISG ofrece en este punto una regla general y una excepción: la regla general es que la vinculación se produce única y exclusivamente entre agente y tercero. La excepción es que, en determinados supuestos, puede llegar a establecerse una acción directa entre principal y tercero.

Antes de entrar en el análisis detallado de la excepción y de su funcionamiento, conviene detener nuestra atención en su significado y en el debate que se originó entorno a lo que puede calificarse de verdadero intento de aproximación entre el *common law* y los sistemas de derecho continental.

### a) *La reticencia del Reino Unido a la aproximación*

Puede afirmarse que el artículo 13 representa una verdadera síntesis entre el *common law* y el *civil law*. Nótese, en efecto, que, tal y como hemos tenido ocasión de señalar, el segundo y el tercer supuesto parecen corresponder a los casos de *undisclosed agency* y representación indirecta, respectivamente. Pues bien, la CAISG no adopta ninguna de las soluciones que el *common law* y los derechos continentales ofrecen;<sup>36</sup> la aplicación de los principios de la *undisclosed agency* implicarían haber otorgado acción directa entre tercero y principal en cualquier caso, mientras que la CAISG sólo en determinados supuestos lo permite; por el contrario, en virtud de los principios de la representación indirecta, nunca es posible dicha vinculación.

Son significativas a este propósito las palabras que encontramos en el *Explanatory Report* en relación con las reglas de la CAISG que estamos

<sup>35</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17.

<sup>36</sup> En el mismo sentido se expresa BONELL, quien observa que, aunque a primera vista pueda parecer que la CAISG se aproxima en este punto más al *common law*, el análisis detenido muestra que dicha afirmación no es cierta, BONELL, J. M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 736.

analizando: «The solution adopted by the draft is situated half way between the two positions».<sup>37</sup>

Llama la atención que precisamente el Reino Unido intentase, mediante una propuesta de nueva redacción, eliminar la síntesis lograda por la CAISG. En virtud de dicha propuesta en los supuestos de desconocimiento por el tercero de la condición de agente (supuesto II), debe permitirse la acción directa en cualquier caso, mientras que en los supuestos de contrato de comisión (supuesto III), la acción directa entre tercero y principal no debe ser posible en ningún caso.<sup>38</sup>

KARSTEN<sup>39</sup> (Reino Unido), al defender la propuesta de su país, calificó la síntesis entre el *common law* y el *civil law* en este punto de innecesaria, aduciendo que las reglas existentes aplicables a estos supuestos gozan de suficiente aceptación.

La reacción de los países intervinientes en el debate fue claramente contraria a la posición mantenida por el Reino Unido. En las palabras de los distintos representantes se refleja claramente el espíritu de aproximación que inspiraba a la CAISG, espíritu que compartían la mayoría de los países intervinientes; en efecto, el argumento esgrimido por los distintos representantes en contra de la propuesta del Reino Unido estaba constituido por la necesidad de aproximación entre el *common law* y el derecho continental.

Así, BONELL (Italia) sostenía que aceptar la propuesta del Reino Unido suponía una petrificación de las divisiones existentes entre el

<sup>37</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17.

<sup>38</sup> La propuesta, que no alteraba el artículo 13.1, modificaba, sin embargo, el apartado 2 de dicho precepto, estableciendo lo siguiente: «*Nevertheless, in cases not falling with paragraph (1) (b) of this article* [en el que se contemplan los casos asimilables a la comisión]:

(a) the principal may exercise the rights acquired on his behalf by the agent against the third party, subject to any defences which the third may have against agent, provided that he has first given notice to the agent and the third party of his intention to do so;

(b) the third party may exercise against the principal [once he has discovered the principal's identity] the rights which he has against the agent, subject to any defences which the agent may have against the third party, provided that he has first given notice to the agent and principal of his intention to do so [...].»

Es importante señalar que en los comentarios que el Reino Unido unía a su propuesta, observaba que en los casos de comisionista no debe permitirse la acción directa, puesto que ello contradice los términos del contrato; precisamente la contradicción con los términos del contrato constituye una de las excepciones a la teoría del *undisclosed principal*. La posible relación entre actuación en nombre propio y contradicción con los términos del contrato es un tema que está siendo objeto de la investigación que estamos realizando.

<sup>39</sup> KARSTEN: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 317.

*common law* y el *civil law*. Afirmaba igualmente que el artículo 13 «[...] *was the result of many years of work on the part of legal experts, including Common Law experts*». <sup>40</sup>

WIDMER (presidente del Comité) calificó de inaceptable la propuesta del Reino Unido puesto que implicaba una concesión recíproca entre el *common law* y el *civil law*: se permite la intervención en cualquier caso del *undisclosed principal*, a cambio de la prohibición de acción directa entre principal y tercero cuando nos encontremos ante un caso de comisión.

SWART<sup>41</sup> (Holanda) defendía la necesidad de exigir el cumplimiento de determinados requisitos para permitir la intervención del *undisclosed principal*, postura que seguía MAGNUSSON<sup>42</sup> (Suecia), para quien, de no ser así, se perdería el espíritu de compromiso entre los sistemas legales buscado en la CAISG.

Hay que destacar que el objeto de la votación relacionada con la propuesta de Reino Unido fue únicamente si debía o no exigirse el cumplimiento de determinados requisitos para permitir al *undisclosed principal* demandar al tercero y viceversa.<sup>43</sup> No se sometió a votación, sin embargo, el que no se admitiese la acción directa en ningún caso de comisión.

Por último, no queremos dejar de señalar un dato de suma importancia. Obsérvese que, mientras que el Reino Unido defendía la aplicación estricta de los principios del *common law* relativos a la *undisclosed agency*, los países de derecho continental no aceptaron la propuesta de prohibir siempre la acción directa en los casos de comisión (propuesta que aplica estrictamente los principios de la representación indirecta). Ello no debe sorprender, puesto que, tal y como apunta BONELL<sup>44</sup> y se recoge en el *Explanatory Report*,<sup>45</sup> puede observarse una tendencia de algunos países del sistema continental a difuminar la línea divisoria existente entre representación directa e indirecta, a través de sus códigos y de la jurisprudencia, especialmente en el ámbito de compraventa de bienes muebles.

<sup>40</sup> BONELL, «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 318.

<sup>41</sup> SWART, «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 318.

<sup>42</sup> MAGNUSSON, «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 319.

<sup>43</sup> Véase a este propósito la votación: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 319.

<sup>44</sup> Afirma en concreto que «taken as a whole, one can however speak of a growing tendency to blur, at least for certain purposes, the sharp line drawn between direct and indirect representation», BONELL, J.M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 734.

<sup>45</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 16.

Afirma por ello BONELL<sup>46</sup> que la solución adoptada por la CAISG puede considerarse un desarrollo de la evolución que vienen experimentando los sistemas continentales, más que una solución absolutamente nueva.

*b) Requisitos para el ejercicio de la acción directa: incumplimiento del agente*

En el *Explanatory Report*<sup>47</sup> se afirma que la acción directa en los supuestos II y III se otorga cuando así lo exigen los intereses en juego. La pregunta que surge inevitablemente es cuándo ha considerado la CAISG que dicha exigencia tiene lugar. La respuesta a la cuestión planteada la encontramos en los párrafos (a) y (b) del apartado 2.º del artículo 13: en virtud de lo dispuesto en ellos, es posible establecer la acción directa cuando el agente incumple o no está en posición de cumplir<sup>48</sup> frente al principal o frente al tercero.<sup>49</sup> En el primer caso, el principal puede exigir el cumplimiento de las obligaciones al tercero y, en el segundo caso, es el tercero quien puede demandar al principal.

No todos los intervinientes se mostraron de acuerdo con la elección de este requisito para el otorgamiento de efectos directos entre principal y tercero.

Así, KARSTEN<sup>50</sup> (Reino Unido) lo calificaba de muy incierto y criticaba la falta de claridad de las expresiones utilizadas en la CAISG, *fails to fulfil e is not in a position to fulfil*. MUCHUI<sup>51</sup> (Kenya) proponía incluso la eliminación de la segunda de dichas expresiones. Nótese que dicha eliminación (que no se llevó a cabo) habría implicado una restricción de los casos en los que es posible la acción directa entre tercero y principal, puesto que las expresiones utilizadas se refieren a supuestos distintos.

<sup>46</sup> BONELL, J. M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 737.

<sup>47</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 35.

<sup>48</sup> Nótese que la equiparación de la previsibilidad del incumplimiento con el incumplimiento en sentido estricto la encontramos recogida ya en el año 1980 en la *Convention on International Sale of Goods* (Viena 1980); véase a título de ejemplo el artículo 72.1 CISG, en el que se establece que: «Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto».

<sup>49</sup> Advertimos ya desde ahora que, para evitar una carga excesiva en el texto escrito, la utilización del término *incumplimiento* se realizará en sentido amplio, es decir, incluyendo tanto el caso de incumplimiento en sentido estricto como el de previsible incumplimiento.

<sup>50</sup> KARSTEN: «19<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 415.

<sup>51</sup> MUCHUI: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 326.

En el *Explanatory Report*<sup>52</sup> se establece que es requisito indispensable para la concesión de acción directa que la obligación del agente frente al principal o frente al tercero, según el caso, haya vencido. Obsérvese que, si bien este requisito se cumple en relación con la interpretación que se realiza de la expresión *fails to fulfil*,<sup>53</sup> no puede afirmarse lo mismo respecto de la expresión *is not in a position to fulfil*, en la que cabe incluir diversos casos que podemos extraer a partir de las intervenciones de los representantes de algunos países.

Así, BENNETT (Australia)<sup>54</sup> observaba que dicha expresión cubre los casos en los que, aun cuando el vencimiento de la obligación todavía no se ha producido, resulta notorio que el agente no va a cumplir.

Por su parte, VAN RENSBURG<sup>55</sup> (Suráfrica) propuso en varias de sus intervenciones la sustitución de la expresión *is not in a position to fulfil* por *will not in a position to fulfil*; para VAN RENSBURG, de hecho, el caso al que se refiere dicha expresión es el de insolvencia o quiebra del agente. El tercero, continuaba dicho representante, no entrega el precio o el bien, según el caso, al agente puesto que sabe que lo entregado no va a llegar al principal.

BONELL<sup>56</sup> (Italia) consideraba que, en el caso del incumplimiento del agente frente al tercero, la expresión *is not in a position to fulfil* alude al supuesto en el que el agente no puede cumplir frente al tercero porque el principal no le ha entregado el bien o los bienes al agente.

Por último, en los comentarios que Holanda<sup>57</sup> acompaña a una de sus propuestas, afirmaba que la expresión que venimos analizando se refiere al caso en el que el agente no tiene voluntad o es incapaz de cumplir.

Advertimos ya desde ahora que, tal y como tendremos ocasión de comprobar más adelante, los PECL regulan de manera similar, aunque no idéntica, los requisitos para la existencia de efectos directos entre tercero y principal en los casos que los propios PECL agrupan bajo la denominación «representación indirecta».

<sup>52</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

<sup>53</sup> En este sentido se expresaba también BENNETT (Australia): «19<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 416.

<sup>54</sup> BENNETT: «19<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 416.

<sup>55</sup> VAN RENSBURG: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321, «19<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 414.

<sup>56</sup> BONELL: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 326.

<sup>57</sup> «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 94.

### i) Incumplimiento frente al principal

Obsérvese que en el artículo 13.2 (a) se señala expresamente como posible causa del incumplimiento del agente frente al principal el incumplimiento del tercero frente al agente. Debe advertirse que en el texto presentado a debate por el comité de expertos que elaboró el borrador de la Convención no existía dicha referencia;<sup>58</sup> fue Australia<sup>59</sup> el país que impulsó su introducción. BENNETT<sup>60</sup> (Australia) explicó que los tribunales de su país difícilmente iban a considerar incumplimiento del agente lo que, en realidad, es incumplimiento del tercero; por ello, continuaba el representante de Australia, en este tipo de casos la acción del principal contra el tercero no iba a poder basarse en la CAISG, salvo que se introdujese la referencia expresa al incumplimiento del tercero.

Únicamente MOULY<sup>61</sup> (Francia) se mostró en desacuerdo con la propuesta de Australia, considerándola una complicación innecesaria.

Los demás países<sup>62</sup> aceptaron la referencia explícita al incumplimiento del tercero como causa del incumplimiento del agente frente al principal, pero algunos de ellos proponían la introducción de algunas modificaciones.

Así, en primer lugar, cabe destacar la discusión relativa al mantenimiento o eliminación de la expresión *is not in a position to fulfil*, que la propuesta de Australia contenía.<sup>63</sup> En efecto, en ella se establecía «where the third party has not fulfilled or **is not in a position to fulfil** his obligations under the contract to the agent [...]». Para SWART<sup>64</sup> (Holanda), dicha expresión cubría casos en los que el tercero no cumple frente al agente porque éste es incapaz de cumplir o no quiere cumplir frente al principal. FARNSWORTH<sup>65</sup> (EE.UU) compartía la observación de SWART. Por otra parte, para JOVANOVIC<sup>66</sup> (Yugoslavia), el principal

<sup>58</sup> Véase a este propósito «Text established by a UNIDROIT Committee of Governmental Experts which met in Rome from 2 to 13 November 1981», en *ULR*, 1983, I-II, p. 8.

<sup>59</sup> Véase «Observations and proposals by governments and international organisation», en *ULR*, 1983, I-II, p. 93.

<sup>60</sup> BENNETT: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 318.

<sup>61</sup> MOULY: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 320.

<sup>62</sup> Se mostraban de acuerdo sin añadir ningún tipo de observación Reino Unido y EE.UU, «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321.

<sup>63</sup> Véase «Observations and proposals by governments and international organisations on the draft convention and on the draft final provisions», en *ULR*, 1983, I-II, p. 93.

<sup>64</sup> SWART: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 320.

<sup>65</sup> FARNSWORTH: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321.

<sup>66</sup> JOVANOVIC: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 320.



sólo podría dirigirse al tercero cuando éste ni cumplierse ni estuviese en posición de cumplir; SWART<sup>67</sup> (Holanda) mostró su desacuerdo ante dicha propuesta puesto que, indicó, se trata de dos supuestos alternativos y no cumulativos. Finalmente la expresión *is not in a position to fulfil* fue eliminada.<sup>68</sup>

En segundo lugar, VAN RENSBURG<sup>69</sup> (Suráfrica) observaba que la carga de la prueba de la imposibilidad de cumplir del tercero no puede corresponder al principal.

Dicha observación, sin embargo, no se discutió, probablemente porque, tal y como señalaba en otro lugar FARNSWORTH,<sup>70</sup> en su calidad de presidente de la *Draft Convention*, la CAISG no se ocupa de cuestiones de carga de la prueba.

## ii) Incumplimiento frente al tercero

Lo primero que cabe destacar del debate que surgió entorno al artículo 13.2 (b) es que no se propuso la referencia expresa a que la causa del incumplimiento del agente estribase en el incumplimiento del principal; ello llama la atención si tenemos en cuenta la propuesta de Australia a la que nos hemos referido en el apartado anterior. Ésta fue la observación de GONDRA<sup>71</sup> (España), quien proponía una mayor coordinación entre el párrafo (a) y el (b) del artículo 13.2. Tanto BENNETT<sup>72</sup> (Australia) como MUCHUI<sup>73</sup> (Kenya) se mostraron en desacuerdo con la propuesta de GONDRA. A partir de la lectura del debate se deduce que para ambos países la introducción de la referencia expresa al incumplimiento del principal frente al agente implicaría introducir en la CAISG una cuestión relativa a las relaciones internas entre principal y agente, tema que excede del ámbito de aplicación de la CAISG.<sup>74</sup>

No queremos dejar de señalar la propuesta de Checoslovaquia,<sup>75</sup> puesto que implicaba una restricción significativa de los casos en los que

<sup>67</sup> SWART: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 322.

<sup>68</sup> «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 322.

<sup>69</sup> VAN RENSBURG: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321.

<sup>70</sup> Afirmó en concreto que «the intention of the drafters not to take up any position about the burden of proof remained unchanged», «18<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 408.

<sup>71</sup> GONDRA: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 325.

<sup>72</sup> BENNETT: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 325.

<sup>73</sup> MUCHUI: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 326.

<sup>74</sup> A este propósito el artículo 1.3 CAISG establece que «it is concerned only with relations between the principal or the agent on the one hand, and the third party, on the other».

<sup>75</sup> Véase «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 93.

el tercero pudiese dirigirse directamente contra el principal. En efecto, dicho país consideraba que debía constituir requisito necesario para permitir la acción directa que el principal se hubiese beneficiado de la gestión realizada por el agente.

Únicamente RIABIKOV<sup>76</sup> (Unión Soviética) se mostró de acuerdo con dicha propuesta. Los demás países que intervinieron se pronunciaron en contra; así, SWART<sup>77</sup> (Holanda) observaba que su aceptación implicaría otorgar una protección al principal a expensas del tercero. De hecho, tal y como observaba WIDMER<sup>78</sup> (presidente del Comité), la propuesta defendida por CUKER (Checoslovaquia) implica que cuando el agente celebra un contrato que no resulta ser beneficioso para el principal, se exime a éste de responsabilidad.

### *c) Dinámica de la acción directa*

Una vez analizados los requisitos exigidos por la CAISG para permitir la acción directa en los supuestos II y III, resulta necesario el estudio de las reglas de funcionamiento de dicha acción, reglas que deben tener en cuenta las circunstancias especiales de estos supuestos.

Dichas reglas, sistematizadas desde un punto de vista cronológico, son las siguientes: en primer lugar, la desvelación de la identidad del tercero al principal y viceversa, según el caso, por parte del agente (art. 13.4 y 5); en segundo lugar, la obligación de notificar la intención de ejercitar la acción directa al agente, por una parte, y al principal o al tercero según el caso, por otra (art.13. 3); y, en tercer y último lugar, el régimen de excepciones oponibles [art. 13.2 (a) y (b)].

A continuación serán analizadas separadamente cada una de estas reglas.

### **i) Obligación de desvelar la identidad**

A partir de la lectura de los apartados 4 y 5 del artículo 13 se deriva que no siempre el agente está obligado a desvelar al tercero la identidad del principal y viceversa.

Constituye requisito de aplicación de dicha obligación el que la causa del incumplimiento del agente estribe en el incumplimiento del sujeto cuya identidad se solicita (principal o tercero, según el caso).

Obsérvese que la principal cuestión que subyace en esta regla es la extensión del denominado *duty to disclose*; no sorprende, por ello, que precisamente ésta fuese una de las cuestiones que surgieron en el debate

<sup>76</sup> RIABIKOV: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 327.

<sup>77</sup> SWART: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 327.

<sup>78</sup> WIDMER: «11<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 327.

al afrontar la discusión de ambas reglas. Tanto para Holanda<sup>79</sup> como para Suráfrica,<sup>80</sup> la obligación de desvelar la identidad debía existir en cualquier caso, sin que tuviese que restringirse a los supuestos señalados en la CAISG. Nótese que, de seguir esta postura, el agente debería desvelar la identidad del principal o del tercero aun cuando el único responsable del incumplimiento fuese el propio agente.

En el *Explanatory Report*<sup>81</sup> se hace referencia al *duty to disclose* en estos casos pero únicamente en relación con el supuesto III, es decir, aquel en el que el agente se obliga a vincularse con el tercero. En el texto citado se nos informa de que la mayoría de las delegaciones se mostraban reticentes en relación con las consecuencias de la exigencia de un *duty to disclose* en cualquier caso, reticencia que era más acusada si la identidad que hay que desvelar es la del principal; en concreto podemos leer: «[...] It was argued that it was unclear why, in the case of paragraph 4, the agent acting in his own name should communicate the principal's name to the third party when the agent was himself at fault».<sup>82</sup> Se señalaba, además, que se trata de una cuestión relativa a las relaciones internas entre principal y agente y que la extensión del *duty to disclose* supone un perjuicio para la confidencialidad en la que se basa la comisión.

Por otra parte, BENNETT<sup>83</sup> (Australia) proponía la eliminación total de la obligación de desvelar la identidad del tercero o principal, según los casos, justificando su propuesta en la dificultad de ejecución en caso de incumplimiento. En concreto, afirmaba que en el *common law* dicha obligación es *unenforceable*. Para HÁFEZ<sup>84</sup> (Egipto), la eliminación era necesaria, salvo que se regulase la sanción aplicable en caso de incumplimiento. El resto de países,<sup>85</sup> sin embargo, se mostraban en desacuerdo con la propuesta de Australia. Incluso WIDMER<sup>86</sup> (presidente del Comité) observaba que resulta necesario establecer una responsabilidad legal en caso de incumplimiento aunque se trate de una *lex imperfecta*, es decir, de una norma imposible de ejecutar ante el incumplimiento del sujeto obligado.

<sup>79</sup> «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 96 y 97.

<sup>80</sup> VAN RENSBURG: «19<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 416.

<sup>81</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

<sup>82</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

<sup>83</sup> BENNETT: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335.

<sup>84</sup> HÁFEZ: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335.

<sup>85</sup> Véase «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335 y 336.

<sup>86</sup> WIDMER: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335.

Finalmente, los únicos cambios de redacción afectaron al párrafo 4, y fueron introducidos con el objeto de coordinarlo con el artículo 13.2.<sup>87</sup>

## ii) Obligación de notificar

La notificación prevista en el artículo 13.3 tiene como finalidad facilitar el funcionamiento de la acción directa. Nótese, en efecto, que, en principio, tanto el principal como el tercero deben cumplir frente al agente. El establecimiento de la acción directa implica que el sujeto frente al que deben cumplir es el tercero y el principal respectivamente. Para evitar que una vez que se ejercite la acción directa el demandado pueda alegar que ha cumplido frente al agente, se establece el sistema de notificaciones: así, quien desee ejercitar la acción directa deberá notificar al principal o al tercero, según el caso, por una parte, y al agente, por otra, que tiene intención de ejercitar dicha acción. A partir de la recepción de dicha notificación, el cumplimiento en cabeza del agente no libera al deudor.

Las cuestiones objeto de debate entorno al régimen de las notificaciones fueron fundamentalmente dos: en primer lugar, el Reino Unido<sup>88</sup> proponía añadir que, una vez recibida la notificación, el agente no podía ejercitar sus derechos contra el tercero. La finalidad de dicha propuesta, explicaba KARSTEN<sup>89</sup> (Reino Unido), era la protección del tercero, puesto que de este modo se impedía que fuese demandado simultáneamente por el principal y por el agente. La propuesta fue rechazada por muy poco margen de votos,<sup>90</sup> lo cual no debe sorprender, puesto que la diferencia entre el número de países que la apoyaba y el de países que se pronunciaba en contra era mínima. Así, a título de ejemplo, entre los países<sup>91</sup> que se mostraban de acuerdo, TERADA<sup>92</sup> (Japón) consideraba dicha propuesta como una clarificación. Sin embargo, para WIDMER<sup>93</sup> (presidente del Comité), la propuesta del Reino Unido no resolvía el problema que pretendía solucionar.<sup>94</sup>

<sup>87</sup> En concreto, se substituyó la expresión *breach of duty* por *because of the principal's failure of performance* y se modificó el comienzo reproduciendo las mismas expresiones que en el artículo 13.2 se utilizan: *where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil*. «19<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 417.

<sup>88</sup> «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 90.

<sup>89</sup> KARSTEN: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

<sup>90</sup> En concreto, por 12 votos contra 11 y dos abstenciones, «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

<sup>91</sup> Australia, Japón y España: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

<sup>92</sup> TERADA: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

<sup>93</sup> WIDMER: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

<sup>94</sup> En contra también se pronunciaban expresamente SEVON (Finlandia) y SWART (Holanda): «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

La única modificación que finalmente se introdujo fue la propuesta por GONDRA<sup>95</sup> (España), quien consideraba necesario establecer de manera más clara que la notificación constituye requisito indispensable para la posibilidad de una acción directa.

### iii) Excepciones oponibles

La regulación de las excepciones oponibles por el demandado (principal o tercero según el caso) resultaba imprescindible, debido a las especialidades de los supuestos que estamos tratando. Obsérvese, por una parte, que en el caso contemplado en el artículo 13.1 (a), el tercero inicialmente se representa el contrato como celebrado con el agente; el supuesto previsto en el artículo 13.1 (b), por otra parte, se caracteriza precisamente por la intención del agente de vincularse personalmente con el tercero. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el régimen de las excepciones oponibles.

La solución adoptada por la CAISG cambia en función del sujeto demandado: así, el tercero demandado por el principal puede oponer a éste las excepciones que podía haber opuesto al agente [art. 13.2 (a)], mientras que en el caso contrario el principal cuenta con las excepciones que él mismo podría oponer al agente y con las que éste podría esgrimir contra el tercero [art.13. 2 (b)].

La única cuestión que se discutió en relación con este punto concreto fue la planteada por Turquía; en concreto, sostenía dicho país que, para que la posición del tercero demandado y la del principal demandado se encontrasen equilibradas, resultaba necesario permitir a aquél esgrimir las excepciones que el agente pudiese oponer al principal.<sup>96</sup> Dicha propuesta no fue incorporada al texto final por varias razones.

Así, WIDMER<sup>97</sup> (presidente del Comité) observaba que la intención del comité de expertos al establecer las excepciones oponibles por el tercero demandado era la de colocarle en la misma posición que si hubiese sido demandado por el agente. Desde este punto de vista, continuaba WIDMER, no podía aceptarse la propuesta de Turquía, puesto que, ante una hipotética demanda del agente, el tercero demandado no puede esgrimir las excepciones oponibles por el agente al principal. También en el *Explanatory Report* se afronta dicha cuestión; además de la justificación apuntada por WIDMER, en él se señala además que permitir al principal

<sup>95</sup> GONDRA: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

<sup>96</sup> «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 95.

<sup>97</sup> WIDMER: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 328.

oponer las excepciones que tiene contra el agente tiene como finalidad posibilitarle oponer al tercero la compensación con el comisionista.<sup>98</sup>

#### d) Excepciones a la acción directa

En los apartados 6 y 7 del artículo 13 CAISG, se contemplan dos casos en los que, aun cumpliéndose todos los requisitos exigidos por el apartado 2 del mismo precepto para el establecimiento de acción directa entre agente y principal, ésta no es posible.

En primer lugar, la CAISG se refiere al supuesto en el que, a partir de las circunstancias del caso concreto, se deriva que el tercero, de haber sabido la identidad del principal, no habría celebrado el contrato. En segundo lugar, la CAISG contempla la posibilidad de que el agente, siguiendo las instrucciones expresas o tácitas del principal, acuerde con el tercero la derogación de todas o algunas de las disposiciones del artículo 13.2.

#### i) Falta de voluntad del tercero de contratar con el principal

El supuesto de hecho contemplado en el artículo 13.6 nos sugiere algunas reflexiones en las que nos detendremos brevemente antes de abordar las cuestiones que surgieron en el debate.

En primer lugar, cabe observar que se trata de una excepción referida únicamente al caso en el que es el principal quien interpone la acción directa contra el tercero; nótese, en efecto, que a quien trata de protegerse es a este último.

En segundo lugar, es importante señalar que probablemente los elaboradores de la CAISG se inspiraron en el *common law* a la hora de redactar el apartado que venimos analizando; de hecho, la teoría del *undisclosed principal*, en virtud de la cual en los casos de *undisclosed agency* se establecen efectos directos entre principal y tercero, está sometida a una serie de excepciones entre las que se encuentra precisamente el caso que la CAISG contempla en el artículo 13.6.<sup>99</sup>

En tercer y último lugar, cabe preguntarse qué razones de las posibles que puede aducir el tercero para no haber querido contratar justifican la aplicación del artículo 13.6. En el *Explanatory Report* encontramos algunos ejemplos en los que la excepción contemplada sería de aplicación. En concreto, se hace referencia a razones de competencia, a acuerdos de exclusiva, embargos internacionales o razones de seguridad comercial.

<sup>98</sup> A partir de la lectura del *Explanatory Report* se deduce que se trataba de una decisión tomada en 1972 por el Comité de Expertos que entre 1970 y 1972 elaboraron un primer borrador de la CAISG: «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

<sup>99</sup> Véase a este propósito MARKESINIS, B.L. y MUNDAY, R.J.C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 162. BOWSTEAD, W. y REYNOLDS, F.M.B.: *Bowstead & Reynolds on Agency*, 1996, p. 422, y TREITEL, G.H.: *The Law of Contract*, 1999, p. 674.

No todos los países integrantes de la CAISG acogieron favorablemente el apartado 6 del artículo 13. Así, Holanda<sup>100</sup> propuso incluso su eliminación, por considerarlo una complicación innecesaria. Su propuesta, sin embargo, defendida por SWART<sup>101</sup> en los debates, no fue aceptada. GONDRA<sup>102</sup> (España), sin proponer directamente su eliminación, mostraba una cierta reticencia; en concreto, apuntó que la aplicación del artículo 13.6 exigía llevar a cabo una *probatio diabólica*.

Por su parte KARSTEN<sup>103</sup> (Reino Unido), lejos de proponer su eliminación, sugería exigir como requisito de aplicación que el principal fuese consciente de la falta de voluntad del tercero de celebrar un contrato con él. A favor de la inclusión de dicho requisito se mostró JOVANOVIĆ<sup>104</sup> (Yugoslavia); sin embargo, MUCHUI<sup>105</sup> (Kenya) y PLANTARD<sup>106</sup> (Francia) calificaron la propuesta, que finalmente fue rechazada, de interesante pero demasiado complicada.

Por último no queremos dejar de señalar que en el texto elaborado por el comité de expertos existía una referencia al momento de la celebración del contrato, referencia que, siguiendo las pautas marcadas al debatir el artículo 12 y el artículo 13.1 (a), fue eliminada.<sup>107</sup>

## ii) Acuerdo en contra de la aplicación

Antes de entrar en el análisis del debate surgido entorno al apartado 7 del artículo 13, parece adecuado llamar la atención sobre dos cuestiones que el mismo suscita.

En primer lugar, cabe plantearse si es posible que el tercero acuerde con el agente la exclusión de efectos directos con el principal en el supuesto contemplado en el artículo 13.1 (a): obsérvese que en él, por hipótesis, el tercero desconoce que existe un principal. En el *Explanatory Report*<sup>108</sup> se responde afirmativamente a la cuestión planteada a través de un ejemplo que reproducimos: el tercero puede establecer en sus condiciones generales que, en los casos de *undisclosed agency*, el *undisclosed principal* no tendrá acción contra el tercero.

<sup>100</sup> «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 97.

<sup>101</sup> SWART: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 340.

<sup>102</sup> GONDRA: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 340.

<sup>103</sup> KARSTEN: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 340 y 341.

<sup>104</sup> JOVANOVIĆ: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 341.

<sup>105</sup> MUCHUI: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 341.

<sup>106</sup> PLANTARD: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 341.

<sup>107</sup> Véase «19<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 418.

<sup>108</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 38.

En segundo lugar, resulta interesante referirnos a una observación que encontramos en el *Explanatory Report*,<sup>109</sup> puesto que en ella se establece de manera implícita uno de los fundamentos de los efectos directos en los casos de *undisclosed agency* y de representación indirecta: en concreto, se dice que el acuerdo de exclusión de la acción directa siempre es posible puesto que una de las justificaciones de los efectos directos en los casos objeto de nuestro estudio es que el agente cede sus derechos contra el tercero al principal; el agente y el tercero, continúa el *Explanatory Report*, pueden excluir dicha cesión.

El punto que dio lugar a mayores discusiones en el debate relativo al artículo 13.7 fue la exigencia de que el acuerdo de exclusión de uno o varios de los efectos contemplados en el artículo 13.2 fuese llevado a cabo por el agente *de acuerdo con las instrucciones expresas o tácitas del principal*.

Tanto Holanda<sup>110</sup> como Checoslovaquia<sup>111</sup> proponían la eliminación de la referencia a las instrucciones del principal. Las razones aducidas en apoyo de dicha eliminación fueron fundamentalmente de dos tipos. La primera de ellas era que el término *instrucciones* hace referencia a la relación interna agente-principal, relación que queda excluida del ámbito objetivo de aplicación de la CAISG (art. 1.3).<sup>112</sup> En la misma línea, JOVANOVIĆ<sup>113</sup> (Yugoslavia) observaba que la finalidad de la CAISG no es proteger al principal de su agente. MUCHUI<sup>114</sup> (Kenya) consideraba, sin embargo, que la CAISG no puede ignorar totalmente las relaciones internas; en un sentido similar se expresaba VAN RENSBURG<sup>115</sup> (Suráfrica), quien consideraba que es imposible no tomar en cuenta las instrucciones internas cuando éstas afectan al ámbito externo (es decir, a la relación con el tercero). Para SWART<sup>116</sup> (Holanda), la cuestión de fondo iba más allá de las relaciones internas: según este autor, lo que subyacía era la posibilidad del agente de privar al principal de la acción directa contra el tercero.

<sup>109</sup> «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 38.

<sup>110</sup> «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 97. En el debate SWART retira dicha propuesta: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

<sup>111</sup> «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 97.

<sup>112</sup> En este sentido se expresaba CUKER (Checoslovaquia): «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 343.

<sup>113</sup> JOVANOVIĆ: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

<sup>114</sup> MUCHUI: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 343.

<sup>115</sup> VAN RENSBURG: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 343 y 344.

<sup>116</sup> SWART: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 343.



La segunda de las razones aducidas para la eliminación de la referencia a las instrucciones del principal era la protección del tercero: en concreto, se hacía referencia al caso en el que el agente acuerda con el tercero la derogación del efecto directo en los supuestos del artículo 13.2 sin que existan instrucciones expresas o tácitas del principal a este propósito. En estos casos el principal podría demandar al tercero, puesto que, tal y como afirma BONELL,<sup>117</sup> al no existir consentimiento del principal, no le afecta el acuerdo establecido entre el agente y el tercero. Ante la demanda sorpresiva del principal, observaba CUKER<sup>118</sup> (Checoslovaquia), el tercero debía ser protegido. La desprotección del tercero en estos supuestos fue puesta de relieve también por los representantes de otros países;<sup>119</sup> destaca la observación de KARSTEN<sup>120</sup> (Reino Unido), para quien se trata de una cuestión de protección de la confianza, puesto que el tercero al celebrar el acuerdo ha confiado en la apariencia de poder. Obsérvese que esta afirmación será cierta en la medida en que, del comportamiento del principal, se deduzca que ha dado su consentimiento al agente para celebrar el acuerdo de exclusión de los efectos directos.

No queremos dejar de hacer referencia al caso contrario, esto es, aquel en el que el principal ordena al agente que celebre con el tercero el acuerdo de exclusión de la acción directa y el agente no lo celebra. En el debate fue KARSTEN<sup>121</sup> (Reino Unido) quien planteó dicho supuesto. Las soluciones propuestas fueron de dos tipos: por una parte, el propio KARSTEN<sup>122</sup> respondía afirmando que en ese caso el principal demandado podría utilizar la vía de las excepciones oponibles al tercero. BONELL<sup>123</sup> (Italia) se mostraba de acuerdo con la solución de Reino Unido. Por otra parte, EVANS<sup>124</sup> (secretario general de la Conferencia) sostenía que, al tratarse de un caso en el que el agente no actúa dentro de los límites de la autorización, no se aplica el artículo 13, puesto que éste exige que el agente actúe «[...] *within the scope of his authority* [...]». En el mismo sentido se expresaba WIDMER<sup>125</sup> (presidente del Comité).

<sup>117</sup> BONELL, J. M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 738.

<sup>118</sup> CUKER: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

<sup>119</sup> Así MUCHUI (Kenya): «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

<sup>120</sup> KARSTEN: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 343.

<sup>121</sup> KARSTEN: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

<sup>122</sup> KARSTEN: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

<sup>123</sup> BONELL: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

<sup>124</sup> EVANS: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

<sup>125</sup> WIDMER: «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

Según BONELL,<sup>126</sup> la problemática que plantean los dos casos a los que acabamos de referirnos no ha sido adecuadamente resuelta en la CAISG; para dicho autor se debía haber establecido expresamente que la exclusión de la acción directa por acuerdo de dos de las partes (agente y principal o agente y tercero) es oponible a la otra (principal o tercero, según el caso) siempre que ésta haya otorgado su consentimiento expreso o tácito.

La propuesta de eliminación de toda referencia a las instrucciones del principal fue finalmente rechazada; obsérvese que en caso contrario el artículo 5 CAISG<sup>127</sup> habría tenido que ser modificado; en efecto, dicho precepto, que contempla la posibilidad de excluir la aplicación de la CAISG o de alguno de los efectos previstos en la misma, prevé que, de acordarlo el agente y el tercero, aquél debe contar con las instrucciones expresas o tácitas del principal.<sup>128</sup>

#### IV. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW*

Los PECL regulan la representación en el Capítulo III que se divide, a su vez, en tres secciones: una primera dedicada a las disposiciones generales, una segunda referida a la representación directa y una tercera en la que se regulan los efectos de la representación indirecta.

Tal y como adelantábamos al comienzo de la exposición, el estudio de los PECL que nos disponemos a realizar se llevará a cabo teniendo presente el análisis de la CAISG. Comprobaremos si las cuestiones que quedaron abiertas en el debate de su elaboración han sido resueltas y pondremos de relieve las similitudes y las diferencias que pueden apreciarse entre ambas regulaciones.

Puede afirmarse que la estructura básica de la regulación de los efectos de la actuación del agente en los PECL es muy similar a la que encontramos en la CAISG; por esta razón nos ha parecido conveniente seguir el mismo sistema de exposición que ha sido utilizado en el análisis de la CAISG, naturalmente adaptándolo a las particularidades que ofrecen los PECL.

<sup>126</sup> BONELL, J. M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 739.

<sup>127</sup> Dicho precepto establece lo siguiente: «*The principal, or an agent acting in accordance with the express or implied instructions of the principal, may agree with the third party to exclude the application of this Convention or, subject to article 11, to derogate from or vary the effect of any of its provisions*».

<sup>128</sup> En los debates hicieron esta observación DUCHEK (Austria) y WIDMER (presidente): «12<sup>th</sup> meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 344, respectivamente.

## A. Sistema de clasificación

Los PECL, a diferencia de lo que sucede en la CAISG, adoptan la terminología propia de los sistemas continentales a la hora de clasificar los supuestos de representación en función de los efectos; en el artículo 3.102<sup>129</sup> se habla, de hecho, de representación directa e indirecta, términos que encabezan las secciones 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del Capítulo III, respectivamente.

En una primera aproximación a los PECL, puede parecer que su sistema de clasificación de los supuestos de representación en función de los efectos de la actuación del representante es distinto al seguido en la CAISG; recuérdese, en efecto, que en ésta el elemento central de diferenciación es el conocimiento o desconocimiento por el tercero de la condición de agente. En los PECL, sin embargo, parece que aquello que distingue a la representación directa de la indirecta es si el agente, que celebra el contrato con el tercero por cuenta y con instrucciones del principal, actúa o no en nombre de éste;<sup>130</sup> en el primer caso nos encontraremos ante un supuesto de representación directa, mientras que en el segundo las reglas aplicables son las de la representación indirecta.

Obsérvese, sin embargo, que del mismo modo que la CAISG toma en cuenta de manera implícita el sistema de clasificación continental, podemos afirmar que los PECL no han ignorado totalmente el seguido por el *common law*; en efecto, en el artículo 3.102. (2) se incluye dentro de la representación indirecta el caso en el que el tercero no conoce ni tiene razón para conocer que el intermediario actúa como representante; nótese que se trata del supuesto que el *common law* denomina *undisclosed agency*.

La diferencia entre el sistema de clasificación de los PECL y el de la CAISG no es, pues, tan abismal como puede parecer: los supuestos que aquellos agrupan bajo la denominación de «representación indirecta» recuerdan a los contemplados en el artículo 13.1 (a) y (b) de la CAISG. Sin

<sup>129</sup> En él se establece lo siguiente:

«(1)Where an agent acts in the name of a principal, the rules of direct representation apply (Section 2). It is irrelevant whether the principal's identity is revealed at the time the agent acts or is to be revealed later.

(2) Where an intermediary acts on instructions and on behalf of, but not in the name of a principal, or where the third party neither knows nor has reason to know that the intermediary acts as an agent, the rules of indirect representation apply (Section 3)».

<sup>130</sup> A partir de la lectura de los comentarios oficiales, se deduce igualmente que el criterio de clasificación es el señalado. En ellos se dice que, en el supuesto de representación indirecta, el agente no actúa en nombre del principal ni expresa ni tácita ni aparentemente. Por esta razón, prosiguen los comentarios, el agente recibe el nombre de intermediario, LANDO, O. y BEALE, H.: *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, 2000, p. 320.

perjuicio de la similitud señalada, cabe observar algunas diferencias que a continuación trataremos de poner de relieve.

En el artículo 3.301.1 (a) PECL se contempla el caso de actuación del intermediario con instrucciones y por cuenta pero no en nombre de un principal; el artículo 13.1 (b) CAISG, por su parte, hace referencia al supuesto en el que el agente se obliga a vincularse con el tercero.

Tal y como se recordará, en la CAISG no se contempla expresamente el caso de la actuación del agente en nombre propio, pero se puede deducir implícitamente la referencia al mismo a partir de la remisión que realiza al caso del comisionista. Los PECL, aunque tampoco utilizan la expresión «en nombre propio», se aproximan de manera más evidente a la definición de representación indirecta propia del derecho continental; obsérvese que, tal y como puede leerse en el artículo 3.102.1 (a), las reglas de la representación directa se aplican cuando el representante actúa en nombre del principal.

El apartado 2 del mismo precepto [y más adelante en el artículo 3.301.1 (a)] se refiere al caso en el que el agente **no actúa en nombre del principal**. A partir de la interpretación conjunta de ambos preceptos, se deduce que el no actuar en nombre del principal se refiere tanto a los casos en los que expresamente el agente celebra el contrato en nombre propio como a aquellos en los que el agente nada expresa en relación con este punto.

Nótese, por otra parte, que, al igual que sucede en el artículo 13.1.(a) CAISG, en el caso contemplado en el artículo 3.301 (a) PECL, el tercero conoce la existencia del principal aunque el agente no actúe en su nombre, puesto que los supuestos de desconocimiento por el tercero de la condición de agente se encuentran incluidos en el artículo 3.301 (b).

Por lo que se refiere al supuesto del desconocimiento de la condición de agente por parte del tercero, cabe observar, en primer lugar, que en el artículo 3.301 (b) PECL, siguiendo la pauta iniciada en las discusiones de elaboración de la CAISG, no se hace ningún tipo de referencia al momento que debe tomarse en consideración para determinar si el tercero conoce o desconoce que existe un principal.

### *B. Efectos de la representación indirecta*

Al igual que en la CAISG, en la regulación de los PECL referente a los efectos de la representación indirecta, encontramos una regla general sometida a excepciones. Así se deriva a partir de la lectura del artículo 3.301, en virtud del cual:

«[...] The intermediary and the third party are bound to each other.

(2) The principal and the third party are bound to each other only under the conditions set out in articles 3.302 to 3.304».

A continuación examinaremos las condiciones establecidas en los preceptos a los que el artículo 3.301 nos remite.

### 1. *Supuestos de efectos directos*

Tal y como afirman DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., «los PECL también reconocen, en algunos casos, el interés del principal o del tercero en ejercitar de modo directo sus derechos».<sup>131</sup>

Sin perjuicio del análisis más detallado que realizaremos más adelante, podemos afirmar que, en términos generales, el supuesto en el que los PECL permiten efectos directos es, al igual que en la CAISG, el del incumplimiento del agente. Así, en los PECL, se recogen algunas de las interpretaciones que los representantes de algunos países habían propuesto en relación con una de las expresiones utilizadas en la CAISG (*is not in a position to fulfil*). En concreto, tanto en el artículo 3.302 como en el artículo 3.303<sup>132</sup> se recoge expresamente el caso de insolvencia del agente y aquel en el que, aun cuando no ha llegado el vencimiento de la obligación, es previsible el incumplimiento del agente.

Por lo que se refiere al supuesto en el que, llegado el plazo de vencimiento, el agente incumple, parece importante señalar que en los PECL se exige que dicho incumplimiento sea esencial,<sup>133</sup> requisito que no aparece en la CAISG. Además de esta diferencia, cabe destacar que en los PECL no se contempla expresamente el que la causa del incumplimiento del agente frente al principal estribe en el incumplimiento del tercero (vid. art. 3.302).

### 2. *Dinámica de la acción*

La dinámica de la acción directa, una vez que se dan las condiciones para que exista, es muy similar a la que encontramos en la CAISG. En efecto, también se contempla la obligación del agente de identificar al principal o al tercero, según el caso [art. 3.302 (a) y 3.303 (a)], así como la del futuro demandante (principal o tercero) de notificar su intención de interponer la acción directa.

<sup>131</sup> DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A.M.: *Los principios de derecho europeo de contratos*, 2002, p. 213.

<sup>132</sup> En concreto podemos leer: «*If the intermediary becomes insolvent, [...] or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non performance [...]*».

<sup>133</sup> Para determinar cuándo un incumplimiento es esencial para los PECL, véase el artículo 8.103.

La lectura de los PECL pone de relieve algunas diferencias con la regulación de la CAISG en lo que se refiere al tratamiento de la obligación de desvelar la identidad del tercero o del principal.

Así, llama la atención que en los PECL se contemple como una obligación absoluta del agente la de comunicar el nombre y la dirección del tercero al principal y viceversa, según el caso. Según la CAISG, el agente está obligado a ello únicamente cuando la causa de su incumplimiento frente al tercero o al principal estribe en el incumplimiento del principal o del tercero respectivamente. Recuérdese, sin embargo, que en los debates se propuso la regulación que encontramos en los PECL, propuesta que finalmente fue rechazada por una tendencia generalizada a restringir el denominado *duty to disclose*.

Cabe destacar, por otra parte, la referencia que encontramos en los comentarios oficiales<sup>134</sup> a una cuestión que surgió en el debate de elaboración de la CAISG.

Nos referimos al problema de la inejecutoriedad de la obligación que venimos analizando. Puede afirmarse que, al igual que sucede en la CAISG, se trata de una cuestión que sigue abierta. En los comentarios oficiales se alude en concreto a la dificultad de exigir una indemnización de daños y perjuicios al agente que no desvela la identidad requerida, dificultad que resulta aún más patente en los casos de insolvencia del agente.

### 3. Excepciones oponibles

El régimen de las excepciones oponibles por el demandado (tercero o principal) es el mismo que el previsto en la CAISG. En los comentarios oficiales se explica por qué razón el principal puede oponer al tercero no sólo las excepciones que el agente tenga contra éste, sino también las que el propio principal pueda oponer al agente. En concreto, en ellos se dice lo siguiente: «This is explained by the fact that the principal has a pre-existing underlying relationship with the intermediary, whereas the third party does not».<sup>135</sup>

### 4. Excepciones a la acción directa

Una de las diferencias más significativas que se observan al confrontar la CAISG y los PECL en lo que se refiere al objeto de nuestro estudio es que en éstos no se regula expresamente ningún caso en el que, aun

<sup>134</sup> LANDO, O. y BEALE, H.: *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, 2000, p. 222.

<sup>135</sup> LANDO, O. y BEALE, H.: *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, 2000, p. 224.

dándose los requisitos de aplicación de la acción directa, ésta no sea posible.

Así, en primer lugar, no se contempla el supuesto regulado en el artículo 13.6 CAISG, es decir, el caso en el que el tercero, de haber conocido la identidad del principal, no habría celebrado el contrato. Tal y como se apuntó anteriormente, en el *common law* se trata de un supuesto típico de excepción a los efectos directos en los casos de *undisclosed agency*; a este propósito cabe señalar que parte de la doctrina inglesa,<sup>136</sup> siguiendo la decisión del caso *Said vs. Butt*,<sup>137</sup> justifica esta excepción a los efectos directos afirmando que el contrato está viciado de error en la identidad de la parte contratante. Teniendo en cuenta dicha tendencia doctrinal, se plantea la posibilidad de que la excepción expresamente regulada en el artículo 13.6 CAISG se encuentre implícitamente contemplada en los PECL en la regulación del error (arts. 4103 y ss.).

En segundo lugar, los PECL no contemplan dentro de la sección dedicada a la representación indirecta la posibilidad del acuerdo de exclusión de los efectos directos contemplados, acuerdo que, tal y como se recordará, se encuentra regulado en el artículo 13.7 CAISG. Sin embargo, puede afirmarse que este acuerdo es posible conforme a los PECL, puesto que en el artículo 1.102 (2) se establece lo siguiente: «*The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles*».

Nótese que, al regularse la posibilidad de exclusión de los efectos previstos en los artículos 3.302 a 3.304 PECL, en las disposiciones generales, queda sin resolver una de las problemáticas más debatidas en las discusiones de elaboración de la CAISG, esto es, qué sucede en los supuestos en los que el agente celebra el acuerdo en contra de las instrucciones del principal o no lo celebra aun cuando el principal así se lo había indicado.

## V. CONCLUSIONES

El análisis de la CAISG y de los PECL que acabamos de realizar pone de relieve que es posible una aproximación entre la teoría de la representación indirecta y la de la *undisclosed agency*. Es importante destacar que se logra una síntesis entre ambas teorías sin que ello suponga el detrimento de una en favor de la otra.

<sup>136</sup> A título de ejemplo cabe destacar TREITEL, G. H.: *The Law of Contract*, 1999, p. 675, y BARNETT: «Squaring Undisclosed agency Law with Contract Theory», en *75 Cal. L. R.* 1980, p. 1991.

<sup>137</sup> (1920) 3 K. B. 497.

Tal y como se habrá podido comprobar, los PECL, si bien siguen la estructura básica de la CAISG, se alejan de ella a la hora de regular algunos aspectos concretos; a este propósito cabe recordar la mayor aproximación a los sistemas continentales en la clasificación de los supuestos, la falta de referencia expresa al incumplimiento del tercero como causa del incumplimiento o del previsible incumplimiento del agente frente al principal, el establecimiento del deber de comunicar el nombre y la dirección del principal o del tercero, según el caso, siempre que se cumplan las condiciones exigidas para la interposición de la acción directa, y, finalmente, la desaparición de la regulación (al menos de manera expresa) de los supuestos en los que es posible excluir la acción directa aun cumpliéndose los requisitos para ello.

Consideramos, sin embargo, que el camino de aproximación entre la teoría de la representación indirecta y la de la *undisclosed agency*, iniciado por la CAISG y seguido por los PECL, todavía no está completo; en efecto, aun cuando en éstos se resuelvan puntos que en la CAISG no quedaron suficientemente claros (como la determinación de los supuestos en los que, en caso de representación indirecta, es posible la acción directa), quedan cuestiones que en los PECL siguen exigiendo una regulación más precisa (como la resolución de la problemática relativa al incumplimiento del agente del *duty to disclose* o la determinación de las consecuencias de la celebración o no celebración del acuerdo de exclusión de los efectos previstos en los art. 3.302 a 3.304 PECL por parte del agente en contra de lo indicado por el principal).

Son algunas de las conclusiones que pueden extraerse en esta primera aproximación a un tema cuya complejidad e interés exige un estudio más amplio y detallado. En esta comunicación hemos querido plantear los principales aspectos que serán objeto de la investigación que estamos realizando en el marco más amplio de la representación indirecta.

## BIBLIOGRAFÍA

«Diplomatic Conference for the adoption of the Unidroit Draft Convention on Agency in the International Sale of Goods, Geneva 31 January-17 February 1983- Acts and Proceedings», en *Uniform Law Review*, 1983, I-II. [cit.: *ULR*, 1983, I-II].

BARNETT, R.E.: «Squaring Undisclosed Agency Law with Contract Theory», en *75 California Law Review*, 1987, pp. 1969 a 2002.

BONELL, J. M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, pp.717 a 749.



BOWSTEAD, W. y REYNOLDS, F.M.B: *Bowstead & Reynolds on Agency*, London, 1996.

BRADGATE, R. y SAVAGE, N.: *Business Law*, London, 1993.

DE CASTRO, F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.

DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el derecho privado*, Madrid 1992.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.; MORALES MORENO, A.M. y ROCA TRÍAS, E.: *Los principios de derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

MARKESINIS, B.L. y MUNDAY, R.J.C.: *An Outline of the Law of Agency*, London, 1998.

LANDO, O. y BEALE, H.: *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, The Hague, 2000.

SCHULZER, R. y ZIMMERMANN, R.: *Textos básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación*. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther ARROYO I AMAYUELAS. Barcelona, Madrid, 2002.

TREITEL, G.H.: *The Law of Contract*, London, 1999.

ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998.



# **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)**

**M. ROSA LLÁCER MATA CÁS**

*Professora titular de Dret Civil a la Universitat de Barcelona*

### **SUMARI**

---

1. EL CONCEPTE DE CONFORMITAT EN LA DIRECTIVA 44/1999/CE I LA SEVA EXTRAPOLACIÓ A MATÈRIES ALIENES AL CONSUM 1.1. La Directiva 44/1999/CE com a norma de consum 1.2. La conformitat en altres àmbits del dret privat: compravenda de mercaderies i principis de dret contractual europeu  
2. LES QUALITATS DE L'OBJECTE DE LA PRESTACIÓ, ENTRE EL COMPLIMENT CONTRACTUAL I EL CONTROL CAUSAL 3. CARACTERÍSTIQUES DE L'OBJECTE I COMPLIMENT 3.1. Integració de l'oferta, fixació del contingut contractual i integració de l'objecte: la celebració del contracte en dret de consum 3.2. La configuració jurisprudencial de l'objecte: la insuficiència del sanejament per vicis ocults i l'incompliment per inhabilitat funcional de l'objecte 3.3. La configuració legal de l'objecte: la conformitat i les seves conseqüències 3.3.1. La configuració de l'objecte en la LCU 3.3.2. La conformitat en la Directiva 44/1999/CE 4. EL TRASLLAT DE LA CONFORMITAT AL DRET CIVIL GENERAL 4.1. Uniformitat i divergències en el context del dret privat estatal 4.2. L'especificitat de les transaccions entre particulars i la perspectiva uniformadora dels projectes europeus 4.2.1. Pautes per a una anàlisi 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 4.2.3. La pretesa obligació d'informar 4.2.4. Compliment, risc i conformitat 4.2.5. El règim de responsabilitat contractual 4.2.6. L'adaptació dels recursos contra el deutor

## **1. EL CONCEPTE DE CONFORMITAT EN LA DIRECTIVA 44/1999/CE I LA SEVA EXTRAPOLACIÓ A MATÈRIES ALIENES AL CONSUM**

### ***1.1. La Directiva 44/1999/CE com a norma de consum***

A ningú no escapa que una bona part del dret privat europeu és dret de consum. Així es fa palès a la Comunicació de la Comissió Europea al Consell i al Parlament sobre dret contractual europeu [Brussel·les, 11.07.2001, COM (2001) 398 final]. El seu annex I reflecteix la seva

importància i la implicació de matèries més generals però amb un clar component protector, com la responsabilitat per danys causats per productes defectuosos, el comerç electrònic, els serveis financers i l'ús de les dades personals en les comunicacions comercials.

Les normes de protecció dels consumidors representen un substrat comú aprofitable per a la construcció del dret civil si les despollem de les seves connotacions tuitives. Però aquesta convergència amb els conceptes civils no sempre es dona i la Directiva 1999/44/CE ho demostra, en l'ordenament espanyol, pel que fa al concepte de conformitat. Aquesta norma articula els recursos de l'adquirent de béns de consum defectuosos sobre el concepte de conformitat i alhora repercuteix sobre la noció de compliment i les seves conseqüències.

Es tracta d'una directiva de consum, és a dir, preveu un segment concret de subjectes: aquelles transaccions que es fan entre un professional i un consumidor. Ara bé, el concepte de conformitat excedeix el dret de consum: l'ordenament espanyol ja el regulen les compravendes internacionals de mercaderies i també és apte per identificar situacions on la cosa lliurada no reuneix les qualitats esperables, però que no representen lliurament de cosa diferent de la pactada. És sabut que el dret de consum s'ha construït sobre el dret general amb una connotació tuitiva, és a dir, amb la finalitat de protegir la part contractual feble, destinatària final del producte o servei, davant la part experta en coneixements sobre el producte i modalitats de contractació, que posa en circulació l'esmentat bé o servei.

La Directiva 1999/44/CE té, doncs, un potencial que ultrapassa el seu títol i amb la mateixa directiva seguim un camí invers a l'habitual: si el dret de consum representa una especialització o matisació del dret general protectora del consumidor, en aquest cas ens trobem davant una institució que pressuposa conceptes no consolidats en el dret general, però en expansió sota l'impuls dels projectes europeus de dret de la contractació. En efecte, sense parlar de conformitat, els Principis de dret contractual europeu i el Codi europeu de la contractació inclouen les qualitats en l'àmbit del compliment contractual, d'on deriven els mateixos remeis que la directiva proposa. En definitiva, en el context europeu no sembla que s'hagi de provocar cap divorci entre lleis de consum, dret mercantil i dret civil o general.<sup>1</sup>

Però la unitat dogmàtica i sistemàtica pot resultar difícil en els ordenaments dels Estats membres. En dret espanyol cal analitzar la futura

<sup>1</sup> S. CÁMARA LAPUENTE es mostra partidari de no duplicar esforços i d'extraure principis comuns dels treballs sobre codificació del dret contractual europeu i de les disposicions comunitàries de consum. Vegeu *Communication on European Contract Law*, resposta a la Comunicació de la Comissió de les Comunitats Europees al Consell i al Parlament Europeu sobre dret contractual europeu, p. 9-10.

unitat del dret contractual i si és oportú importar la noció de conformitat al camp civil. Segons el meu punt de vista, és un pas necessari, sempre que no es perdi de vista que manipulem un concepte sense un encaix fàcil en estructures heretades del dret romà i se'n ponderi l'aplicació.<sup>2</sup> Segurament és per això que el Projecte de Llei 121/000117, sobre garanties en la venda de béns de consum,<sup>3</sup> es planteja com una norma aïllada, modificativa només del dret de consum. En efecte, la seva disposició addicional única fa incompatibles les accions derivades de la futura llei amb les derivades del sanejament per vicis ocults en la compravenda. És cert que el projecte supera àmpliament la protecció del Codi civil. Però, a més, es tracta de sistemes incompatibles: els defectes o bé són incompliment o bé deriven cap al sanejament; però en tot cas ha arribat el moment d'aclarir-ne el règim.<sup>4</sup> Si la supletorietat dels art. 1484 i s. del Codi civil (art. 4.3 CC) es veta, cal entendre que es manté pel que fa a l'incompliment (cfr. art. 1101-1124 CC)? Però aleshores no és lògic mantenir un doble règim en la compravenda civil.

## *1.2. La conformitat en altres àmbits del dret privat: compravenda de mercaderies i principis de dret contractual europeu*

Si en l'àmbit del dret civil europeu existeixen propostes de codificació dels contractes, el dret de consum presenta el contrast d'un desenvolupament material considerable (per voluntat política de desenvolupar una base comunitària) que no es reflecteix en textos unitaris.<sup>5</sup> Continua progressant a ritme de directives i reglaments, tot i que es perfila la intenció d'aglutinar els principis a l'entorn de directives marc,

<sup>2</sup> Idea que traspua en el pròleg de José Luis DE LOS MOZOS al *Contract Code, proyecto redactado por encargo de la Law Comission inglesa*, per Harvey MCGREGOR, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, amb traducció i nota preliminar de J.M. DE LA CUESTA SÁENZ i C. VATTIER FUENZALIDA (p. 17). Vegeu també la *Comunicación sobre derecho contractual europeo* de C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ a la Comunicació de la Comissió de les Comunitats Europees al Consell i al Parlament Europeu sobre dret contractual europeu.

<sup>3</sup> BOPC, núm. 117-1, de 31 d'octubre de 2002.

<sup>4</sup> En aquest sentit, J. GHESTIN destaca que la Convenció de Viena realitza una síntesi de la garantia (o sanejament) per vicis ocults i les sancions de l'obligació de lliurament: *Conformité et garantie dans la vente (produits mobiliers)*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 220.

<sup>5</sup> Vegeu *Compilation annotée du Droit Européen de la Consommation, établie par l'UCL (F. MANIET) à la commande de la Commission Européenne (31-3-1998)*, p. 1703, i la proposta impulsada per F. OSMAN en el col·loqui *Vers un Code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union Européenne*, Lyon, les 12 et 13 décembre 1997, Bruxelles, 1998.

desplegadas per directives específiques (Llibre verd sobre la protecció dels consumidors a la Unió Europea, presentat per la Comissió).<sup>6</sup>

Els projectes de dret europeu de la contractació situen la manca de conformitat en l'àmbit de l'incompliment. Es tracta d'una visió pròpera al *common law*, on el paràmetre de l'incompliment el proporciona el contracte com un tot.<sup>7</sup> En els principis de dret europeu de la contractació, les qualitats de l'objecte o bé deriven d'una declaració explícita (entre les quals se situa la publicitat i la informació donada pels professionals, art. 6:101 PECL) o bé són implícites (clàusules que deriven de la intenció de les parts, de la naturalesa i finalitat del contracte i de la bona fe, art. 6:102 PECL). Allò que s'espera raonablement del contracte segons paràmetres de bona fe és, en definitiva, exigible (cfr. art. 1:302 PECL).<sup>8</sup> Així, l'art. 6:108 PECL parla de la "qualitat de l'execució" i precisa que, a manca d'estipulació sobre la qualitat, el deutor ha d'oferir una execució que almenys sigui de qualitat mitjana. Coherentment, la manca de qualitats constitueix una inexecució essencial, tant si s'incompleix una declaració explícita com si es priva substancialment el creditor d'allò que té dret a esperar del contracte (art. 8:101 i 8:103 PECL).<sup>9</sup> L'incompliment dóna dret a exercir diversos mitjans previstos al capítol 9 PECL. L'art. 9:102 preveu el dret a reclamar el compliment *in natura*, incloent-hi la correcció del compliment defectuós, de suspendre el compliment (art. 9:201 PECL), de

<sup>6</sup> Vegeu les línies proposades pel Llibre verd sobre la protecció dels consumidors a la Unió Europea (Brussel·les, 2-10-2001, COM (2001) 531 final) i la Comunicació de seguiment de la Comissió (Brussel·les, 11-6-2002, COM (2002) 289 final).

<sup>7</sup> Vegeu MCGREGOR, Harvey: *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, amb traducció i nota preliminar de J.M. DE LA CUESTA SÁENZ i C. VATTIER FUENZALIDA. Entén l'autor que l'incompliment substancial depèn de la naturalesa i els efectes del contracte i no de l'estipulació infringida. L'art. 301 preveu la manca de prestació: "La parte de un contrato que deja de cumplir por completo cualquier obligación que le incumbe o la cumple tardíamente o sólo en parte, o de cualquier otro modo que no se ajuste a sus obligaciones, incurre en incumplimiento del contrato". Indica MCGREGOR: "El más sencillo ejemplo de incumplimiento lo constituye el incumplimiento total. Sin embargo, tales incumplimientos no constituyen el tipo más común: mucho más a menudo provendrán de una prestación defectuosa, una prestación que no satisface lo prometido o lo requerido de acuerdo con alguna obligación contractual", per acabar afirmant: "No puede decirse que exista una radical diferencia entre el incumplimiento total y el incumplimiento defectuoso".

<sup>8</sup> Vegeu la definició de *non performance* que es dóna en l'art. 1:301 PECL, segons el qual: "Denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract".

<sup>9</sup> Vegeu LANDO, Ole i BEALE, Hugh (ed.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II combined and revised*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 359.

resoldre el contracte (art. 9:301 PECL), de reduir el preu de la prestació (art. 9:401) i de demanar la indemnització per danys i perjudicis, que, en cas de demanar la reducció del preu, no poden contenir els danys per disminució del valor de la cosa (art. 8:102, art. 9:401.3 i art. 9:501 i s. PECL).

La reacció contra la prestació defectuosa equival a la posada en conformitat i comprèn la correcció de la prestació (reparació, substitució per cosa de qualitat exigible), la resolució del contracte, la reducció del preu i la indemnització. És prou evident que s'emprèn el tractament de l'anomenada garantia (cfr. art. 1641 i s. Codi francès) o sanejament (art. 1484 i s. Codi civil espanyol) des d'una perspectiva conjunta, integrada en l'incompliment.

L'Avantprojecte de Codi europeu dels contractes, redactat per l'Acadèmia de privatistes europeus amb seu a Pavia i coordinat per G. GANDOLFI, segueix una línia similar.<sup>10</sup> El seu art. 32 preveu les clàusules implícites: forma part del contingut contractual i és exigible tot el que deriva de la bona fe o de la voluntat tàcita de les parts, sobre la base de les relacions negocials anteriors, de les negociacions, de les circumstàncies i dels costums generals i locals. Tenim incompliment contractual sempre que es verifiqui una situació diferent d'aquella que *podem tenir* per promesa (art. 89 CEC). I allò que es pot esperar lícitament del contracte comprèn lliurar-ne l'objecte en el temps i lloc previstos, comprèn *l'aliud pro alio* en sentit estricte (cosa diferent de la pactada), així com el lliurament de cosa defectuosa (art. 92 CEC). El CEC ofereix la possibilitat d'esmenar l'incompliment (sense perjudici d'haver de respondre pels danys i perjudicis, art. 116 i 162.4 CEC) si el creditor accepta o el jutge autoritza la reparació o el lliurament d'una cosa diferent o si el creditor exerceix la facultat de reduir el preu en consideració al menor valor. El deutor que lliura cosa defectuosa incompleix (per això l'obligació d'indemnitzar, art. 92.1 CEC), però pot actuar per recuperar l'interès del creditor, cosa que el mateix creditor pot exigir per mitjà d'una acció de compliment (en definitiva, posada en conformitat, art. 111 a 113 CEC). Només quan l'incompliment és d'importància notable (art. 107 CEC: comporta un perjudici que priva substancialment el creditor d'allò que podia esperar del contracte) es pot demanar la resolució del contracte (art. 114 CEC).

Naturalment aquests projectes no desconeixen una norma que també és dret espanyol: la Convenció de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies (Viena, 11 d'abril de

<sup>10</sup> Vegeu *Code Européen des contrats. Avant-projet. Livre premier. 1*, coordonnateur Giuseppe GANDOLFI, Milano, 2001.

1980), ratificada per Espanya el 1991 (BOE núm. 26, de 30 de gener), d'ara endavant CV. Aquest text usa el concepte de conformitat i obliga el venedor a lliurar mercaderies amb les qualitats, quantitat i tipus que corresponguin als estipulats al contracte (art. 35.1). L'art. 35.2 CV conté unes presumpcions de manca de conformitat on destaquem que les mercaderies siguin aptes per als usos als quals normalment es destinin les mercaderies del mateix tipus. Aquesta conformitat no deriva del pacte, sinó de les qualitats normals de les coses. Les qualitats configuren el contingut de la prestació exigible pel comprador i generen responsabilitat en el venedor (cfr. art. 45 CV). En definitiva, els defectes defrauden les expectatives posades en el compliment, generen un trencament contractual i la consegüent responsabilitat.<sup>11</sup> Aquesta conformitat es predica de contractes entre professionals però la retrobem a la Directiva 1999/44/CE (art. 1.2.c).

## 2. LES QUALITATS DE L'OBJECTE DE LA PRESTACIÓ, ENTRE EL COMPLIMENT CONTRACTUAL I EL CONTROL CAUSAL

De forma prèvia a qualsevol consideració, hauríem de tenir present que el concepte de conformitat representa un canvi estructural important, ja que insereix definitivament el règim dels productes defectuosos en l'àmbit de l'execució contractual. L'obligació del venedor recau sobre un objecte útil: la manca de vicis se situa en la determinació de l'objecte contractual i, per consegüent, el defecte comporta l'incompliment. Tal com veurem, aquesta opció representa la cloenda d'una construcció jurisprudencial que ha corregit la interpretació estricta dels art. 1166 i 1124 CC. Aquesta interpretació estricta, que només predica l'incompliment de *l'aliud por alio* (pensem en lliurament de cosa específica diferent de la pactada), casa perfectament amb la catalogació del sanejament com a norma causal, aplicable a qualsevol contracte oneros i que permet recuperar l'economia del contracte alterada per la presència del defecte, adequant el preu al seu valor o rescindint el contracte (art. 1486.1 CC).<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Vegeu MORALES MORENO, A. M.: Comentari a l'art. 35: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. per L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Madrid, Civitas, 1998, p. 287; LLÀCER MATAÇÀS, M.R.: "La responsabilidad del vendedor de cosa defectuosa: la transposición de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo", *Carta Mercantil*, núm. 26, juliol de 2001, p. 5; AVILÉS GARCÍA, J.: "Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas", *RCDI*, 2000, núm. 661, p. 2793.

<sup>12</sup> He sostingut aquesta visió en el meu treball *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, J.M. Bosch, 1992, p. 157 i s.



El que interessa destacar en aquest moment és que el negoci canalitza una cosa i la fa objecte d'una obligació, però no és apte per modificar la realitat: per tant, el pacte de lliurar una cosa específica es compleix lliurant-la efectivament, sense que el venedor que la desconeix pugui transformar-la i convertir-la en una cosa sana.<sup>13</sup> En aquest sentit, obligar-se a lliurar una cosa sense defectes és obligar-se a l'impossible i equival a assumir posteriorment les conseqüències econòmiques d'un fet inevitable. Així doncs, l'objecte es determina amb criteris objectius (la seva ubicació en el lloc i l'espai) i, un cop complerta l'obligació, entra en joc el sanejament. Aquest remei posterior es planteja en termes econòmics i de tipicitat, en definitiva causals (art. 1484, 1541 i 1553 CC, en contrast amb l'art. 638 CC). Una altra forma d'introduir les qualitats en el contracte podria ser la representació comuna d'un objecte sense vicis (pressuposició comuna o base del contracte).<sup>14</sup> Però el sanejament del Codi civil tampoc no reposa en la pressuposició.

Tot i així, el tecnicisme dogmàtic no sempre afavoreix els interessos dels perjudicats. En primer lloc, el sanejament presenta una deficiència en el termini d'exercici que li resta operativitat. Per altra banda, existeixen professionals a qui es pot exigir més que al simple particular i que estan en condicions d'informar el client, d'examinar el producte i d'assumir responsabilitats si no té les característiques que el client pot esperar raonablement. En definitiva, el compliment del contracte inclou tot allò que esdevé exigible: el lliurament de la cosa en les condicions pactades o esperables. Torna a aparèixer la importància de la configuració de l'objecte contractual, que ja no és una incidència apareguda després del compliment, sinó que l'integra. Les conseqüències es comencen a perfilar: l'acció de compliment haurà de comprendre quelcom més que la pretensió d'entrega íntegra i s'estendrà a la substitució i a la reparació i fins i tot a la reducció del preu si el comprador accepta un compliment defectuós. I inclourà la reparació dels perjudicis.<sup>15</sup>

Queda en evidència el tracte diferent de la venda entre particulars, on la posició del comprador continua sent deficient. Naturalment, no es pot exigir el mateix al venedor particular. Però, dit això, cal plantejar-se si la llei civil ha de quedar al marge de l'evolució del dret de consum i del dret

<sup>13</sup> El règim de les coses genèriques s'assimila al de les específiques un cop són especificades. Nogensmenys, es pot jugar amb un terme més o menys flexible de comprovació.

<sup>14</sup> Vegeu LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, traducció i estudi preliminar de C. Fernández Rodríguez, Madrid, 1956.

<sup>15</sup> Cfr. disposició addicional única de l'esmentat Projecte de Llei sobre garanties en la venda de béns de consum, paràgraf 2: "En todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad".

mercantil internacional en un aspecte tan rellevant com la determinació de l'objecte contractual i el compliment. Si l'ordenament és una unitat, la importació del concepte de conformitat provoca una alteració estructural: tant en el mateix camp de consum i mercantil (perquè el sanejament deixa de tenir sentit i es prescindeix del control causal) com en el camp civil (que és l'ordenament general aplicable supletòriament).<sup>16</sup>

### 3. CARACTERÍSTIQUES DE L'OBJECTE I COMPLIMENT

Existeixen diversos punts de partida per determinar les qualitats de l'objecte i considerar complert el contracte. La configuració de la prestació prové del pacte o de la llei. Fora de les estipulacions establertes lliurement per les parts, la llei pot intervenir de forma protectora en la fase de celebració, bé integrant l'oferta (fixant, entre altres, les característiques del bé o servei), bé configurant obligatòriament el contingut contractual. La llei també pot intervenir directament sobre les propietats de l'objecte i predeterminar les que normalment ha de reunir i que l'adquirent pot esperar.<sup>17</sup> La intervenció legal sobre la celebració del contracte s'ha desenvolupat sota l'impuls del dret de consum i forma part dels seus trets definitoris. La integració de l'objecte també abasta el dret general, tal com ho demostra la jurisprudència civil. La perspectiva s'unifica en l'art. 8.1 LCU, que fa exigibles: el contingut de l'oferta, promoció o publicitat, les prestacions pròpies de cada producte i les condicions ofertes. Aquests trets definitoris es completen amb una diligència qualificada en la formació del contracte de consum, que es tradueix en l'obligació d'informar.

#### 3.1. *Integració de l'oferta, fixació del contingut contractual i integració de l'objecte: la celebració del contracte en dret de consum*

No només existeix un principi general d'integració publicitària i exigibilitat de tot allò que constitueixi un contingut informatiu (cfr. art. 8.1 princ. LCU o art. 3.2 RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protecció

<sup>16</sup> P. RESCIGNO apunta, en la seva *Comunicazione sul Diritto contrattuale europeo*, la Comunicació de la Comissió de les Comunitats Europees al Consell i al Parlament Europeu sobre dret contractual europeu: "La promozione di un complesso di principi comuni, che favorisca una crescente convergenza degli ordinamenti nazionali si rivela, a ben guardare, strumento non sufficiente. Più utile appare, ed è del resto risultato già attinto nelle proposte di revisione, il superamento di concetti (e di pregiudizi) tipici di specifiche aree culturali, come è a dire della nozione di causa dell'ambiente romanistico e della consideration propria del pensiero di common law".

<sup>17</sup> Sobre la integració en sentit ambivalent, vegeu BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R.: "La defensa contractual del consumidor en la LCU", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 182-183.

dels consumidors quant a la informació que s'ha de subministrar en la compravenda i l'arrendament d'habitatges). El nivell d'exigibilitat queda reforçat per la configuració legal de la informació que ha de proporcionar el professional i que, entre altres aspectes de la prestació, comprèn les qualitats i circumstàncies de la cosa deguda. S'aprecien diversos nivells: el deure d'informar se satisfà bé posant les dades a disposició del públic (cfr. art. 4 i 5 RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protecció dels consumidors quant a la informació que s'ha de subministrar en la compravenda i l'arrendament d'habitatges), bé editant fullets informatius que cal lliurar a qualsevol interessat que sol·liciti informació (art. 8.1 i 2 i 9.4 Llei 42/1998, de 15 de setembre, sobre drets d'aprofitament per torns de béns immobles d'ús turístic i normes tributàries). No obstant això, la intensitat amb què les directives –i la seva transposició– preveuen la informació i els efectes de l'incompliment són bastant divergents i, de cara al futur, la Unió Europea considera convenient aplicar la tècnica de la directiva marc i unificar la matèria.<sup>18</sup>

La informació és inseparable del deure general de veracitat i objectivitat, de manera que la fase precontractual s'impregna del deure d'informar i de fer-ho amb un nivell de diligència alt, propi del perit (cfr. art. 1104.1 CC; art. 8.1 princ i art. 13 LCU, art. 16 Llei catalana 24/1991, de 29 de novembre, de l'habitatge).<sup>19</sup> La diferència és gran amb la regulació estrictament civil, que només dóna rellevància al dol *in contrahendo* o al fet de silenciar aspectes de l'objecte contractual que es coneixen, que genera la indemnització de danys i perjudicis (art. 1270.3, 1486.2 i 1752 CC). En canvi, quan la negligència o el dol incideixen directament en l'incompliment contractual, la indemnització es fonamenta en l'art. 1101 CC (pensem en qui no informa i es posa ell mateix en situació d'incomplir o qui no esmerça la diligència exigible a promoure el compliment, art. 1104 CC).

<sup>18</sup> Vegeu la Comunicació de seguiment de la Comissió (Brussel·les, 11-6-2002. COM (2002) 289 final), pàg. 19: "Una directiva marco deberá garantizar la transparencia de los hechos principales como las sanciones ocultas o las cargas o restricciones sobre los bienes o servicios que puedan tener un efecto importante sobre la decisión del consumidor (...). La directiva marco podrá imponer a los comerciantes la obligación de facilitar a los consumidores toda información que pueda tener una influencia sobre su actitud o su decisión en lo que respecta a sus servicios". Vegeu també la fórmula oberta amb què preveu les sancions l'art. 10 de la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialització a distància de serveis financers.

<sup>19</sup> Art. 3.1 RD 515/1989, de 21 d'abril, sobre protecció dels consumidors quant a la informació que s'ha de subministrar en la compravenda i arrendament d'habitatge: "La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma".

Així mateix, el contingut contractual pot quedar directament configurat a través de continguts mínims fixats per la llei (art. 40 LOCM, art. 6.2 Llei 7/1995, de 23 de març, de crèdit al consum, art. 9.1 i 2 Llei 42/1998, de 15 de setembre, sobre drets d'aprofitament per tornos de béns immobles d'ús turístic i normes tributàries, art. 7 Llei 28/1998, de 13 de juliol, de venda a terminis de béns mobles). Aquesta predeterminació també comprèn disposicions subsidiàries o interpretatives (art. 18 Llei catalana 24/1991, de 29 de novembre, de l'habitatge).

Tema a part són les conseqüències directament vinculades amb la inobservança d'aquestes obligacions legals, que inclouen la indemnització per dèficit informatiu o manca de veracitat o la resolució del contracte.<sup>20</sup>

### 3.2. *La configuració jurisprudencial de l'objecte: la insuficiència del sanejament per vicis ocults i l'incompliment per inhabilitat funcional de l'objecte*

El sanejament per vicis ocults en el Codi civil és una norma causal, pròpia dels contractes onerosos. La seva finalitat és la recuperació de l'economia del contracte a través de la rebaixa del preu o la rescissió. La causa onerosa designa l'estructura típica contractual per la qual una part s'obliga a donar, a fer o a deixar de fer (o realitza una d'aquestes conductes de present) en consideració al compromís correlatiu de l'altra part. Aquesta funció d'intercanvi té un resultat econòmic propi que és l'equilibri tendencial de les prestacions, menys marcat al Codi civil que a l'ordenament català.<sup>21</sup> En efecte, en el Codi civil castellà, un text de filosofia liberal, és irrellevant la rescissió per lesió basada en termes estrictament econòmics: l'art. 1291.1 i 2 CC només la reconeix amb un component tuitiu, per controlar els negocis perjudicials celebrats per un representant legal. En canvi, els art. 321 i s. CDCC recullen la rescissió per lesió i legitimen el venedor que ha sofert lesió en més de la meitat del preu just per demanar la rescissió del contracte (art. 321.1 CDCC), i atorguen al comprador la facultat de completar el preu en els termes de l'art. 325 CDCC.

El sanejament per vicis ocults és, doncs, el recurs del comprador d'objectes defectuosos que no reuneixen les prestacions esperables i en

<sup>20</sup> Pel que fa a la responsabilitat derivada de la publicitat, MORALES MORENO ("Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8º de la LGCU)", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, Madrid, 1992, p. 685) destaca el seu caràcter objectiu (el referent és la manca d'informació o la inexactitud). Pel que fa a la resolució contractual per dèficit informatiu o del contingut taxat, vegeu els art. 9.4 i 10.2 de la Llei 42/1998, de 15 de setembre, sobre drets d'aprofitament per tornos de béns immobles d'ús turístic i normes tributàries.

<sup>21</sup> Vegeu GETE-ALONSO CALERA, M.C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, p. 538.

defrauden l'ús normal. L'art. 1484 CC remarca la rellevància del defecte: influeix en el resultat econòmic del contracte de manera que el comprador no hauria adquirit la cosa o hauria pagat menys per la mateixa cosa. Això concorda amb el contingut del remei edilici: la redhibició comporta una veritable facultat d'impugnar el contracte per motius econòmics, mentre que l'estimació o rebaixa proporcional del preu (acció *quantum minoris*) restableix la concordança entre la relació d'intercanvi (onerositat) i el resultat econòmic que li és propi. La indemnització dels danys i perjudicis és totalment aliena a aquest remei i només es justifica quan té una font pròpia, el dol *in contrahendo* en què es troba el venedor que coneix els vicis i no els manifesta (art. 1486.2 CC). Naturalment, si és una norma causal, és aplicable a qualsevol contracte onerosos (art. 1541 i 1553 CC) i no, en canvi, als gratuïts (cfr art. 638 CC).

L'aplicació del sanejament per vicis ocults no és, actualment, gaire significativa a causa de l'inconvenient pràctic que comporta el seu termini de caducitat de sis mesos des del lliurament de la cosa (art. 1490 CC).<sup>22</sup> Ha esdevingut una institució inoperant, que els perjudicats sortegen trobant altres remeis. Un d'aquests podria ser l'anul·lació per error en les qualitats de l'objecte (art. 1266.1 i 1301 CC), però la dificultat de provar aspectes subjectius explica que la sortida més buscada sigui l'incompliment (art. 1124 i 1101 CC). Per fonamentar l'incompliment ha calgut superar el principi d'identitat en el compliment (art. 1166 CC) i entendre que la cosa pactada defectuosa és un *aliud* que permet reclamar per incompliment.

L'elaboració d'aquesta particular i consolidada versió de l'incompliment es basa en el concepte d'inhabilitat funcional de la cosa per complir la finalitat que li és pròpia. Aquesta inhabilitat de l'objecte lliurat, encara que sigui aquell expressament pactat, determina la plena insatisfacció del comprador, que no pot obtenir-ne les prestacions o l'ús habitual.<sup>23</sup> La tutela de l'art. 1124 CC permet que el comprador

<sup>22</sup> Art. 12.2 LOCM. No aclareix el significat dels sis mesos de "garantia". S'ha arribat a interpretar que són sis mesos perquè aparegui el vici i que després comencen a computar els quinze anys generals per reclamar.

<sup>23</sup> Vegeu ORTÍ VALLEJO, A. "Los vicios en la compraventa y su diferencia con el *aliud pro alio*: jurisprudencia más reciente", *Actualidad Civil*, 1996-I, p. 41 i s.; del mateix autor, i destacant la insatisfactòria diferenciació amb els vicis: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Granada, Comares, 2002, p. 38; també el meu treball: *El saneamiento por vicios ocultos...* cit., p. 157. Il·lustren aquesta tendència, entre moltes altres, les STS de 15-7-1987, 3r FD (RJ 1987\5793); STS de 26-10-1987, 2º FD (RJ 1997\747); STS de 28-1-1992, 2º FD (RJ 1992\273); STS de 10-5-1995, 3r FD (RJ 1995\4226) i STS 22-1-2000, 2º FD (RJ 2000\59). La jurisprudència acull la inidoneïtat i la qualifica d'*aliud* a l'empara de la LCU: la STS de 22-1-2000 (RJ 2000\59) aprecia la inidoneïtat d'unes plantes per al cultiu perquè no tenien les condicions necessàries per al seu desenvolupament normal. Vegeu també les STS de 21-7-1993 (RJ 1993\6176), STS de 8-11-1996 (RJ 1996\8260), STS de 30-6-1997 (RJ 1997\5406).

es beneficiï del termini de prescripció de quinze anys (art. 1964 CC). Tampoc no és menyspreable la possibilitat de reclamar la indemnització dels danys i perjudicis (art. 1101 CC). Realment, poques vegades es pot dir que el venedor que lliura cosa defectuosa ho fa negligentment: té o no té el vici. Tot i així, la jurisprudència sol imposar el rescabament dels danys. S'observa una tendència a l'objectivització de la indemnització contractual, almenys sobre el professional.

### ***3.3. La configuració legal de l'objecte: la conformitat i les seves conseqüències***

Amb l'expressió "integració de l'objecte" ens referim a la configuració legal de l'objecte.

#### ***3.3.1. La configuració de l'objecte en la LCU***

L'art. 2.1 de la Directiva 1999/44/CE vincula el concepte de conformitat amb l'obligació de lliurament: el venedor està obligat a lliurar al consumidor un bé conforme al contracte de compravenda. Quan es transposi el concepte de conformitat en la compravenda entre professionals i consumidors s'estendrà significativament el seu camp d'aplicació, restringit fins ara a la Convenció de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies, d'11 d'abril de 1980.

En realitat la integració legal de les qualitats de l'objecte s'infiltra en les transaccions internes amb l'art. 8 LCU, que fa exigibles les prestacions *pròpies* de cada producte. Aquesta delimitació de les propietats de les coses facilita el trànsit dels vicis ocults envers l'incompliment. Es compleix quan es lliura en el temps i el lloc convinguts una cosa amb les qualitats o condicions ordinàries i que l'adquirent espera legítimament. La LCU representa un pas endavant perquè consolida legislativament el corrent jurisprudencial abans esmentat i atorga recursos al lesionat (art. 11 LCU).<sup>24</sup> Tot i així, encara no s'empra l'expressió "conformitat" i els articles generals del Codi civil conserven utilitat supletòria.

#### ***3.3.2. La conformitat en la Directiva 44/1999/CE***

La Directiva 44/1999/CE reprèn el concepte de conformitat i el centra en les característiques del bé de consum. L'exigibilitat de determinades qualitats en la cosa deriva del pacte exprés, de la integració contractual o de les qualitats usuals. El comprador pot esperar del contracte aquesta

<sup>24</sup> Vegeu RUBIO GARRIDO, T.: "La 'garantía' del art. 11 LCU", *ADC*, 1990, p. 888-889.

totalitat, que dona la mesura del compliment.<sup>25</sup> És així com la presumpció de conformitat (art. 2.2) comprèn les qualitats ordinàries de les coses i les atribuïdes (descripció, ús especial requerit) i també les esperables en funció del context, integrat per la promoció, publicitat i l'etiquetatge.

La falta de conformitat es desvincula del règim de l'obligació de lliurar cosa genèrica. Els béns de consum pertanyen generalment a un gènere, però aquest fet és un dels que es pren en consideració per calibrar les qualitats que han de reunir (les que permeten el seu ús normal).<sup>26</sup>

La conformitat consisteix en l'adequació del bé al contracte,<sup>27</sup> que, com hem dit, permet esperar una sèrie de qualitats que es desprenen del pacte (en funció de d'una mostra o model o de l'afirmació d'un ús determinat, cfr. art. 2.2 a i b) o de les qualitats de les coses, ja siguin les ordinàries (art. 2.2.c), ja siguin les fonamentadament esperables per la seva naturalesa i les declaracions del professional (venedor, productor o el seu representant), en particular la publicitat i l'etiquetatge. La Directiva no es refereix a les condicions d'envasament o embalatge (cfr. art. 35.2.d CV), que poden constituir incompliment però no una manca de conformitat o aptitud intrínseca. Tampoc no diferencia entre incompliment essencial i no essencial per ordenar les vies de reclamació (cfr. art. 25, 46 i 49 CV). L'incompliment del contracte de serveis pel quals s'instal·la el bé de consum s'integra en la falta de conformitat, ja que la satisfacció del comprador pressuposa l'execució correcta d'aquest servei connex (art. 2.5 Directiva).

El contingut del contracte es delimita recorrent al mecanisme de la presumpció (art. 2.2 princ.). Això representa un avantatge per al consumidor, que només ha d'aportar la mostra o model o els fullets publicitaris o bé al·legar l'ús ordinari de la cosa. Menys senzill pot ser demostrar que es van manifestar aptituds per a usos especials.

Observem que la manca de conformitat ha de ser coetània al lliurament (art. 3.1 Directiva) i que el vèrtex se situa en moment del compliment i no en la perfecció. El moment en què sorgeix el defecte és indiferent perquè el que importa és la insatisfacció de l'interès del comprador. Tant és que el venedor s'hagi obligat a entregar una cosa que mai no va reunir les característiques usuals o que les perd posteriorment:

<sup>25</sup> FENOY PICÓN destaca l'evolució general de la cosa defectuosa envers el règim de l'incompliment, vegeu: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996, p. 141 i p. 378.

<sup>26</sup> La doctrina de l'*aliud pro alio* derivada de la inhabilitat de l'objecte també s'ha aplicat sense problema a la compravenda de cosa específica, de la qual són esperables certes qualitats (així, una plaça de garatge, STS de 26-10-1990, 3r FD, RJ 8052).

<sup>27</sup> MORALES MORENO, A.M., comentari de l'art. 35 a *La compraventa internacional de mercaderías...*, cit., p. 287.

el que interessa és que el consumidor no la percep i que, per això, podrà reclamar la posada en conformitat.

No hi ha conformitat en alguns casos que l'art. 2.3 i 4 Directiva 1999/44/CE posa fora del contingut contractual exigible. La causa del compliment defectuós pot estar en el mateix comprador quan coneix o havia de conèixer el defecte en el moment de la celebració o quan en va subministrar els materials. Queden fora del tema de la conformitat altres casos com ara el mal ús del bé pel consumidor sobre una cosa conforme. En les operacions de prova, la Directiva afavoreix el consumidor presumint que la manca de conformitat que es manifesti dins dels sis mesos després del lliurament ja existia en aquesta data (art. 5.3). Tampoc no integren el contingut contractual algunes prestacions que el venedor no està en condicions d'assumir (art. 2.4), en concret, les derivades de declaracions fetes en un context aliè al venedor (que desconeix i no es pot esperar raonablement que les conegui), les que han estat corregides en la celebració del contracte i les que no han pogut influir en la decisió de comprar. S'imposa al venedor la càrrega de destruir la presumpció de manca de conformitat.

Tots els recursos de la posada en conformitat (art. 3.2 Directiva 1999/44/CE) són coneguts en dret espanyol (art. 11.3 LCU i art. 1124 i 1486.1 CC), però s'ordenen de manera diferent. Val a dir que la Directiva és un text de mínims i que la seva transposició estricta comportaria una reducció dels drets dels consumidors, ja que no preveu la indemnització per danys i perjudicis (art. 11.3 LCU), ni implica tots els protagonistes de la cadena de distribució, si no és en via de recurs (art. 4 Directiva 1999/44/CE). El responsable de la manca de conformitat és el venedor final, que ha d'emprendre el camí de la reclamació contra el responsable en la cadena contractual (art. 3.1 i 4). Això és gravós tant per al venedor, que ha de poder dilucidar el tema en un mateix procediment cridant el responsable, com per al consumidor si tenim en compte que la jurisprudència espanyola admet la solidaritat entre els agents de la producció i comercialització del bé de consum (cfr. art. 27.1.a LCU).

L'art. 3.2 Directiva 44/1999/CE diferencia dues grans formes de posada en conformitat: d'una banda, el *sanejament* (equivalent a reparació i substitució sense càrrec); de l'altra, la reducció del preu i la resolució del contracte. Ordena els drets del consumidor amb criteris de defectivitat entre els dos graus (procedeix la reducció o la resolució si és inviable el *sanejament*, art. 3.5) i faculta a optar entre els remeis que configuren un mateix grau. Caldrà modificar, doncs, la seqüència de l'art. 11 LCU i incloure la reducció del preu, que actualment no forma part de la garantia legal i manté l'interès de l'art. 1486.1 CC.



## 4. EL TRASLLAT DE LA CONFORMITAT AL DRET CIVIL GENERAL

### 4.1. *Uniformitat i divergències en el context del dret privat estatal*

La transformació del dret europeu dels contractes opta per integrar les qualitats de la cosa i configura el compliment sobre el lliurament de les qualitats esperables. La unificació jurídica, que beneficia la cohesió del mercat intern i les transaccions transfrontereres, troba dificultats dogmàtiques en els ordenaments d'arrel llatina, que, paradoxalment, contrasten amb la senzillesa i l'agilitat d'un sistema com el de la conformitat.

La qüestió ha esdevingut la intensitat de la transposició de la Directiva, que es compliria amb una simple modificació de les normes de consum. En aquest cas es multiplicarien els recursos de l'adquirent de cosa defectuosa:

- En les compravendes mercantils internacionals, el conveni de Viena imposa el concepte de conformitat des de l'any 1991.
- En les compravendes mercantils internes, a més de les normes de sanejament del C. de c., s'apliquen les normes relatives a l'incompliment interpretades per la jurisprudència (art. 1124 i 1101 CC).
- En el context civil, la inoperància del sanejament per vicis ocults fa que imperi la doctrina jurisprudencial de la inhabilitat funcional com a incompliment (interpretació de *l'aliud pro alio*).
- En les compres de consum retrobariem la manca de conformitat (fins ara: manca de qualitats que permet reclamar la garantia o mínim legal que preveu l'art. 11 LCU).

Amb caràcter general podríem fer les observacions següents. En primer lloc, no es justifica un sistema dual en les transaccions mercantils. En dret de consum la transposició no hauria de rebaixar continguts actualment concedits per la jurisprudència. La Directiva 1999/44/CE es queda curta com a directiva de consum (a Espanya s'ha anat més lluny en tema d'indemnització i legitimació passiva). De tota manera, cal notar que les indemnitzacions derivades de l'aplicació dels art. 1124 i 1101 CC als vicis es dona bàsicament en sentències que resolen conflictes interprofessionals.<sup>28</sup>

Queda la regulació civil, substrat de les normes que introdueixen especialitats adaptades a sectors socials o a situacions de desequilibri.

<sup>28</sup> ORTÍ VALLEJO: *Los defectos de la cosa...*, cit., p. 54.

Caldria que fos coherent amb aquestes, a les quals s'ha d'aplicar supletòriament. D'una altra manera, l'especialitat ha de ser un compartiment estanc. Però la modificació comporta canvis estructurals en la configuració de la prestació, en el compliment del contracte i en la classificació dels contractes. És per això que una transposició civil genera dubtes i s'imposa adaptar el concepte i els efectes de la manca de conformitat.<sup>29</sup>

## *4.2. L'especificitat de les transaccions entre particulars i la perspectiva uniformadora dels projectes europeus*

### *4.2.1. Pautes per a una anàlisi*

Tot i sent partidària de la unificació del règim de la manca de qualitats, la meua opinió és que el seu trasllat civil exigeix pautes de prudència i adaptació. Cal ser conscients que el tracte del venedor particular no és equiparable al professional i que la integració legal de l'objecte només s'explica en els contractes onerosos. Si tot allò que s'espera obtenir del contracte es reconduïx al contingut contractual, la fase del compliment aglutinarà el tractament de tota frustració del creditor. Tot allò que no deriva del pacte exprés constitueix el nucli de la qüestió.

Un examen de les sentències sobre les quals el Tribunal Suprem ha construït la doctrina de l'incompliment funcional, que accepten el termini quinzenal i condemnen al venedor a indemnitzar, resolen conflictes interprofessionals o de consum. Els efectes de la manca de conformitat no haurien de ser els mateixos per al venedor particular. Però el cert és que els projectes europeus de dret de la contractació no fan distincions. Parlen de compliment defectuós que és corregible o que, si és essencial o substancial, permet resoldre el contracte. En definitiva, l'incompliment deixa de ser un acte positiu o negatiu (manca de lliurament del pactat, cfr. mora o contravenció, art. 1101 CC) que cal indemnitzar si és subjectivament imputable (dol, negligència, art. 1101 CC) i que permet resoldre el contracte (art. 1124 CC).<sup>30</sup> La fase d'execució és complexa i obre una etapa en què, partint tècnicament de l'incompliment, és possible satisfer posteriorment l'interès del comprador.

<sup>29</sup> Per aquest motiu no podem compartir la l'entusiasme de M. P. GARCÍA RUBIO i J. LETE ACHIRICA en la seva contribució a la Comunicació de la Comissió de les Comunitats Europees al Consell i al Parlament Europeu sobre dret contractual europeu (p. 6-7). Compartim, en canvi, l'opinió de fons: la necessitat d'importar la conformitat a tota la normativa civil, ja que l'estructura i la dinàmica contractual no poden ser radicalment diferents en funció dels subjectes.

<sup>30</sup> GRAMUNT FOMBUENA, M. D.: *La mora del deudor en el Código civil*, Barcelona, 1993, p. 133 i s.

Per exemple, en el context del Codi europeu dels contractes podem distingir entre l'acceptació d'una cosa diferent pel creditor (que inclou el lliurament de cosa defectuosa amb el pacte de reparar, art. 92.1.b CEC) i l'incompliment que genera el dret a reclamar: el compliment específic (art. 111.2. a i b CEC), la substitució (art. 112.1.a CEC), la reparació (art. 112.1.b CEC), la reducció del preu (art. 113 CE). Si l'incompliment té importància notable (cfr art. 107 CEC), l'incompliment permet reclamar la resolució (art. 114 CEC). En tot cas, el creditor pot demanar la indemnització dels danys i perjudicis (art. 116 CEC), que seran menors si satisfà finalment l'interès del creditor en el contracte. L'interès del comprador es predica del contingut contractual i és més important que se satisfaci que no pas el fet objectiu de l'incompliment.

El CEC té en compte tangencialment el professional. Cal que informi els consumidors del seu dret de desistir del contracte (art. 9 i 159 CEC) i el subjecta a un grau de diligència adaptat a la naturalesa de la prestació o del resultat (art. 75.2 i 3 CEC).

#### ***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***

Integrar l'objecte contractual significa atribuir-li qualitats no pactades però que se li pressuposen; en definitiva, allò que l'adquirent espera obtenir encara que no s'esmenti. No es tracta de la incorporació de motius determinants al contracte o de la subjectivització de la causa reconduïble a la falsedat de l'art. 1301.1.2 CC,<sup>31</sup> sinó d'una integració legal o objectiva sobre la base de criteris de normalitat, atenent les qualitats usuals de les coses i la finalitat del contracte.

Causa perplexitat que tota conseqüència contractual es vinculi al compliment i es prescindixi dels remeis causals com l'evicció (art. 1475 i s. CC), el sanejament per càrregues (art. 1483 CC) o vicis ocults (art. 1484 i s. CC), la impossibilitat parcial (art. 1460.2 CC) o la manca de qualitat d'una part de cabuda (art. 1469.2 CC).<sup>32</sup> Arribats a aquest punt, cal considerar que la unificació del dret contractual, per exigència del mercat

<sup>31</sup> Sobre el tema em remeto al que he defensat en el capítol "La causa del negoci jurídic" de l'obra *Codificació. Persona. Negoci jurídic*, coord. per C.J. MALUQUER DE MOTES, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 2002.

<sup>32</sup> Probablement no es parla de rescissió per lesió (art. 321 CDCC) perquè es considera un remei que ha d'operar amb una càrrega tuitiva i, doncs, on l'element econòmic és insuficient. Per exemple, els art. 30 i 159 CEC preveuen la rescissió per lesió en sentit restitutiú contra l'administrador que no vetlla pels interessos del seu representat.

intern, té en vista els contractes onerosos i les relacions comercials, empresarials o de consum.<sup>33</sup>

Tal com es planteja la conformitat, i reprement allò que dèiem en iniciar aquest treball, el dret especial pot convulsionar el dret general. Per exemple, crida l'atenció que l'art. 5.3 del Codi europeu dels contractes només indiqui dos elements essencials del contracte: l'acord de les parts i el contingut. Dels tres elements essencials del contracte que assenyaia l'art. 1261 CC, manca la causa. És prou revelador del camí que s'ha emprès i de què el control sobre el contracte es va situant en l'execució de la prestació.

Però les categories són tossudes i reapareixen amb aquesta pregunta: les característiques derivades de la integració legal de l'objecte es deuen sempre o només en els contractes onerosos? És simptomàtic que un dels remeis de la conformitat sigui la reducció del preu. L'art. 113.1 CEC la preveu, entre altres casos, quan el creditor entén que accepta el lliurament de cosa diferent amb un *valor inferior* o amb imperfeccions. És evident que la conformitat, tal com la concep la Directiva, pot expandir-se a tot contracte onerós, però no creiem que les qualitats suposades de les coses siguin exigibles a qui promet lliurar gratuïtament. La conformitat aplicada a la teoria general del contracte conté una contradicció interna. Fins ara comportava una superposició de remeis (l'incompliment per inhabilitat funcional arraconava el sanejament per vicis) o un aïllament de la qüestió (des de l'any 1990 en el context específic de la compravenda internacional de mercaderies). La transposició de la Directiva 1999/44/CE evidencia la contradicció. Cal optar per continuar restringint la institució de la conformitat a l'àmbit extraordinàriament ampli de les vendes de consum (cfr. Disposició addicional única del Projecte de Llei 121/000117, sobre garanties en la venda de béns de consum)<sup>34</sup> o bé harmonitzar el dret privat, cosa que només es pot produir quan hagin madurat els principis de dret contractual europeu. En aquest darrer cas, la conformitat es converteix en un concepte versàtil que no pot ser idèntic en els contractes onerosos i gratuïts. Retrobem el vell element causal, que pot perdre la seva operativitat de mitjà de control autònom, però justifica les pretensions superiors de l'adquirent a títol onerós.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Vegeu CALAIS-AULOY, J.: "Un Code européen de la consommation?", *Vers un Code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union Européenne*, coord. per F. OSMAN, Bruxelles, 1998, p. 407.

<sup>34</sup> Disp. addicional única.1: "El ejercicio de las acciones que contempla esta Ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa".

<sup>35</sup> Res no impedeix el funcionament de les normes causals vinculades al negoci gratuït (inoficiositat i revocació de donacions).

#### 4.2.3. La pretesa obligació d'informar

Tal com ja hem fet palès, creiem que la contractació civil no conté normes especials per preservar la bona fe en els tractes precontractuals, fora de la sanció del dol *in contrahendo* (art. 1270.3, 1486.2 i 1752 CC) i de la seva repercussió en l'incompliment de l'obligació pel fet d'obligar-se al que no es pot complir, absorbit en l'art. 1101 CC. En canvi, el dret del consum sí que imposa deures precontractuals, la vulneració dels quals provoca indemnització i afecta la vigència del contracte.<sup>36</sup>

Sembla, però, que la unificació del dret contractual europeu contemplarà els tractes precontractuals més enllà dels tractes entre professionals o amb els consumidors. El Codi europeu dels contractes preveu el deure de correcció, que obliga a iniciar tractes amb intenció seriosa de contractar (art. 6 CEC) i l'obligació de fer ús reservat de les obligacions obtingudes confidencialment en el curs de les transaccions (art. 8 CEC). Però, a més, obliga cada una de les parts a informar de les circumstàncies de fet i de dret que coneguin o que haurien de conèixer i que permeten adonar-se de la validesa del contracte i de l'interès per concloure'l (art. 7.1 CEC). Conclòs el contracte, el perjudicat pot reclamar la restitució o exigir la indemnització que el jutge estimi en equitat, llevat que vulgui impugnar-lo per error. Si la transacció és de consum, només s'afegeix l'obligació d'informar sobre el dret de desistiment (art. 9 i 159 CEC).

Fixant uns deures precontractuals d'informació, es produeix una reiteració de remeis sempre que es conclouï el contracte, ja sigui per l'incompliment d'aquest deure (impugnació, restitució, art. 7.2 CEC), ja sigui per l'incompliment del contracte o la manca de conformitat (art. 92 princ., art. 116 i 162 CEC). Hem de suposar que la diligència del venedor no és estàndard, sinó mitjana en el particular i la pròpia del pèrit en el professional. Per aquest motiu, caldria matisar l'abast de l'art. 162 CEC quan preveu l'exoneració de responsabilitat i la inimputabilitat de l'incompliment derivat de causes alienes, imprevisibles i irresistibles. De nou, és excessiu responsabilitzar el particular, aliè a tota activitat econòmica i la reparació de la situació torna a ser purament econòmica (cfr. art. 113 CEC).

<sup>36</sup> Vegeu BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, p. 228: "Por tanto, los arts. 1486.2, 1487 y 1488.2 de una parte, y el artículo 1752 de otra, coinciden en que la responsabilidad por causas contemporáneas al nacimiento (ya exista como en los onerosos, caso en que se acumula a él, o bien no exista como en los gratuitos, caso en que actúa en solitario) y además sólo se produce en caso de dolo: conocimiento y ocultación por el deudor. De ahí podemos concluir que en el Cc. es irrelevante la culpa en la asunción de la obligación y que en este período la diligencia carece igualmente de eficacia eximente".

#### 4.2.4. Compliment, risc i conformitat

La naturalesa causal del sanejament, com a remei destinat a preservar el resultat econòmic normal dels contractes onerosos, es fa palesa a l'art. 1488 CC. Si la cosa defectuosa es perd per cas fortuït o fins i tot per culpa del comprador, aquest pot reclamar el preu pagat amb la rebaixa del valor de l'objecte en el moment de la pèrdua (i si el venedor és dolós, haurà d'indemnitzar, a més, els danys i perjudicis, art. 1488.2 i 1486.2 CC). En definitiva, *res perit emptori* i el sanejament es redueix, aleshores, a la seva essència: la recuperació de l'economia del contracte, amb la devolució d'allò que per al venedor representa un enriquiment en consideració al defecte.

Per això, creiem que no és coherent amb el conjunt l'art. 1489.2 de la *Propuesta de modificación del Código civil, de la LCU, del Código de comercio y de la Ley de ordenación del comercio minorista*, formulada per A. CARRASCO, E. CORDERO i P. MARTÍNEZ:<sup>37</sup> “*Si la cosa no era conforme al contrato y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar el precio que pagó, con la rebaja del valor que tenía la cosa al tiempo de perderse, o reclamar la entrega de otra cosa conforme al contrato, siempre que ofrezca pagar el valor que la cosa tenía al tiempo de perderse*”. Si el lliurament de cosa no defectuosa s'insereix en el compliment, la seva desaparició per cas fortuït és un risc que ha d'assumir el comprador i que no té res a veure amb el desequilibri contractual que repara la norma causal. Amb més motiu si la desaparició és per culpa del comprador i es té en compte que se li ofereix la possibilitat de reclamar (al venedor professional art. 1489.3 prop.) el lliurament de cosa conforme al contracte, sempre que ofereixi pagar el valor que tenia la cosa en el moment de la pèrdua.

#### 4.2.5. El règim de responsabilitat contractual

La Directiva 1999/44/CE margina el tema de la indemnització dels danys i perjudicis. Són els Estats membres els que hauran de determinar el règim de responsabilitat del venedor. A l'Estat espanyol la garantia legal dels béns i serveis de consum comprèn la indemnització (art. 11.3 LCU) i no és esperable que la transposició la retalli. Però la qüestió es complica en una hipotètica transposició civil o en el context de la uniformització del dret contractual europeu. En els art. 116 CEC i 8:102 i 9:501 PECL la indemnització és un dret que correspon a tot creditor que reclama per incompliment. El Codi europeu dels contractes aporta matisacions subjectives, difícilment traslladables a l'existència d'un defecte ocult en

<sup>37</sup> “Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuesta de regulación, textos articulados y bibliografía”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 52, 2000, p. 140.

l'objecte. Segons l'art. 162.1 CEC, el deutor s'allibera si demostra que l'incompliment, el compliment inexacte (inclou el defectuós) o el retard no són atribuïbles a la seva conducta, sinó a una causa aliena imprevisible i irresistible. És clar que els defectes existents en l'objecte de la venda hi són sempre.

Fins ara la garantia legal feia assumir els danys al venedor, mentre que el sanejament només el fa responsable si els coneix (art. 1486.2 CC). Fer respondre dels defectes que el particular no té mitjà de conèixer és excessiu, així com fer-li assumir una diligència superior a la normal (art. 1104.2 CC). Només el *dol in contrahendo* té una cabuda raonable (cfr art. 1270.2 i 1752 CC). És cert que podem parlar d'objectivització de la responsabilitat o d'una distribució del risc en l'àmbit contractual, que raons d'ordre social justifiquen quan el venedor és un professional.<sup>38</sup> De fet, fa temps que la jurisprudència i la doctrina franceses han ampliat l'àmbit d'aplicació de l'art. 1645 Code assimilant el venedor dolós al professional que negligeix l'examen o, directament, assumeix les imperfeccions de l'objecte.<sup>39</sup> Però fer responsable el particular no només significa deixar fora del seu control el compliment, també fer-n'hi assumir àmpliament les conseqüències patrimonials sense una conducta vertaderament negligent.

Per aquest motiu, el règim del venedor no professional no és del tot coherent en l'esmentada *Propuesta de modificación del Código civil, de la LCU, del Código de comercio y de la Ley de ordenación del comercio minorista*. La proposta d'art. 1485 diu: "*El vendedor responde al comprador del saneamiento por las faltas de conformidad de la cosa vendida, aunque las ignorase. No obstante, cuando el vendedor no actúe en el marco de su actividad profesional podrá pactarse que el vendedor que ignore la falta de conformidad no esté obligado a sanear*". S'admet, doncs, que aquest eviti el sanejament (cfr. actual art. 1485 CC). En canvi: "*En todo caso el comprador deberá ser indemnizado de los daños y perjuicios causados por la falta de conformidad*". Podem pensar que és una conseqüència normal de l'incompliment (art. 1124 i 1101 CC), però, tot i la possibilitat de pacte en contrari, creiem excessiva una responsabilitat que no casa amb l'art. 1104 CC.

<sup>38</sup> Vegeu PANTALEÓN PRIETO, F.: "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate), A.D.C., 1991, p. 1053 i s.

<sup>39</sup> Vegeu GHESTIN, op. cit., p. 245. Indica MORALES MORENO en el seu comentari a l'art. 35 de la Convenció de Viena: "Junto con este enfoque del reparto del riesgo de insatisfacción contractual es también posible otro distinto, en el que al deutor le exigimos algo más: le exigimos que garantice al acreedor el logro del resultado previsto en la obligación, aun cuando la falta de consecución de ese resultado no sea imputable al propio deutor" (*La compraventa internacional de mercaderías*. cit., p. 290).

El Projecte de llei sobre garanties en la venda de béns de consum (BOPC núm. 117-1, de 31-10-2002) no va tan lluny perquè es limita a transposar la Directiva 1999/44/CE a l'àmbit del consum i deixa pendent la recepció general de la conformitat. Preserva la indemnització dels danys i perjudicis en el paràgraf segon de la seva disposició addicional única. Curiosament, quan afirma que la indemnització es farà d'acord amb la legislació civil, es remet a un sistema culpabilista que té poc a veure amb la responsabilitat quasi objectiva de qui ven béns amb uns defectes que ignora i fins i tot no té mitjà de conèixer.

#### *4.2.6. L'adaptació dels recursos contra el deutor*

Naturalment, no és possible exigir al venedor no professional unes prestacions que queden fora del seu abast real. És el cas de la reparació o la substitució de la cosa defectuosa per una altra que no ho sigui. D'aquesta manera, els recursos del comprador es redueixen als tradicionals: la resolució i la rebaixa del preu (art. 1486.1 CC). L'esmentada *Propuesta de modificación del Código civil, de la LCU, del Código de comercio y de la Ley de ordenación del comercio minorista* pren constància d'aquesta realitat. El seu art. 1488.3 especifica que el comprador només pot exigir la reparació i la substitució quan el venedor sigui una persona física o jurídica que ven béns en el marc de la seva activitat professional. De fet, doncs, preveu el règim de reparació i substitució per a les vendes de consum. La reparació dels danys i perjudicis queda fora d'aquest i es predica, tal com hem destacat, de tot supòsit de posada en conformitat.



# REFLEXIONS SOBRE ELS PECL I LA FASE NEGOCIADORA DEL CONTRACTE.

## LETTER OF INTENT: PACTE D'INTENCIONS O PRECONTRACTE

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT  
*Professora Titular interina de Dret civil  
a la Universitat de les Illes Balears*

### SUMARI

---

I. INTRODUCCIÓ 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 1. Introducció 1.1. Idees  
generals sobre la fase preliminar en els PECL 1.2. Problemàtica 2. Letter  
of intent: el seu contingut 2.1. Introducció 2.2. Letter of intent: Pacte  
d'intencions 2.2.1. La determinació dels elements essencials. La proposta suficientment  
precisa 2.2.2. La intenció d'obligar-se 2.3. Letter of intent: precontracte,  
precontracte imperfecte 2.3.1. Pacte d'intencions i precontracte. Els acords amb  
termes oberts 2.3.2. Pacte d'intencions i precontracte imperfecte. Els acords  
per a negociar 3. Les letters of intent: la seva transcendència. L'incompliment  
3.1. Introducció 3.2. La transcendència normal d'un pacte d'intencions: la  
responsabilitat precontractual 3.2.1. Generalitats 3.2.2. Breument sobre  
la responsabilitat precontractual per ruptura injustificada de negociacions  
3.3. L'incompliment del deure de comportar-se de bona fe com fet generador de  
responsabilitat contractual 3.4. La responsabilitat precontractual en els PECL  
III. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

### I. INTRODUCCIÓ

S'ha dit que el problema que pot plantejar-se en relació amb la unificació del dret privat a Europa es deu al fet que el Dret contractual comprèn diversos àmbits normatius que estan vinculats a diferents tradicions jurídiques i culturals dels Estats membres (sobretot el *Civil Law* i el *Common Law*). Partint d'aquesta idea, anam a reflexionar, en l'àmbit d'aquest treball, sobre la temàtica de la fase preliminar o negociadora del contracte. En concret, ens plantejam reflexionar, des de la perspectiva de l'ordenament espanyol, del *Common Law* i dels Principis europeus de Dret contractual (PECL), entorn de la figura de les *letters of intent*, la qual fa referència a una diversitat de pactes, contractes o figures

destinades a regular la fase negociadora i que reben diferents noms (carta d'intencions, pactes d'intencions, contracte preliminar, precontracte, etc.) i conseqüències<sup>1</sup>.

## 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*

### 1. *Introducció*

#### 1.1. *Idees generals sobre la fase preliminar en els PECL*

Ens indica ESPIAU<sup>2</sup>, que els PECL parteixen de la idea d'un contracte basat en el principi de l'autonomia de la voluntat, tant en la seva funció creadora, com en la seva funció reguladora (art. 1:102), i orientat pel principi general d'actuar de bona fe (art. 1:201) i el deure de col·laboració entre les parts (art. 1:202); que, d'acord amb les regles generals, el contracte es conclou pel concurs d'oferta (art. 2:201) i l'acceptació (art. 2:204), perfeccionant-se quan aquesta és coneguda o ho ha pogut ésser pel l'oferent (art. 2:205); i que s'ocupen també dels tractes preliminars, excloent tota idea de responsabilitat quan les negociacions no acaben en un acord [art. 2:301 (1)]. No obstant això, la ruptura d'aquestes negociacions en contra de les exigències de la bona fe –quan no existeix veritable intenció de contractar– determina el naixement d'una obligació d'indemnitzar el danys i els perjudicis [art. 2:301 (2) i (3)], que procedeix també si s'infringeix el deure de confidencialitat que ha d'observar-se durant aquesta fase prèvia al contracte (art. 2:302).

<sup>1</sup> S'ha assenyalat, entre les nocions bàsiques que el legislador europeu hauria de tenir en compte en la codificació, el tema de l'admissió de la figura del precontracte o contracte preliminar. Aquesta necessitat es justifica relacionant-la amb l'article 5.1 de la Directiva 1994/47/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'octubre, *relativa a la protecció de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido* (DO n.º L 280 de 29/10/1994) que diu: "Además de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos, el adquirente tendrá derecho: - a resolver el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un **contrato preliminar vinculante** ..". Veure: ARROYO, *Estudio preliminar: Las perspectivas de un Derecho privado europeo*, 63. L'autora fa referència a l'Informe Lehne.

Les referències bibliogràfiques a peu de pàgina es faran indicant el primer llinatge de l'autor, el títol abreviat i la pàgina citada. Al final hi ha una bibliografia amb les dades completes.

<sup>2</sup> ESPIAU, *La codificación del Derecho civil catalán*, 112.

De les regles dels PECL que ens interessin en el nostre estudi, hem de destacar també les regles de perfecció del contracte. Especialment, l'art. 2:101 que assenyalava que el contracte es perfecciona quan les parts tenen la intenció d'obligar-se i arriben a un acord suficient. L'art. 2:102 es refereix a la intenció d'obligar-se i l'art. 2:103 a la necessitat d'un acord suficient.

## 1.2. Problemàtica

En l'actualitat, es parla de contractes destinats a regular la fase negociadora i a establir-hi drets i deures<sup>3</sup>. Per a referir-se a aquests contractes es parla de pactes d'intencions o *letter of intent*.

En l'àmbit del *Common Law*, l'expressió *letter of intent* fa referència a tota classe de documents precontractuals<sup>4</sup>, dintre dels quals poden englobar-se: els documents que plasmen una invitació a negociar, els documents que reflecteixen els tractes preliminars duts a terme per les parts, és a dir, documents bilaterals que contenen l'estat de les negociacions i, finalment, acords preliminars vinculants -precontractes i contractes preliminars-. Dit amb més precisió, en el *Common Law* es parla de dues possibles figures que poden englobar-se sota el terme *letter of intent*. D'una banda, aquest pot referir-se a acords precontractuals (*precontractual agreement*), els quals creen obligacions i responsabilitats contractuals, obligant a negociar un futur contracte, el qual és una mera formalitat<sup>5</sup>; o, per altra banda, a cartes o pactes d'intencions (*agreement to agree* o *subject to contract*) que indiquen que l'assumpte està en fase de negociació, per tant, és incomplet i inexecutable<sup>6</sup> i el contracte futur és més que una formalitat.

Per tant, la problemàtica es centra en el fet que la figura de les *letters of intent* o carta d'intencions no té un contingut precís, sinó que pot incloure la plasmació d'unes negociacions, un precontracte, un contracte preliminar, etc. I, és evident, que, segons cada contingut, la transcendència jurídica que pot tenir aquesta figura, especialment quan no s'arriba a un contracte final, és diferent. Per tant, mentre la voluntat de les parts coincideixi en que han creat un acord vinculant, es digui precontracte o no, no es planteja cap problema sobre la seva vinculació. La problemàtica de les *letters of intent* sorgeix quan les parts no coincideixen en relació amb el grau de vinculació de l'acord i una d'elles no vol continuar negociant. En aquests casos, cal saber quins requisits deuen

<sup>3</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, 280.

<sup>4</sup> FURMSTON, *Contract formation*, 144.

<sup>5</sup> LAKE i DRAETTA, *Letters*, 59.

<sup>6</sup> Veure: TREITEL, *The Law*, 151; McGUINNESS, *The effects*, 6; i LAKE i DRAETTA, *Letters*, 60-61 i 94-95.

donar-se per a valorar si s'està encara en fase de negociació o si s'està ja en fase contractual. En el primer cas, cal veure la responsabilitat per ruptura de negociacions, la qual no pot suposar en cap cas l'execució de l'acord. En el segon cas, caldrà plantejar quan un acord precontractual és executable i quins elements ha de reunir per a ser-ho. Observem, per tant, que la transcendència de qualificar una *letter of intent* d'una o altra forma adquireix rellevància quan les parts no arriben a concloure el contracte definitiu, plantejant-se, aleshores, si l'"incompliment" d'una *letter of intent* ha d'analitzar-se en termes contractuals o no<sup>7</sup>.

## 2. Letter of intent: *el seu contingut*

### 2.1. Introducció

En primer lloc, les *letters of intent* poden ser documents precontractuals i dintre d'aquests: (1) Cartes d'intencions constitutives d'invitacions a negociar (*agreements to agree*)<sup>8</sup>, o sigui, documents unilaterals per tal que altres formulin ofertes o a iniciar negociacions. En aquest aspecte, la *letter of intent* no és una proposta que queda oberta a l'acceptació, com si es tractés d'una oferta; sinó que, si el receptor està interessat en la proposta, ha de continuar negociant<sup>9</sup>. Quan ho faci, començarà la fase de tractes preliminars que, si acaba amb èxit, suposarà la formulació d'una oferta contractual vinculant o d'un contracte. Per tant, la carta d'intencions conté una proposta de negociació, una invitació a entrar en contacte, dotada de serietat i amb la voluntat que les negociacions avancin<sup>10</sup>. (2) Pactes d'intencions que suposen la plasmació per escrit, a efectes de prova, de les converses que es mantenen durant la negociació contractual. Així, quan el contracte suposa operacions d'una certa entitat i les parts contractants necessiten un període de temps per a deliberar amb l'objectiu d'arribar a un acord, els tractes preliminars no es limiten a ser només converses o negociacions, sinó que es plasmen en manifestacions escrites, essent els pactes d'intencions els documents precontractuals escrits més freqüents en les negociacions de les empreses.

En segon lloc, les *letters of intent* poden ser precontractes (*precontractual agreement*) quan l'acord precontractual fixa els termes sota els quals es negociarà un contracte futur, de manera que aquest haurà de contenir els termes ja prevists en el precontracte<sup>11</sup>. Aquests

<sup>7</sup> Veure: BALL, *Work carried out*, 572.

<sup>8</sup> LAKE i DRAETTA, *Letters*, 88.

<sup>9</sup> McGUINNESS, *The effects*, 3.

<sup>10</sup> Veure: SSTS de 4 de juliol de 1991 (*El Derecho* 7251), de 19 de juliol de 1994 (*RAJ* 6698) i de 3 de juny de 1998 (*RAJ* 3715).

<sup>11</sup> LAKE i DRAETTA, *Letters*, 59.

acords precontractuals són, en principi, executables (*enforceability*), és a dir, susceptibles de compliment, ja que han de tenir tots els elements essencials del contracte, podent ser els no essencials suplits pels tribunals si consta la intenció de les parts de crear un contracte<sup>12</sup>.

No obstant això, en realitat, aquests precontractes (*precontractual agreement*) es divideixen en dues categories diferents:

(1) *Agreement with open terms* o *acord en termes oberts*<sup>13</sup>, quan aquell estableix la major part de les condicions del contracte i l'acord de les parts de subjectar-se a elles, quedant únicament pendents de negociar, per a arribar al contracte definitiu, algunes qüestions secundàries, anomenades "obertes". En aquests acords, les parts són, d'una banda, responsables per la impossibilitat d'arribar a un acord final si aquesta es deu a un incompliment del deure de negociar i, per altra banda, estan obligades, en cas de no arribar a un acord final malgrat seguir negociant, a les condicions primeres, és a dir, al precontracte, i les altres qüestions seran completades pel jutge. Així, les parts queden obligades als termes precontractuals, fins i tot si no hi ha acord en els termes oberts.

(2) *Agreements to negotiate* o *acords preliminars per a negociar*<sup>14</sup>, en els quals no hi ha condicions bàsiques, és a dir, precontracte, i les parts decideixen continuar la negociació per a arribar a l'acord final. Les parts són responsables de l'incompliment de l'obligació de negociar, però si no arriben a un acord no estan obligades sota cap concepte. És a dir, en aquests acords hi ha una obligació de negociar de bona fe que fa que les parts responguin si la compleixen. La problemàtica que, en relació amb aquesta figura, pot plantejar-se, es basa, en principi, en el fet que, per trobar-se encara l'acord en fase de negociacions, i en cas de no arribar a un acord final, s'hauria de respondre únicament pels perjudicis causats per ruptura injustificada. No obstant això, en el *Common Law*, la conseqüència de l'incompliment dels acords per a negociar no sempre és la mateixa. En algunes ocasions, els tribunals consideren executables aquests acords<sup>15</sup> i en unes altres no, quan consideren que el deure de negociar de bona fe pactat és massa abstracte i només és possible la reclamació pel mal efectivament produït<sup>16</sup>. Per tant, aquesta discrecionalitat introdueix inseguretats i confusió, la qual, pot haver donat lloc a la introducció de figures com la del *precontracte imperfecte*.

Sabent tot això, nosaltres només hem pretès exposar quin són els requisits que es donen a cada una d'aquestes figures i quin tret o trets fan

<sup>12</sup> LAKE i DRAETTA, *Letters*, 62.

<sup>13</sup> FARNSWORTH, *Precontractual liability*, 250.

<sup>14</sup> FARNSWORTH, *Precontractual liability*, 251.

<sup>15</sup> VIGURI, *Los tratos preliminares*, 63; i LAKE i DRAETTA, *Letters*, 127.

<sup>16</sup> FARNSWORTH, *Precontractual liability*, 263 i 267.

que es confonguin. Així mateix, hem volgut veure com es regula en els PECL la fase negociadora.

## 2.2. *Letter of intent: Pacte d'intencions*

En primer lloc, hem d'estudiar els elements que permeten distingir entre un acord vinculant perquè ja conté clarament una oferta contractual i un acord que només dóna constància de les negociacions a les quals les parts han arribat, però que encara no és vinculant.

Hem dit que les *letters of intent* poden ser documents precontractuals i dintre d'aquests poden ser pactes d'intencions que suposen la plasmació per escrit, a efectes provatoris, de les converses que es mantenen durant la negociació contractual<sup>17</sup>. Per tant, un pacte d'intencions és bilateral i sol estar signat per ambdues parts, encara que aquesta signatura només mostra l'existència d'un acord de les parts en negociar i en les bases que s'han fixat fins al moment<sup>18</sup>. El pacte d'intencions no té contingut negocial.<sup>19</sup>

Amb tot el que s'ha dit, és evident que aquesta figura pot provocar confusions. Essent així, cal distingir quan es considera que aquest pacte conté ja una oferta clara, per tant, qualsevol de les parts pot executar l'acord o quan encara s'està en fase de negociació.

Des d'aquesta perspectiva, es diu que, quan en els acords que s'adoptin durant els tractes s'hagin inclòs tots els elements de l'oferta, cessaran els tractes preliminars<sup>20</sup>. Per tant, deuen donar-se els elements de l'oferta per a entendre que s'han acabat les negociacions. Aquests elements o requisits són dos: que l'acord reuneixi els elements essencials del futur contracte i que hi hagi una intenció seriosa d'obligar-se.

<sup>17</sup> LAKE i DRAETTA, *Letters*, 16. Així mateix, assenyala ALONSO (*La responsabilidad*, 867) que no hi ha inconvenient en que els tractes es fixin per escrit, però aquest document només val com a prova de què varen existir. En cap cas tenen contingut negocial.

<sup>18</sup> La STS de 23 de març de 1990 (RAJ 1722) assenyala que no es pot considerar consentiment, "la consignación de una firma después de un texto sin explicación de sus términos, conceptos y extensión de una obligación convenida que ordinariamente se requiere para poder apreciar debidamente su alcance el que la contrae". També veure: STS de 19 de juny de 1950 (RAJ 1028).

<sup>19</sup> La STS de 11 de abril de 2000 (*La Ley*, n.º 6351) diu que, un acord o pacte d'intencions és més que unes converses però "no llega a la categoría jurídica de precontrato ni, desde luego, de contrato". Igualment, la STS de 3 de juny de 1998 (RAJ 3715) diu que: "el acuerdo de intenciones al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración [del contrato proyectado] sin que su libertad contractual para alcanzar acuerdos posteriores se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza".

<sup>20</sup> MORENO, *La oferta*, 146.

### 2.2.1. La determinació dels elements essencials. La proposta suficientment precisa

En relació amb aquest requisit, s'ha passat de l'exigència de la constància, en l'oferta, dels elements essencials del futur contracte (entengui's normalment preu, mercaderies, qualitat i quantitat), a l'exigència d'una suficient determinació o precisió. Aquest fet ha quedat palès amb l'ús del terme "proposta de celebrar un contracte" introduït per l'article 14 del *Conveni de Viena sobre contractes de compravenda internacional de mercaderies* (CV)<sup>21</sup>. Aquest article es refereix a la "proposta de celebrar un contracte" com una figura diferent a l'oferta contractual. De l'article 14 CV, pot extreure's que una *proposta de celebrar un contracte* té menys vinculació que una oferta, ja que assenyala que aquesta proposta constituirà una oferta únicament si concorren uns caràcters mínims, que permetran que sigui considerada així, a pesar de no ser-ho. La qüestió essencial serà que concorri la intenció d'obligar-se (element subjectiu de l'oferta), no essent tan rellevant que l'element objectiu (els elements essencials del futur contracte) no estigui perfectament determinat, sempre que sigui *suficientment precís*. Per tant, mentre que una oferta té totalment determinats els elements del contracte al qual es dirigeix; una proposta de celebrar un contracte té els elements essencials del futur contracte només *suficientment precisats*. Aquesta proposta és *suficientment precisa* si les mercaderies estan determinades, ja que basta que la quantitat i el preu siguin determinables per un mitjà previst expressament o tàcitament, i es dirigeix a una persona determinada. En resum, només és oferta, la proposta que té determinats els elements essencials del contracte al que tendeix, és a dir, que indica les mercaderies, la quantitat i el preu i es fa amb una seriosa intenció de l'ofertant de quedar obligat en cas d'acceptació<sup>22</sup>. No obstant això, en relació amb la determinació dels elements essencials, segons el CV, bastarà que es prevegi un sistema per a determinar el preu i la qualitat.

Aquesta flexibilització dels requisits que deuen concórrer en una oferta contractual per a ser considerada com a tal, introduïda en la CV, sembla ser també seguida pels PECL. Així, en els articles 2:101 i 2:103<sup>23</sup>,

<sup>21</sup> Diu l'article 14 CV: "1. La propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o, tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2. Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario".

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO, *La compraventa*, 165, i GUARDIOLA, *La compraventa*, 44-45.

<sup>23</sup> Diu l'article 2:101: "(1) A contract is concluded if: (a) the parties intend to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement". L'article 2:102:

s'assenyala que per a concloure un contracte, basta que s'arribi a un "acord suficient" (*sufficient agreement*) i aquest es dona si els termes del contracte han estat suficientment definits per les parts o ho poden ser amb base en els PECL (articles 1:105, 6:102 i 6:104-6:108). Igualment, l'article 2:201 PECL<sup>24</sup> parla també de *proposta* i assenyala que aquesta equival a una oferta, si existeix la intenció (finalitat) que la proposta es converteixi en contracte en cas d'acceptació i els termes del contracte són *suficientment precisos*<sup>25</sup>. Per tant, el primordial és l'element subjectiu, la intenció, amb la conseqüència de la dificultat d'objectivitzar quan hi ha aquesta intenció.

En relació amb la indeterminació dels elements del contracte i, en concret, en relació amb el preu, és interessant assenyalar que la jurisprudència espanyola ha considerat que no pot entendre's que existeix una oferta vinculant si falta la determinació precisa del preu<sup>26</sup>. No obstant això, aquesta no és la línia seguida en matèria de dret contractual en l'àmbit internacional.

L'article 6:104 PECL<sup>27</sup> preveu que un contracte pugui formar-se sense que s'hagi fixat un preu, ni s'hagi establert un mitjà per a determinar-lo, entenent que les parts han pactat un preu raonable. Quan es parla de "raonable", els PECL<sup>28</sup> assenyalen que ha d'entendre's, allò que les persones actuant de bona fe, en la mateixa situació que les parts, i atenent a la naturalesa del contracte, a l'objecte, a les circumstàncies del cas i als usos i pràctiques del comerç, considerin que és raonable<sup>29</sup>.

*"The intention of a part to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as the were reasonably understood by the other party". I l'article 2:103: "(1) There is a sufficient agreement if the terms: (a) have been sufficiently defined by the parties so that the contract can be enforced (...)"*

<sup>24</sup> Assenyala l'article 2:201: "(1) A proposal amounts to an offer if: (a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it, and (b) it contains sufficiently definite terms to form a contract".

<sup>25</sup> Així mateix, s'expressa l'article 2.1 dels Principis UNIDROIT.

<sup>26</sup> Veure: SSTS de 31 de desembre de 1998, de 28 de novembre de 1986 (RAJ 6785) i de 26 de març de 1993 (RAJ 2395).

<sup>27</sup> Diu l'article: "Where the contract does not fix the price or the method of determining it, the parties are to be treated as having agreed on a reasonable price".

<sup>28</sup> Assenyala l'article 1:302: "Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account".

Del requisit d'ésser raonable, s'ha dit que és probablement una nova traducció del principi general de bona fe. Veure: DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS, MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, 91.

<sup>29</sup> Igual interpretació s'obté del CV, del joc dels articles 14.2 i 55 CV ("Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado



A tot això podem afegir, que aquest requisit de *l'acord suficient* és més pròxim al dret anglosaxó que al continental perquè es diu<sup>30</sup> que no hi ha un contingut mínim, ni hi ha tampoc elements essencials. Basta que el contracte pugui ser executat i, en cas necessari, servir de fonament a una acció o a una reclamació judicial. En aquest sentit, els tribunals anglesos, només rebutgen aquells acords, els termes dels quals hagin quedat excessivament imprecisos, de manera que no es pugui establir quines han estat les obligacions de les parts. Es diu, també, que, des de l'òptica dels Principis, hi ha contracte en la mesura que et pugui ser reclamada o exigida alguna cosa<sup>31</sup>.

### 2.2.2. *La intenció d'obligar-se*

En relació amb l'element intern que informa la voluntat dels futurs contractants, es diu<sup>32</sup> que, en els tractes preliminars, les parts volen discutir i elaborar un contingut negocial que quedarà plasmat en una oferta que, després de la seva acceptació, esdevindrà en contracte; mentre en la formació d'una oferta com a tal, existeix ja la intenció de quedar obligat, una vegada acceptada, en els termes continguts en ella. Per tant, per a parlar d'oferta contractual, ha de concórrer també una seriosa intenció d'obligar-se, un veritable consentiment contractual, clar i inequívoc<sup>33</sup>.

Podem suposar, seguint el que s'ha indicat anteriorment, que aquest requisit subjectiu, la intenció d'obligar-se amb aquest acord o proposta, valorat segons criteris objectius, va adquirint major protagonisme a mesura que perd importància la necessitat de determinació dels elements essencials. Aquest fet s'ha produït en el *Common Law*, fent-se èmfasi en el llenguatge utilitzat en les *letters of intent* per a poder determinar si contenen o no intenció contractual<sup>34</sup>. Per tant, es diu que una *letter of intent* no serà considerada com contractualment vinculant si les parts

*el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate*). Veure: DíEZ-PICAZO, *La compraventa*, 167-168. El mateix es pot dir en relació amb l'article 5.7 dels Principis UNIDROIT, que parla de preu raonable.

<sup>30</sup> DíEZ-PICAZO, ROCA TRIAS, MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, 179.

<sup>31</sup> DíEZ-PICAZO, ROCA TRIAS, MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, 179.

<sup>32</sup> LOBATO, *Consideraciones sobre*, 572-573 i 576 i MORENO, *La oferta*, 120 i 122-123.

<sup>33</sup> Veure: STS de 11 d'abril de 1992 (RAJ 3093) i STS de 11 de març de 1988 (RAJ 1958).

<sup>34</sup> TREITEL, *The Law*, 155.

expressament assenyalen que no té força d'obligar i els actes posteriors, com el pagament del preu, no canvien la intenció inicial de la carta<sup>35</sup>. No obstant això, també es diu que un acord complet pot ser considerat contracte encara que no hi hagi una intenció clara de quedar obligats, si, mitjançant tests objectius, es determina que, en circumstàncies normals, qualsevol persona consideraria que ha quedat obligada<sup>36</sup>.

En els PECL, queda també palès que l'element subjectiu va adquirint major rellevància. En aquest punt, cal tenir en compte el fet que el concepte de contracte que ofereix l'art. 2:101 PECL coincideix més amb el concepte del dret anglès, que amb el del dret europeu continental (*Civil Law*), i significa que el contracte es pot definir com l'acord suficient amb el qual les parts volen quedar legalment vinculades<sup>37</sup>.

Dit això, veiem, d'una banda, com ja sabem, que l'article 2:101 PECL entén que la intenció de les parts d'obligar-se té major rellevància que la determinació del preu, ja que, si consta, a pesar de la indeterminació del preu, que les parts volien obligar-se contractualment, no hi ha cap raó evident per a negar el reconeixement al contracte, i s'entén pactat un preu raonable<sup>38</sup>. Per altra banda, que en els articles 2:101 i 2:103, s'exigeix per a concloure un contracte, en primer lloc, la intenció d'obligar-se, la qual pot determinar-se, segons l'article 2:102, d'acord amb com la declaració o la conducta pugui ser raonablement entesa per l'altra part; i, en segon lloc, s'exigeix, únicament, que s'arribi a un *acord suficient*. Per tant, queda clar que la intenció d'obligar-se és l'element principal per a concloure un contracte<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> MCGUINNESS, *The effects*, 7.

<sup>36</sup> TREITEL, *The Law*, 160.

<sup>37</sup> DíEZ-PICAZO, ROCA TRIAS, MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, 172.

<sup>38</sup> ZIMMERMANN, *Estudios*, 150.

<sup>39</sup> Ben igual ocorre al CV, ja que el principal per a distingir si una proposta de celebrar un contracte és o no una oferta és la intenció del proponent, és a dir, l'existència d'una autèntica voluntat negocial que a més ha d'estar indicada a la propia oferta. Això suposa que, "en la declaración de la oferta se encuentre ésta o que, dados los términos en que la oferta se produzca, deba entenderse objetivamente que en ella se encuentra implícita esta voluntad". Per tant, l'existència d'una clara intenció d'obligar-se permet considerar ofertes a aquelles propostes que no són totalment precises, sinó que només tenen suficient precisió, la qual cosa significa que tenen un contingut mínim, la causa i el preu. Veure: DíEZ-PICAZO, *La compraventa*, 165-166.

En la mateixa línia, l'article 2.1 dels Principis UNIDROIT diu que perquè es pugui parlar de "veritable oferta" hi ha d'haver un sèria intenció d'obligar-se de manera definitiva i l'article 4.1 assenjala que, si la intenció de les parts no queda clara, el contracte s'interpretarà segons el significat que, raonablement, persones en el mateix lloc i circumstàncies li haurien donat.

### 2.3. *Letter of intent: precontracte, precontracte imperfecte*

En segon lloc, dins del nostre treball, hem volgut reflexionar entorn del fet que la figura de les *letters of intent* també es confon amb el precontracte i, potser, ha permès la creació d'una figura intermitja anomenada *precontracte imperfecte*.

#### 2.3.1. *Pacte d'intencions i precontracte. Els acords amb termes oberts*

Es diu que encara que la finalitat dels tractes preliminars i del precontracte sigui la preparació d'un contracte futur, hi cooperen al compliment de manera diferent; mentre el precontracte obliga a la conclusió del contracte futur, els tractes no creen entre les parts un vincle jurídic que els obligui a contractar més tard, sinó que, en la seva discussió, les parts conserven la seva lliure decisió per a avançar en el camí emprès o desistir tornant-se endarrere<sup>40</sup>. És important, per tant, posar l'accent en el fet que els tractes preliminars no són vinculants, en el sentit que el resultat d'ells no és encara el contracte, sinó un esquema merament hipotètic que arribarà a ser contracte quan sobre ell, això és, sobre cadascuna de les seves clàusules, recaigui el consentiment de les parts<sup>41</sup>.

D'altra banda, el precontracte ja és un contracte, encara que tingui per objectiu la conclusió d'un altre contracte<sup>42</sup> i es plantegen diverses doctrines en relació amb la determinació de les conseqüències que s'aparellen al no atorgament del contracte definitiu<sup>43</sup>.

En un principi, es va considerar que l'obligació futura de contractar que sorgeix del precontracte era una obligació inexecutable, l'incompliment de la qual produïa únicament el naixement d'un deure d'indemnitzar els danys i perjudicis que es generassin a l'altra part<sup>44</sup>. Enfront d'aquesta

<sup>40</sup> MORO, *El precontrato*, 246.

<sup>41</sup> MORENO, *La oferta*, 124 i ALONSO, *La responsabilidad*, 870-871.

<sup>42</sup> ALGUER, *Ensayos varios*, 113. També veure: STS de 25 de juny de 1993 (RAJ 5384).

<sup>43</sup> Es diu que "el cumplimiento de la obligación contraída en el precontrato tiene por resultado preciso -junto con la operación indispensable por parte del acreedor- la conclusión de otro contrato, el llamado contrato principal". En el precontracte, sorgeix "una obligación de emitir una declaración de voluntad, de realizar un acto externo". Veure: ALGUER, *Para la crítica*, 370-371 i 422.

<sup>44</sup> Així, la STS de 9 de juliol de 1940 (RAJ n.º 691) assenyalava que el precontracte té com funció essencial: "ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato; pero que precisamente por ese carácter, ni tiene otro objeto que el de vislumbrar la voluntad a la celebración de una convención ulterior, sin posibilidad de identificación con el del contrato definitivo, que ha de celebrarse después; ni en él se engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo del consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicios, precisamente por ser el consentimiento que ha de prestarse objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar

postura, en l'actualitat, la jurisprudència es decanta per considerar que el jutge pot suplir la voluntat de les parts i atorgar el contracte definitiu<sup>45</sup>.

En conclusió, cal assenyalar que la principal diferència entre el precontracte i les diverses figures que poden aparèixer en la fase de tractes preliminars (el pacte d'intencions) és que un precontracte és ja un contracte perquè hi ha dues voluntats que concorden, però l'acord existent entre les parts té una pura funció preliminar o preparatòria del contracte que en definitiva entre elles s'establirà o podrà establir-se<sup>46</sup>. Mentre que, en els tractes preliminars no s'ha arribat encara a una voluntat conjunta.

En el camp de les propostes internacionals, cal assenyalar que el precontracte podria assimilar-se als anomenats "acords amb termes oberts" que trobam, per exemple, a l'article 2.13<sup>47</sup> dels Principis UNIDROIT. Assenyala aquests precepte que, si quan es conclou un contracte, les parts deixen obertes algunes qüestions per a determinar-les posteriorment, això no impedirà l'existència d'aquest contracte. Així mateix, afegeix l'article que, encara que les parts després no arribin a un acord sobre les qüestions obertes, no es posarà en dubte l'existència del contracte. Per tant, un *acord amb termes oberts* vincula com un precontracte i amb la conseqüència que, si posteriorment no es completa, es podrà executar forçosament, en els termes prevists.

### 2.3.2. *Pacte d'intencions i precontracte imperfecte. Els acords per a negociar*

Els *acords per a negociar* són una modalitat d'acord precontractual que prové del *Common Law* que, en ocasions, pot ser executable, és a dir, pot tractar-se d'alguna cosa més que d'un document que plasma les negociacions, alguna cosa més que d'un pacte d'intencions. El motiu

a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del Juez, dando así irregularmente vida a un contrato que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer".

Igualment, es pronuncien: SSTS de 2 de febrer de 1960 (RAJ 456), de 26 de març de 1965 (RAJ 1481), de 16 d'octubre de 1965 (RAJ 4468), de 4 de juliol de 1991 (*El Derecho* 7251) i de 8 de febrer de 1996 (RAJ 864).

<sup>45</sup> Veure: GARCÍA CANTERO, *Comentario*, 70. També la següent jurisprudència: SSTS de 13 de desembre de 1989 (RAJ 8824), de 3 de març de 1992 (RAJ 2156), de 23 de desembre de 1995 (RAJ 9396) de 29 de juliol de 1996 (RAJ 6408) i de 26 de novembre de 1998 (*El Derecho* 38345).

<sup>46</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, 304.

<sup>47</sup> Diu l'article 2.13: "(1) *If the parties intended to conclude a contract, the fact that they have intentionally left a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by a third person does not prevent a contract from coming into existence.* (2) *The existence of the contract is not affected by the fact that subsequently (a) the parties reach no agreement on the term, or (b) the third person does not determine the term, provided that there is an alternative means of rendering the term definite that is reasonable in all of the circumstances, including any intention of the parties.*"

que en el *Common Law* es prevegi que en ocasions aquests acords siguin executables, malgrat no tenir, com si tenen els *acords amb termes oberts* o precontracte, un acord en els elements essencials, és que els *acords per a negociar* contenen l'obligació de negociar de bona fe i, atenent a la importància d'aquesta, es considera, en ocasions, que si no es negocia es podrà executar l'acord. Tot això respon al fet que l'exigència de negociar de bona fe pot excloure's en el sistema del *Common Law*<sup>48</sup>, amb la qual cosa, quan es preveu específicament que les negociacions s'ajustaran a la bona fe o a una clàusula de *best efforts*<sup>49</sup>, els tribunals consideren que pot tractar-se d'alguna cosa més que d'uns simples tractes, és a dir, que d'un pacte d'intencions, i es plantegen donar-li una transcendència també superior, és a dir, la seva possible execució<sup>50</sup>.

Des de la perspectiva del nostre dret contractual, el deure de negociar de bona fe s'exigeix sempre, qualsevol que sigui l'acord que es tracti i, en principi, davant la vulneració del mateix es reacciona en el camp de la responsabilitat precontractual, però no de l'incompliment contractual. No obstant això, aquesta idea pot donar lloc al fet que, entre un pacte d'intencions i un precontracte, se situï una figura diferent, anomenada, per exemple, *precontracte imperfecte* o *contracte preliminar*<sup>51</sup>.

Alguna doctrina s'ha referit a una figura precontractual que tindria una eficàcia intermitja entre el precontracte i el pacte d'intencions: el precontracte imperfecte. Aquesta doctrina assenyala que el *precontracte imperfecte* seria aquell que, tenint suficientment determinat el seu "objecte principal", remet a un moment posterior (la signatura del contracte definitiu) la fixació de certs extrems, el perfilat de la redacció del contracte<sup>52</sup>. Més concretament, es diu que el precontracte imperfecte es diferencia del pacte d'intencions, en el fet que els contractants se senten fermament vinculats, al no concebre la posterior fixació del tenor del

<sup>48</sup> ZIMMERMANN, *Estudios*, 155 i FARNSWORTH, *Precontractual liability*, 269.

<sup>49</sup> Es diu que aquestes clàusules es tradueixen com "lo que uno haría en su propia defensa, a menos que las mismos se refieran a conocimientos profesionales no poseídos por una de las partes, en cuyo caso, el baremo sería el de la conducta de una persona prudente que se encontrara en la misma situación". Veure: VIGURI, *Los tratos preliminares*, 68; FARNSWORTH, *Precontractual liability*, 272; i LAKE i DRAETTA, *Letters*, 130.

<sup>50</sup> Així, s'assenyala que, entre la ruptura de negociacions i l'incompliment contractual, hi ha d'haver un escaló en el qual, segons les circumstàncies, un acord pot ésser obligatori si de les paraules i dels actes de les parts es pot extraure el contingut bàsic de la relació. Veure: BALL, *Work carried out*, 587-588.

<sup>51</sup> Aquesta figura pot relacionar-se amb la noció de precontracte seguida per la doctrina clàssica. Es diu que el contracte preliminar és un antecessor o una espècie de llei de bases del segon contracte, el definitiu. Per tant, el contracte preliminar obliga a celebrar un altre contracte. Veure: STS 16-10-1965 (RAJ 4468) i STS 23-12-1995 (RAJ 9396).

<sup>52</sup> CAVANILLAS, *Comentario*, 1157.

contracte definitiu com l'oportunitat per a continuar unes negociacions que han quedat obertes, sinó com la manera de dotar al contracte definitiu d'una certesa que redueixi, per a la fase del seu compliment, la inseguretat que es derivaria de la seva esquemàtica redacció<sup>53</sup>. D'altra banda, el *precontracte imperfecte* es diferencia del *precontracte perfecte* pel fet que les parts han exclòs la possibilitat de quedar definitivament obligades amb el grau d'indeterminació que encara té l'objecte del contracte. En el *precontracte imperfecte*, el contracte definitiu és volgut amb la mateixa intensitat que en el *precontracte perfecte*, només que s'afegeix una obligació accessòria i instrumental, consistent en dotar-lo prèviament del també volgut grau de determinació. Les parts han arribat a un punt d'acord suficient per a obligar-se, però no per a iniciar l'execució<sup>54</sup>.

Sembla, doncs, que poden extreure's tres conclusions o idees principals. En primer lloc, que *precontracte* en sentit propi només ho seria aquell contracte complet i determinat, l'execució del qual queda ajornada. Únicament l'efectivitat del contracte queda ajornada i tots els elements del contracte estan determinats. Mentre que, el *precontracte imperfecte* pateix un notable grau d'indeterminació del seu contingut, però la intenció d'obligar-se de les parts és clara. Es coneix en part l'objecte del contracte i la intenció de les parts d'obligar-se a alguna cosa en relació amb aquest objecte.

En segon lloc, i com a conseqüència de l'anterior, pot concloure's que el que permet distingir aquestes figures és l'element subjectiu de la intenció d'obligar-se. En el pacte d'intencions, no hi ha intenció d'obligar-se. En el *precontracte imperfecte* hi ha una clara intenció d'obligar-se, però no hi ha determinació d'allò que es vol quedar obligat i en el *precontracte perfecte* hi ha intenció d'obligar-se i determinació, almenys suficient, dels elements. Hi ha, en definitiva, un contracte.

En tercer lloc, exigir per a ser *precontracte perfecte* que l'única cosa a determinar sigui el moment d'execució del contracte i per a tractar-se només d'un pacte d'intencions que no consti de forma expressa o tàcita la intenció d'obligar-se, fa que quedi enmig de les dues figures un ventall de possibilitats, com poden ser el cas de negociacions molt avançades, sense voluntat final d'obligar-se o negociacions en fase intermitja en les quals per algun mitjà pot fixar-se la intenció d'obligar-se a alguna cosa. Per a donar solució a aquesta gamma de possibilitats, pot haver-se optat per aquesta figura en la qual la clara voluntat d'obligar-se fa que es plantegi que s'està en el camp contractual i la posterior ruptura sigui sancionada no des d'un prisma precontractual o extracontractual, sinó contractual.

<sup>53</sup> CAVANILLAS, *Comentario*, 1158.

<sup>54</sup> CAVANILLAS, *Comentario*, 1158.

De tot el que s'ha exposat, pot deduir-se que el *precontracte imperfecte* és una figura caracteritzada per dos aspectes els quals, pel que sembla, permeten la seva autonomia i separació dels pactes d'intencions i del precontracte. En primer lloc, es diu que ja no estam en la fase de tractes previs, sinó en una fase de major vinculació, perquè la intenció de les parts és quedar obligats amb aquest acord, per imperfecte que sigui<sup>55</sup>. És a dir, la intenció de les parts, deduïda de certes circumstàncies, és el principal per a considerar perfeccionat com contracte un acord per a negociar. I, en segon lloc, és fonamental per a no considerar que estam ja davant un precontracte *perfecte*, el fet que les parts han condicionat l'acord, de manera que no desitgen que sigui obligatori encara, sinó fins que es determini tot el contingut, és a dir, aquest únicament està suficientment determinat.

En aquest punt, cal fer també referència a la teoria que, sobre la naturalesa jurídica del precontracte, va considerar que aquest pot ser una figura més àmplia, en el sentit de ser-ho tot contracte preparatori, consensual, bilateral i atípic o general, en virtut del qual les parts fixen les línies bàsiques d'un contracte específic i contreuen l'obligació de desenvolupar-les en el futur, a fi que aquell quedi en definitiva complet i conclòs<sup>56</sup>. Així, en el precontracte existeix tot el contracte principal o definitiu, però només en germen, en síntesi, en les seves directrius o elements bàsics. El contracte futur és el mateix precontracte, però desembolicat, completat, desenvolupat<sup>57</sup>. Les parts no s'obliguen a un *facere* (a consentir), sinó a cooperar, completar o desenvolupar les bases del precontracte i quan alguna de les parts es nega a actuar, el jutge substitueix l'activitat aliena únicament en el sentit d'obtenir per l'activitat pròpia el resultat jurídic i econòmic que, normalment, s'hagués obtingut mitjançant l'activitat de l'obligat. La voluntat contractual ja es va emetre i existeix condensada en el precontracte, de manera que només falta desenvolupar aquella activitat necessària per a deixar les coses completes i en disposició de poder aconseguir el resultat pràctic o empíric esperat per les parts quan varen *precontratar*<sup>58</sup>. Per tant, uns mateixos fets poden ser interpretats de diverses formes segons es dedueixi quina era la voluntat de les parts. Aquestes poden voler que el jutge supleixi la voluntat del

<sup>55</sup> Així, en el *Common Law* es dóna més importància a la intenció de les parts de manera que, si aquestes tenen la intenció de què sigui un contracte, el fet que hi hagi un acord posterior no li negarà eficàcia contractual. Veure: LAKE i DRAETTA, *Letters*, 72.

<sup>56</sup> ROCA SASTRE, *Estudios*, 324.

<sup>57</sup> ROCA SASTRE, *Estudios*, 331-332.

<sup>58</sup> ROCA SASTRE, *Estudios*, 333.

contractant contrari a l'atorgament, o que el contracte s'entengui posat en vigor com contracte definitiu en un determinat moment, o que la voluntat individual sigui infungible i la negativa a declarar-la se solucioni amb una indemnització de danys i perjudicis. Així, el problema es reconduïx a una qüestió d'interpretació de la concreta composició d'interessos establerta per les parts en el precontracte<sup>59</sup>.

A tot això cal afegir que, des de la teoria mantinguda per alguna jurisprudència en relació amb la naturalesa del precontracte, la qual entén que aquest té com nota peculiar la indeterminació específica dels requisits essencials del conveni que els interessats volen celebrar, essent precis per a aconseguir aquesta finalitat l'atorgament d'un futur contracte pel qual es completin els requisits que en el primer van quedar indeterminats<sup>60</sup>, i enfront de la postura que considera que el precontracte és un contracte perfecte en els seus elements, l'execució dels quals depèn de la decisió posterior de les parts<sup>61</sup>, és possible que tenguï cabuda aquesta figura intermitja.

### 3. *Les letters of intent: la seva transcendència. L'incompliment*

#### 3.1. *Introducció*

La transcendència dels pactes d'intencions es veu, en el fet que, davant el seu incompliment, es genera responsabilitat precontractual, doncs ens movem en la fase preliminar. Mentre que, en matèria de precontracte, és possible parlar d'incompliment per no atorgar una de les parts el contracte posterior i, per tant, segons doctrina majoritària, es podria demanar l'execució forçosa. No obstant això, el fet de quedar tan difuminada, o condicionada a l'apreciació d'un element subjectiu com és la intenció d'obligar-se, la frontera entre els pactes d'intencions de la fase preliminar, els pactes d'intencions que constitueixen precontracte imperfecte i el precontracte, no és fàcil determinar quina transcendència ha de donar-se a l'incompliment.

Aquesta dificultat prové també del fet que, en el sistema del *Common Law*, és difícil fonamentar la responsabilitat precontractual de les *letters of intent* perquè ni el *Restatement of the Law*, ni el *Uniform Commercial Code*

<sup>59</sup> RIVERO, *Derecho de obligaciones*, 405.

<sup>60</sup> SSTS de 21 de desembre de 1955 (RAJ 232), de 4 de juliol de 1991 (*El Derecho* 7251) i de 25 de juny de 1993 (RAJ 5384).

<sup>61</sup> Segueix aquesta línia la següent jurisprudència: SSTS de 13 de desembre de 1989 (RAJ 8824), de 3 de març de 1992 (RAJ 2156), de 23 de desembre de 1995 (RAJ 9396) de 29 de juliol de 1996 (RAJ 6408) i de 26 de novembre de 1998 (*El Derecho* 38345).



(CCU), esmenten els deures inherents a la bona fe en la fase preliminar<sup>62</sup>. Per tant, els tribunals van al camp contractual per a sancionar la transgressió de les cartes o els pactes d'intencions. Així, sorgeix la figura del precontracte imperfecte.

### 3.2. *La transcendència normal d'un pacte d'intencions: la responsabilitat precontractual*

#### 3.2.1. *Generalitats*

En el nostre dret, les conseqüències que es poden derivar d'un *incompliment* d'una carta d'intencions s'han de situar en el camp de la responsabilitat precontractual. La fase de tractes no produeix vinculació jurídica, de caràcter contractual, però té transcendència en el sentit que les parts tenen l'obligació de comportar-se segons la bona fe<sup>63</sup>. Així, l'única transcendència, que no és poca, que els pactes d'intencions poden tenir, és no aconseguir la seva finalitat, és a dir, la celebració del contracte. La frustració d'aquest objectiu pot deure's al fet que les parts de mutu acord decideixin no continuar negociant, opció aquesta que no planteja problemes; o al fet que només una de les parts decideixi no seguir negociant. En aquest cas, no es genera responsabilitat per l'incompliment de la carta d'intencions, sinó responsabilitat precontractual (per ruptura injustificada de tractes).

L'exigència de responsabilitat precontractual es fonamenta en el principi general de bona fe, el qual exigeix una actuació, tant en la fase de preparació d'un contracte, com en la fase de conclusió i execució, ajustada al deure de comportament honrat i just, és a dir, al deure de comportar-se amb lleialtat<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> No obstant això, en atenció als paràgrafs 1-201 i 2-103 del CCU que es refereixen a la bona fe, es va establir que les cartes d'intencions sense vinculació contractual (*agreement to agree*) duen implícit un deure d'actuar de bona fe, de manera que, els contractants puguin ser responsables dels danys produïts per la ruptura de la confiança que han pogut crear en l'altre part. Veure: VIGURI, *Los tratos preliminares*, 94 i 97.

<sup>63</sup> LOBATO, *Consideraciones sobre*, 544. Assenyala la STS de 20 d'abril de 1993 (RAJ 3104) que els acords adoptats amb la finalitat de celebrar un futur contracte "no pueden tener otra consideración que la de actos preparatorios del contrato, de los cuales no surge acción para la otra parte por la que pueda exigir su cumplimiento". Igualment veure: SSTS de 10 d'octubre de 1980 (RAJ 3623) i de 20 d'abril de 1993 (RAJ 3104).

<sup>64</sup> En el principi general de bona fe, aquesta "engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones" (WIEACKER, *El principio*, 11-12.). Es tracta de la bona fe en sentit objectiu dels articles 7.1 i 1.258 del Cc. Veure també: ROCA, *Comentario al artículo 1.258 Cc*, 453 i SSTS de 09/12/1963 (RAJ 5219), de 29/01/1965 (RAJ 262), de 27/01/1977 (RAJ 121), de 16/11/1979 (RAJ 3850), de 5/01/1980 (RAJ 19), de 5/07/1985 (RAJ 3642), de 04/02/1991 (RAJ 704) i de 13/11/1995 (RAJ 8601). El TS ha interpretat, en la sentència de

La bona fe *in contrahendo* significa<sup>65</sup> un comportament lleial en les relacions socials, causa justificativa de la confiança i, al mateix temps, exigència imprescindible en la conducta preparatòria del negoci. Les parts tenen l'obligació de comportar-se segons la bona fe en el sentit que a elles pertoca la càrrega d'una lleialtat recíproca de conducta socialment valorable i exigible.

Així mateix, per la culpa *in contrahendo* es fa responsable a qui en la fase precontractual ha realitzat un comportament lesiu i contrari als imperatius de la bona fe entesa en sentit objectiu<sup>66</sup>. Es tracta d'una responsabilitat precontractual perquè, sense formar-se el contracte, l'arrel de la responsabilitat no pot cercar-se en el contracte, sinó en la vulneració d'un deure estrany i anterior al contracte<sup>67</sup>.

La doctrina i jurisprudència espanyoles han anat, per a situar la responsabilitat precontractual a l'article 1.902 Cc, a la responsabilitat extracontractual<sup>68</sup>. Es considera que el fonament de la responsabilitat precontractual és la responsabilitat extracontractual de l'article 1.902 del Codi civil perquè això permet limitar l'exigibilitat d'indemnització només als casos en els quals resulti realment justificada<sup>69</sup>. A més, s'aporten altres arguments com: (1) Que la no justificació de la retirada de les negociacions quan podia esperar-se la conclusió d'un acord suposa una actuació abusiva que pot enquadrar-se dintre de l'àmbit de l'article 1.902 del Codi civil. (2) Que la possibilitat de retirar-se dels tractes no és un dret subjectiu, sinó que és simplement reflex de la llibertat contractual<sup>70</sup>. (3) Que es té una noció general de l'il·lícit civil, sense tipicitat del dany, suficientment àmplia com per a comprendre les diferents violacions del deure *alterum non laedere*<sup>71</sup>.

No obstant tot això, se segueix plantejant, en relació amb la responsabilitat precontractual, la seva possible cabuda en la responsabilitat

8 de juliol de 1981 (RAJ 3053), l'article 7.1 assenyalant que, en aquest, la bona fe suposa una exigència "de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena [...]". També veure: SSTS de 17/01/1986 (RAJ 105) i de 08/06/1994 (RAJ 4905).

<sup>65</sup> ALONSO, *La responsabilidad*, 889.

<sup>66</sup> ASÚA, *La culpa*, 205-206.

<sup>67</sup> MESSINEO, *Manual*, 465-466.

<sup>68</sup> ALONSO, *La responsabilidad*, 902. Veure: SSTS de 16 de maig de 1988 [(RAJ 4308) comentada per ASÚA GONZÁLEZ en: *CCJC*, 1988, pàgs. 513-527; i per GARCÍA RUBIO en: *La Ley*, 1989-4, pàgs. 1112-1119], de 26 de novembre de 1998 (*El Derecho* 38345) i de 16 de desembre de 1999 (RAJ 8979).

<sup>69</sup> MORENO, *La oferta*, 134-136.

<sup>70</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, 275.

<sup>71</sup> CABANILLAS, *El ámbito*, 756.

contractual i en aquest punt es confonen les figures pertanyents a la fase preliminar, com el pacte d'intencions, amb les figures contractuals, i entra en joc, el *precontracte imperfecte*.

### 3.2.2. Breument sobre la responsabilitat precontractual per ruptura injustificada de negociacions

Per responsabilitat precontractual es coneix la responsabilitat derivada de la ruptura injustificada de negociacions. Així, quan durant els tractes preliminars una de les parts fa sorgir en l'altra la raonable confiança que el contracte que es negocia serà conclòs i, posteriorment, interromp aquestes negociacions sense que existeixi un motiu justificat, està obligada a rescabalar els danys que l'altra part sofreixi com a conseqüència d'aquesta ruptura<sup>72</sup>.

D'això s'extreu que, en la responsabilitat precontractual per ruptura de negociacions, deuen concórrer una actuació contrària a la bona fe i la producció d'un dany. Més concretament, els elements que deuen concórrer són tres.

(1) En primer lloc, la situació de confiança que es crea quan les converses han experimentat un cert grau de desenvolupament i es troben ja avançades<sup>73</sup>. Dit d'una altra manera, incorren en aquesta responsabilitat els qui hagin encoratjat el començament o la continuació de despeses, creant en les persones que les realitzen un estat d'ànim de confiança en la transcendència de les negociacions i l'esperança que obtindran uns resultats amb els quals compensar els desemborsos o activitats realitzades, o que si no obtenen aquests resultats es deurà a la incompatibilitat de les postures de les parts negociadores<sup>74</sup>. Es tracta d'una confiança creada per uns fets concloents d'una de les parts en les negociacions, doncs és provocada per actes o actituds que es consideren vinculants per a la persona que els porta a terme<sup>75</sup>.

(2) En segon lloc, la ruptura ha de tenir un caràcter injustificat, el qual es valorarà posant en relació la causa de la ruptura amb els deures de bona fe i de lleialtat, i amb allò que raonablement pugui esperar-se de persones col·locades en una situació semblant<sup>76</sup>. Per tant, s'atendrà, en cada cas concret, a l'actuació de les parts durant tot el desenvolupament de les negociacions i es valorarà l'obligació d'una conducta lleial i d'una

<sup>72</sup> CABANILLAS, *El ámbito*, 762. Igualment en la jurisprudència: SSTS de 26 de febrer de 1994 (RAJ 1198), de 12 de febrer de 1997 (*El Derecho* 3732), de 14 de juny de 1999 [(RAJ 4105) comentada per CAVANILLAS] i de 16 de desembre de 1999 (RAJ 8979).

<sup>73</sup> DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, 279.

<sup>74</sup> MORENO, *La oferta*, 136-142.

<sup>75</sup> CABANILLAS, *El ámbito*, 762.

<sup>76</sup> DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, 279.

informació recíproca suficient, l'obligació d'actuar amb la intenció d'arribar a un acord i l'obligació de comportar-se de manera que no es lesioni els interessos aliens sense la justificació de la legítima defensa dels propis<sup>77</sup>. Així mateix, no és necessària la concurrència de culpa per a derivar responsabilitat per ruptura injustificada de negociacions<sup>78</sup>.

(3) Finalment i en tercer lloc, ha de produir-se un dany i una relació entre el dany i la confiança.

Tot això duu a la conclusió que el resultat de generar responsabilitat precontractual és el naixement del deure d'indemnitzar els danys efectivament produïts.

### 3.3. *L'incompliment del deure de comportar-se de bona fe com a fet generador de responsabilitat contractual*

Alguna doctrina<sup>79</sup>, partint de l'existència d'una relació jurídica *sui generis*, anomenada relació contractual de caràcter preparatori o relació derivada d'un contacte social, és a dir, del fet que posar-se en contacte dues persones a fi de negociar la conclusió d'un contracte, estableix entre elles una certa connexió i crea un estat de recíproca confiança que no deu ser defraudada, doncs l'una i l'altra es deuen un mínim de lleialtat en els tractes i que la responsabilitat precontractual no es basa en la violació del deure genèric *alterum non laedere*, diu que el deure de comportar-se segons la bona fe en el període formatiu del contracte implica un veritable deure inter parts i no un deure absolut enfront de tots, la qual cosa explica que els danys derivats del seu incompliment generin responsabilitat contractual<sup>80</sup>. Així mateix, s'afegeix que la responsabilitat precontractual exigeix regles pròpies perquè la seva base en la bona fe, de contingut idèntic a la contractual, l'allunyen de la responsabilitat per fet il·lícit, manifestació genèrica del *alterum non laedere*. D'altra banda, l'obligació d'indemnitzar *in contrahendo* té la seva base en el trencament de la confiança, en el dol, engany o deslleialtat de les parts en els actes preparatoris del negoci, no en una relació jurídica contractual<sup>81</sup>.

També es diu que, la dada decisiva perquè intervingui l'article 1.101 Cc és que existeix una relació prèvia en virtut de la qual hi ha un programa d'actuació que les parts deuen seguir i, per tant, s'admet que l'article 1.101 no només es refereix a l'incompliment o mal compliment d'allò que es

<sup>77</sup> DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, 279.

<sup>78</sup> En contra veure: HILSENRAD, *Las obligaciones*, 82.

<sup>79</sup> Per a més informació, veure: DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, 276; i CABANILLAS, *El ámbito*, 753 i ss.

<sup>80</sup> CABANILLAS, *El ámbito*, 754.

<sup>81</sup> ALONSO, *La responsabilidad*, 904.

deu contractualment, sinó també d'aquelles prestacions que tinguin el seu origen en qualsevol altra causa que posi en relació directa al creditor i al deutor<sup>82</sup>.

Tot el que s'ha dit, ens condueix al que s'ha anomenat la "contractualització del règim jurídic de la fase de negociacions" i a la idea que la responsabilitat que es genera per incompliment d'aquests acords se situa en seu contractual. La mateixa idea es troba darrere la figura del *precontracte imperfecte*.

Pel que fa a aquest, cal assenyalar que es diu que la seva transcendència no pot situar-se en el camp extracontractual, sinó en el contractual. Però, aquesta responsabilitat no seria pròpiament contractual, ja que, recordem, es diu<sup>83</sup> que, a diferència del *precontracte perfecte*, en l'*imperfecte* no és possible l'execució *in natura*, sinó només la indemnització per danys i perjudicis.

Això pot fer pensar que, en realitat, no es tracta més que d'una responsabilitat precontractual pròpia de la fase preliminar, però tampoc és així, ja que, també recordem, es diu<sup>84</sup> que, a diferència del que ocorre en la fase de tractes preliminars, aquesta indemnització cobrirà no només l'interès negatiu (el mal sofert per haver seguit negociant i incorrent en despeses), sinó també una indemnització pel valor del benefici que s'esperava obtenir del contracte definitiu (l'interès positiu).

Finalment, cal afegir que alguns autors<sup>85</sup> donen un pas més, i consideren que aquesta responsabilitat és absolutament contractual ja que també cabria l'execució *in natura* perquè, més enllà del contingut principal del contracte, res hi ha d'infungible en la voluntat dels contractants; al contrari, és un àmbit en el qual el jutge està obligat a suplir constructivament els dèficits que presenti el document contractual. Qüestió diferent és que degui o no ser funció del jutge donar redacció al contracte *per se*, és a dir, no perquè sigui una tasca necessària per a dirimir, per exemple, un plet sobre incompliment.

Enfront d'aquesta tendència d'utilitzar un concepte ampli de *precontracte* i de reconduir en tots els casos la responsabilitat a l'àmbit contractual, es pot oposar les crítiques que alguna doctrina ha fet.

D'una banda, es diu<sup>86</sup> que, en aquestes figures, les parts s'obliguen a negociar i encara no existeix una obligació contractualment assumida,

<sup>82</sup> ASÚA, *La culpa*, 257-258.

<sup>83</sup> CAVANILLAS, *Comentario*, 1160-1161.

<sup>84</sup> CAVANILLAS, *Comentario*, 1160-1161; i VIGURI, *Los tratos preliminares*, 127-128 i 134-135.

<sup>85</sup> CAVANILLAS, *Comentario*, 1161-1162.

<sup>86</sup> DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, 310.

com en el precontracte. Per altra banda, es planteja què cal entendre per col·laboració i bases del contracte ja que, si aquestes són suficients, només mancarà posar-les en vigor i executar-les, però no desenvolupar-les. Mentre que, si aquestes són incompletes, no bastarà per a desenvolupar-les una simple col·laboració, sinó nous acords.

A aquestes objeccions, es pot afegir que l'argument que permet incloure els casos de responsabilitat precontractual en l'article 1.101 del Codi civil té com inconvenient que s'ha d'admetre que tot el contingut de la relació obligatòria està per determinar i a reserva de la seva fixació després d'un judici de bona fe. Per això, l'existència únicament d'una relació obligatòria el contingut de la qual és comportar-se d'acord a un paràmetre general i objectiu, però indeterminat, ens apropa al camp dels danys a qualsevol subjecte de la col·lectivitat, és a dir al camp extracontractual<sup>87</sup>. Els danys produïts en la celebració del contracte no poden ser exigits sobre la base dels articles 1.101 i següents, que impliquen una obligació en el compliment de la qual es provoquin, ja que mentre no hi hagi acceptació, el contracte i les obligacions que d'ell es deriven no han sorgit<sup>88</sup>.

Finalment, és necessari plantejar si, en el nostre dret, de la constància expressa en un acord del deure que les negociacions es duguin a terme de bona fe es pot extreure la conseqüència que, en cas de no actuar així, els punts ja negociats seran executables.

En aquest tema, s'ha d'assenyalar que l'obligació de negociar de bona fe existeix en el nostre dret s'hagi previst expressament o no i, per tant, la conseqüència que genera la seva infracció, encara que s'hagi acordat expressament que s'actuarà de bona fe, no pot ésser més que la comuna. També s'ha d'assenyalar que, del fet que dues parts negociïn i arribin a acords puntuals, que és el que s'acostuma a fer en la fase de negociacions, i que a més ho facin actuant de bona fe, és exagerat concloure que hi ha una intenció de quedar vinculades, sobre tot en un termes incomplets. Potser, la interpretació hauria d'ésser la contrària i entendre que, si no hi ha acord definitiu o determinació dels elements, quan les parts duen temps negociant, és perquè no hi ha encara intenció d'obligar-se i, atenent al principi de lliure autorregulació contractual, s'hauria d'acceptar que les parts es retirin lliurement, només indemnitzant, si escau, els danys efectivament produïts per la retirada de les negociacions.

Arribats en aquest punt, el que sí, tal volta, hauria de acceptar-se és que, encara que en la ruptura hi hagi una actuació de bona fe, s'atorgui igualment una indemnització pels danys produïts. Però, s'ha de tenir en

<sup>87</sup> ASÚA, *La culpa*, 258.

<sup>88</sup> MORENO, *La oferta*, 235.

compte, com a contrareflexió, la dificultat que pot suposar trobar un cas on hi hagi una actuació de bona fe per part de qui romp les negociacions i hi hagi un dany que no sigui exclusivament imputable a qui l'ha patit, o a fets no previsibles, o no imputable a ningú, i trobar una base on fonamentar aquest tipus de responsabilitat.

### 3.4. La responsabilitat precontractual en els PECL

En els PECL, els articles 1:201 i 1:202<sup>89</sup> estableixen que les parts deuen ajustar les seves actuacions al deure de bona fe i de col·laboració.

Pel que fa al deure de bona fe, assenyala el paràgraf 2 de l'article 1:201, que aquest deure no pot ser exclòs, ni limitat, en el marc dels PECL. Per tant, es diu que, l'establiment del deure de bona fe en general troba acollida en els PECL i, per tant, en l'exercici dels drets i en el compliment de les seves obligacions, cada part contractual ha de comportar-se d'acord amb els manaments de la bona fe i la negociació lleial<sup>90</sup>.

La transcendència d'una actuació ajustada als paràmetres de la bona fe es reflexa també, en els PECL, en el recurs a la bona fe i al tracte lleial com criteri d'aplicació, interpretació i perfeccionament d'aquests Principis (article 1:106<sup>91</sup>).

L'existència del deure de bona fe en la fase preliminar i les seves conseqüències es veuen expressament en l'article 2:301 PECL<sup>92</sup>. Amb aquest precepte es poden plantejar certs interrogants. L'article assenyala:

1.- Que les parts tenen llibertat per a negociar i no són responsables en cas de no arribar a un acord. Per tant, els PECL exclouen, com a regla general, tota idea de responsabilitat quan les negociacions no acabin en un acord [art. 2:301 (1)] i, d'aquest primer paràgraf, no pot deduir-se que s'exigeixi bona fe precontractual.

<sup>89</sup> Diuen aquests articles: 1:201. "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing". 1:202: "Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract".

<sup>90</sup> ZIMMERMANN, *Estudios*, 154. Igualment, s'han pronunciat els Principis UNIDROIT a l'article 7 que assenyala: "(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty".

<sup>91</sup> Diu l'article: "These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application".

<sup>92</sup> Assenyala l'article 2:301: "(2) ... a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party". Igualment, podem veure l'article 2.14 dels Principis UNIDROIT que diu: "(2) ... a party who has negotiated or broken off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party. (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations intending not to make an agreement with the other party".

2.- No obstant això, la part que hagi negociat o trencat les negociacions de manera contrària a les exigències de la bona fe serà responsable de les pèrdues causades a l'altra part.

D'aquest paràgraf, pot deduir-se que, quan es sanciona una actuació contrària a la bona fe, s'està exigint que en la fase preliminar les parts s'ajustin a aquesta<sup>93</sup>. En el cas que no ho facin, respondran de les pèrdues, per tant, quan es parla de "pèrdua", enlloc de "dany" entra l'interrogant de si es respon únicament pels danys i perjudicis efectivament ocasionats o també pels guanys deixats d'obtenir. En aquest punt, s'ha dit que la referència a les *pèrdues* s'ha d'entendre com *interès negatiu*, és a dir, les pèrdues patides pel que s'ha negociat, el que exclou el lucre cessant<sup>94</sup>.

També cal assenyalar, que el paràgraf indica dos casos en els quals es produeix aquesta responsabilitat: (1) En el cas de ruptura de forma contrària a la bona fe i (2) en el cas d'haver negociat de mala fe, sense que es pugui pressuposar que hi ha hagut ruptura. Per tant, es viable plantejar si també s'incorre en responsabilitat en cas d'arribar a un acord que posteriorment ha produït pèrdues, perquè en la negociació es va actuar de mala fe. Aquesta responsabilitat superaria la responsabilitat precontractual per ruptura de negociacions i entrariem en el plantejament originari de la culpa *in contrahendo*<sup>95</sup>.

3.- Finalment, diu el paràgraf tercer, que, especialment, és contrari a la bona fe que una part iniciï negociacions o prossegueixi amb elles si no té cap intenció d'arribar a un acord amb l'altra part. D'aquest últim paràgraf és possible plantejar, en primer lloc, que l'actuació contrària a la bona fe negocial ve estrictament taxada en la conducta d'iniciar o prosseguir negociacions sense intenció d'arribar a un acord. En segon lloc, i en relació amb el paràgraf segon, s'ha de dir que no seria possible una responsabilitat per actuació contrària a la bona fe quan s'arribi a un acord, ja que, per a valorar que no hi ha bona fe, ha d'haver una intenció clara de no arribar a aquest acord. Per tant, el fet d'arribar-hi exclou que després es respongui per responsabilitat precontractual.

Finalment, hem de dir que, en els PECL, també es genera responsabilitat, en la fase de negociacions, si es trenca el deure de guardar confidencialitat (article 2:302). Aquest supòsit s'enquadraria en un

<sup>93</sup> Veure també: DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS, MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, 198.

<sup>94</sup> DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS, MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, 199.

<sup>95</sup> Es parla de *culpa in contrahendo* quan s'aplica la doctrina de la culpa a la situació que es crea entre els diferents interessats que actuen en l'elaboració d'un contracte. Veure: MORENO, *La oferta*, 231.



cas d'actuació contrària a la bona fe, però no seria sancionat si només existís l'article 2:301, ja que, aquest taxa quan es produeix una actuació contrària a la bona fe i només inclou el cas del paràgraf tercer, comentat anteriorment. La ruptura de la confidencialitat genera responsabilitats tant si s'ha arribat a concloure el contracte, com si no, i aquesta responsabilitat es tradueix en una indemnització pels danys i perjudicis provocats i en la devolució del benefici gaudit.

### III. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALGUER, J.:

- “Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil (IV. Los precontratos)”. *Revista jurídica de Cataluña*, 1931, pàgs. 112-128.
- “Para la crítica del concepto de precontrato”. *Revista de Derecho Privado*, 1935, t. XXII, pàgs. 321-434.

ALONSO PÉREZ, Mariano, “La responsabilidad precontractual”. *Revista jurídica de Cataluña*, 1971, pàgs. 857-922.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther i VAQUER ALOY, Antoni, “Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo (1)”. *La Llei*, any XXIII, n.º 5482, de 14 de febrer de 2002.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther:

- “Les regles sobre la perfecció del contracte en l'anomenat dret uniforme”. *XI Jornades de Dret català a Tossa, L'exercici de les competències sobre Dret Civil de Catalunya*. Tossa de Mar, 21 i 22 de setembre de 2000.
- “Estudio preliminar: Las perspectivas de un Derecho privado europeo”. A: SCHULZE, Reiner i ZIMMERMANN, Reinhard, *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*. Marcial Pons, 2002.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., *La culpa in contrahendo*. Universidad del País Vasco. Bilbao.

BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'obligacions*. Barcanova, Barcelona, 1990.

BALL, S. N., “Work carried out in pursuance of letters of intent -contract or restitution?”, *Law Quarterly Review* (1983) 99, pàgs. 572-590.

BASEDOW, Jürgen, “The renaissance of uniform law: European contract law and its components”. *Legal Studies*, 1998, vol. 18, n.º 2, pàgs. 121-145.

BEALE, Hugh, "Towards a Law of Contract for Europe: the work of the Commission on European Contract Law". A: Günter WEICK, *National and European Law on the Threshold to the single Market*. Peter Lang, Frankfurt, 1993, pàgs. 177-196.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*". *Revista crítica de Derecho inmobiliario y registral*, n.º 628, 1995, pàgs. 747-788.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, "Comentario a la Sentencia de 11 de abril de 2000". *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, n.º 54, 2000, pàgs. 1141-1162.

DE CASTRO y BRAVO, Federico, "La promesa de contrato". *Anuario de Derecho civil*, 1950, pàgs. 1133-1186.

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, "El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho privado español". *Actualidad civil*, n.º 43, 1999, pàgs. 1421-1441.

DÍEZ-PICAZO, Luis:

- *Comentario al artículo 1.258 CC. "Comentario del Código civil"*, tom II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pàgs. 436-438.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen 1 i 2. Civitas, Madrid, 1993.
- "La formación del contrato". *Anuario de Derecho civil*, tom XLVIII, 1995-1, pàgs. 5-31.
- *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Civitas, 1998.

DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS, MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*. Civitas, Madrid, 2002.

DURANY PICH, Salvador, "Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto". *Anuario de Derecho civil*, 1992-II, pàgs. 1011-1096.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, "La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo". *Derecho privado y Constitución*, n.º 14, 2000, p. 63-127.

FARNSWORTH, E. Allan, "Precontractual liability and preliminary agreements: Fair dealing and failed negotiations". *Columbia Law Review*, 1987, n.º 2, pàgs. 217-292.

FURMSTON, Michael, POOLE, Jill, NORISADA, Takao, *Contract formation and letters of intent*. John Wihey, England, 1998.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, “Comentario al artículo 1.451 del Código civil”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigits per Manuel ALBALADEJO, tom XIX. Edersa, Madrid, 1980, pàgs. 60-72.

GUARDIOLA SACARRERA, E., *La compraventa internacional. Importaciones y exportaciones*. Bosch, Barcelona, 1994.

HARTKAMP, A.S., HESSELINK, M.W. i HONDIUS, E.H. *Towards a European Civil Code*. Nijhoff, 1994.

HILSENRAD, Arthur, *Las obligaciones precontractuales*. Traducció de MENÉNDEZ PIDAL. Gongora, Madrid.

JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*. Civitas, Madrid, 1987.

LAKE, Ralph B. i DRAETTA, Ugo, *Letters of intent and other precontractual documents. Comparative analysis and forms*. Dutterworth Legal Publishers, USA. 2ª. edic. 1994.

LALAGUNA, Enrique, “La función negocial de la promesa de venta”. *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, II. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pàgs. 305-339.

LANDO, Ole, “El Derecho contractual europeo en el tercer milenio”. *Derecho de los negocios*, n.º 116, 2000, pàgs. 1-20.

LANDO, Ole i BEALE, Hugh, *Principles of European contract law*. Parts. I-II. Kluwer law International, 2000.

LOBATO DE BLAS, Jesús-María, “Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares”. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 241, 1976, pàgs. 541-581.

McGUINNESS, “The effects of letters of intent”. *Construction Papers*, n.º 91, 1998, pàgs. 1-8.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*. Tom IV. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

MORENO QUEDADA, Bernardo, “La oferta de contrato”. *Revista de Derecho notarial*, 1956, pàgs. 107-253.

MORO LEDESMA, Sebastián, “El precontrato”. *Revista crítica de Derecho inmobiliario y registral*, 1934, pàgs. 1-660.

PIOTET, Paul, *Culpa in contrahendo*. Éditions Staempfli, Berna, 1963.

RIVERO HENÁNDEZ, Francisco a: LACRUZ BERDEJO, “Derecho de obligaciones”. *Elementos de Derecho Civil II*. Vol. 1.º. 3ª edició, Bosch, Barcelona, 1994.

ROCA SASTRE, Ramón M.ª, *Estudios de Derecho privado I. Obligaciones y contratos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pàgs. 1-18 i 322-362.

ROCA GUILLAMON, Juan, *Comentario al artículo 1.258 CC. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”*. Dirigits per Manuel ALBADALEJO. Tom XVII, vol. 1º. Edersa, Madrid, 1981.

TREITEL, G.H., *The Law of contract*. London, 9ª edició, 1995.

VAQUER ALOY, Antoni, “La vocación europea del Derecho civil”. *La Ley*, any XXIII, n.º 5535, de 2 de maig de 2002.

VIGURI PEREA, Agustín, *Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales*. PPU, Barcelona, 1994.

WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1982.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de Derecho privado europeo*. Civitas, 2000.

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

JOAN MARSAL GUILLAMET \*

*Professor titular de Dret Civil a la Universitat de Barcelona*

## SUMARI

---

1. INTRODUCCIÓ    2. LA PARTICIPACIÓ DELS ENS SUBESTATALS EN LA FASE ASCENDENT DE CREACIÓ DEL DRET COMUNITARI    2.1. Els diversos models de la Unió    2.1.1. Alemanya    2.1.2. Bèlgica    2.1.3. Itàlia    2.1.4. Escòcia    2.2. El cas espanyol    3. LA PARTICIPACIÓ DELS ENS SUBESTATALS EN L'ELABORACIÓ DELS TRACTATS INTERNACIONALS    3.1. Els diversos models dins de la Unió    3.1.1. El cas alemany    3.1.2. El cas belga    3.1.3. El cas italià    3.1.4. El cas escocès    3.2. La regulació actual a l'Estat espanyol

## 1. INTRODUCCIÓ

Amb aquesta comunicació es persegueix incidir en les vies mitjançant les quals la Generalitat de Catalunya pot exercir la seva competència sobre la matèria civil en un context internacionalitzat. A l'Estat espanyol, en els primers anys de desenvolupament constitucional, la determinació de l'abast de la competència en matèria civil de les comunitats autònomes es va centrar, en contraposició a la de l'Estat i a partir de la interpretació del significat de *“conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*, en l'art. 149.1.8 CE, amb una incidència especial en l'abast possible del “desenvolupament”. Com és sabut, aquesta discussió es va resoldre parcialment amb la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional en

\* Aquest treball forma part del projecte d'investigació DGES PB 98-1173, dins del III Pla de Recerca de la Generalitat de Catalunya (2001 SGR 00022). Durant l'elaboració d'aquest treball, l'autor va gaudir d'un ajut de l'Institut d'Estudis Autònoms de la Generalitat de Catalunya, que li va permetre realitzar una estada de tres mesos a la Universitat degli Studi de Roma “La Sapienza” i a la seu d'UNIDROIT.

la sentència 88/1993, de 12 de març (sobre la Llei aragonesa 3/1988, de 25 d'abril, sobre equiparació de fills adoptius), reiterada en la 156/1993, de 16 de maig, sobre el Decret legislatiu balear 79/1990, segons la qual la noció de *desenvolupament* permet que les comunitats autònomes regulin matèries que no es recullen dins la compilació respectiva, sempre que tinguin una connexió suficient amb institucions que ja estiguin regulades.<sup>1</sup> Caldrà esperar la resolució dels sengles recursos d'inconstitucionalitat plantejats pel president del Govern contra la Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació, contra la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia i contra la Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya, per comprovar si es manté aquest criteri o bé es tendeix cap a un altre de molt més restrictiu.<sup>2</sup>

Darrerament han aparegut diversos treballs en els quals es destaca que una de les vies de desenvolupament del dret civil de Catalunya i, en concret, del Codi de dret patrimonial, consisteix en la transposició

<sup>1</sup> La doctrina ha assenyalat que es tracta d'una falsa solució al problema, perquè provoca que en cada cas concret s'hagi d'esbrinar si existeix la connexió entre la nova regulació i alguna institució del dret vigent (tradicional o dictat en el desenvolupament d'aquest). Pel que fa a aquest punt, vegeu Ferran BADOSA COLL, "La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en dret civil", *Iuris. Quaderns de política jurídica*, 1994, p. 11-36; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil", *Iuris. Quaderns de política jurídica*, 1994, p. 77-110; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, "Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil", *Iuris. Quaderns de política jurídica*, 1994, p. 37-76; Immaculada BARRAL VIÑALS, *La conflictivitat competencial. Dret civil*. Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1995. Vegeu també Josep Maria PUIG SALELLAS, "El desenvolupament de la competència legislativa en matèria civil", Àrea de Dret Civil, UdG, *XI Jornades de Dret Civil català a Tossa*, [http://civil.udg.es/tossa/2000/Textos/p/1/PUIG\\_SALELLAS.htm](http://civil.udg.es/tossa/2000/Textos/p/1/PUIG_SALELLAS.htm)

<sup>2</sup> L'admissió a tràmit del recurs d'inconstitucionalitat contra alguns preceptes de la Llei 25/2001 (recurs 27-2002) va tenir lloc mitjançant una provisió del Tribunal Constitucional de 21.5.2002 (DOGC 3650, de 5.6.2002). Tot i que no ha estat publicat, els fragments que se'n reproduïen en les al·legacions formulades al recurs per a la representació processal del Parlament de Catalunya (el lletrat Pere Sol i Ordís) permeten deduir que s'opta per una interpretació molt restrictiva. A tall d'exemple: "El escrito de interposición del recurso mantiene que el derecho foral podrá ser modificado y desarrollado, pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca con menoscabo del derecho común. Aunque posteriormente parece que esta afirmación se matiza, en las conclusiones vuelve a aparecer la misma idea al afirmar que los preceptos recurridos [...] [no pueden] ser considerados como desarrollo por cuanto regulan un instituto ajeno al vigente Derecho civil catalán" (BOPC VI leg. núm. 365, p. 111-119).

L'admissió del recurs d'inconstitucionalitat contra alguns preceptes de la Llei 19/2002 (recurs 5840-2002) es feu mitjançant una provisió del Tribunal Constitucional de 12.11.2002 (DOGC 3771, de 28.11.2002). La provisió d'aquest Tribunal que ha admès el recurs contra la Llei 29/2002 (recurs 2099-2003) és de 20.5.2003 (BOE 132, de 3.6.2003). En tots dos casos, el President del govern ha invocat l'art. 161.2 CE, per la qual cosa s'ha suspès la vigència i l'aplicació dels preceptes impugnats.

de les directives comunitàries,<sup>3</sup> però fins ara s'ha estudiat el fenomen exclusivament des de l'execució d'una normativa internacional en l'elaboració de la qual la Generalitat de Catalunya no ha tingut cap mena de participació.<sup>4</sup> És a dir, des del paràgraf tercer de l'art. 27 EAC.<sup>5</sup>

En canvi, aquesta comunicació se centra en les vies mitjançant les quals la Generalitat de Catalunya pot participar activament en l'elaboració de les normes civils de dret uniforme que, finalment, es podran aplicar a Catalunya ja de manera directa, ja com a conseqüència de la seva transposició al dret català mitjançant una norma pròpia. És a dir, el que es persegueix és determinar com pot intervenir la Generalitat de Catalunya en la fase ascendent de creació de la norma de dret uniforme.

Les respostes són diferents segons quina sigui la font d'uniformització del dret privat. Atesa la temàtica d'aquestes XII Jornades, "*El dret civil català en el context europeu*," es fa una incidència especial en els mecanismes de què disposen les comunitats autònomes per participar en la formació de la posició estatal davant la Unió Europea, és a dir, les conferències intersectorials i la *Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas*, i es destaquen els problemes que planteja en una regulació uniforme el caràcter asimètric de la matèria civil en la distribució competencial.<sup>6</sup> En l'incipient estat actual del procés, la

<sup>3</sup> Luis María Díez-PICAZO, "La transposición de las directivas en materia de Derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas", Àrea de Dret Civil UdG, *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, UdG-Tirant lo Blanch, p. 41-53: "El principio general de la no alteración del orden interno de distribución de competencias ha sido confirmado por una jurisprudencia constitucional constante y prácticamente uniforme. Así, en materia de agricultura (STC 76/1991, 115/1991, 29/1994, 265/1994, 112/1995 y 67/1996), de comercio (STC 80/1993), de sanidad (147/1996) y de gestión de ayudas comunitarias (STC 117/1992)" (p. 46).

<sup>4</sup> Vegeu Esther ARROYO AMAYUELAS, "Europa, Catalunya, els codis. Les regles sobre la perfecció del contracte en l'anomenat dret uniforme", Àrea Dret Civil, UdG, *XI Jornades de Dret Civil Català a Tossa*, <http://civil.udg.es/tossa/2000/Textos/c/2/ARROYO.htm>; Santiago ESPIAU ESPIAU, "La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo", *Derecho Privado y Constitución*, 14(2000), p. 63-127, i Juana MARCO MOLINA, "La incorporación de directivas en materia de derecho patrimonial por el legislador catalán (La relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas)", *La Notaria*, 11-12(2001), p. 15-50.

<sup>5</sup> "*La Generalitat de Catalunya adoptarà les mesures necessàries per a l'execució dels tractats i convenis internacionals en allò que afectin les matèries atribuïdes a la seva competència, segons el present Estatut*".

<sup>6</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, "Uniformidad y diversidad en las Comunidades Autónomas, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional", a GENERALITAT DE CATALUNYA, INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS, *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 1995, p. 19-40, assenyalava que la legislació civil constitueix un "hecho diferencial de raíz histórico jurídico no ampliable a otras comunidades, a aquéllas en que no hubo o no permaneció vivo [derecho civil especial

Comissió no s'ha adreçat específicament als Estats membres, sinó que va fer una crida pública en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo* (COM [2001] 398 final),<sup>7</sup> però això no prejutja actuacions futures. Cal tenir en compte que en el §.16 de la Resolució sobre l'aproximació del dret civil i mercantil dels Estats membres d'11 de novembre de 2001,<sup>8</sup> el Parlament europeu suggereix a la Comissió que, a més dels grups d'estudiosos ja existents, rebí l'assessorament dels "colegios de abogados nacionales y organismos encargados de las reformas jurídicas en los Estados miembros". En qualsevol cas, la norma comunitària que en resulti l'haurà de discutir i aprovar el Consell.

Tanmateix, a la comunicació no s'oblida que un altre dels mecanismes utilitzats per uniformar el dret privat són els tractats internacionals. En aquest àmbit, no hi ha cap dubte que el *treaty making power* s'insereix dins de la competència exclusiva de l'Estat en l'àmbit de les relacions internacionals (art. 149.1.3 CE). Malgrat l'escassetat de previsions estatutàries,<sup>9</sup> s'estudia en quina mesura poden intervenir les comunitats autònomes en la formació de la posició negociadora estatal, en virtut dels principis constitucionals de col·laboració i de cooperació.

## 2. LA PARTICIPACIÓ DELS ENS SUBESTATALS EN LA FASE ASCENDENT DE CREACIÓ DEL DRET COMUNITARI

Com és sabut, la incorporació de l'Estat espanyol a les Comunitats europees va suposar una considerable i, amb el pas del temps, creixent cessió de competències a favor de les institucions comunitàries, les quals en condicionen i limiten l'exercici tant a l'Estat central com a les comunitats autònomes. Amb relació a l'Estat, la doctrina ha assenyalat

o foral] hasta 1889 y 1978" (p. 28). En el mateix volum (p. 105-117), E. ARGULLO MURGADAS, "*Las vías para una construcción de la diversidad de modelos autonómicos*", també situa la legislació civil com un dels elements d'heterogeneïtat que impedirien igualar completament les competències de les comunitats autònomes (p. 116). En el mateix sentit, G. TRUJILLO, "Integración constitucional de los hechos diferenciales y preservación de la cohesión básica del Estado Autonómico", i E. ÁLVAREZ CONDE, "Homogenidad y asimetría en el modelo autonómico español", ambdós a MAP, *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico*, Madrid, 1997, p. 13-32 i 77-90, respectivament (vegeu p. 19 i 88).

<sup>7</sup> DOUE C 255 de 13.9.2001. Vegeu, respecte d'aquest punt, Miquel MARTÍN CASALS, "El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del dret privat europeu", *RJC* (2002), p. 633-662.

<sup>8</sup> DOUE C 140 E de 13.6.2002, p. 538

<sup>9</sup> L'art. 27.5 EAC únicament es refereix a la informació que ha de facilitar l'Estat: "*La Generalitat serà informada, en l'elaboració dels tractats i convenis, així com dels projectes de legislació duanera, en allò que afecti matèries del seu interès específic.*"



que no es produeix pròpiament una pèrdua, perquè en conserva tant la titularitat com una manera d'exercir la competència: la codecisió o participació. En canvi, per a l'ens subestatal hi ha un perill de desaparició de la competència.<sup>10</sup>

La Unió Europea és una unió d'Estats i no de regions, per la qual cosa qualsevol mecanisme de participació d'aquestes en la fase ascendent del procés de creació de normes en l'àmbit comunitari queda reduïda a la formació interna de la voluntat de l'Estat. Amb relació a la participació de les entitats subestatals en aquesta fase ascendent, cal precisar que no es tracta d'una matèria específicament espanyola, sinó que s'ha plantejat en tots els estats descentralitzats que formen la Unió. Per això, es pot comparar la solució espanyola amb la d'altres estats, com ara Alemanya, Bèlgica, Itàlia o el Regne Unit. Tanmateix, cal advertir que, llevat del darrerament esmentat, en tots els altres Estats no hi ha una pluralitat d'ordenaments jurídics civils, per la qual cosa el mecanisme que tenen previst per a la participació de les entitats subestatals no s'aplica en matèria civil.<sup>11</sup>

En la matèria objecte d'aquesta comunicació és fonamental la sentència del Tribunal Constitucional 165/1994, dictada com a conseqüència

<sup>10</sup> Rafael BUSTOS GISPert, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 425-427.

<sup>11</sup> Amb relació a el cas escocès, John HOPKINS, "Devolution from a comparative perspective", *European Public Law*, 4(1998), p. 323-333, p. 324, assenyala que "[i]n fact, the Scottish Parliament will be the only devolved authority in Europe with responsibility for the criminal and civil law within its borders".

Amb relació a Itàlia, cal destacar que a la sentència de la Corte Costituzionale de 6 novembre 2001, núm. 352 (*Giurisprudenza costituzionale* 6-2001, p. 3609-3616) s'ha establert que "[l]'incidenza sulla competenza regionale del limite del diritto privato non opera però in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza, che vale a soddisfare il rispetto del richiamato principio di eguaglianza" (FD 6.3). A partir d'aquesta doctrina, algun publicista (Elisabette LAMARQUE, "Observazioni preliminari sulla materia 'ordinamento civile', di esclusiva competenza statale", *Le Regioni*, 6 [2001], p. 1343-1356) ha afirmat que "si potrebbe sostenere che l'ordinamento civile resta di rigorosa esclusività dello Stato soltanto nelle aree in cui sono coinvolti diritti fondamentali della persona: [...] in altri campi del diritto civile, invece, dove il principio di eguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali entra meno prepotentemente, come i settori della proprietà e dei diritti reali, il rispetto del principio di ragionevolezza nella differenziazione sembra garanzia sufficiente: la riserva allo Stato della materia 'ordinamento civile', in altri termini, dovrebbe richiedere soltanto una tendenziale uniformità delle discipline regionali, e non una disciplina statale unitaria" (p. 1355-1356). Contra aquesta opinió, la millor doctrina civil (Guido ALPA, "Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale", *Contratto e impresa*, 2 [2002], p. 597-606) es mostra contrari al desenvolupament dels drets civils regionals a Itàlia: "non sarebbero perciò ammissibili nella nostra esperienza i tentativi che altrove (come in Catalogna o in Scozia) si stanno progettando per una codificazione civilistica che deroghi o alla codificazione generale o al common law" (p. 606).

d'un conflicte positiu de competències promogut pel president del Govern contra el Decret basc 89/1988, de 19 d'abril, en el qual es preveia l'establiment d'una oficina a Brussel·les. La doctrina d'aquesta sentència és doble.

En primer lloc, limita l'abast del que s'ha d'entendre per *relacions internacionals* en l'art.149.1.3 CE, en el mateix sentit que el vot particular de la sentència del Tribunal Constitucional 137/1989, de 20 de juliol: només inclouen relacions entre subjectes internacionals i subjectes al dret internacional; en concret, la subscripció de tractats internacionals, la representació exterior de l'Estat (*ius legationis*), la creació d'obligacions internacionals i la responsabilitat internacional de l'Estat.<sup>12</sup>

En segon lloc, exclou de les relacions internacionals el dret comunitari i l'apropa cap al dret intern.<sup>13</sup> D'aquesta manera, quedava lliure la via per reclamar la participació de les comunitats autònomes en la fase ascendent

<sup>12</sup> FJ 5: “[...] aun cuando no quepa identificar toda actividad de proyección exterior con la materia de ‘relaciones internacionales’ que la Constitución reserva a la competencia estatal, no es menos cierto que esa reserva supone forzosamente que quedarán fuera de las competencias de las Comunidades Autónomas todas aquellas actuaciones que sí sean incluibles en ese título. Sobre ello ya se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones y, sin pretender una descripción exhaustiva de la reserva en favor del Estado, sí ha identificado alguno de los elementos esenciales que conforman su contenido (SSTC 153/1989, fundamento jurídico 8 y 80/1993, fundamento jurídico 3). Y aun sin pretender llevar a cabo ahora esa tarea, sin embargo, sí cabe señalar en términos generales que interpretado el art. 149.1.3 CE en relación con otros preceptos de la Norma fundamental, como es el caso de los arts. 63, 93 a 96 y 97, de esta interpretación claramente se desprende, de un lado y en sentido negativo, que las ‘relaciones internacionales’, en cuanto materia jurídica, no se identifican en modo alguno con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior. Ni tampoco, obvio es, con la ‘política exterior’ en cuanto acción política del Gobierno. De otro lado, en sentido positivo, que el objeto de aquella reserva —en términos generales, como se ha dicho— son las relaciones de España con otros Estados independientes y soberanos, el aspecto más tradicional de estas relaciones, y con las organizaciones internacionales gubernamentales. Relaciones que, en todo caso, están regidas por el ‘derecho internacional general’ a que se refiere el art. 96.1 CE, y por los tratados y convenios en vigor para España. Son, pues, las normas del derecho internacional, general o particular, aplicables a España, las que permiten determinar en cada caso tanto el contenido de las mismas como su sujeto. Por lo que este Tribunal ha podido referirse, en relación con el art. 149.1.3 CE, a materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (*ius contrahendi*), y a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado (SSTC 137/1987, 153/1989 y 80/1993).”

<sup>13</sup> FJ 4: “Por consiguiente, cabe estimar que cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como ‘interno’. En correspondencia con lo anterior, si se trata de un Estado complejo, como es el nuestro, aun cuando sea el Estado quien participa directamente en la actividad de las Comunidades Europeas y no las Comunidades Autónomas, es indudable que éstas poseen un interés en el desarrollo de esa dimensión comunitaria.”

d'elaboració del dret comunitari. Correlativament, s'ha fet evident la necessitat de garantir la participació autonòmica en l'adopció de la posició espanyola davant d'un projecte normatiu comunitari que n'afecti les competències, que s'ha de relacionar amb un principi bàsic del sistema: el principi de col·laboració.

## 2.1. Els diversos models de la Unió

### 2.1.1. Alemanya

Els Länder varen aprofitar la ratificació de l'Acta Única Europea per ampliar notablement la seva influència en el procediment intern de formació de la voluntat de l'Estat federal, mitjançant la modificació del procés de determinació de la posició comuna dels Länder adoptat el 1979.<sup>14</sup> Els instruments del canvi han estat la Llei de reforma constitucional, de 21 desembre de 1992 (especialment, el nou art. 23 GG); la Llei, de 12 de març de 1993, de cooperació entre la Federació i els Länder en matèries de la Unió Europea; el Conveni de 12 d'octubre de 1993, entre els Governos federal i dels Länder per desenvolupar l'art. 9 d'aquesta Llei, i el nou reglament del Bundesrat de 26 de novembre de 1993.<sup>15</sup>

La Federació ha de transmetre als Länder la documentació de què disposi sobre tots els afers que els puguin ser d'interès. Una vegada decidida la posició de cada land, el Bundesrat és la seu on ha de tenir lloc el procés per aconseguir una posició comuna dels Länder. Si l'afet és especialment urgent, s'ha de resoldre dins de l'Eurokammer, una comissió específica dins del Bundesrat, on es ponderen els vots de la mateixa manera que en el ple. Gràcies al fet que la Constitució atribueix l'adopció de la posició comuna al Bundesrat i no als Länder, s'ha pogut passar d'un sistema de consens a una altre de majories.

Amb relació a l'adopció de la posició alemanya, l'art. 23.5 .GG distingeix diversos supòsits. Quan es tracta d'una competència exclusiva dels Länder, la posició comuna del Bundesrat vincula el Govern federal. Si aquest no la comparteix, el Bundesrat ha de tornar a votar la posició comuna i, només en el cas que s'aprovi per una majoria qualificada de 2/3 continua vinculant el Govern. En tots els altres casos, el Govern federal ha d'escollar la posició del Bundesrat, però no el vincula.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Hermann-Josef BLANKE, "La participació dels Länder en la formació de la voluntat estatal (Bundesrat) i la presència de representants dels Estats federats a les institucions europees", *Autonomies*, 27(1997), p. 31-43, p. 31.

<sup>15</sup> Eduard ROIG MOLÉS, *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Generalitat de Catalunya, IEA, Tirant lo Blanch, p. 124.

<sup>16</sup> Eduard ROIG MOLÉS, *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, p. 125-126 i 310-311. Més detalladament, Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), *La participación y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Generalitat de Catalunya, IEA, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 67-78.

En qualsevol cas, però, el Govern es pot oposar a la posició del Bundesrat tot al·legant raons de política exterior o d'integració.

### 2.1.2. Bèlgica

A partir de la reforma constitucional de 1993, Bèlgica ha esdevingut un Estat federal que, en matèria de relacions internacionals, es caracteritza pel fet d'estendre a l'esfera internacional l'autonomia de la qual gaudeixen les entitats subestats en l'àmbit intern.<sup>17</sup> L'article 167 de la Constitució belga compatibilitza aquesta competència en afers exteriors de comunitats i regions amb la direcció de les relacions internacionals pel rei (és a dir, el govern federal),<sup>18</sup> de manera que correspon al Govern federal fixar les línies generals de la política exterior belga, establir, mantenir i trencar les relacions diplomàtiques i tot el que fa referència a la política de defensa.<sup>19</sup>

Precisament per aquesta configuració de les relacions internacionals, Bèlgica és l'únic estat de la Unió Europea (UE) en què no ha calgut establir una diferenciació entre les relacions internacionals i les relacions amb la UE a fi de permetre a les entitats subestats participar en la presa de decisions.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Com assenyalava Robert SENELLE ("The Role of the Communities and the Regions in the Making of Belgian Foreign Policy", *European Public Law*, 5 [1999], p. 601-618) "[t]his extension of the internal autonomy of the federated entities into the international arena is an inevitable consequence of the basic philosophy underlying Belgian federalism, which is characterized by the exclusive nature of the powers of the various entities, and by the equality of laws and decrees" (p. 602). André ALEN i Patrick PEETERS ("The Competences of the Communities in the Belgian Federal State: The Principle of Exclusivity Revisited", *European Public Law*, 3 [1997], p. 165-173, p. 169) atribueixen al caràcter centrífug del federalisme belga l'absència d'una clàusula de prevalença de la legislació federal.

<sup>18</sup> §.1er.1 "Le Roi dirige les relations internationales, sans préjudice de la compétence des communautés et régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion des traités, pour les matières qui relèvent de la compétence de par la Constitution ou en vertu de celle-ci.

*Le Roi commande les forces armées, et constate l'état de guerre ainsi que la fin des hostilités. Il en donne connaissance aux Chambres aussitôt que l'intérêt et la surêté de l'État le permettent, en y joignant les communications convenables [...]."*

§ 2 "Le Roi conclut les traités, à l'exception de ceux qui portent sur les matières visées au § 3. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres."

§ 3. "Les Gouvernements de communauté et de région visés à l'art. 121 concluent, chacun pour ce qui le concerne, les traités portant sur les matières qui relèvent de la compétence de leur Conseil. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Conseil."

§ 4 "Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, arrête les modalités de conclusion des traités visés au § 3 et des traités ne portant pas exclusivement sur les matières qui relèvent de la compétence des communautés ou des régions par ou en vertu de la Constitution."

<sup>19</sup> Robert SENELLE, *The Role of the Communities and the Regions...*, p. 601-618, p. 602-603.

<sup>20</sup> Com assenyalava Étienne CEREXHE, "La participació de les instàncies regionals en la formació del dret comunitari, després de la reforma de la Constitució belga de 1993", *Autonomies*, 22 (1997), p. 65-71, "el Tractat de la Unió Europea és, des del punt de vista del nostre ordre jurídic intern, un tractat mixt" (p. 71).

El *treaty-making power* que l'article 167 de la Constitució belga atribueix a les regions i a les comunitats en les matèries en què són competents no és absolut. En el §.4 es preveu que es fixi en una llei el procediment de conclusió dels tractats quan aquests tinguin com a objecte, totalment o parcialment, matèries que siguin competència de les comunitats o les regions.

El procediment de celebració dels tractats internacionals de les regions i comunitats belgues fou regulat per dues lleis, ambdues de la mateixa data, 5 de maig de 1993, la *Loi speciale sur les relations internationales des Communautés et des Regions* (1993-05-05/65) i la *Loi sur les relations internationales des Communautés et des Regions* (1993-05-05/66). En aquesta darrera es va instituir una *Conférence Interministérielle de la Politique Étrangère* (CIPE), formada per membres de tots els governs i que té com a missió coordinar les polítiques exteriors per assegurar una actuació coherent del regne de Bèlgica en el terreny internacional.<sup>21</sup>

L'art. 3 de la Llei especial 1993-05-05/65 preveia que el procediment per a la conclusió dels tractats mixtos s'adoptaria en un acord de cooperació entre tots els ens de la federació (art. 92 bis §.4ter L. S. 8.8.1988). El 8 de març de 1994 es varen adoptar dos acords, l'un relatiu a la conclusió de tractats mixtos i l'altre específic per a la Unió Europea (*Accord de coopération entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions, relatif a la représentation du Royaume de Belgique au sein du Conseil de Ministres de l'Union européenne*). La funció d'aquest segon acord és doble: d'una banda, s'articula el mecanisme que ha de permetre, amb caràcter general, posar d'acord i coordinar els diferents nivells de govern; de l'altra, es preveu la manera de determinar a qui correspon la representació de l'Estat belga segons els casos.<sup>22</sup>

En aquest acord s'encomana a la *Direction d'Administration des Affaires européennes*, adscrita al Ministeri d'Afers Estrangers, que presideixi les reunions de coordinació tendents a establir amb caràcter previ la posició belga per a cada punt de l'ordre del dia del Consell de la UE que tracti sobre una matèria en què les comunitats i/o regions tenen competència (art. 1). Els acords a què s'arribi s'envien a la CIPE, que també és la seu on s'intenta aconseguir el consens quan aquest no és possible en la reunió de cooperació (art. 4). Si el bloqueig persisteix, la representació belga es veu obligada a abstenir-se en el Consell de Ministres.

Si s'ha obtingut un acord, el ministre d'Afers Estrangers envia les instruccions pertinents a la representació permanent davant les

<sup>21</sup> Robert SENELLE, *The Role of the Communities and the Regions...*, p. 605.

<sup>22</sup> Éric PHILIPPART, "Gouvernance à niveaux multiples et relations extérieures: le développement de la paradiplomatie au sein de l'Union européenne et la nouvelle donne belge", *Études Internationales* XXIX-3 (1998), p. 631-646, p. 639.

comunitats (art. 5). Si durant les negociacions en el Consell o el COREPER s'ha d'adaptar la posició belga, el representant belga realitza els contactes necessaris que ho permetin. Altrament, o en cas de desacord persistent, pot adoptar *ad referendum* la posició que li sembli més susceptible de satisfer l'interès general. Cal notificar la posició definitiva belga a la presidència en un termini màxim de tres dies (art. 6).<sup>23</sup>

S'ha assenyalat que l'exigència de consens significa que les comunitats i regions belgues gaudeixen d'un veritable dret de veto en una part substancial de la política comunitària belga, la qual cosa pot tenir un cost elevat.<sup>24</sup>

### 2.1.3. Itàlia

L'art. 117.5 de la Constitució italiana, en la redacció donada per la leg. cos. de 18 d'octubre de 2001, núm. 3, reconeix a les regions i les províncies autònomes la participació en la formació dels actes normatius comunitaris que afectin matèries en què són competents. Abans d'aquesta reforma, la participació de les regions i províncies autònomes en la fase ascendent (i descendent) del dret comunitari ja es trobava regulada a la Llei, de 9 de març de 1989, núm. 86 (coneguda com a *Legge La Pergola*), que actualment es troba en procés de modificació per adequar-la al nou text constitucional.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Jean-Louis van BOXSTAEL, "La participación de las comunidades y las regiones belgas en la elaboración y ejecución de decisiones de la Unión Europea", a Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Cantones y Comunidades Autónomas*, vol. I, IVAP, 1994, p. 273-314, constata la perplexitat que genera l'article 6: si el representant belga ja ha votat, la decisió europea ja s'ha pres, per la qual cosa no té sentit la notificació de la decisió definitiva; en canvi, si no vota, la decisió europea es retarda durant un termini màxim de setanta-dues hores (p. 297).

<sup>24</sup> Éric PHILIPPART, "Gouvernance à niveaux multiples...", *Études Internationales* XXIX-3 (1998), p. 631-646: "En cas de vote à l'unanimité, une abstention belge 'par défaut' n'empêche certes pas la conclusion d'un accord, mais ne contribue pas au crédit de la Belgique. Dans le cas d'un vote à la majorité qualifiée, une abstention belge contribue au statu quo en s'ajoutant de facto aux votes négatifs et, le cas échéant, diminue le capital politique du pays auprès de ses partenaires privilégiés. La Belgique deviendrait alors un allié inutile, voire un obstacle." (p. 641). Per això, segons Jean-Louis van BOXSTAEL, "La participación de las comunidades y las regiones belgas...", "los desarrollos del acuerdo de cooperación pondrán en las instancias de coordinación una especie de 'obligación de resultado' en la definición de la posición belga común" (p. 298).

<sup>25</sup> El disegno di legge recante modifiché alla legge 9 marzo 1989, n. 86, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari fou aprovat pel Consell de Ministres el 3 de maig 2002. Va rebre l'opinió favorable de la *Conferenza Unificata* l'11 de juliol 2002 (Repertorio Atti n. 593/C.U, que es pot consultar a [www.governo.it/backoffice/allegati/16769-935.pdf](http://www.governo.it/backoffice/allegati/16769-935.pdf)). Es va presentar a la Camera dei Diputati el 2 de setembre 2002. (C. 3123. Governo) Es pot consultar a [www.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/stampati/sk3500/articola/3123.htm](http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk3500/articola/3123.htm). Es tramita conjuntament amb dues proposicions de llei d'identit

La redacció encara vigent de la *Legge La Pergola* només preveu que les regions i les províncies autònomes enviïn les seves observacions al Govern sobre els projectes d'actes normatius i d'orientació dels òrgans comunitaris a partir de la informació que aquest els hagi tramès (art. 1-bis, 3 final),<sup>26</sup> a més de les opinions que formulin les regions a les sessions monogràfiques de la Conferència Estat-Regions que tracten sobre les polítiques comunitàries que afecten les competències de les regions,<sup>27</sup> sessions que han de tenir lloc almenys cada sis mesos (art. 10, en la redacció donada per l'art. 13 de la L. 24.4.1998, núm. 128).<sup>28</sup>

títol, presentades per sengles grups de diputats: la C. 3071 Stucchi i la C. 3310 Bova. En el moment de tancar la revisió d'aquest escrit, la Comissió XIV (Politiche dell'Unione europea) ha acordat suspendre l'aprovació del seu dictamen fins que la Comissió V (Bilancio e Tesorio) manifesti el seu parer. Vegeu les successives passes de la tramitació parlamentària a [www.camera.it/chiosco.asp?source=/attivita/lavori/07.progetti/001.rice rcapernumero.asp&content=http://\\_dati/leg14/lavori/schedela/3123.htm](http://www.camera.it/chiosco.asp?source=/attivita/lavori/07.progetti/001.rice rcapernumero.asp&content=http://_dati/leg14/lavori/schedela/3123.htm).

A més a més, en el ddl per l'adequamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (*ddl «La Loggia»*), aprovat definitivament pel Senat el 27.5.2003 i encara pendent de publicació a la *Gazzetta Ufficiale*, també es regula la participació de les regions i de les províncies autònomes en les matèries comunitàries en l'art. 5. En el paràgraf 1 d'aquest article, es preveu que un acord de la Conferència Estat-Regions regularà la manera com s'integraran els representants de les regions en la delegació italiana que participa en les activitats del Consell i dels anomenats comitès de comitologia. En el paràgraf 2, es regula l'accés mediat de les regions davant del Tribunal de Justícia per impugnar actes comunitaris sobre matèries en què els correspon la competència: el Govern està obligat a interposar un recurs si hi ha un acord de la Conferència Estat-Regions adoptat per majoria absoluta de les regions i províncies autònomes; si el requeriment prové de només una regió, la decisió governamental és facultativa.

<sup>26</sup> Carlo DESIDERI, "La participació de les regions italianes en la formació del dret comunitari", *Autonomies*, 22 (1997), p. 47-62, assenyalava que aquesta via no ha estat gaire utilitzada per les regions i n'indica el motiu: "[E] que passa en realitat és que, dubtant de l'eficàcia de l'instrument en qüestió [...], les regions han acabat per no utilitzar-lo" (p. 52).

<sup>27</sup> La Conferència es va constituir mitjançant DPCM el 12 d'octubre de 1983, però no va tenir una regulació orgànica fins a la L. de 23 d'agost de 1988, núm. 400 (art. 12). Actualment està regulada en el D. Lgs. de 28 d'agost de 1997, núm. 28, *definizione e ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la conferenza Stato-città ed autonomie locali*.

<sup>28</sup> No és, però, l'única matèria que es tracta a la reunió. A més, es discuteix el Projecte de llei comunitària, i també es designen els representants regionals a la representació permanent italiana davant la Unió (art. 5.1 i 2 D. Lgs. 28.8.1997, núm. 281; art. 10.2 L. 9.3.1989, núm. 86).

En canvi, l'art. 2 del Projecte de llei (*modifica dell'articolo 1-bis della legge 9 marzo 1989, n. 86*) conté una regulació molt més detallada, que no es limita als actes normatius:<sup>29</sup>

- Si la disposició afecta matèries atribuïdes a la competència legislativa de les regions i de les províncies autònomes, el text també s'ha de trametre a la Conferència Estat-Regions, que en els quinze dies següents ha d'enviar al Govern de l'Estat, si s'escau, l'acord al qual arribin (§ 4).
- Si es tracta d'un projecte d'acte normatiu que afecta matèries en què les regions i províncies autònomes tenen competència legislativa, el president del Consell de Ministres convoca a la taula de coordinació nacional respectiva els representants regionals, elegits d'acord amb els criteris que fixi la conferència de presidents de les regions i de les províncies autònomes de Trento i Bolzano (§ 8).
- Si el projecte d'acte normatiu que afecta una matèria en què les regions tenen competència legislativa té una importància política especial, el Govern, fins i tot a instància d'un o més dels ens regionals, "appone la riserva di esame", i s'intenta arribar a un acord a la Conferència Estat-Regions en el termini de quinze dies. Un cop escolat el termini, o abans en cas d'urgència sobrevinguda, el Govern pot actuar encara que no s'hagi arribat a l'acord.

Tanmateix, malgrat el reconeixement constitucional d'una competència concurrent amb l'Estat en les relacions amb la Unió Europea (art. 117.3 de la Constitució italiana), la posició de les regions no n'ha resultat substancialment reforçada, ja que, atès el caràcter mixt de la Conferència, qualsevol acord que s'hi adopti necessita el vistiplau del Govern de l'Estat.

En qualsevol cas, cal fer l'advertència que la distribució competencial entre l'Estat i les regions italianes no és una qüestió plenament assentada. El Consell de Ministres va aprovar l'11 d'abril de 2003 el *Disegno di legge costituzionale "Nuove modifiche al Titolo V, parte seconda, della Costituzione"*, l'art. 2 del qual substitueix la redacció de l'art. 117

<sup>29</sup> S'han seguit, doncs, les propostes formulades, entre d'altres, per P. PIZZETI, "L'evoluzione del sistema italiano fra 'prove tecniche di governance' e i nuovi elementi unificanti. La interconnessioni con la riforma dell'Unione europea", *Le Regioni*, 4 (2002), p. 683-667, p. 690: "Merita tuttavia sottolineare che è quanto mai importante prevedere forme di partecipazione non limitate, come la lettera della normativa [art. 117.5 de la Constitució italiana] consentirebbe, alla sola formazione degli atti normativi. È opportuno, infatti, che la partecipazione regionale sia estesa anche a le decisioni relative a tutte quelle attività che, indipendentemente dalla loro natura normativa o meno possono, comunque incidere sull'attività delle Regioni" (p. 690-691).



Constitució italiana. En la nova redacció desapareixen les competències coincidents entre l'Estat i les Regions. El projecte atribueix a l'Estat la competència exclusiva en matèria de relacions entre l'Estat i la Unió europea (art. 117.3.a) tot i que conserva la participació de les regions en la fase ascendent i descendent de les normes comunitàries (art. 117.6). El projecte de llei està pendent de ser informat per la *Conferenza Unificata Stato-Regioni, Città e Autonomie Locali*.<sup>30</sup>

#### 2.1.4. Escòcia

En el Regne Unit de la Gran Bretanya, el procés de descentralització (*devolution*) és molt recent, data de 1998.<sup>31</sup> El §.7 de la Schedule 5 de l'*Scotland Act 1998*<sup>32</sup> (ens limitarem al cas escocès) inclou dins dels *reserved matters* les relacions internacionals, entre les quals es preveuen expressament les relacions del Regne Unit amb la Unió Europea i les seves institucions. També s'hi estudia, però, la participació regional en l'àmbit comunitari i, fins i tot, la internacional (§ 7.2.a).

La coordinació entre el Govern del Regne Unit i les *devolved administrations* a Escòcia, Gal·les i Irlanda del Nord és prevista en el

<sup>30</sup> L'acord del Consell de ministres es troba recollit a [www.governo.it/Governo/ConsiglioMinistri/dettaglio.asp?d=19028](http://www.governo.it/Governo/ConsiglioMinistri/dettaglio.asp?d=19028). El text originari del projecte de llei es pot consultar a [www.federalismi.it/federalismi/document/ACF119A.pdf](http://www.federalismi.it/federalismi/document/ACF119A.pdf)

<sup>31</sup> La *devolution* es va articular a partir de tres lleis del Parlament de Westminster: l'*Scotland Act 1998*, la *Government of Wales Act 1998* i la *Northern Ireland Act 1998*. La *devolution* a Irlanda del Nord es va materialitzar el 2 de desembre de 1999, fou suspesa l'11 de febrer de 2000 i reinstaurada el 30 de maig de 2000. Torna a estar suspesa des de la mitjanit del 14 d'octubre de 2002.

Per a les regions angleses, el Govern del Regne Unit va crear l'1 d'abril de 1999 les Regional Development Agencies (RDAs) en compliment de la *Regional Development Agencies Act 1998*. Per a l'àrea metropolitana de Londres, es va crear la Greater London Authority (*Greater London Authority Act 1999*). El Govern del Regne Unit va publicar el 9 de maig de 2002 el *White Paper* "Your Region, Your Choice" (Cm 5511), (vegeu-lo a [http://www.regions.odpm.gov.uk/governance/whitepaper/pdf/full\\_whitepaper.pdf](http://www.regions.odpm.gov.uk/governance/whitepaper/pdf/full_whitepaper.pdf)), gènesi de la *Regional Assemblies (Preparations) Bill [Bill 3]* (vegeu-la a <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cam200203/cmbills/003/03003.i-iv.html>), que actualment es troba en tramitació parlamentària (el 23 de gener de 2003 la Cambra dels Comuns la va aprovar en tercera lectura, per la qual cosa s'ha enviat a la Cambra dels Lords). Sobre la *devolution* a Anglaterra, vegeu *Regional Studies*, 36-7, núm. especial, "Devolution and the English Question" (octubre 2002).

<sup>32</sup> *Foreign Affaire etc.*

7. (1) International relations, including relations with territories outside United Kingdom, the European Communities (and their institutions) and other international organisations, regulation of international trade, and international development assistance and cooperation are reserved matters.

(2) Subparagraph 1 does not reserve

(a) observing and implementing international obligations, obligations under the Human Rights Convention and obligations under Community law,

(b) assisting Ministers of the Crown in relation to any matter to which that subparagraph applies.

*Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements between the United Kingdom Government, Scottish Ministers the Cabinet of the National Assembly for Wales and the Northern Ireland Executive Committee* (MOU).<sup>33</sup> De les relacions internacionals se n'ocupen els paràgrafs 17 a 20. A més, cal tenir en compte els acords suplementaris B (*Concordat on Co-ordination of European Union Policy Issues*) i D (*Concordat on International Relations*), ambdós amb una estructura idèntica (acords bilaterals —substancialment idèntics— amb Escòcia [B1 i D1], Gal·les [B2 i D2] i Irlanda del Nord [B3 i D3], i un annex comú [B4 i D4]).<sup>34</sup>

Amb relació a la participació dels ens subestats a la fase ascendent de creació de la normativa comunitària, el Govern del Regne Unit reconeix l'interès particular de les *devolved administrations* en els nombrosos aspectes de la Unió Europea que afecten les *devolved areas*<sup>35</sup> (MOU § 17 ), per la qual cosa les involucra en la mesura que sigui possible en la

<sup>33</sup> El MOU fou publicat originàriament l'1 d'octubre de 1999 pels governs de Londres (Command paper Cm 4444), Escòcia i Gal·les. Fins ara s'han publicat dues versions revisades. A la primera, el 25 de juliol de 2000 (Cm 4806), s'hi va incorporar Irlanda del Nord. La segona és de 18 de desembre de 2001 (Cm 5240). Totes les referències al MOU es fan a la darrera versió, que es pot consultar a <http://www.devolution.odpm.gov.uk/memo/pdf/cm5240.pdf>.

<sup>34</sup> Cal tenir en compte el que estableix el §.2 del MOU: “*This Memorandum is a statement of political intent, and should not be interpreted as a binding agreement. It does not create legal obligations between the parties. It is intended to be binding in honour only. [...]*”. Els acords addicionals tenen una eficàcia semblant (“*This concordat is not intended to constitute a legally enforceable contract or to create any rights or obligations which are legally enforceable. It is intended to be binding in honour only*” forma part de B1.2, B2.2, B3.2, D1.2, D2.2, D3.2 i E1). Per això Noreen BURROWS, “*Nemo Me Impune Lacessit: The Scottish Right to Access to the European Courts*”, *European Public Law*, 8 (2002) 45-68, p. 49, afirma que “*how effective this system is depends on the negotiating and decision-making skills of the parties concerned as well as considerable good will. There is no guarantee that Scottish views automatically determine the policy adopted for the UK as a whole and neither the Scottish Parliament nor the Scottish Executive have any legal redress in the UK courts against the adoption of a UK policy that they consider may have serious adverse implications for Scotland*”.

<sup>35</sup> La peculiaritat del procés de descentralització anglès impedeix utilitzar el terme de matèries transferides. En efecte, en el §.13 del MOU, de manera semblant a la secció 28 (7) de l'Sc s'estableix que “[*t*]he United Kingdom Parliament retains authority to legislate on any issue, whether devolved or not. It is ultimately for Parliament to decide what use to make of that power. However, the UK Government will proceed in accordance with the convention that the UK Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters except with the agreement of the devolved legislature. The devolved administrations will be responsible for seeking such agreement as may be required for this purpose on an approach from the UK Government.” Amb relació a la pràctica d'aquesta facultat, vegeu Alan PAGE i Andrea BATEY, “*Scotland's other Parliament: Westminster Legislation about Devolved Matters since Devolution*”, *Public Law* (2002) Autum, p. 501-523.

formació de la posició política del Regne Unit en tots els afers de la Unió Europea que afectin aquestes matèries.

En l'acord complementari, el Govern del Regne Unit reitera el desig d'incorporar les *devolved administrations* al procés de presa de decisions dins la Unió Europea en tots els assumptes que afectin, directament o de manera incidental,<sup>36</sup> les *devolved areas* (B1.3, B2.3, B3.3 i B4.4). Per fer-ho possible, totes les administracions es comprometen a trametre's la més àmplia informació de què disposin pel que fa a aquest aspecte (B4.2). Es preveuen dos mecanismes de col·laboració: d'una banda, la relació bilateral de la *devolved administration* amb el ministeri corresponent (B4.5);<sup>37</sup> de l'altra, en un àmbit multilateral, mitjançant el *Joint Ministerial Committee* (JMC), previst en els §§.22-25 MOU i desenvolupat en el primer acord complementari (*A. Agreement on the Joint Ministerial Committee*),<sup>38</sup> el qual constitueix "*one of the principal mechanisms for consultation on UK positions on EU issues which affect devolved matters*" (A1.9). En qualsevol cas, si no s'arriba a un acord en el JMC, és el Govern del Regne Unit el que té l'última paraula.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> "[...] in decision making on EU matters which touch on devolved areas (including non-devolved matters which impact on devolved areas and non-devolved matters which will have a distinctive impact of importance [in Scotland, B1.3; in Wales, B2.3; in Northern Ireland, B3.3])."

<sup>37</sup> Johanne POIRIER, "The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective", *Public Law* (2001) Spring, 134-157, assenyala que "[i]n the first year following the inauguration of the devolution settlement nearly 10 multilateral intergovernmental agreements were concluded in the United Kingdom and over 20 bilateral concordats were signed between Whitehall departments and the Scottish executive" (p. 146). En la nostra matèria, cal destacar el *Concordat on Coordination of EU, International and Policy Issues on Public Procurement between the U.K. Government and the Scottish Executive* (vegeu-lo a <http://www.scotland.gov.uk/concordats/procurement.pdf>). S'hi preveu la mútua tramesa d'informació, el suport de funcionaris escocesos al govern del Regne Unit, incloent-hi la seva participació en els comitès de comitologia. "Where appropriate, and by prior agreement, it will be open for Ministers or officials of the Scottish Executive to represent the UK at such meetings" (6.3).

<sup>38</sup> "A1.1 The UK Government and the three devolved administrations have agreed to participate in a Joint Ministerial Committee (JMC) consisting of UK Government, Scottish, Welsh and Northern Ireland Ministers. This supplementary agreement sets out the basis on which the Committee will operate, pursuant to the Memorandum of Understanding."

<sup>39</sup> Com assenyala Adam CYGAN, "Scotlands Parliament and European Affaires", *European Law Review* (1999) 24-5, p. 483-489, "[t]he Scottish Parliament however, has no such ability to bind the Westminster Government to its view, even where agreement to a proposal is undoubtedly in Scotland's interest and a Scottish Executive Minister is to lead the Council negotiations. The results of the scrutiny process in Scotland are intended to influence central government and not bind it".

## 2.2. *El cas espanyol*

A l'Estat espanyol existeixen dos mecanismes de participació interna de les comunitats autònomes en els afers comunitaris:

1. La *Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas* (CARCE).
2. L'Acord de participació interna de les comunitats autònomes en els afers comunitaris europeus, mitjançant conferències sectorials, de 30 de novembre de 1994 (API).

Actualment, la CARCE és un òrgan de cooperació general i horitzontal, que desenvolupa en el dret espanyol un paper equivalent al Bundesrat a Alemanya. Es va constituir informalment l'any 1988, però com a conseqüència dels acords de governabilitat de 1996, va ser regulat mitjançant la Llei 2/1997, de 13 de març. La presideix el ministre d'Administracions Públiques i la componen els disset consellers de les comunitats autònomes responsables d'afers comunitaris. També hi participa la Secretaria d'Estat d'Afers Europeus del Ministeri d'Afers Estrangers. S'organitza en tres nivells: el Ple, la Comissió de Coordinadors i els grups de treball especialitzats per estudiar temes concrets. D'entre els acords adoptats per la CARCE, cal destacar-ne dos:

- L'acord de 1996 de crear la Conselleria per a Afers Autònoms en la REPER, la qual, malgrat la seva denominació, no és un representant dels interessos autonòmics a la REPER, sinó l'enllaç entre la REPER i les comunitats autònomes, a les quals subministra informació.
- L'acord de 1977, en virtut del qual, des de l'1 de gener de 1999, els funcionaris de les comunitats autònomes participen experimentalment en cinquanta-cinc comitès d'execució o "comitès de comitologia".<sup>40</sup>

L'acord de participació per mitjà de conferències sectorials preveu la participació de les comunitats autònomes tant a la fase ascendent com a la descendent de creació del dret comunitari i, també, la participació d'aquestes comunitats en programes que impulsa i finança la Unió. Pel que fa a la fase ascendent, es preveu que les comunitats autònomes adoptin davant de l'Estat una "posició comuna", amb diferent vinculació per a l'Estat segons l'àmbit competencial a què es refereixi la matèria: exclusiva de l'Estat, exclusiva de les comunitats autònomes o concurrent

<sup>40</sup> Sobre la presència dels representants autonòmics en els comitès, vegeu Araceli MANGAS MARTÍN, "La participación directa de las Comunidades Autónomas en la actuación comunitaria: fase preparatoria", a Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), *La participación y la acción exterior...*, p. 535-551, i M<sup>a</sup> Antonia ARIAS MARTÍNEZ, "Comunidades Autónomas y elaboración del derecho comunitario europeo. Un estudio sobre el principio de colaboración en este ámbito". IVAP, Oñati, 1998, p. 424-433.

entre l'Estat i les comunitats autònomes. Si la competència és exclusiva de l'Estat, aquest es limita a informar les comunitats autònomes; si és exclusiva de les comunitats autònomes, i aquestes adopten una posició comuna, l'Estat l'ha d'adoptar com a posició negociadora inicial; si no hi ha posició comuna, cal que l'Estat tingui en compte les diferents posicions. Si la competència és concurrent o compartida, i existeix un acord entre l'Estat i les comunitats autònomes, l'Estat l'ha d'adoptar com a posició inicial de negociació; no es preveuen les conseqüències del desacord.<sup>41</sup> La doctrina ha criticat el model adoptat per culpa de la seva inconcreció.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Tercero.1. *En el desarrollo por cada Conferencia Sectorial del procedimiento marco deberá ser tomada en cuenta, a efectos de determinar el grado de intensidad y el contenido concreto de la participación de las Comunidades Autónomas, la naturaleza y el nivel de competencias, tanto de las asumidas por las Comunidades Autónomas como de las reservadas al Estado.*

1.1. *Cuando el asunto comunitario europeo afecte exclusivamente a las competencias reservadas del Estado y las Comunidades Autónomas invoquen su interés, la Administración del Estado les informará oportunamente en el marco de la Conferencia Sectorial respectiva.*

1.2. *Cuando los aspectos esenciales de un asunto comunitario afecten a las competencias legislativas exclusivas de las Comunidades Autónomas, si en el procedimiento de concertación interno, previo a la decisión del Consejo, se ha llegado a una posición común entre ellas, ésta será tomada en cuenta de forma determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado.*

1.3. *En aquellos asuntos que incidan sobre competencias compartidas o concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los que previamente a la decisión del Consejo exista un acuerdo entre la posición común de las Comunidades Autónomas y la posición de la Administración del Estado, tal acuerdo será determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado.*

2. *En los supuestos 1.2 y 1.3, si la posición inicial del Estado experimentase variación sustancial como consecuencia del proceso de negociación comunitaria, siempre que los plazos lo permitan, la Administración del Estado, en el seno de la respectiva Conferencia Sectorial, informará a las Comunidades Autónomas sobre la modificación para facilitar una nueva posición común de éstas y, en su caso, su acuerdo con la posición de la Administración del Estado. Cuando los plazos no lo permitan, la Administración del Estado, a solicitud de las Comunidades Autónomas, explicará los motivos de que la posición expresada por el Estado en el seno del Consejo haya variado respecto de la inicialmente acordada.*

3. *En el supuesto de que las decisiones sean susceptibles de originar aumento de gasto o disminución de ingresos de las Administraciones Públicas, la posición común de las Comunidades Autónomas se consensuará con la posición de la Administración del Estado.*

4. *En aquellos asuntos en los que no se hubiese alcanzado una posición común por parte de las Comunidades Autónomas, la Administración del Estado tomará conocimiento de los argumentos expresados por las Comunidades Autónomas.*

<sup>42</sup> Ex. Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), *La participación y la acción...*, p. 296-298, i -en el mateix volum- Enoch ALBERTÍ ROVIRA, "La posición de las Comunidades Autónomas en la fase ascendente de formación del Derecho comunitario", p. 487-498; Enrique Lucas MURILLO DE LA CUEVA, *Comunidades Autónomas y política europea*, Cívitas, Madrid, 2000, p. 87-104, i, especialment, Eduard ROIG MOLÉS, *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, p. 227-294

El problema que planteja la matèria civil en aquesta regulació és doble: d'una banda, de totes les divuit conferències sectorials, no n'hi ha cap que estigui especialitzada en aquest àmbit. A partir del contingut dels temes tractats a les diferents comissions, s'observa que els temes més pròpiament civils s'han tractat en la Conferència Sectorial de Consum, que, per cert, és una de les conferències on hi ha una major participació de les comunitats autònomes en la fase ascendent. Ara bé, si s'opta per aquesta o qualsevol altra conferència sectorial, en quina posició queden els representants de les comunitats autònomes sense competència civil, mentre negocien els representants de les que sí que en tenen i els de l'Estat? Possiblement caldria constituir-ne una d'específica, atès l'impuls que des de la Unió es vol donar a l'harmonització del dret civil i que les conferències bilaterals existents Estat-Comunitat Autònoma (només en el cas basc, català i canari) no es consideren un mecanisme adequat, a causa de la necessitat d'arribar al mateix consens entre l'Estat i totes les comunitats autònomes competents en matèria civil.<sup>43</sup>

D'altra banda, el sistema de presa de decisions no preveu l'especificitat de la matèria civil, en virtut de la qual, llevat dels supòsits del "en todo caso" de l'article 149.1.8, algunes comunitats autònomes tenen competència exclusiva en el seu territori, així com l'Estat a la resta. La solució més coherent amb el que preveu l'acord de 1994 seria situar l'Estat en nivell d'igualtat amb les comunitats autònomes a l'hora de fixar la posició comuna inicial.<sup>44</sup> És clar que no es pot oblidar que, atès que

<sup>43</sup> Per E. AJA FERNÁNDEZ, "Igualdad competencial y hecho diferencial", a GENERALITAT DE CATALUNYA. INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS, *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, p. 69-104: "Lo lógico sería que existiera un sistema general de relaciones para los problemas derivados de las competencias comunes y un sistema específico, a menudo bilateral, sólo para los asuntos derivados del hecho diferencial" (p. 97).

A la Proposició de llei presentada pel Parlament de Catalunya al Congrés sobre la participació de les comunitats autònomes en la formació de la posició espanyola en assumptes relacionats amb la Unió Europea (aprovada mitjançant la Resolució 1589/VI, de 30 d'octubre de 2002, BOPC 351 [7.11.2002], correcció d'errades, BOPC 356 [18.11.2001], publicada a BOCG VII legislatura, serie B, núm. 295-1 [29.11.2002]) es preveu que "[s]i un projecte de decisió d'àmbit europeu afecta competències que alguna comunitat autònoma no té atribuïdes, la participació en la formació de la voluntat espanyola correspon exclusivament a les comunitats competents". De l'art. 5.1 es dedueix que el debat entre aquestes comunitats autònomes s'hauria de realitzar en el si de les conferències sectorials corresponents "o per mitjà de qualsevol altre mecanisme que garanteixi la possibilitat de participació de totes les comunitats esmentades". Limitar la reunió de la conferència sectorial a les comunitats autònomes amb competència és una proposta que ja havia formulat E. ROIG MOLÉS, *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, p. 255, a partir de la inconcreció de la fórmula amb què es defineix la posició comuna autonòmica en la clàusula 4 de l'acord de 1994.

<sup>44</sup> En l'art. 4 de la Proposició de llei presentada al Congrés pel Parlament de Catalunya es distingeix entre les competències exclusives de les comunitats autònomes (§ 2) i les compartides, concurrents o d'execució de les comunitats autònomes (§ 3). En tots dos

l'Estat és qui representa la posició espanyola davant de la Unió, no té cap incentiu especial per transigir amb vista a obtenir una posició comuna.<sup>45</sup>

### 3. LA PARTICIPACIÓ DELS ENS SUBESTATALS EN L'ELABORACIÓ DELS TRACTATS INTERNACIONALS<sup>46</sup>

Fora de l'àmbit estrictament comunitari, el tractat internacional és l'instrument que s'utilitza per adoptar normes de dret uniforme.

L'art. 149.1.3 CE atribueix a l'Estat la competència exclusiva en matèria de relacions internacionals. L'abast del concepte *relacions internacionals* ha evolucionat en la jurisprudència del Tribunal Constitucional: des d'una posició molt expansiva, fins a una altra de més moderada, que possibilita que les comunitats autònomes puguin desenvolupar activitats amb rellevància internacional sempre que no originin obligacions sotmeses al dret internacional, ni suposin un exercici de sobirania, ni incideixin en la política exterior de l'Estat. En tot cas, és doctrina pacífica que l'article 149.1.3 limita a l'Estat el *treaty-making power*, com a conseqüència de la manca de personalitat jurídica internacional de les comunitats autònomes. Malgrat la competència en matèria civil, una comunitat autònoma no podria signar *per se* un tractat de dret uniforme, com ara el Conveni de Washington, sobre una llei uniforme en matèria de testament internacional.<sup>47</sup>

casos, la posició comuna de les comunitats autònomes afectades “es determinante para fijar” (§ 2) (“determina” [§.3]) la posició inicial de la delegació espanyola. La diferència rau en els supòsits en què l'Administració de l'Estat es pot apartar de la posició comuna autònoma, que en el primer cas només s'admet per “razones justificadas de política exterior o de integración comunitaria”.

<sup>45</sup> E. ROIG MOLÉS, *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, p. 296-297.

<sup>46</sup> Atès l'objecte del treball, es prescindeix dels acords que puguin signar les entitats subestatsals sense efectes per al dret internacional públic, convenis que s'inclouen dins de l'activitat paradiplomàtica. Sobre aquesta matèria, vegeu amb caràcter general el número XXX-4 (1999) de la revista *Études internationales*, núm. especial, “Les relations internationales des régions en Europe”, sota la direcció de Jacques PALARD. Per al cas espanyol, Susana BELTRÁN GARCÍA, *Los acuerdos exteriores de las Comunidades Autónomas españolas. Marco jurídico actual y perspectivas de futuro*. Generalitat de Catalunya. IEA. Servei de Publicacions UAB, Bellaterra, 2001; Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *La Acción Exterior de las Comunidades Autónomas. Balance de una práctica consolidada*, Universidad Rey Juan Carlos, Dilex. Madrid, 2001. En el segon, s'intenta reproduir amb exhaustivitat el contingut dels instruments signats per les comunitats autònomes.

<sup>47</sup> Gurutz JÁUREGUI, *Las comunidades autónomas y las relaciones internacionales*, Oñate, 1986, p. 47: “El texto constitucional, sin perjuicio de un eventual desarrollo del artículo 150, párrafo segundo [...] resulta meridianamente claro: las CCAA carecen de competencias para estipular tratados internacionales, o para realizar cualquier otra actividad internacional productora de efectos jurídicos entre sujetos de derecho

Les previsions estatutàries no preveuen una intervenció gaire activa de les comunitats autònomes en el si de les relacions internacionals. Les facultats que els estatuts d'autonomia respectius atribueixen a les diferents comunitats autònomes es poden resumir en aquestes tres:

- Facultat a instar<sup>48</sup> el Govern la celebració d'un tractat internacional.<sup>49</sup>
- Dret a rebre informació sobre la celebració de tractats internacionals que afectin matèries de l'interès de la comunitat autònoma.<sup>50</sup> Cal tenir en compte que tots els estatuts es refereixen a l'interès de la Comunitat, llevat del de Múrcia, en què se circumscriu el dret d'informació de la Comunitat a les matèries de "su competencia". El problema consisteix a determinar en quins casos existeix un interès específic que faci néixer el dret d'informació de la Comunitat.<sup>51</sup> En qualsevol cas, de la confrontació entre *competència* i *interès*, la doctrina internacionalista interpreta que *interès* té un abast més ampli.<sup>52</sup>
- Només en el cas canari (art. 37.2), dret d'audiència, mitjançant el qual la comunitat autònoma emet el seu parer sobre la informació facilitada per l'Estat.

internacional". En el mateix sentit, Pablo PÉREZ TREMP, "Comunitats Autònomes i activitat exterior en la jurisprudència del Tribunal Constitucional", *Autonomies*, 13, p. 9-29, p. 17.

<sup>48</sup> Per Carmen CAMACHO GONZÁLEZ, "La iniciativa de les Comunitats Autònomes en la celebració de tractats internacionals", *Autonomies*, 21 (1996), p. 299-313, existeixen tres vies possibles d'articular aquesta facultat: la proposició no de llei enviada a la Mesa del Congrés pel legislatiu d'una comunitat autònoma (art. 97 CE), l'exercici del dret de petició (art. 77 CE) i la via del Senat (art. 69 CE).

<sup>49</sup> Estatuts d'autonomia del País Basc (art. 6.5), Catalunya (art. 27.5), Galícia (art. 7.2), Andalusia (art. 23.3), Cantàbria (art. 6), Aragó (art. 40.3), Castella-la Manxa (art. 40.3), Extremadura (art. 3.3), Illes Balears (art. 8), Castella i Lleó (art. 6), Astúries (art. 8), Canàries (art. 38.3, des de la reforma de 1996) i Madrid (art. 28.1)

<sup>50</sup> Estatuts d'autonomia del País Basc (art. 20.5), Catalunya (art. 27.4), Astúries (art. 34.3), Andalusia (art. 23.1), Múrcia (art. 12.3), Aragó (art. 40.5), Canàries (art. 38.1), Madrid (art. 33.1) i Navarra (art. 68).

<sup>51</sup> Antonio REMIRO BROTONS, *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 245, suggereix alguns índexs a partir dels quals es pot establir l'interès de la Comunitat: "Utilización singular de un territorio, la exploración y explotación de recursos localizados, las actividades concentradas en una zona, las facilidades fronterizas [...]".

<sup>52</sup> Ex. Antonio REMIRO BROTONS, *La acción exterior*, p. 245: "La fijación del alcance del derecho en función de la afectación de intereses específicos de una Comunidad engloba sus competencias, pero no se agota en ellas". En el mateix sentit, Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, "La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales", a Manuel PÉREZ GONZÁLEZ (dir. cfco.), *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, vol. I, IVAP, 1994, p. 43-64, afirma que l'Estatut murcià "utiliza el criterio más limitado".



Tanmateix, això no suposa que les comunitats autònomes hagin de quedar absolutament al marge en el procés de negociació i de conclusió d'un tractat internacional sobre una matèria de la seva competència o, fins i tot, del seu interès.<sup>53</sup> Abans d'analitzar la regulació espanyola, però, cal fer un repàs d'aquesta matèria en altres estats descentralitzats de la Unió Europea. Recordeu l'advertiment que ja s'ha formulat en seu de participació dels ens subestats en la fase ascendent del dret comunitari: de tots els que gaudeixen de treaty making power, Escòcia es l'únic que podria plantejar-se la participació en un tractat internacional sobre matèries civils.

### 3.1. Els diversos models dins de la Unió

#### 3.1.1. El cas alemany

Els art. 73.1 i 32.1 de la Llei fonamental (GG) atribueix a l'Estat federal la competència en matèria de relacions internacionals. Tanmateix, l'art. 32.2 estableix que, amb caràcter previ a la conclusió d'un acord internacional que afecti els interessos específics d'un Land, cal donar-li audiència,<sup>54</sup> i en el §.3 d'aquest mateix article es reconeix als Länder la capacitat per celebrar convenis internacionals amb estats estrangers sobre aquelles matèries en què tenen competència legislativa, amb el consentiment del Govern federal.

El 14 de novembre de 1957 el Govern federal i els Länder varen arribar a un acord sobre l'*ius contrahendi* de la Federació, conegut com a Acord

<sup>53</sup> A partir de l'examen de la Constitució i dels estatuts d'autonomia, J. M. PELÁEZ MORÓN, "La participación de las CCAA en la celebración de los tratados internacionales", *Revista de Derecho Público*, 98 (1985), p. 69-90, p. 74-76, arriba a la conclusió que, amb l'Estatut canari com a única excepció, "se consagra [...] la fórmula de la información y se descarta la de la audiencia", de la qual cosa resulta "la incapacidad de las Comunidades Autónomas para participar en la celebración de tratados internacionales sobre materias de su exclusiva competencia, y ello tanto en cuanto a la iniciación (ya que la decisión de abrir negociaciones corresponde exclusivamente al Gobierno), como en cuanto a la autorización para la prestación del consentimiento del Estado en obligarse". Tanmateix, aquest autor considera preferible la fórmula de l'audiència: "Aunque el resultado del trámite de audiencia no fuera vinculante en orden a la conclusión del tratado, es decir, que ésta no quedase, en definitiva, supeditada a la aprobación de las Comunidades Autónomas, la mera audiencia [...] haría posible la presencia de las Comunidades Autónomas en la adopción de decisiones en asuntos de su directo interés", la qual cosa, a més, evitaria la possible resistència posterior de la comunitat autònoma a executar el tractat.

<sup>54</sup> Segons Pablo PÉREZ TREMP (coord.), *La participación y la acción exterior*, p. 37, aquest precepte només s'aplica quan el tractat afecta específicament un land, "pues en el caso de una afectación general la participación de los Länder tiene lugar a través del Bundesrat", de conformitat amb el que preveu l'art. 59.2 GG, que exigeix l'aprovació o la participació dels òrgans federals en els tractats que regulin les relacions polítiques de la federació o matèries en les quals aquesta té competència legislativa.

de Lindau. La intervenció dels Länder varia segons la mena de tractat. Si la matèria principal objecte del tractat és competència de la Federació, però també afecta matèries competència dels Länder, aquests reconeixen la competència federal sempre que les clàusules que els afectin siguin habituals d'aquest tipus de tractats. Quan la matèria objecte del tractat és competència exclusiva dels Länder, aquests –que participen en el procés de negociació– l'han d'aprovar amb caràcter previ a la Comissió permanent per als acords internacionals. Si el tractat només afecta els interessos dels Länder, l'Estat federal està obligat a informar de la voluntat de subscriure el tractat.<sup>55</sup>

Amb relació a el *treaty-making power* de l'art. 32.3 GG, els Länder han d'actuar de conformitat amb les disposicions de la seva Constitució. Tot i que el text només preveu el conveni amb Estats, la doctrina entén que es pot convenir el tractat amb qualsevol subjecte de dret internacional.

### 3.1.2. *El cas belga*

Com s'ha vist, l'article 167.3 de la Constitució belga atribueix a les regions i a les comunitats el *treaty-making power* en les matèries en què són competents, que s'ha d'exercir de conformitat amb el que preveu una llei federal.

Cal distingir tres classes de tractats: els que afecten exclusivament competències de l'Estat federal, els que només afecten competències que corresponen a comunitats i/o regions i els tractats mixtos.<sup>56</sup>

Amb relació als tractats que afecten matèries de competència exclusiva de les comunitats i regions, l'art. 81 de la *Loi spéciale de réformes institutionnelles* de 8 d'agost de 1980 (1980-08-08/02) estableix el procediment amb què han d'actuar els governs respectius. Els ens subestats no necessiten l'autorització del rei (Govern federal) per iniciar converses, però sí que li han de comunicar aquest fet, així com les accions successives prèvies a adoptar l'acord (§ 1). En aquest cas, el Consell de Ministres disposa de trenta dies per informar el Govern afectat i el president de la CIPE sobre l'existència d'objeccions al tractat projectat (§ 2). Això implica que se suspenguin les negociacions i que durant un

<sup>55</sup> Pablo PÉREZ TREMP (coord.), *La participación y la acción exterior*, p. 39-40. Segons Martin NAGELSCHMIDT, "Les relations internationales des Länder Allemands et l'évolution du système dans l'Union européenne: le cas du Bade-Wurtemberg", *Études internationales*, XXX-4 (1999), p. 679-699, "Cela a permis aux Länder de développer une influence considérable sur la conclusion des accords internationaux du gouvernement fédéral tout en garantissant une représentation unique de la RFA sur le parquet international" (p. 683).

<sup>56</sup> Definit per Robert SENELLE ("The Role of the Communities and the Regions ...") com a "treaties which include both matters relating to federal competence and matters relating to Community and/or Regional competence" (p. 608).

període de trenta dies s'intenti arribar a un acord en el si de la CIPE (§ 3). Si no hi ha cap acord, en els trenta dies següents el rei només pot confirmar la suspensió de les negociacions si Bèlgica no reconeix la part contractant, o no hi manté relacions diplomàtiques, o aquestes relacions estan trencades, suspeses o greument compromeses, o bé si el tractat projectat atempta contra obligacions internacionals o supranacionals assumides pel regne de Bèlgica (§ 4).

Ja s'ha esmentat que *l'Accord de coopération entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes*, previst a l'art. 3 de la Llei especial 1993-05-05/65 (art. 92 bis § 4ter L. S. 8.8.1988), es va adoptar el 8 març de 1994, tot i que no fou publicat fins al 17 de desembre de 1996, una vegada l'havien aprovat tots els legislatius.

La iniciativa de començar les negociacions adreçades a adoptar un tractat mixt pot correspondre al Govern federal o a una comunitat o regió. En tots dos casos, cal posar-ho en coneixement de la resta d'entitats, mitjançant la CIPE (art. 1). Les comunitats i regions no estan obligades a participar en la negociació, per la qual cosa, si decideixen mantenir-se al marge del tractat, ho han de comunicar a la CIPE (art. 2). En aquest cas, així com quan una comunitat o regió decideix no signar un tractat en la negociació del qual ha intervingut, el ministre d'Afers Estrangers ho ha de comunicar a les altres parts del tractat; si aquestes ho accepten, en el moment de signar-lo el regne de Bèlgica fa constar una declaració per la qual el tractat no es pot aplicar a una part del territori (regions) o dels seus ciutadans (comunitats).<sup>57</sup>

Les negociacions es basen sobre dos principis: d'una banda, qui dirigeix les negociacions és el ministre federal d'Afers Estrangers; de l'altra, els representants de l'Estat federal i els de les entitats federatives es troben en peu d'igualtat (art. 5). Tots els ministres competents signen el tractat, amb l'eventual manifestació prevista a l'art. 2, ja esmentada. En qualsevol cas, l'acord no pot produir efectes fins que no l'hagin aprovat els legislatius corresponents.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Françoise MASSART-PIÉRARD, "Politique des relations extérieures et identité politique : la stratégie des entités fédérées de Belgique", *Études internationales*, XXX-4 (1999), p. 701-727, p. 708.

<sup>58</sup> Com assenyala Michel LEROY ["Il federalismo belga", a Alessandro PACE, *Quale, dei tanti federalismi? Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza Roma, 31 gennaio - 1 febbraio 1997*. CEDAM, Padova, 1997. p. 79-112, p. 106], això pot comportar que calguin fins a nou aprovacions parlamentàries en els tractats mixtos.

### 3.1.3. *El cas italià*

Es tracta de la regulació més moderna; de fet, en el moment d'escriure aquest text és una normativa que, fins i tot abans d'haver-se acabat d'implementar, ja té l'amenaça d'un projecte de reforma.

La Legge costituzionale de 18 d'octubre de 2001, núm. 3, ha modificat substancialment la posició de les regions amb relació a les relacions internacionals. Dels §§ 2, 3 i 9 de l'art. 117 de la Constitució italiana resulta que l'Estat conserva la competència exclusiva en matèria de política exterior i relacions internacionals de l'Estat, que les regions tenen una competència concurrent en matèria de relacions internacionals de les regions i que les regions poden establir acords amb altres Estats i convenis amb entitats subestatsals estrangeres en aquelles matèries en què tenen competència exclusiva. Aquesta darrera facultat, però, no té un caràcter absolut, sinó que es preveu que una llei de l'Estat ha d'establir els casos i les modalitats per poder-la exercir.<sup>59</sup> A diferència de la participació de les regions en matèria comunitària, aquesta qüestió

<sup>59</sup> *“Nelle materie di sua competenza la Ragione può concludere accordi con Stati ed intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinate da leggi dello Stato”.*

Amb relació a aquesta norma, Enzo CANNIZZARO, “Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e región”, *Le Istituzioni del Federalismo*, 1(2002), p. 13-27, afirma que “la formulazione testuale dell'art. 117, ult. comma, infatti non sembra lasciar dubbi circa la titolarità delle Región di un potere di assumere in proprio nomine obblighi internazionali. È ragionevole pensare che la norma, riferendosi ad ‘accordi fra Stati’ e distinguendoli in maniera accurata dalle ‘intese con enti subestatali’ abbia voluto proprio spezzare quell'unitarietà della funzione del *treaty-making power*, che costituiva invece un principio di fondo del sistema preesistente, ed abbia inteso distribuire tale funzione fra Stato e Regioni” (p. 15-16). Contràriament, Adele ANZON, *I poteri delle región dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, afirma que “[l]e Regioni dunque pur avendo questo potere contrattuale ‘esterno’, non potrebbero ora vantare un *treaty-making power* nel senso tradizionale di potere di concludere trattati internazionali riservati agli Stati dal diritto internazionale- o comunque accordi che incidono nella politica estera” (p. 229-220), per la qual cosa considera que “le nuove norme si limitano a confermare e a costituzionalizzare il potere estero già in passato riconosciuto alle Regioni, rendendo anche esplicita la possibilità di loro contatti con Stati, purchè non tali da incidere nella politica estera dello Stato e da non impegnare la responsabilità internazionale”. En el mateix sentit, Cesare PINELLI, “Regioni e rapporti internazionali secondo l'art. 117 Cost.”, a [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) afirma que “[s]ebbene nel testo finale [de l'art. 117] sia caduto l'inciso “previo assenso del Governo” che compariva nel primo disegno di legge costituzionale, nulla esclude di poter comprendere tale assenso tra “le forme” oggetto di disciplina statale” (p. 2). Com es veurà més endavant, en el Projecte de llei s'opta per la segona interpretació.

En el *Disegno di legge costituzionale «Nuove modifiche al Titolo V, parte seconda, della Costituzione»* el paràgraf equivalent en el nou art. 117 de la Constitució italiana coincideix substancialment amb el vigent, tot i que s'hi afegeix que l'actuació de les Regions s'ha de fer «nel rispetto delle linee di politica estera dello Stato».

no es regularà en una disposició *ad hoc*,<sup>60</sup> sinó dins d'una llei general, la qual, actualment, es troba en tramitació parlamentària: el *Disegno di legge recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3* (es coneix com a *ddl La Loggia*) fou aprovat pel Consell de Ministres en la reunió de 3 de maig de 2002, i després de ser informat per la Conferenza Unificata el 6 de juny, constitueix el *disegno di legge* S. 1545, de la XIV legislatura, aprovat pel Senat el 23 de gener de 2003 i rebut per la Camera dei Deputati, amb modificacions, el 29 d'abril de 2003 (C 3590). El text definitiu ha sigut aprovat definitivament pel Senat (S 1545-B) el 27 de maig de 2003 i, en el moment de corregir proves, encara no s'ha publicat a la Gazzetta Ufficiale.<sup>61</sup>

Concretament, l'actuació exterior de les regions és prevista a l'art. 6 del text definitivament aprovat pel Senat. La regulació projectada no significa un trencament absolut amb la legislació anterior, prevista en el DPR de 31 de març de 1994, en virtut de la qual no s'exigia cap formalitat per a alguns actes *treaty-making power* de simple transcendència internacional de les regions (els previstos a l'article 2.1.a), mentre que les activitats promocionals per al desenvolupament econòmic, social o cultural requerien un acord previ del Govern.<sup>62</sup> En efecte, el genèric de l'art. 117.9 de la Constitució en les matèries de la seva competència legislativa queda reduït a dues classes d'acords:

1. Convenis amb entitats subestatsals per afavorir el desenvolupament econòmic, social o cultural, així com el desenvolupament d'activitats paradiplomàtiques (§ 2).
2. Acords amb Estats estrangers que executin o desenvolupin altres acords internacionals ja vigents, o que tinguin un caràcter tecnicoadministratiu o programàtic adreçat a afavorir-ne el desenvolupament econòmic, social o cultural (§ 3).

<sup>60</sup> La regulació encara vigent es troba en el Decreto del Presidente de la Repubblica, de 31 marzo 1994, *recante atto di indirizzo e coordinamento in materia di attività all'estero delle Regioni e delle Province autonome*.

<sup>61</sup> El text del disegno di legge es pot consultar a <http://www.parlamento.it/loc/link.asp?tipodoc=DDLPRES&id=24247&other=link,html,log.tipo,ddl&leg=14>. El text aprovat pel Senat i enviat a la Camera dei Deputati es pot consultar a [http://www.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/stampati/sk4000/fontesp/3590.htm](http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk4000/fontesp/3590.htm). El text aprovat per la Camera dei Deputati es pot consultar a <http://www.senato.it/loc/link.asp?leg=14&tipodoc=CAM.SDDL&id=3590>. El text aprovat definitivament pel Senat es troba publicat a <http://www.senato.it/bgt/ShowDoc.asp?leg=14&id=00068137&tipodoc=Ddlmess&modo=PRODUZIONE>.

<sup>62</sup> Paola BILANCIA, "Un nuovo ruolo per le regioni in materia di rapporti internazionali?" (6.12.2001), a <http://www.federalimi.it/federalismi/home.cfm?midmegas=31>, p. 3-4.

En tots dos casos, les regions s'han de coordinar amb el Ministeri d'Afers Estrangers, que ha d'informar els altres ministres competents per raó de la matèria. La principal diferència existent entre uns convenis i els altres és que, en els primers, un cop passat un termini de trenta dies, el silenci té un valor positiu, mentre que per a la validesa dels de la segona classe és imprescindible que el Ministeri d'Afers Estrangers confereixi a la regió el ple poder de signatura.<sup>63</sup> Si el Ministeri d'Afers Estrangers considera que el conveni o l'acord internacional que negocia una regió incideix negativament en els criteris de política exterior de l'Estat italià, li ho comunica; en cas de desacord, el Ministeri pot demanar al Consell de Ministres que resolgui la qüestió, en una reunió en la qual participa el president de la regió afectada (§ 5).<sup>64</sup>

### 3.1.4. *El cas escocès*

La intervenció de les *devolved administrations* en les relacions internacionals es troba desenvolupada en l'extens Concordat on International Relations, annex al MOU.<sup>65</sup>

Les relacions internacionals constitueixen un *non-devolved matter*, per la qual cosa són competència del Govern del Regne Unit, tal com es recorda en cada acord bilateral (D1.3, D2.3, D3.3) i en el comú (D4.6

<sup>63</sup> Per Paola BILANCIA, "Ancora sulla competenze delle Regioni in materia di rapporti internazionali", <http://www.federalismi.it>, no és aplicable la Convenció de Viena sobre el dret dels tractats de 23.5.1969 als acords entre una regió italiana i un Estat, perquè aquesta els exclou a l'art. 3. Per això considera no adequat a la Constitució que s'exigeixi la concessió del poder de signar: "Quel che si vuol sostenere, in bona sostanza, è che una previsione legislativa che colpisse con la nullità un accordo sottoscritto fra Regione e Stato estero in assenza al conferimento dei pieni poteri al Presidente regionale da parte del Ministro degli Esteri, presupporrebbe e implicherebbe che la Regione non possa concludere in nome proprio un accordo con uno Stato estero, ma che lo possa fare soltanto quale rappresentante, munito di delega, dello Stato italiano, in capo al quale resterebbero sia la titolarità -in generale- alla conclusione di tali tipi di accordi delle Regioni, sia -nello specifico- la responsabilità per l'inadempienza o la violazione da parte della Regione dell'accordo sottoscritto. Ma tale presupposizione e implicazione sembrerebbe, prima facie, in contrasto con l'art. 117, 8° comma Cost. (letto sistematicamente con altre disposizioni costituzionali)" (p. 4).

<sup>64</sup> Amb relació al ddl presentat pel govern, Lucia Serena Rossi, "Costituzione, Diritto internazionale e Diritto comunitario: le precisazioni del ddl La Loggia" a *Il ddl La Loggia (4). Interventi di Antonio Ruggeri e Lucia Serena Rossi* a <http://www.federalismi.it>, considera que "tale norma assoggetta dunque a stretto controllo eventuali accordi in forma semplificata conclusi dalle Regioni o province autonome anziché dal Governo: in tal caso, evidentemente, i limiti alla conclusione di tali accordi che l'art. 80 fissa per il Governo varranno, a maggior ragione, per gli enti territoriali".

<sup>65</sup> L'annex comú té vint-i-quatre paràgrafs, que es divideixen en els blocs següents: "Definitions"; "Content"; "Formulation of UK policy and conduct of international agreements", que inclou "Implementation of international commitments", "Cooperating over legal proceedings", "Representation Overseas", "Secondments and training co-operation", "Visits", "Public diplomacy, the British Council and BBC World Service", "Trade and inward investment promotion" i "Diplomatic and consular relations".

final), tot i que es reconeix que les *devolved administrations* tenen un interès en la formació de la política internacional relativa als *devolved matters*.

Es parteix de la base de l'intercanvi d'informació entre les administracions. La posició del Govern del Regne Unit davant d'una negociació internacional que tingui per objecte, de manera directa o indirecta, *devolved matters* s'adopta després d'haver consultat les *devolved administrations*. Si s'escau, també s'informa del desenvolupament de les negociacions (D4.6). Si l'objecte del tractat afecta directament un *devolved matter*, es preveu la participació de ministres o funcionaris de les *devolved administrations* en el grup negociador britànic. En tot cas, el ministre del Regne Unit conserva sempre la direcció de la negociació, tot i que eventualment es pot disposar que els ministres o funcionaris de les *devolved administrations* intervinguin en representació del Regne Unit en una reunió internacional (D4.8).

Només el Govern del Regne Unit pot signar acords que generin obligacions de dret internacional (D4.6). Tanmateix, es preveu que, amb el vistiplau previ de la Foreign and Commonwealth Office (FCO), les *devolved administrations* puguin establir convenis paradiplomàtics amb Governos d'estats o d'entitats subestats estrangeres, així com amb organitzacions internacionals. En cap cas, però, el conveni no genera obligacions de dret internacional per al Regne Unit, ni en perjudica els interessos (D4.7).

En els convenis bilaterals es preveu un mecanisme de resolució de conflictes bilaterals en l'àmbit de les relacions internacionals. Si no és possible resoldre'l mitjançant consultes bilaterals, el primer ministre i la Secretaria d'Estat per Afers Estrangers i de la Commonwealth ho intenten resoldre en el si del JMC (D1.7, D2.7, D3.7).

### 3.2. La regulació actual a l'Estat espanyol

La norma que regeix l'adopció de tractats internacionals pel que fa a l'Estat espanyol és el Decret 810/1972, de 24 de març, sobre ordenació de l'activitat de l'Estat en matèria de tractats internacionals (BOE 85, de 8/4/1972). Atès el seu caràcter preconstitucional, no hi ha cap referència a la participació de les comunitats autònomes.

Durant la segona legislatura, en el si del Ministeri d'Afers Estrangers es va elaborar un *Anteproyecto de Ley de ordenación de la actividad del Estado en materia de Tratados*,<sup>66</sup> en el qual es preveia que les comunitats

<sup>66</sup> A MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, *La celebración de Tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, 1990, p. 353-363, es publica la versió de 15 d'abril de 1985, "preparada tras el Dictamen del

autònomes poguessin instar el Govern a negociar tractats internacionals i que rebessin d'aquesta informació durant la negociació dels tractats internacionals que n'afectessin les competències o els interessos (art. 7.4).<sup>67</sup> Cal remarcar que es donava una solució idèntica amb independència del fet que la matèria objecte del tractat afectés una competència (exclusiva o compartida) d'una comunitat autònoma o només els interessos. En cap dels dos casos, el punt de vista de les comunitats autònomes no hauria vinculat la posició negociadora de l'Administració de l'Estat.<sup>68</sup> L'Avantprojecte, però, no va arribar a esdevenir Projecte de llei.<sup>69</sup>

El desembre de 2000, el Ministeri d'Affers Estrangers va aprovar el *Procedimiento para la información a las Comunidades Autónomas sobre la elaboración y negociación por España de Tratados internacionales que afecten a materias de su específico interés*.<sup>70</sup> Aquest procediment és conseqüència d'una moció presentada pel senador canari Victoriano Ríos Pérez, “por la que se insta al Gobierno a que, antes de la finalización del próximo período de sesiones, comunique a esta Cámara, a través de la Comisión General de las Comunidades Autónomas, el procedimiento por el que se haya optado para que las Comunidades Autónomas informen o sean informadas, según lo que establezcan sus respectivos Estatutos, de

Consejo de Estado número 47.392, de 21 de febrero de 1985, por el grupo de trabajo constituido al efecto en el Ministerio de Asuntos Exteriores”.

<sup>67</sup> *Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos, podrán instar al Gobierno la negociación de Tratados. Igualmente recibirán oportuna información durante la negociación de aquellos que afecten a materias de su competencia o interés específicos.*

<sup>68</sup> Manuel PÉREZ GONZÁLEZ considerava “perturbador el inciso del párrafo 4 del artículo 7 del Anteproyecto de Ley de Tratados que refiere el deber de informar a los tratados «que afecten a materias de su competencia o interés específico», procediendo eliminar, en mi opinión, la mención de la competencia” (“Acción de las Comunidades autónomas en el exterior y su participación en la celebración de Tratados por España”, a MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, *La celebración de Tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, 1990, p. 127-145, p. 134). Tanmateix, no es tracta d'una reposta restrictiva perquè en el mateix treball afirmava que “el derecho de participación hay que entenderlo conectado en perspectiva funcional al interés, y no restrictivamente a la competencia” (p. 133). La proposta de supressió es justifica per impedir que el Govern de l'Estat es negui a facilitar informació tot adduint que la matèria objecte del tractat és de la seva competència exclusiva, tal com va succeir quan les Corts d'Aragó (Proposicions no de llei 2 i 3/88, d'11 de març de 1988, BOCA núm. 26, de 22-3-1988, pág. 419) varen demanar informació sobre el conveni de cooperació hispanonord-americà de cooperació per a la defensa.

<sup>69</sup> Les vicissituds experimentades per l'Avantprojecte de llei de tractats es poden veure a: Javier Díez-HOCHLEITNER, “Antecedentes y líneas generales de una eventual Ley de Tratados” a MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, *La celebración de Tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, 1990, p. 185-201, p. 189-190.

<sup>70</sup> BOCG, Senat I, 127, de 15 de gener de 2001.



las materias de su específico interés durante la elaboración y negociación por España de tratados y convenios internacionales”, moció que fou aprovada el 12 de setembre de 2000.<sup>71</sup>

En aquest procediment, s'estableix que la Secretaria General Tècnica del Ministeri d'Afers Estrangers és l'òrgan encarregat de proporcionar la informació a l'òrgan que li assenyali cada comunitat autònoma, que la informació ha de ser suficient, subministrada periòdicament, i que la comunitat autònoma ha de disposar d'un termini mínim de quinze dies per formular la seva posició sobre les matèries del tractat que siguin del seu interès específic. Aquesta posició autonòmica la traslladarà la Secretaria General Tècnica del Ministeri als òrgans competents perquè la tinguin en consideració a l'efecte de la seva incorporació eventual a la posició negociadora espanyola. Finalment, es preveu que, si escau, s'informarà la Comunitat Autònoma del text que s'hagi adoptat.

Del text del procediment resulta que s'ha optat per una participació homogènia de totes les comunitats autònomes, amb independència de les previsions estatutàries específiques. I, en la mesura en què s'hi reconeix la possibilitat de formular la posició de la comunitat (situació només prevista en l'Estatut canari), l'equiparació s'ha fet superant les previsions de la majoria d'Estatuts. Tanmateix, la participació de les comunitats autònomes té un perfil baix, com a conseqüència del que en el Decret es considera “matèries d'interès específic de la comunitat autònoma”, és a dir:

- les matèries en què té assumides competències d'execució,
- les matèries que hagi proposat una comunitat autònoma i les hagi admès el Govern de l'Estat a l'efecte d'aquest procediment,
- les matèries que el Govern de l'Estat consideri que és convenient conèixer per a un desenvolupament millor de les finalitats de la comunitat autònoma.

Per tant, no s'ha previst la participació de les comunitats autònomes en la fase d'elaboració del tractat quan la matèria d'aquest és exclusivament competència seva, és a dir, els casos en què s'ha de pressuposar un interès superior de la comunitat autònoma.

La manca de regulació permet extreure les interpretacions següents:

A. Cal entendre que dins de les “competències d'execució” s'inclou qualsevol altra modalitat de competència. Aquesta interpretació tindria com a pressupòsit que la direcció de la política exterior

<sup>71</sup> Amb anterioritat, aquest mateix senador havia presentat una interpel·lació similar, publicada a BOCG, Senat, I, 491, de 8 de juny de 1998, que va provocar la moció subsegüent, que fou aprovada per assentiment el 23 de juny de 1998.

forma part de l'anomenat *nucli dur* de les relacions internacionals, competència exclusiva del Govern de l'Estat, per la qual cosa la intervenció de les comunitats autònomes ha de ser residual i, en cap cas, no ha de vincular l'Estat. Tanmateix, el rang normatiu del protocol fa dubtar que aquesta interpretació restrictiva de l'abast de l'expressió *interès específic* en el bloc de constitucionalitat superés un judici de constitucionalitat.

B. Cal entendre que no es troben regulades dins del procediment esmentat i, davant l'absència de norma, cal aplicar a aquest supòsit el que la *Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas* preveu per a la presa de decisions. En aquest sentit es va pronunciar BUSTOS GISPERT,<sup>72</sup> que considera que el marc idoni per arribar a aquests acords seria una conferència sectorial sobre relacions internacionals amb un sistema de participació semblant al de la CARCE. Aquesta és una solució satisfactòria amb caràcter general, però que, en matèria civil, torna a reproduir el problema del caràcter asimètric de la competència, que ja hem vist dins l'àmbit de la Unió Europea.<sup>73</sup>

C. La tercera interpretació parteix de les diferències existents entre el marc de la Unió Europea i la resta de les relacions internacionals. Dins del marc comunitari, cada Estat té exclusivament una posició, per la qual cosa s'ha de preveure el mecanisme de formació d'aquesta posició quan no hi ha consens entre el Govern de l'Estat i les comunitats autònomes, o entre les comunitats autònomes (segons la competència afectada), llevat que –com en el cas belga– es vulgui optar per l'absència de posició comuna quan no hi ha consens. En canvi, fora de l'àmbit comunitari no és imprescindible forçar el principi d'autonomia de les entitats subestats amb vista a aconseguir l'opinió comuna.

<sup>72</sup> R. BUSTOS GISPERT, *Relaciones internacionales y comunidades autónomas*, p. 499: “convendría distinguir entre tratados que esencialmente versen sobre competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas o sobre competencias compartidas. Según se vean afectadas unas u otras se procederá a un proceso de búsqueda de posiciones comunes entre las Comunidades Autónomas afectadas y el poder central. Pudiendo, en el caso de competencias exclusivas autonómicas, llegarse a vincular a los negociadores estatales si no se alcanzara el consenso con los poderes centrales”.

<sup>73</sup> R. BUSTOS GISPERT, *Relaciones internacionales y comunidades autónomas*, p. 500, salva parcialment aquestes dificultats quan afirma que “no tendrían que intervenir las Comunidades Autónomas, sólo las afectadas”. Tanmateix, recordeu que la presa de decisions en el si de la CARCE no preveu el cas en què l'Administració de l'Estat i algunes comunitats autònomes tenen alhora la competència exclusiva per regular una matèria en diferents àmbits territorials.

El conflicte es pot resoldre establint una reserva al tractat que n'exclouï la vigència dins de l'àmbit territorial de la comunitat autònoma divergent. Com s'ha vist, aquest és el mecanisme previst a Bèlgica, quan alguna de les regions o de les comunitats no està d'acord amb el contingut d'un tractat o conveni internacional mixt.



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

CARMEN PARRA RODRÍGUEZ

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN    II. CREACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO    1. Análisis de los principios contenidos en los tratados fundacionales de la Comunidad Europea    1.1 Principio de igualdad o de “no discriminación”    1.2. Principio de libertad    1.3. Principio de solidaridad    1.4. Principio de unidad o de uniformidad    2. El marco de uniformización del Convenio de Roma    2.1 Principio de la autonomía de la voluntad    2.2. Principio de proximidad    2.3. Principio de solidaridad    2.4. Principio de protección de la parte débil    3. La armonización a través de directivas    3.1 . Principios contenidos en las directivas    3.2. Principios generales contenidos en las directivas de ámbito contractual    3.3. Principios instrumentales contenidos en las directivas de ámbito contractual    III. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

La interpretación uniforme de las normas internacionales a través de principios no es una novedad en el ámbito del derecho. En este sentido, hay que remontarse en la historia hasta la época romana, en la cual se utilizó la experiencia, para establecer una serie de pautas generales que permitieron, a través de la previsibilidad y la flexibilidad, adaptarse a las novedades jurídicas que la sociedad les iba ofreciendo.

Esta generalidad en el planteamiento de la solución de problemas fue recogido en la edad media por los estatutarios, los cuales desarrollaron tres grandes categorías –personas, bienes y forma– para dar viabilidad a las cuestiones que se planteaban en los estatutos italianos, regulación ésta que ha pervivido hasta nuestros días.

Posteriormente, con las codificaciones nacionales se inició una nueva etapa en la cual, a pesar de las corrientes universalistas, se perdió el horizonte uniformizador que había inspirado hasta ese momento el tráfico jurídico externo, dando paso a una regulación compartimentada en la que se asentaron las diferencias entre los ordenamientos internos.

Partiendo de esta base histórica, el marco contractual europeo se ha venido caracterizando por la diversificación establecida en los sistemas jurídicos, situación ésta que ha pervivido durante un gran número de años. Sin embargo, la falta de uniformidad en las soluciones ha producido tal aislamiento en el ámbito internacional que ha hecho renacer el trasfondo histórico a favor de corrientes uniformizadoras a través de las cuales se persigue la armonía internacional de soluciones. Esta regulación se ha desarrollado tanto en el ámbito universal (regulación uniforme en materia de contratos comerciales del Unidroit) como territorial, donde, ciñéndonos al ámbito europeo, se ha creado un código europeo de contratos,<sup>1</sup> que si bien tuvo un origen puramente doctrinal, ha servido para motivar a las instituciones comunitarias, que han empezado a ver el derecho privado europeo no como una utopía, sino como otro de los logros de la unificación europea.<sup>2</sup>

Junto a estos intentos uniformizadores, existen otros mecanismos más próximos a la situación actual que intentan ser un puente entre la futura codificación y el sistema actual de estatalización de los diferentes códigos contractuales.

Es en este punto donde deben situarse las aportaciones que se persiguen con este trabajo, con el que se pretende profundizar en los sistemas interpretativos de los contratos, a través de la creación de principios que sirvan para uniformizar la letra tanto implícita como explícita de los contratos.

Para llevar a cabo este estudio, y ciñéndonos al ámbito europeo, hay que comenzar haciendo especial referencia a los principios contenidos en los tratados fundacionales de la Comunidad Europea, y a continuación entrar en los convenios que uniformizan el espacio internacional en materia de contratos, básicamente comprendidos en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, del que España es parte desde 1993.<sup>3</sup>

En tercer lugar, se hará referencia al papel uniformizador desarrollado en el marco comunitario a través de la labor desempeñada por las

<sup>1</sup> Ver AA. VV., *Towards a European Civil Code*, Martinus Nijhoff Publishers, Nijmegen, 1994. El caso americano es diferente, ya que establece una serie de principios de origen jurisprudencial que inspiran la normativa internacional. Ver *American Law Institute: Restatement of the laws second Conflict of laws* 2d., St. Paul, 1977. Ver también los trabajos realizados en la Academia de Pavía. Ver en este sentido, J. L DE LOS MOZOS, "El Anteproyecto de Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía", *La Ley*, 5629, de 9 de octubre de 2002.

<sup>2</sup> Ver la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo. DOCE C 255, de 13 de septiembre de 2001, p. 1 y ss. Ver E ARROYO I AMAYUELAS; A VAQUER ALOY, "Un nuevo impulso para el derecho privado europeo", *La Ley*, 5482, 14 de febrero de 2002.

<sup>3</sup> Ver BOE nº 171, de 19 de julio de 1993, correc. de errores, BOE de 9 de agosto de 1993.

directivas, en cuanto que este instrumento típicamente comunitario es básico para lograr la aproximación entre legislaciones muy dispares como son las que conviven en Europa, siendo necesaria su articulación para lograr, en un segundo paso, una integración absoluta y obligatoria tanto en los fines como en los medios de los supuestos en ellas contenidos.

No obstante, hay que destacar que es en el ámbito de los consumidores donde se ha avanzado de forma más rápida en esta aproximación, fenómeno éste que responde al interés que este tema levanta y no a razones de otro tipo.

## II. CREACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

Los sistemas de uniformización han supuesto el nacimiento de una serie de principios que sirven para establecer pautas y modelos de actuación en el derecho comunitario.

Desde este punto de vista es necesario conocer cuáles son y su misión en la uniformización que se persigue dentro del derecho internacional. En este sentido, la sistematización de los principios contenidos en el ámbito comunitario pasa necesariamente por dos coordenadas básicas que, según el profesor Jeantet,<sup>4</sup> enmarcan la actuación del Tribunal de Luxemburgo.

Por un lado, el principio que establece la primacía del derecho comunitario, a través del cual el Tribunal juzga su propia competencia en cuanto a la interpretación de normas comunitarias siempre que se le plantee una cuestión por parte de una jurisdicción nacional.

Por otro lado, el principio de internacionalidad, según el cual es necesaria la vinculación del supuesto con dos o más Estados, debiendo entenderse esta limitación como la exclusión de interpretación por parte del Tribunal comunitario de situaciones puramente internas.

Junto a estos principios básicos que inspiran el ámbito comunitario, y una vez establecidos sus límites competenciales, el Tribunal deberá inspirarse tanto en los objetivos propios del Tratado de la Unión Europea, así como en los fines que persigue el derecho comunitario en toda su extensión, teniendo en cuenta todas las normas, tanto de derecho derivado como convencional, que forman el entramado de este sistema jurídico en lo que Jeantet ha descrito como “el rechazo del particularismo siempre que sea posible”.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> F. Ch. JEANTET, «Un droit européen des conflits de compétence judiciaire et de l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Cahiers de droit européen*, 1972, p. 375-421, esp. p. 388-389.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 389.

Esta doble función instrumental servirá para tener en cuenta el espíritu uniformizador que se encuentra en la base de la evolución legislativa comunitaria.

### *1. Análisis de los principios contenidos en los tratados fundacionales de la Comunidad Europea*

Una vez hechas estas precisiones es necesario establecer cuál es la base de la que se parte para delimitar los principios que inspiran el ámbito contractual comunitario.

En este sentido, la punta de la pirámide de la que parte el entramado comunitario no es otro que los tratados fundacionales de la Unión Europea, en concreto el Tratado de la Comunidad Europea, siendo en sus objetivos en los que se debe inspirar el legislador y el juez comunitario en su labor de uniformización del sistema jurídico contractual de la Comunidad.

Esta solución está siendo objeto de debate por parte de la doctrina alemana, la cual se plantea la incidencia de estos principios en las normas de conflicto de los Estados miembros. En este sentido, tanto el profesor Basedow como el profesor Sonnenberger<sup>6</sup> consideran que esta intromisión debe interpretarse positivamente, como un sistema de revisión de las normas de conflicto estatales, que deberán adaptarse en unos casos a la nueva situación, y en otros deberán solucionar la problemática planteada a través de normas materiales *ad hoc*.

Para llevar a cabo esta labor, la utilización de la interpretación teleológica ofrece un marco “progresivo” y “dinámico” idóneo para el establecimiento de un marco legal unificado en materia de obligaciones contractuales.<sup>7</sup>

Siguiendo las indicaciones del juez Pescatore,<sup>8</sup> este método interpretativo trataría de utilizar los principios fundamentales de “libertad, igualdad, solidaridad y unidad” para unificar la materia contractual comunitaria, sin apartarse de este modo del texto y del espíritu de las normas comunitarias, y convertir así al juez en legislador comunitario.

<sup>6</sup> Ver la recesión que realiza el profesor Lagarde de J. BASEDOW, „Das Kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt. favor offerentis“, *RabelsZ*, t.59, 1995, p. 1-54; H. J. SONNENBERGER, „Europarecht und Internationales Privatrecht“, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 1996, p. 3-47. P. LAGARDE, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, p. 853-856.

<sup>7</sup> En este sentido, ver P. PESCATORE, «Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice», *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, T. 2, Bruxelles, Paris, 1972, p. 325 y ss. Junto a esta postura más arriesgada se encontraba otra corriente que aconsejaba prudencia para evitar que el Tribunal rebasase su poder jurisdiccional sustituyendo su propia apreciación por la de la voluntad de los Estados creadores de la Comunidad.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 327 y ss.



En este sentido, el profesor Monaco advierte del peligro del alejamiento de estos principios, convirtiéndose la interpretación dinámica en un arma de doble filo que en lugar de uniformizar pueda crear dificultades en la aplicación de los tratados al establecer conceptos propios, diferentes a los que inspiraron su creación.<sup>9</sup>

Para evitar situaciones que pudieran entorpecer el proceso de creación de un espacio jurídico único, el examen que aquí se propone se limitará a los principios contenidos en los tratados fundacionales de la Unión Europea, así como a los preámbulos de los instrumentos convencionales comunitarios suscritos por los Estados miembros, que a su vez deberán ser interpretados bajo la luz del derecho fundacional. Estos principios serían los siguientes:

### ***1.1 Principio de igualdad o de “no discriminación”***

El principio de no discriminación se encuentra legalmente enmarcado en el artículo 12 del TCE (*ex art.* 6-1) según el cual: “En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”. Tradicionalmente se ha utilizado este artículo para evitar discriminaciones por razón de la nacionalidad, asegurando así el tratamiento nacional en diferentes sectores, entre los que destacan a título significativo: la fiscalidad interna (art. 90 del TCE [*ex art.* 95]) en la sentencia Lüticke;<sup>10</sup> la libre circulación de mercancías, en concreto para las tasas de efecto equivalente (art. 28 del TCEE [*ex art.* 30]) en la sentencia *Commission c/ Grand-Duché de Luxemburg et Royaume de Belgique*,<sup>11</sup> y en el ámbito social (artículo 39 del TCE [*ex art.* 48]) en la sentencia Ugiola.<sup>12</sup>

Posteriormente, se ha avanzado en la aplicación de este principio en el ámbito del derecho privado en cuanto que la conexión nacionalidad afecta

<sup>9</sup> Ver R. MONACO, «Les principes d'interprétation suivis par la Cour de Justice des Communautés européennes», *Mélanges Rolin*, París, 1964, p. 217-227. Este autor entiende que se debe llevar a cabo una interpretación literal, sistemática y teleológica, todas ellas complementadas con principios como el del efecto útil de las normas, el de la interpretación jurídica de las normas o el de examen de los trabajos preparatorios. Ver también F. Ch. JEANTET, “Un droit européen [...]”, *op. cit.*, p. 389. Este autor establece que la interpretación de los convenios comunitarios debe desvincularse de los sistemas nacionales de los Estados e inspirarse en el espíritu de unidad y libre circulación del derecho comunitario, evitando el particularismo en la medida que le sea posible.

<sup>10</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 16 de junio de 1966, asunto 57/65 (Lüticke), Rec. XII, 1966, p. 301 y ss.

<sup>11</sup> Ver la sentencia del TJCE, 14 de diciembre de 1962, asunto 2 y 3/62 (*Commission c/ Grand-Duché de Luxemburg et Royaume de Belgique*), Rec. VIII, 1962, p. 827 y ss.

<sup>12</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 15 de octubre de 1969, asunto 4/66 (Ugliola), Rec. XII, 1966, p. 625.

de modo indirecto a las actividades económicas realizadas en el seno de la Comunidad.<sup>13</sup> En este sentido, cabe destacar, entre otras, las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en los asuntos Koestler,<sup>14</sup> Alsthom<sup>15</sup> y, más recientemente, en el asunto Perfili,<sup>16</sup> en la cual se consideran no discriminatorias las medidas nacionales establecidas por el ordenamiento italiano en orden a la personación en un proceso penal por entender que se exigen tanto para nacionales como para extranjeros.<sup>17</sup>

El principio de no discriminación ha rebasado no sólo los límites del “mercado común” sirviendo a los objetivos de unidad jurídica dentro de la Comunidad, sino que ha extrapolado el propio marco de la no discriminación en base a la nacionalidad para el que se había creado. Esta nueva dimensión se ha conseguido a través de una interpretación extensiva del artículo 12 del TCE (*ex art. 6*) por vía jurisprudencial.<sup>18</sup>

En este sentido, destaca, con carácter general y fuera del marco hasta ahora considerado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de octubre de 1980,<sup>19</sup> donde queda configurado el principio de no discriminación con carácter genérico, al establecer en su considerando 9

<sup>13</sup> Ver, en este sentido, M. FALLON, «Les conflits de lois et des juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne», *R. des C.*, 1995, T. 251, p. 121-130.

<sup>14</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 24 de octubre de 1978, asunto 15/78 (Société Générale Alsacienne de Banque S.A. c. Walter Koestler), Rec. 1978, p. 1980. El Tribunal consideró en este caso la falta de discriminación en la medida nacional (norma que prohibía el cobro de cantidades por deudas de juego), por entender que se aplica a “todo prestatario establecido en el territorio de un Estado miembro ante un crédito de la misma naturaleza”.

<sup>15</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 24 de enero de 1989, asunto C-339/89 (Alsthom Atlantique SA and Compagnie de construction mécanique Sulzer SA), Rec. 1991, p. I-107. En este caso se trataba de establecer el carácter no discriminatorio de una disposición nacional indistintamente aplicable a los contratos nacionales o internacionales sin tener en cuenta la repercusión que la autonomía conflictual y las normas imperativas podían tener sobre los mismos.

<sup>16</sup> Ver la sentencia de 1 de febrero de 1996, asunto C-177/94 (Proceso penal contra Gianfranco Perfili), Rec. 1996, p. I-161-178.

<sup>17</sup> Ver el comentario que se realiza a esta sentencia en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de derecho internacional privado*, 3ª ed., Cívitas, Madrid, 1996, p.176. Ver, en este sentido, la sentencia del TJCE, de 29 de junio de 1999, asunto C-172/98 (Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica), Rec. 1999-6, I-3999-4010.

<sup>18</sup> E. STEINDORFF, „Europäisches beitzugum ordre public und zur Souderanknüpfung zwingenden Rechts“, *Europarecht*, 1981, p. 426 y ss.

<sup>19</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 29 de octubre de 1980, asunto 22/80 (Boussac Saint-frères SA contre Brigitte Gerstenmeier), Rec. 1980, p. 3427. Se plantea una cuestión prejudicial en relación con una disposición alemana que establece una tramitación abreviada que sólo se puede utilizar para acreedores en moneda nacional, no siendo accesible para los acreedores que tengan una deuda en moneda extranjera, a pesar de que el deudor esté establecido en territorio nacional.

que “el art. 7 del Tratado prohíbe toda discriminación de la nacionalidad en el dominio de aplicación del Tratado. Esta disposición prohíbe no solamente las discriminaciones ostensibles, fundadas sobre la nacionalidad, sino “todas las formas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, condujeran al mismo resultado”. Esta sentencia supuso un paso importante en la extensión del principio de igualdad fuera del ámbito al que había estado adscrito tradicionalmente, siendo desde entonces numerosas las sentencias que se han pronunciado aplicando este principio de forma ampliada, evitando de este modo las denominadas “discriminaciones ocultas”.

En este sentido, el Tribunal comunitario ha incluido en su jurisprudencia las premisas necesarias para su invocación en diferentes sectores procesales y contractuales. Así cabe destacar la sentencia dictada en 1993 en el caso *Slooman Neptum*,<sup>20</sup> en la cual se utiliza el domicilio como criterio de discriminación en el ámbito laboral alemán. Asimismo, se puede invocar la sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1994<sup>21</sup> en relación con el principio de igualdad para rechazar la aplicación de una disposición nacional (el artículo 917-1 de la ZPO alemana) sobre embargo preventivo, en cuanto que daba un tratamiento diferente según el procedimiento se desarrollara dentro del territorio nacional o fuera de él.<sup>22</sup>

Siguiendo en el ámbito procesal, destacan las sentencias pronunciadas por este Tribunal que afectan a la *cautio iudicatum solvi* que debe constituirse cuando las personas jurídicas establecidas en un Estado miembro pretendan ejercitar una acción judicial frente a un nacional o a una sociedad establecida en otro Estado, quedando exentas cuando la acción vaya contra personas establecidas en el mismo Estado,<sup>23</sup> o la invocabilidad

<sup>20</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 17 de marzo de 1993, asunto 72/91, Rec. 1993, p. 1-887.

<sup>21</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 10 de febrero de 1994, asunto C-398/92 (*Mund & Fester c/ Firma Hatrex International Transport*), Rec. 1994, p. I-467-482.

<sup>22</sup> En su considerando 22 establece esta sentencia que: “En vista de esto que precede, hay que responder a la cuestión planteada que el art. 7 del Tratado de la CEE, leído en combinación con el art. 220 del mismo Tratado y del Convenio de Bruselas, se opone a que una disposición nacional de un procedimiento civil que en el marco de un litigio deba ser ejecutada en territorio nacional, no autorice el embargo preventivo por el sólo motivo de que probablemente en su defecto, esta ejecución será irrealizable o muy difícil, mientras que para un litigio que se resuelva en otro Estado miembro, sea autorizada por el solo motivo de que la ejecución deberá tener lugar en el extranjero”.

<sup>23</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 26 de septiembre de 1996, asunto C-43/95 (*Data Delecta Aktiebolag y Ronny Forsberg c. MSL Dynamics Ltd.*), Rec. 1996-8/9, I- 4661-4678. Ver, en el mismo sentido, la sentencia del TJCE, de 2 de octubre de 1997, asunto C-122/96 (*Stephen Austin Saldanha y MTS Securities Corporation/Hiross Holding AG*), Rec. 1997-10, I-5325-5347. Ver la sentencia del TJCE, de 20 de marzo de 1997, asunto C-323/95 (*David Charles Hayes, Jeanette Karen Hayes c. Kronenberger GmbH*), Rec. 1997-3, I-1711-1727. En la actualidad se ha introducido el asunto C-60/99 (*Carmen Proetta/ Andrew Neil*) sobre el mismo tema.

del art. 12 del TCE (*ex art. 6*) para gozar de un trato no discriminatorio respecto de los nacionales de un Estado por lo que respecta al empleo de las lenguas allí utilizadas en procedimientos penales.<sup>24</sup>

Más recientemente, en 1997, el Tribunal se pronunció en contra de una medida nacional belga en materia social en el sector del transporte por carretera, que impone a los no residentes una fianza superior a la prevista para los residentes en este Estado.<sup>25</sup>

En el mismo sentido hay que interpretar su sentencia de 27 de noviembre de 1997 en relación con una serie de ventajas sociales establecidas en el art. 7 del Reglamento nº 1612/68, denegadas por falta de residencia del demandante,<sup>26</sup> jurisprudencia que alcanza también a la reciente sentencia de 11 de julio de 2002.<sup>27</sup>

También se ha pronunciado el Tribunal de Luxemburgo invocando el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en el marco de la protección de los derechos de autor, al interpretar, en su sentencia de 6 de junio de 2002, que “el periodo de protección concedido por la normativa de un Estado miembro a las obras de un autor nacional de otro Estado miembro sea inferior al que concede a las obras de sus propios nacionales”.<sup>28</sup>

De lo expuesto se deduce que, a pesar de esta ampliación del ámbito de actuación del principio de no discriminación, en numerosas ocasiones se ha justificado este tipo de discriminaciones con base en las alegaciones esgrimidas por los jueces internos en defensa de sus normas nacionales. No obstante, para conseguir inaplicar este principio se deberá analizar el carácter de las normas aparentemente discriminatorias y ver si se corresponden con medidas objetivas y proporcionadas que respondan al interés general<sup>29</sup> o si, por el contrario, no se consigue el objetivo buscado.

<sup>24</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 24 de noviembre de 1998, asunto C-274/96 (Horst Otto Bickel, Ulrich Franz), Rec. 1998-11, I-7637-7660.

<sup>25</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 23 de enero de 1997, asunto C-29/95 (Eckehard Pastoors y otros c. Belgische Staat), Rec. 1997-I, I-285-310.

<sup>26</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 27 de noviembre de 1997, asunto C-57/96 (H. Meints/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij), Rec. 1997-11, I-6689-6723.

<sup>27</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98 (Marie-Nathalie D’Hoop c. Office national de l’emploi). Sin publicar.

<sup>28</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 6 de junio de 2002, asunto C-360/00 (Land Essen / G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH). Sin publicar.

<sup>29</sup> Ver, en este sentido, el comentario que hace a la sentencia de 10 de febrero de 1994 el profesor Garcimartín, para el cual la norma objeto de análisis no resulta discriminatoria respecto al derecho comunitario. Ver F. J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, “El art. 6 del TCE y el derecho procesal civil: a propósito de la sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1994”, GJ de la CE, 1995, abril, p. 41-79. Ver también, en este sentido, el razonamiento seguido por el TJCE para justificar una exención para los operadores de determinadas categorías del régimen de certificados de exportación. Sentencia del TJCE, de 10 de marzo de 1998, asunto C-122/95 (RFA c. Consejo de la Unión Europea), Rec. 1998-3, I-973-1022.

## 1.2. Principio de libertad

Este principio debe interpretarse tanto en su aspecto positivo, por cuanto los Estados deben ir avanzando hacia un espacio europeo de “libre circulación”, como en su aspecto negativo, es decir, establecer, tal como indican diferentes artículos del Tratado de la Comunidad Europea,<sup>30</sup> las bases para no retroceder en lo ya conseguido, conservando y fomentando la utilización de los conceptos jurídicos acuñados por el Tribunal de Luxemburgo.<sup>31</sup>

La consagración de esta norma se ha producido principalmente en materia de libre circulación de mercancías, en la sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963,<sup>32</sup> entre otras, en libre circulación de trabajadores, en la sentencia Unger de 19 de marzo de 1964,<sup>33</sup> o en materia de competencia en la sentencia Conster et Grunding de 13 de julio de 1966.<sup>34</sup> Es de esperar que la uniformidad jurisprudencial comunitaria también se extienda a la materia contractual y sirva este principio para evitar que los Estados creen nuevos conceptos jurídicos que no se correspondan con el resto de los ordenamientos, sirviendo, por tanto, este principio al Tribunal para poder frenar posibles actuaciones dentro del ámbito nacional. Se trataría, en palabras de la doctrina, de crear una cláusula de *stand-still en materia contractual*, siendo en esta línea donde debe de entenderse establecida la fórmula de control que establece el art. 23 del Convenio de Roma, a través de la cual, tal como consideran los profesores Giuliano y Lagarde en su Informe al Convenio,<sup>35</sup> se establezcan una serie de controles para limitar

<sup>30</sup> El art. 25 del TCE (*ex art.* 12) en libre circulación de mercancías y el art. 53 del TCE (derogado por el Tratado de Amsterdam) en derecho de establecimiento entre otros.

<sup>31</sup> En este sentido cabe destacar la sentencia de la *Cour d'Appel* de París (15<sup>a</sup> Ch.) de 14 de junio de 1975. En dicha sentencia el Tribunal francés considera que el Convenio de Bruselas tiene por efecto realizar en el dominio de la competencia judicial los objetivos del Tratado de Roma y que, por lo tanto, no se podrá aplicar una disposición de derecho interno que se contraponga con la citada norma. En concreto, se trataba de aplicar el art. 15 del Decreto de 20 de julio de 1972, por el cual se imponía “*al demandante la excepción de incompetencia para hacerle conocer la jurisdicción que él entendía que era competente*”. A. L. DROZ, comentario a la sentencia citada, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, p. 119. Cf. con la sentencia pronunciada por el mismo Tribunal el 28 de junio de 1978, donde se obvia la calificación de materia contractual y delictual establecida por el Convenio de Bruselas llevando a cabo una calificación conforme a la ley del foro, que declara incompetentes a los Tribunales franceses. Ver M. SANTA-CROCE, comentario a esta sentencia, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, p. 44-453.

<sup>32</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62 (Van Gend & Loos), Rec. IX, 1963, p. 24.

<sup>33</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 19 de marzo de 1964, asunto 75/63 (Unger), Rec. X, 1964, p. 362.

<sup>34</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 13 de julio de 1966, asunto 56/65 (Conster et Grunding), Rec. XII, 1966, p. 359 y ss.

<sup>35</sup> DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992, p. 37.

la capacidad de los Estados en orden a dictar normas de conflicto en esta materia. En este sentido, no hay que olvidar que el marco de unificación comunitario iniciado con el establecimiento de libertades perdería todo su sentido si no se consiguieran las medidas adecuadas para lograr la ejecución de las obligaciones contractuales.<sup>36</sup>

### 1.3. Principio de solidaridad

Bajo la base legal del artículo 10 del TCE (*ex art.* 5), que sirve de marco general a este principio, el juez Pescatore<sup>37</sup> ha recopilado las bases que enmarcan la solidaridad comunitaria.

En primer lugar, se refiere al principio que este autor denomina de *concours mutuel*, entendiéndolo como tal la ayuda y asistencia que los Estados deben aportarse unos a otros en el marco de la Unión Europea. Dicho principio es una construcción doctrinal que se encuentra entre otras en la sentencia de 10 de diciembre de 1969, Comisión c/ República Francesa, en la cual, en relación con unas tasas de redescuento preferencial a la exportación que Francia quería aplicar, el Tribunal las rechaza alegando el principio de solidaridad en base al “concurso mutuo”.<sup>38</sup>

Junto a él se encuentra la llamada *preferencia comunitaria*, concepto de carácter jurisprudencial que se da por primera vez en la sentencia dictada por el Tribunal de Luxemburgo el 4 de julio de 1963 en el asunto RFA c/ Comisión,<sup>39</sup> en base a la cual los Estados deberán anteponer los intereses comunitarios a los intereses nacionales, con lo cual se está dando competencia al Tribunal de Luxemburgo para que, en base a este principio, realice una interpretación uniforme, en bien de la Unión Europea, a la que no se podrán oponer los Estados.

### 1.4. Principio de unidad o de uniformidad

El principio de unidad es el que más se acerca al objetivo previsto por los convenios que rigen la materia contractual comunitaria, ya que si bien el mercado común nació con una perspectiva de unidad económica,

<sup>36</sup> Ver, en este sentido, las reflexiones del profesor Rigaux en F. RIGAUX, «Droit international privé et droit communautaire», *L'internationalisation du droit Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, 1994, p. 350-351.

<sup>37</sup> Ver P. PESCATORE, *op. cit.* p. 347.

<sup>38</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 10 de diciembre de 1969, asunto 6 y 11/69 (Comisión c. República francesa), Rec. XV, 1969, p. 540. Establece dicha sentencia que “la solidaridad que está en la base de estas obligaciones, así como en el conjunto del sistema comunitario tal como se establece en el artículo 5 del Tratado, encuentra su prolongación en el procedimiento del ‘concurso mutuo’ previsto en el art. 108 en caso de amenaza grave por dificultades en la balanza de pagos de un Estado miembro”.

<sup>39</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 4 de julio de 1963, asunto 24/62 (R.F.A. c/ Commission), Rec. IX, p. 141 y ss.

rápida­mente englobó una unidad de derecho que ha desembocado en una unidad política. Es por ello que es éste un principio en constante evolución y por cuya realización deben luchar los Estados miembros dentro de la Unión Europea. Así, en un primer momento, este principio se recogía en los primeros artículos del Tratado de la Comunidad Europea, y tomaba como base la unidad económica, siendo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo hasta abarcar todos los dominios de integración europea.

El análisis que realiza el Tribunal de este principio se materializa a través del cauce establecido por el art. 18 del Convenio de Roma, que tal como establecen los profesores Giuliano y Lagarde en su Informe,<sup>40</sup> responde a las corrientes convencionales en materia de contratos que abogan por una interpretación de las normas teniendo en cuenta “su carácter internacional”, y la uniformización de la materia.

Para ello el juez comunitario deberá llevar a cabo, por un lado, una “comunitarización” de los conceptos jurídicos contenidos en los ordenamientos internos a través de una interpretación uniforme de los mismos. Éste es el caso de la expresión *trabajador*, que fue introducida por la sentencia Unger de 19 de marzo de 1964,<sup>41</sup> o de la noción *materia contractual*, perfilada en una serie de sentencias que más adelante serán analizadas. Además de estos conceptos, también se han interpretado uniformemente conceptos en materia de comercio en la sentencia Bollmann, de 8 de febrero de 1970,<sup>42</sup> donde define una organización común de mercados agrícolas en materia financiera; en la sentencia Molkereizentrale, de 3 de abril de 1968,<sup>43</sup> donde se hace referencia a que “la regla comunitaria debe imponerse con la misma fuerza en todos los Estados miembros [...]” y que el artículo 234 del TCE (*ex art. 177*) debe permitir la interpretación uniforme del Tratado, siendo susceptible de facilitar una aplicación idéntica de éste. El concepto de *consumidor* queda configurado en la sentencia Shearson, de 19 de enero de 1993,<sup>44</sup> donde se interpreta el artículo 13-1 y 2 del Convenio de Bruselas, mientras que en la sentencia Schotte de 9 de diciembre de 1987<sup>45</sup> se da un concepto autónomo de *sucursal*, interpretando

<sup>40</sup> DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992, p. 34-35.

<sup>41</sup> Ver *supra*.

<sup>42</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 8 de febrero de 1970, asunto 40/69 (Bollmann), Rec. 1970, p. 91.

<sup>43</sup> Ver la sentencia de 3 de abril de 1968, asunto 9/65 (Molkereizentrale), Rec. XIII, 1967, p. 37 y ss.

<sup>44</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91 (Shearson *c/* TVB), Rec. 1993, p. I-139.

<sup>45</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 9 de diciembre de 1987, asunto 218/86 (Sar Schotte *c/* Parfum Rothschild), Rec. 1987, p. 4905.

el artículo 5-5 del Convenio de Bruselas, y en la sentencia de 26 de febrero de 1992, que interpreta el artículo 16-1 del citado Convenio dando una noción autónoma de *alquiler por vacaciones*.

Más recientemente, el TJCE ha definido conceptos como los de *prestación familiar, ventaja social*<sup>46</sup> o *establecido dentro de la Comunidad*,<sup>47</sup> éste último en materia de consumidores. Asimismo, los términos de *productor*<sup>48</sup> o de *fuerza mayor*<sup>49</sup> han sido definidos de forma uniforme.

Todos estos conceptos, tal como los considera el profesor Pescatore, son la expresión “d'une seule et même conception cohérente” que a través de la aplicación del criterio teleológico está consiguiendo unificar los objetivos del derecho comunitario y avanzar en el espacio jurídico europeo.

## 2. El marco de uniformización del Convenio de Roma

El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ha sido la culminación de la labor armonizadora llevada a cabo por el legislador comunitario en materia conflictual.<sup>50</sup> Su conclusión fue considerada en su día una continuación de la labor iniciada en el ámbito jurisdiccional con el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, estableciendo en su preámbulo el interés de las partes por “proseguir”, en el ámbito del derecho internacional privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales.

<sup>46</sup> Ver la sentencia de 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96 (Martínez c. Freistaat Bayern), Rec. 1998-5, I-2691-2728.

<sup>47</sup> Ver la sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-83/96 (Provincia autónoma di Trento y Ufficio del medico provinciale di Trento c. Dega di Depretto gin Snc), Rec. 1997-8/9, I-5001-5016.

<sup>48</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 20 de junio de 2002, asunto C-401/99 (Peter Heinrich Thomsen c. Amt für ländliche Räume Husum). Sin publicar.

<sup>49</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 11 de julio de 2002, asunto C-210/00 (Käserei Champignon Hofmeister GMBH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas). Sin publicar.

<sup>50</sup> Para obtener una visión general del Convenio, ver P. M. NORTH, “Contract conflicts. The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations: A comparative study”, Amsterdam, 1982. AA.VV, “Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti”, XV Tavola rotonda di Diritto comunitario, Génova 21-22 maggio 1982, CEDAM, Padova, 1983. La obra colectiva del CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffré, Milán, 1983. M. VIRGOS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, tomo III, cap. XLVI, Civitas, Madrid, 1986, p. 753-825. R. PLENDER, *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the choice of law for contracts*, Sweet & Maxwell, London, 1991. A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, París, 1993. P. KAYE, *The new private international law of contract of European Community*, Dartmouth, 1993.



A pesar de no tener su base en el art. 293 del TCE (*ex art.* 220), ya que el conflicto de leyes no se encontraba entre las materias reguladas por el mismo, sigue el esquema y la finalidad contenidos en la fundamentación de los convenios inspirados en esta norma, asegurando la armonización pretendida en los mismos.

En un principio las pretensiones del Convenio eran ambiciosas: se ocupaba del estatuto personal, los derechos reales, las obligaciones contractuales y extracontractuales, aunque posteriormente, en 1972, se limitó a estas dos últimas materias, tal como quedó configurado el Proyecto presentado en este año.<sup>51</sup>

Este Proyecto, inspirado en el *Restatement (Second) of the Conflict of Laws*, fue objeto de numerosas críticas tanto por la extensión de la materia como por adentrarse en las funciones de la Conferencia de La Haya, por lo que, aprovechando la incorporación de nuevos Estados a la Comunidad Europea, se revisó de nuevo el texto y quedó limitado, a partir de la Reunión del Grupo de Expertos de 1975, a las obligaciones contractuales.<sup>52</sup>

El Proyecto de Convenio siguió siendo objeto de numerosas discusiones que finalizaron en febrero de 1979, cuando el Consejo de las Comunidades Europeas lo sometió a una ronda de comentarios por parte de los diferentes Estados comunitarios, quedando su texto definitivo finalmente abierto a la firma el 19 de junio de 1980, acompañado por un informe que sirve para interpretar de forma oficiosa los diferentes aspectos contenidos en el mismo.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Ver, entre otros, O. LANDO, B. VON HOFFMANN, K. SIHER, (ed.), *European Private International Law of Obligations. Acts and Documents of an International Colloquium on the European Preliminary Drafts Convention on the Law Applicable to contractual and non-contractual obligation*, Tübingen, 1975. H. BATIFFOL, *Projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, RTD eur, 1975. D. F. CAVERS, *The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations. Some Preventive Law aspects*, SCLR, 1975, p. 181 y ss. H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Observations concerning the preliminary draft EEC Convention on the Law applicable to contractual and extra-contractual obligations*, NILR. L. COLLINS, *Contractual and non-contractual obligations. The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law*, ICLQ, 1976, p. 35 y ss. J. FOYER, *L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, JDI, 1976, p. 555 y ss. J. B. MOHR, K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, University of London Institut of Advanced Legal Studies, 1978. A. ORTIZ ARCE, *El Anteproyecto de Convenio de la CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Análisis del nuevo texto de mayo de 1978*, RIE, 1979, p. 79 y ss. J. BENNETT, *The Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, CMLR, 1980, p. 269 y ss. J. L. IGLESIAS BUIGUES, *Proyecto de Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, RIE, 1980, p. 995 y ss.

<sup>52</sup> Actualmente se está discutiendo en el ámbito de la Unión Europea el denominado Convenio "Roma 2" que se ocupará de las obligaciones extracontractuales.

<sup>53</sup> Ver el Informe realizado por los profesores M. GIULIANO y P. LAGARDE, DOCE C 327 de 11 de diciembre de 1992, p. 1-47.

Su entrada en vigor el 1 de abril de 1991, tras la ratificación de siete de los Estados parte del mismo,<sup>54</sup> ha supuesto el establecimiento de una serie de reglas que ayudan a determinar cuál es la ley aplicable a los contratos en los casos previstos por el Convenio, eliminando las diferencias existentes en el sistema conflictual de los Estados comunitarios.

En la actualidad y como respuesta a los objetivos establecidos en el Tratado de Ámsterdam, el Convenio de Roma está siendo objeto de transformación en reglamento, lo que le dará un nuevo impulso en su labor unificadora.<sup>55</sup>

Para llevar a cabo esta labor, el Convenio ha incorporado una serie de principios básicos, en su mayor parte conocidos en los ordenamientos internos, pero utilizados con distinta intensidad.

Del estudio del citado Convenio se pueden abstraer los siguientes principios:

### 2.1 Principio de la autonomía de la voluntad

Ya en 1927 el profesor Niboyet consideraba la teoría de la autonomía de la voluntad como la más difícil del derecho internacional privado,<sup>56</sup> dificultad que parece haber sido probada si tenemos en cuenta que aún en nuestros días se debate esta cuestión sin que los autores se hayan puesto de acuerdo sobre la existencia o no de la misma.<sup>57</sup> A pesar de ello, la autonomía de la voluntad ha sido objeto de un progresivo asentamiento en los diferentes ordenamientos jurídicos,<sup>58</sup> que ha llegado desde Dumolin<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Las ratificaciones siguieron el orden siguiente: Francia el 10 de noviembre de 1983, Italia el 25 de julio de 1985, Dinamarca el 7 de enero de 1986, Luxemburgo el 1 de octubre de 1986, Alemania el 8 de enero de 1987, Bélgica el 31 de julio de 1987 y el Reino Unido el 29 de enero de 1991.

<sup>55</sup> Ver el libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización. COM (2002) 654 final, Bruselas, 14 de enero de 2003.

<sup>56</sup> Ver J. P. NIBOYET, "La théorie de l' autonomie de la volonté", *R. des C.*, 1927, p. 5.

<sup>57</sup> Ver, en este sentido, el debate doctrinal que perdura en nuestros días entre V. Heuzé, J.-M. Jacquet y A. Kassis, entre los cuales el primero defiende la tesis antiautonomista, mientras que los otros dos autores están a favor del principio de la autonomía de la voluntad. Ver V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, París, GLN Joly, 1990. J. M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, París, Economica, 1983. A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, París, LGDJ, 1993. Para una visión genérica de este debate en los diferentes países, así como para un análisis de los argumentos que debaten la autonomía de la voluntad, ver A. CURTI GIALDINO, "La volonté des parties en Droit International Privé", *R. des C.*, 1972, p. 775 y ss.

<sup>58</sup> Ver O. LANDO, "Contrats", *International Encyclopedia of comparative law*, VIII, chapter 24, Tübingen, 1976, p.13-31. A. CURTI-GIALDINO, «La volonté...», op. cit., nota 4, p. 753.

<sup>59</sup> H. BATIFFOL, *Les conflits des lois en matière de contrats*, París, 1938, p. 21 y ss. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, T. I., 7ª ed., Madrid, 1976, p. 118 y ss. Dice este autor que la novedad de Dumolin consistió en admitir la voluntad tácita o presunta de las

hasta nuestro días, expresado de diferentes formas y con distintos límites, dependiendo del sistema jurídico nacional que lo haya adoptado y de los principios que hayan inspirado el mismo.<sup>60</sup> Esta diversidad demuestra que la libertad de las partes en la elección de la ley aplicable al contrato no es una libertad independiente, sino que se trata de un poder otorgado a éstas por la norma de conflicto de un ordenamiento, el cual ejerce las condiciones y límites propios de su sistema sobre dicha libertad,<sup>61</sup> siendo, por otra parte, las necesidades del comercio internacional las que han fomentado el reconocimiento del papel de las partes en la elección del derecho aplicable a los contratos.

A pesar de la importancia doctrinal de dicho debate,<sup>62</sup> no es objeto de este trabajo realizar un estudio exhaustivo de su asentamiento y evolución, sino establecer la incidencia que ha supuesto su consagración en el momento actual dentro del derecho internacional privado contractual.

En este sentido, el principio de la autonomía de la voluntad,<sup>63</sup> como inspirador del ámbito contractual, supone la aparición de un elemento interpretativo que ayuda a la solución del caso concreto y así, frente a sistemas jurídicos tradicionalmente rígidos, como es el caso español, se brinda a las partes la posibilidad de escoger entre todos los ordenamientos aquél que se adapte mejor a sus necesidades, lo que supone introducir

partes, dando lugar a soluciones distintas a las que se llegan por la regulación del contrato por la *lex loci actus*. P. MAYER, *Droit International Privé*, 4ª ed, 1991, p. 429. O. CASANOVAS Y LA ROSA, "La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", *Anuario de Derecho Civil*, 1976, p. 1003-1020. M-L. NIBOYET-HOEGY, "Contrats internationaux", op. cit., p. 10.

<sup>60</sup> Para comparar la evolución de este principio en los diferentes ordenamientos, ver A. CURTI-GIALDINO, "La volonté des parties...", op. cit., p. 753. M. GIULIANO, «La loi applicable aux contrats: problèmes choisis», *R. des C.*, 1977, p. 199-206.

<sup>61</sup> Ver M. GIULIANO, op. cit., p. 214. La misma idea fue establecida por VON BAR en *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, T. 2., 2ª ed., 1966, p. 4. Dice este autor que "Las partes, ¿qué es lo que quieren a qué están autorizadas? Es el orden jurídico el que respeta esta voluntad y le da fuerza jurídica" [la traducción es mía]. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., T. II, Madrid, 1982, p. 263. Ésta también es la teoría que Heuzé quiere demostrar en su obra, a través de su crítica a la autonomía de la voluntad, estableciendo que la fuerza obligatoria del contrato deriva de la ley y no del contrato mismo, el cual no debería constituir en sí mismo una norma. Ver el comentario realizado por Jacquet a la obra de Heuzé: *La réglementation française des contrats internationaux*. J-M. JACQUET, «Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats», *JDI*, 1991, p. 683.

<sup>62</sup> Ver A. CURTI GIALDINO, «La volonté des parties...», op. cit., notas 31 y 32, p. 765-766.

<sup>63</sup> Para estudiar los orígenes y la evolución de la autonomía de la voluntad ver O. LANDO, "Contrats", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, V.III, chapter 24, Tübingen, 1976. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, 1982, p. 261-276. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, p. 19 a 35, nº 21 a 40. A. SCHNITZER, «Les contrats internationaux en Droit international privé suisse», *R. des C.*, 1968, p. 582-591. M-L. NIBOYET-HOEGY, «Contrats internationaux», *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 552-1 a 4, Paris, 1993.

un campo ilimitado de soluciones del que las partes, como destinatarias directas, son responsables.

El artículo 3-1 del Convenio de Roma es la norma que consagra la autonomía de la voluntad en el ámbito conflictual de las obligaciones contractuales, respondiendo a una corriente moderada<sup>64</sup> que aboga por la libre elección de la ley por las partes siempre que la misma se encuentre encuadrada en un determinado ordenamiento y se respeten sus normas imperativas.

Esta formulación que insta a la prevalencia de la elección de las partes en el ámbito contractual se justifica en base a las necesidades propias de las relaciones económicas internacionales, las cuales se basan en un afianzamiento del principio de libertad que se ajusta mejor a los cambios y modelos de las obligaciones contractuales actuales. En este sentido justificaba Benedetto Conforti la libertad en la elección de la ley aplicable dentro del Convenio cuando decía que: “En esencia, se afirma [este principio], como la expresión de la libertad del individuo, que se contiene en la relaciones económicas privadas [...] y en la realidad del Estado liberal [...] que se confunde con el principio de la autonomía negocial que le atribuye al Convenio un determinado contenido”.<sup>65</sup>

Las posibilidades que ofrece este principio son muy amplias y exceden del objetivo de este trabajo. Así, por ejemplo, la autonomía de la voluntad es objeto de una serie de límites que la práctica, tanto legislativa como jurisprudencial, le ha venido imponiendo a lo largo de la historia y que han sido justificados por los legisladores en base a una mayor certeza y seguridad en su aplicación.

Junto a estas limitaciones, este principio se caracteriza por permitir a las partes elegir, con posterioridad a la celebración del contrato, qué ley debe regular su contenido, e incluso regularlo a través de diferentes ordenamientos, en lo que la doctrina denomina el *dépeçage* del contrato.

A pesar de todos los aspectos que ha incorporado el Convenio, me parece especialmente interesante la problemática que plantea el principio

<sup>64</sup> La fórmula elegida por el art. 3-1 del Convenio de Roma se aleja de la teoría de la localización al establecer que la voluntad tiene como objetivo escoger la ley aplicable, y no solamente localizar el contrato. En segundo lugar, no impone ningún límite a la elección, por lo cual las partes pueden escoger cualquier ley “neutra” independientemente de que ésta tenga algún vínculo con el contrato.

<sup>65</sup> La traducción es mía. Ver B. CONFORTI “La volontà delle parti come criterio di collegamento”, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, op. cit., p. 147-148. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Kaye en su comentario al art. 3 del Convenio de Roma, cuando se refiere a “reasons of certainty, freedom, commercial convenience and morality of agreements [...]” para argumentar la implantación de este principio. Ver P. KAYE, *The new private international* [...], op. cit., p. 147.

de autonomía de la voluntad en relación con la posibilidad de que las partes elijan para regular el contrato normas autorreguladoras ajenas a un ordenamiento estatal, en lo que se denomina el “contrato sin ley”.

En la base de esta problemática subsisten tanto la preocupación de los jueces por dar soluciones justas sin tener una legislación de referencia, como el peligro de la denominada por el profesor Wengler “inmunidad legislativa”,<sup>66</sup> que se conseguiría eludiendo tanto las disposiciones facultativas como las imperativas de los ordenamientos estatales.

Hoy en día, la situación ha variado para los denominados contratos “sin ley”, los cuales han adquirido una dimensión diferente dada la proliferación de las organizaciones y asociaciones, tanto profesionales como doctrinales, que han establecido pautas generales en torno a la regulación de los mismos.

Esta evolución no se ha detenido: han surgido nuevos conceptos y principios en el ámbito internacional, a lo que se ha sumado la participación de los árbitros junto a los jueces en la jurisprudencia, factores todos ellos que han servido para perfilar soluciones y crear nuevos interrogantes en el ámbito de los contratos internacionales. Es por ello que la doctrina actual se plantea la existencia de un “tercer derecho”, creado por los particulares para regular las relaciones de derecho privado, próximo a los derechos internos, pero presentado como un derecho anacional, que lo acerca al derecho internacional. Este “tercer derecho” se caracterizaría por la existencia de prácticas con tendencia a generalizarse, la conclusión de “códigos” y “principios”, la proliferación de los arbitrajes internacionales, así como la aparición de una serie de hechos que podrían ser considerados como elementos básicos de un orden jurídico transnacional en estado embrionario.<sup>67</sup>

En esta nueva etapa cabe destacar el nuevo papel asignado a la autonomía de la voluntad en el ámbito arbitral, el nacimiento de nuevas fuentes dentro del derecho anacional y la importancia de estas nuevas situaciones en la interpretación uniforme del comercio internacional, aspectos que se estudian a continuación.

Sin embargo, dentro del Convenio de Roma la ley aplicable se encuentra recogida con diferente extensión en el art. 3 y el art. 4 del Convenio. En el primero, al referirse a que “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”, habla de *ley* de una forma extensa, sin establecer ningún límite

<sup>66</sup> Ver W. WENGLER, «Inmunité législative des contrats multinationaux», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971, p. 637-671.

<sup>67</sup> Ver M. VIRALLY, «Un tiers droit?. Réflexions théoriques», *Le droit des relations économiques internationales*, études offertes à B. Goldman, 1982, p. 373-379.

en cuanto a la estatalidad de la misma,<sup>68</sup> por lo que se pueden entender comprendidas aquellas normas que regulan los contratos internacionales más allá de las contenidas en los ordenamientos nacionales. No sucede lo mismo en el caso del art. 4, ya que siguiendo la línea restrictiva que el Convenio impone al juez, se establece la necesidad de elegir “*la ley del país con la cual el contrato presente los vínculos más estrechos*”, en cuyo caso sí está obligando al juzgador a elegir la norma aplicable, en caso de silencio de las partes, dentro de un ordenamiento estatal.

Esta asimetría, a mi entender, no está justificada, debiendo ser interpretada de forma restrictiva, es decir, considerando que a pesar de la omisión en el art. 3 de la referencia a la estatalidad de la ley, ésta queda implícita en el texto, y ello a pesar de que se limite la aplicación de normas que se ajustarían más a la regulación del contrato internacional que las propias normas estatales creadas por los ordenamientos para contratos internos.

En este sentido, la doctrina mayoritaria acepta la inclusión de la *lex mercatoria* en el ámbito de la autonomía material, considerando el profesor Rigaux que el Convenio de Roma no prohíbe la inclusión en el contrato de normas procedentes de la *lex mercatoria*, siempre que se haga desde un “reenvío material” que implique la validez de estas cláusulas en relación con un derecho estatal aplicable al contrato. Esta solución se fundamenta en el hecho de que para el profesor Rigaux la *lex mercatoria* no es un orden jurídico completo similar a un ordenamiento jurídico estatal, por lo cual nunca podría ser invocado como una ley que pueda regir un determinado contrato.<sup>69</sup> En esta misma línea, el profesor Virgós considera que debe interpretarse la inclusión de la *lex mercatoria* dentro del contrato como “*un reflejo de la autonomía de las partes, cuyo desarrollo actual se debe a exigencias típicas del comercio y a la falta de una disciplina adecuada*”

<sup>68</sup> Cfr. P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 300-301. Este autor, en contra de la opinión aquí expuesta, considera que la elección por las partes de una ley no estatal no es admitida por el Convenio, por lo cual se asimilaría a una no elección. En este caso, la falta de ley aplicable supondría aplicar las normas previstas por el Convenio para el defecto de elección (artículo 4 del Convenio). La sentencia del Tribunal de Angers de 18 de mayo de 1989 da esta solución. Para ver esta sentencia, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, p. 501 (nota V. Heuzé).

<sup>69</sup> Ver F. RIGAUX, «Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome [...]», op. cit., p. 318-319. Dice este autor que: «La *lex mercatoria* es un conjunto de usos particulares, propios de un medio profesional determinado, que contiene soluciones parciales [...] sin que se le pueda imputar, con las precisiones requeridas, el principio fundamental de la fuerza obligatoria de los contratos». Asimismo, destaca este autor la inoportunidad de entender excluida la *lex mercatoria* por relacionarla directamente con el ámbito arbitral excluido del Convenio de Roma.

de los derechos nacionales, que se ven desbordados por la estructura y dinamicidad propias del tráfico internacional”.<sup>70</sup>

Para Kassís, la inclusión de la *lex mercatoria* dentro del Convenio estaría excluida tanto en el art. 3 como en el art. 4, porque esta normativa, formada por usos del comercio internacional, carecería de la calificación de “ley” exigida por el Convenio, ya que su falta de obligatoriedad jurídica, de elemento sancionador y de reglas de derecho uniforme la privarían de este calificativo.<sup>71</sup> Asimismo, considera dudosa la incorporación por referencia de la *lex mercatoria* dentro del Convenio “dada la imposibilidad conceptual y racional de esta incorporación”, ya que sólo se podrían incorporar por referencia la reglas de un ordenamiento jurídico no estatal existente como tal. Éste sería el caso de las normas de derecho internacional público, en cuanto que normas de un ordenamiento jurídico no estatal que provienen de los Estados y de otros sujetos del derecho internacional. Sin embargo, esta incorporación no podría realizarse con la *lex mercatoria*, noción ésta que, según Kassís, “sólo existe en la imaginación de la escuela de Goldman”. Por lo tanto, hablar de incorporar tales reglas no estatales en un contrato internacional sería reconocer su existencia y ello implicaría la posibilidad de poder reglamentar directamente el contrato internacional, por lo que, según este autor, cuando en un contrato se establece la necesidad de minimizar pérdidas o insertar una cláusula específica de *hardship*, no lo está haciendo para incorporar la *lex mercatoria*, sino que está incluyendo en su contrato una simple cláusula contractual.<sup>72</sup>

Sin embargo, hay que destacar que la codificación estatal o convencional de los usos, prácticas y condiciones generales del comercio internacional, situación ésta cada vez más generalizada, replantea su inclusión como ley aplicable dentro del Convenio de Roma. En este sentido, se plantean dudas en cuanto a establecer qué sucede cuando la *lex mercatoria* o el derecho transnacional se aplica no desde la óptica anacional sino como parte de convenios que han sido ratificados por los diferentes ordenamientos internos. Asimismo, cabe preguntarse qué sucede en un ámbito uniformizador como es el del Convenio de Roma, cuando estos tratados han sido ratificados sólo por algunos Estados.

<sup>70</sup> Ver M. VIRGOS SORIANO, “El Convenio de Roma...”, op. cit., p. 776.

<sup>71</sup> Ver el estudio de los usos del comercio internacional que hace en este sentido Kassís en A. KASSIS, *Le nouveau droit européen...*, op. cit., p. 384-393, n° 362-371. Ver de este mismo autor: *Théorie des usages du commerce international*, LGDJ, 1984, p. 126 y ss. Esta exclusión de la *lex mercatoria* fue criticada por su creador, el profesor Goldman, cuando en una comunicación al Comité francés de Derecho Internacional expuso su repulsa al anteproyecto del Convenio de Roma, al que tachó de ser un texto totalmente clasista, por no dejar un mínimo lugar al derecho espontáneo. Ver B. GOLDMAN, «La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1977-1979, p. 258, nota 92.

<sup>72</sup> Cfr. A. KASSIS, *Le nouveau droit européen...*, op. cit., p. 382-384, n° 360-361.

La primera pregunta es de fácil respuesta, teniendo en cuenta que la inclusión de normas nacidas de los usos y la práctica internacional, una vez son codificadas dentro de los convenios, se “estatalizan”, con lo cual forman parte de los ordenamientos internos, pudiendo ser invocadas por las partes en el ámbito de la autonomía conflictual. A ello hay que añadir la autorización del art. 21 del Convenio de Roma, que da preferencia a toda la regulación que se presente vía convenio.

La segunda pregunta crea más incertidumbre, ya que el diferente nivel de reconocimiento del uso o la práctica internacional hará que en unos ordenamientos se considere derecho interno y en otros no, a pesar de que el convenio en cuestión esté firmado a falta de su ratificación. Esto crea inseguridad jurídica, ya que la posibilidad de invocar o no las normas dependerá del estado de ratificaciones de los convenios, lo que le otorgará su carácter de norma estatal o, en caso contrario, de *lex mercatoria*.

La solución a este problema, tal como indica Struycken,<sup>73</sup> no se encuentra ni en el Convenio ni en el informe anexo al mismo. Sin embargo, entiendo, siguiendo a este autor, que la unificación del comercio internacional aboga por admitir la posibilidad de poder elegir, en el ámbito del Convenio de Roma, una ley uniforme para regir un determinado contrato.

No obstante, para resolver esta cuestión habrá que acudir en su día, una vez ratificados los Protocolos de Interpretación del Convenio, a la labor uniformizadora del Tribunal de Luxemburgo, el cual debe valorar el asentamiento de las prácticas y usos comerciales, tanto a nivel estatal como convencional, y en base a dicha valoración establecer su aplicabilidad independientemente de que formen parte o no de la *lex mercatoria*.

Esto no significa ignorar las obligaciones internacionales de los Estados, ni tampoco aplicar anticipadamente un convenio aún no ratificado, sencillamente se trataría de que los jueces utilizaran para resolver los conflictos planteados en el ámbito de la contratación internacional todos los mecanismos que les ofrece el comercio internacional, así como la base uniformizadora del Tribunal comunitario, para conseguir, de esta manera, un espacio europeo contractual. En este sentido, bastaría, por ejemplo, que para el caso en que se tratara de una venta internacional entre un Estado parte y un Estado no parte del Convenio de Viena, se acudiera al art. 1-1 *b*, por el cual se permite la aplicación de este Convenio cuando las normas de conflicto del foro designen la ley de un Estado contratante. Otra solución sería acudir a los usos comerciales contenidos en estas leyes uniformes para llenar las lagunas que en materia de contratos internacionales puedan tener los Estados.

<sup>73</sup> Ver A. V. M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du Droit international privé», *R. des C.*, 1992-I, p. 363-365.



## 2.2. Principio de proximidad

Este principio actúa, a través de los denominados “vínculos más estrechos”, en defecto de elección de ley por las partes: se usa, tradicionalmente, en sistemas como el inglés, habituado a la participación de los jueces en el proceso de decisión, y es desconocido en sistemas rígidos como el español, en el cual se establece en base a criterios objetivos un listado cerrado de conexiones invocables.<sup>74</sup>

Hay que considerar la norma de “los vínculos más estrechos” como un mero instrumento y no como un fin para encontrar la norma de conflicto “mejor” y más “justa”, siendo para el profesor Virgós los elementos que la identifican la búsqueda de la seguridad y la previsibilidad en los contratos.<sup>75</sup>

En este sentido, el profesor Reithmann establece una serie de mecanismos que intentan localizar “el centro de gravedad del contrato”, y enumera hasta dieciocho elementos que podrían servir para ayudar al juez en su tarea de concretización, refiriéndose este autor a la inclusión de cláusulas atributivas de jurisdicción, cláusulas de arbitraje, el comportamiento de las partes durante el proceso, el lugar de ejecución, la referencia a un determinado derecho, la lengua en que el contrato estuviera redactada, un contrato tipo, las condiciones generales, los contratos conexos, el lugar de conclusión del contrato, la asistencia de un notario determinado, la nacionalidad de las partes, la moneda en que se realiza el pago, el pabellón del navío que realiza el transporte y, finalmente, el *favor negotii*. A pesar de esta exhaustiva enumeración, este autor concluye diciendo que esta diversidad muestra la inseguridad que subyace en la determinación de la norma de conflicto más “justa” y “próxima” al contrato. No obstante, el profesor Virgós, haciendo una valoración menos pesimista, considera todo tipo de listado como una referencia valorativa para el juez de las circunstancias que rodean al contrato, y no como un conjunto de elementos cuya suma aboquen irremediamente al juez a elegir un determinado derecho para regular un contrato determinado. Estos índices deben, además, ser considerados aplicables *a posteriori*, es decir, teniendo en cuenta el contrato en concreto y no como un catálogo de conexiones a valorar *a priori*.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Ver art. 10-5 del Cc.

<sup>75</sup> Ver M. VIRGOS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica de contrato”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Civitas, 1996, p. 5295.

<sup>76</sup> Ver M. VIRGOS SORIANO, “La ley aplicable...”, *op. cit.*, p. 5296-5297. Este autor reagrupa los índices localizadores en categorías más genéricas como son: conexiones subjetivas y objetivas que, a su vez, se subdividen en territoriales, jurídicas y económicas.

En el mismo sentido, Carrillo Pozo<sup>77</sup> ha llevado a cabo un estudio sobre los índices que aparecen dentro del Convenio, bien para establecer la voluntad tácita de las partes, o para determinar la internacionalidad del contrato. Este autor los utiliza como elementos orientativos para el juez en la búsqueda de la conexión más estrecha, dividiéndose los mismos en implícitos y explícitos: se encuentran, entre los primeros, la conexión de la residencia habitual del deudor de la prestación característica, la *lex rei sitae* para los contratos referidos a bienes inmuebles y las conexiones acumuladas para los contratos de transporte; destacan, entre los segundos, el lugar de ejecución del contrato y aspectos de su comportamiento, como, por ejemplo, la elección del foro competente.<sup>78</sup>

Todos estos índices, junto con otros, serán considerados por los jueces en pie de igualdad sin que tengan más peso unos que otros, siendo en un segundo momento cuando se dará a los mismos una valoración distinta, dependiendo del caso concreto.<sup>79</sup> No obstante, hay que tener en cuenta, por ejemplo, la prevalencia de los vínculos territoriales sobre los jurídicos, interpretación ésta que Carrillo Pozo deduce del propio texto del Convenio al referirse el art. 4-1 del Convenio de Roma a “*la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos*”,<sup>80</sup> lo que supone la exclusión por parte del juez de criterios subjetivos que para autores como Dubler supondrían aceptar la voluntad hipotética de las partes desplazada por el art. 3 del Convenio.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Ver L. F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación característica*, Bolonia, 1994, p. 99-102.

<sup>78</sup> Este autor excluye como puntos de conexión relevantes para los vínculos más estrechos la nacionalidad de las partes, por su poca significación en el ámbito de la contratación internacional; tampoco la lengua de redacción, dado que en la contratación internacional se ha adoptado el inglés como idioma base. *Ibidem* p. 101-102. Cfr. en relación a la nacionalidad la recesión a esta obra realizada por el profesor Garcimartín, para el cual la razón aludida por Carrillo para excluir *a priori* la nacionalidad no está justificada ya que este autor se basa en que en el ámbito comunitario la nacionalidad es irrelevante, sin tener en cuenta que el Convenio de Roma es *erga omnes* y por tanto su aplicación trasciende más allá del ámbito comunitario. Ver F. J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, recesión a la obra citada, REDI, 1994, p. 488.

<sup>79</sup> Es muy significativo el ejemplo expuesto por Wengler cuando compara esta situación con la que se produce en las elecciones dentro de un Estado, cuando el partido que obtiene la mayoría no siempre gobierna sino que puede ser desplazado por los partidos que acumulen más votos a través de coaliciones. Ver W. WENGLER, «L'évolution moderne du droit international...», *op. cit.*, p. 663-664.

<sup>80</sup> Esta interpretación se aleja de las disquisiciones doctrinales anglosajonas entre *the law of the country or the system of law*. Ver J. H. C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 1986, p. 269-270.

<sup>81</sup> Ver C. E. DUBLER, «Les clauses d'exception en Droit international privé», *Etudes suisses de Droit international*, volume 35, Genève, 1983, p. 96.

Es interesante, en este aspecto, destacar la solución dada por los árbitros en una sentencia dictada en 1993 en el seno de la CCI,<sup>82</sup> en la cual el Tribunal valoró los vínculos con los ordenamientos (francés y argelino) y consideró que, a pesar de existir índices relevantes con ambos (lugar de ejecución del contrato, lugar de pago, residencia habitual del deudor de la prestación característica en Francia, y lugar de conclusión de los contratos en Argelia), era más coherente decantarse por el ordenamiento argelino, por plantear el alineamiento con el derecho francés problemas con el plazo de prescripción de los contratos. En este sentido, la posibilidad de resolver el litigio prevaleció sobre el número de índices relacionados con un determinado ordenamiento.

En mi opinión, estos sistemas de listados de *numerus apertus* donde quedan establecidos los factores relevantes que pueden ayudar a la determinación de “los vínculos más estrechos”, son acertados para regulaciones como la contenida en el *second restatement* americano, en el cual los conceptos jurídicos responden a una base uniforme establecida en su introducción (sección 6), en la que el legislador americano ha establecido una serie de indicaciones generales que inspiran al juez en el momento de determinar “the most relevant relationship”. Entre estos índices destacan: a) la necesidad de relaciones entre los Estados, b) la relevancia de la política legislativa del foro, c) la política legislativa relevante de otros Estados en la determinación de la cuestión de que se trata, d) la protección de la parte en causa, e) la política legislativa de base del derecho, f) la certeza, previsibilidad y uniformidad del resultado y g) la facilidad para determinar y aplicar la ley.<sup>83</sup> Sin embargo, el sistema europeo no se adapta a la diversidad de criterios interpretativos que subyacen en cada uno de los índices de determinación de los vínculos más estrechos, a pesar de que autores como

<sup>82</sup> Ver la sentencia dictada en el asunto n° 7154 en 1993, JDI, 1994, p. 1059-1062.

<sup>83</sup> Ver la sección 6 del *Restatement Second* (1971), op. cit. Por su parte, la ley que presenta los vínculos más estrechos fue introducida por el profesor Willis Reese en el *Restatement Second, Conflict of Laws* de 1971, correspondiente a la denominada *weighting of contracts theory* y contenida en el epígrafe 188 de la citada norma cuyo 1°& hace referencia al principio general, el 2°& enumera una serie de índices que vinculan directamente al país con un ordenamiento determinado (lugar de la negociación, lugar de cumplimiento de la obligación, domicilio, residencia habitual, nacionalidad...), determinando el 3°& una presunción a favor de la ley del lugar donde hayan tenido lugar la negociación y ejecución del contrato, como la más vinculada con el contrato. El título B establece una serie de presunciones para contratos particulares. Este listado de principios ha sido criticado por autores como Hay, que lo considera una “fuente de incertidumbre” cuyo orden en la invocación dependerá de la importancia que de el juez a factores como la materia o los contratantes a los que se dirija, Ver P. HAY, “Flexibility versus Predictability and Uniformity in choice of law. Reflections on current European and US conflicts law”, *R. des C*, 1991, p. 371-374.

Vitta consideren este sistema más oportuno para limitar la actuación de los jueces.<sup>84</sup>

Por el contrario, considero que esta diversidad de índices expuestos permitirá a los jueces nacionales seguir utilizando como “criterios de proximidad” los que tradicionalmente han venido utilizando en sus ordenamientos, con lo cual se acentuará la seguridad y previsibilidad perseguidas, pero no de forma uniforme en el ámbito europeo, sino como se ha venido produciendo hasta el momento, de forma unilateral en cada Estado.

Para solucionar este problema considero necesario abandonar al menos en *abstracto* los criterios preconcebidos por los ordenamientos estatales y partir para delimitar “los vínculos más estrechos” de contratos en concreto; esta actuación permitirá la localización en base a los principios generales del comercio establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y enumerados *supra* en este trabajo, ya que al inspirar el ámbito general de los contratos, aseguran la uniformidad perseguida por el Convenio, al mismo tiempo que respetan la seguridad y previsibilidad de los mismos.

El mecanismo utilizado para cumplir este objetivo sería similar a la fórmula contenida en el *second restatement* que, en palabras del profesor De Nova, consistiría en “*la esencia de las decisiones judiciales que se han tenido en cuenta para resolver los conflictos de leyes de los que nos ocupamos [...]*”<sup>85</sup> Se trataría, por tanto, de establecer unos principios básicos nacidos de la jurisprudencia y la práctica comunitaria y sobre ella ir desarrollando en un primer momento, caso por caso, las conexiones que se ajusten a estas pautas básicas. Posteriormente, se trataría de concretar sobre esta base previa las manifestaciones del principio de proximidad a través de categorías jurídicas homogéneas, interpretadas uniformemente en todos los Estados de la Comunidad Europea.

No obstante, la dificultad tanto del legislador como la del aplicador del derecho para desarrollar este principio ha considerado necesaria la incorporación en el Convenio de una serie de conceptos totalmente nuevos en el ámbito comunitario, aunque ya experimentados en otros ordenamientos. Entre ellos destaca la residencia habitual de la persona que

<sup>84</sup> Ver E. VITTA, “La Convenzione CEE...”, op. cit., p. 851-852. Ver del mismo autor: “Influenze americane...”, op. cit., p.275, donde Vitta dice que: “[...] un criterio flexible como el del vínculo más estrecho, se presta mal a ser la base de un Convenio de unificación del derecho, tal como intenta ser el Convenio de Roma”. Para Juenger, “[...] en Europa, sin embargo, el nacionalismo ha destruido la fundación de una cultura legal europea, en la cual Italia y el lenguaje latino perdió su supremacía hace tiempo”. Ver F. K. JUENGER, “American and European conflicts law”, *AJCL*, 1982, p. 129.

<sup>85</sup> Ver R. DE NOVA, “Il Restatement, Second, conflict of laws”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1974, p. 435.

deba realizar la “**prestación característica**”, presunción que servirá para determinar la conexión más estrecha con un determinado ordenamiento, concepto éste heredado del derecho suizo, que sirve para ayudar al juez en la elección de la ley aplicable al contrato. A ella se unen cuatro normas especiales que se ocuparán de determinar los vínculos más estrechos en los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario, el derecho de utilización de un bien inmueble, el contrato de transporte de mercancías, el contrato concluido por consumidores y el contrato de trabajo.

El desarrollo de cada una de estas presunciones excedería los límites de esta comunicación, si bien hay que apuntar que se encuentran en plena formación, dado que su extensión está actualmente siendo delimitada a través de la interpretación llevada a cabo por los jueces de los diferentes Estados comunitarios. En este sentido, el libro verde citado anteriormente está recogiendo la práctica jurisprudencial para actualizar el Convenio, en su nuevo formato de reglamento, aportando la experiencia en la aplicación uniforme de estos conceptos contractuales.

### 2.3. *Principio de solidaridad*

La instauración de un principio como el que aquí se expone no es una novedad en el derecho internacional,<sup>86</sup> cuyo desarrollo es necesario para permitir el fomento de las relaciones internacionales.

A pesar de su evidente presencia, los Estados lo han venido interpretando de diferente forma a lo largo de la historia, siendo finalmente recogido en codificaciones y convenios a través de los cuales los Estados se han venido comprometiendo en su aplicación.<sup>87</sup>

En este sentido, la manifestación del principio de solidaridad se ha hecho patente a través del tratamiento que los Estados han otorgado a las normas imperativas, destacando principalmente dos aspectos: por un lado, el que defiende la protección del orden público a través de la invocación de normas inderogables por la autonomía de la voluntad de las partes (normas imperativas del foro) y, por otro lado, el que defiende el tráfico internacional a través de la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados.

En ambos casos, se produce una manifestación de dicho principio teniendo en cuenta la disponibilidad de los ordenamientos para su aplicación. Así, en primer lugar, para el caso de las normas imperativas del foro, el Estado contribuirá a la cooperación entre sus jueces, invocando la imperatividad normativa de forma restrictiva, es decir, sólo cuando se

<sup>86</sup> Ver las referencias expuestas por el profesor Giuliano en M. GIULIANO, *La loi applicable...*, op. cit., p. 251-252.

<sup>87</sup> Ver A. E. VON OVERBECK, «Cours général de droit international privé», *R. des C.*, 1971, p. 177-185.

actúe “manifiestamente” contra principios básicos del sistema interno, permitiendo en los demás casos, que impere el ordenamiento elegido por las partes o el aplicable en defecto de elección.<sup>88</sup>

En relación con las normas imperativas de terceros Estados será la tolerancia del juzgador para admitir su aplicación lo que demostrará el grado de cooperación del Estado en el desarrollo del citado principio.

En este sentido no hay que olvidar el papel desarrollado por el arbitraje internacional en la implantación de este principio, vislumbrándose en la jurisprudencia arbitral una evolución favorable al mismo en los últimos años. Así, si en un primer momento se dio un alineamiento por parte de los jueces en la defensa exclusiva de los intereses de las partes por encima de cualquier medida estatal, en la actualidad se está produciendo una proliferación en la aplicación de las normas imperativas del lugar de ejecución del contrato<sup>89</sup> (a pesar de que el árbitro no distinga entre normas del foro y normas extranjeras tal como lo hace el juez), en detrimento de la prioridad de los intereses de las partes.<sup>90</sup>

Finalmente, hay que destacar la incidencia del principio de solidaridad en el nuevo derecho europeo de los contratos y, en concreto, su ubicación en el Convenio de Roma (art. 3-3, 5-2, 6-1, 7-1 y 2, 9-6 del Convenio), que permitirá a través de su uso un desarrollo normativo y jurisprudencial importante, al menos en el área europea, así como un triunfo del sistema de cooperación<sup>91</sup> sobre el principio de la justicia privada.<sup>92</sup>

#### *2.4. Principio de protección de la parte débil*

El Convenio se completa con el reconocimiento de las denominadas “partes débiles” en los contratos, consumidores y trabajadores (art. 5 y 6 del Convenio), a las que ofrece un trato especial a través de normas excepcionales a través de las cuales se protegen de las partes fuertes de la contratación.

<sup>88</sup> Esta es la fórmula utilizada en los convenios concluidos en la Conferencia de La Haya en cuanto a la exclusión de la letra del Convenio por invocar el orden público. La misma fórmula ha sido utilizada por el legislador comunitario en relación con el orden público en el art. 16 del Convenio de Roma.

<sup>89</sup> Ver, a modo de ejemplo, las sentencias dictadas por la CCI en los asuntos nº 6.294 de 1991, JDI, 1991, p. 1050-1052 y nº 6.320 de 1992, JDI, 1995, p. 986-991.

<sup>90</sup> Ver Y. DERAÏNS, «Les tendances de la jurisprudence arbitrales...», op. cit, p. 845-846.

<sup>91</sup> Para el profesor Garcimartín, el sistema utilizado por el Convenio de Roma corresponde a un “modelo mixto” donde tienen cabida los intereses privados junto a los intereses estatales, presentes ambos a través de lo que denomina “juicio de oportunidad” ofrecido al juez a través del art. 7-1 del Convenio, *ibidem*, p. 130-135.

<sup>92</sup> Ver el análisis en este sentido que realiza el profesor Garcimartín en torno al art. 10-5 del Cc. F. C. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, serie monografías, Eurolex, Madrid, 1993, p. 111 y ss.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados por los redactores de este Convenio, su puesta en marcha está presentando problemas que entorpecen el fin previsto.

Así, por ejemplo, existen diferencias entre las distintas versiones del mismo, dadas las diferencias terminológicas de las lenguas auténticas en que la citada norma convencional hace fe.

También existen diferencias en la interpretación del Convenio, ya que cada Estado interpreta las soluciones contenidas en el mismo en base a sus principios tradicionales. La única solución uniformizadora consistiría en acudir a la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, a pesar de ser sólo factible desde la entrada en vigor de los Protocolos de Interpretación del Convenio<sup>93</sup> aún no vigentes, al no haberse cumplimentado los requisitos establecidos en los mismos para este menester.<sup>94</sup>

La posibilidad de realizar la reserva establecida por el art. 22 del Convenio tampoco parece apoyar esta armonización, ya que Estados como Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido han hecho uso de la misma para excluir la aplicación del art. 7-1 del Convenio.<sup>95</sup>

A pesar de estas limitaciones, el Convenio es la norma general sobre la cual se asienta el actual derecho obligacional europeo, siendo, por tanto, los principios contenidos en el mismo los que servirán para dirigir las soluciones armonizadas de los diferentes ordenamientos y promover las importantes innovaciones introducidas en el sistema contractual internacional español.

### 3. *La armonización a través de directivas*

Junto a la solución general establecida para las obligaciones contractuales en el Convenio de Roma, existe a nivel sectorial un instrumento *ad hoc* que se manifiesta en el ámbito comunitario a través de las directivas.

Desde el punto de vista de la Unión Europea, es éste el instrumento normativo más idóneo para llevar a cabo la armonización de las legislaciones

<sup>93</sup> Ver Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma el 19 de junio de 1980, 89/128/CEE, DOCE L 48 de 20 de febrero de 1989, p. 1-8. Ver Segundo Protocolo por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DOCE L 48 de 20 de febrero de 1989, p. 17-19.

<sup>94</sup> El art. 6 del Primer Protocolo requiere siete ratificaciones de Estados para los que el Convenio esté en vigor. Por su parte, el art. 3 del Segundo Protocolo exige la ratificación de todos los Estados signatarios.

<sup>95</sup> El Reino Unido, asimismo, ha realizado una reserva sobre el art. 10-1 *e* del Convenio en relación con las consecuencias de la nulidad del contrato.

en un terreno tan heterogéneo como es el que nos ocupa, actuando la directiva como norma que permite a las autoridades nacionales elegir los medios con los que obtener unos resultados homogéneos.

Sin eliminar la posible crítica que este mecanismo pueda suponer a nivel contractual en cuanto al respeto de los principios de eficacia, transparencia, seguridad jurídica e igualdad que pueda desprenderse de su actuación, la directiva pone las bases necesarias para alcanzar el objetivo europeo de unificar a través de normas materiales el sector contractual comunitario.

### *3.1 . Principios contenidos en las directivas*

Todo lo anteriormente expuesto carece de sentido si no se parte de una interpretación uniforme a través de la cual los ordenamientos internos lleven a cabo una lectura conjunta de las directrices incluidas en este instrumento comunitario.

La evolución en este sistema unificador ha sido obra del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ya que de manera progresiva ha asentado una serie de principios que han facilitado la labor de los jueces internos en cuanto a la interpretación y aplicación de la letra de las directivas.

En este sentido, no hay que olvidar que la transposición de estas normas en los diferentes ordenamientos supone una práctica que lleva en ocasiones a errores, vacíos legales y problemas de superposición normativa cuya solución es difícil si no se cuenta con una serie de pautas a seguir.

Estos principios que inspiran la interpretación de las directivas se pueden clasificar de dos formas diferentes, atendiendo a la función que cumplen dentro del sistema uniformizador del derecho contractual europeo.

Así, podemos establecer la existencia de una serie de **principios generales**, cuya misión consistirá en transponer las reglas nacidas en el derecho internacional a la interpretación por parte de los Estados del contenido de las directivas, dado que las características de este instrumento permiten un margen de apreciación individualizado por parte de los Estados.

En segundo lugar, trataremos un grupo de **principios instrumentales**, que tendrán por objeto facilitar la aplicación de las directivas, estableciendo unas bases uniformes que permitirán superar los obstáculos que la falta de precisión en las mismas pudieran acarrear.

### *3.2. Principios generales contenidos en las directivas de ámbito contractual*

Los principios generales enunciados en los párrafos precedentes no sólo sirven para interpretar uniformemente los conceptos jurídicos contenidos en los contratos internacionales, sino que también se utilizan para uniformizar el ámbito de aplicación de las directivas en su transposición a los ordenamientos internos.



Al igual que sucede en el marco general de la contratación, la consagración de estos principios en las diferentes directivas se encuentran en plena evolución, siendo los enumerados a continuación los que ya han sido objeto de tratamiento por parte de los aplicadores del derecho.

Destacan en este sentido:

a) Los principios de buena fe, confianza legítima y justo equilibrio

Estos principios generales aparecen enunciados, entre otras, en la Directiva sobre cláusulas abusivas,<sup>96</sup> debiendo aplicarse con un objetivo previo, que es el de proteger al consumidor evitando de esta forma un desequilibrio entre las partes.

Así, establece en su art. 3 que: *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas, si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.<sup>97</sup> Hay, por tanto, una referencia al **principio de buena fe** sin que el legislador lo haya definido, sin establecer sus límites, ni determinar en qué consiste el desequilibrio que pueda convertir una cláusula en abusiva; no obstante, en la exposición de motivos<sup>98</sup> de la Directiva, se describe la aplicación de la misma en los supuestos que afectan a los consumidores.

Sin embargo, la flexibilidad de las directivas en la fijación del contenido de la norma, hará que cada ordenamiento adapte su propio concepto jurídico, estando en el caso español relacionado con la moralidad, la equidad y aquellas conductas que han de ser observadas por toda conciencia sana y honrada,<sup>99</sup> tal como se concebía en el derecho romano.

Aplicando este principio al ámbito de los consumidores, se considerarán abusivas aquellas cláusulas que se aparten de esta conducta modélica que las haría ineficaces, siendo, por tanto, imperativo su contenido.

<sup>96</sup> Directiva 93/13/CEE relativa a la armonización de cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor, DOCE L 95 de 21 de abril de 1993, p. 29-34.

<sup>97</sup> El subrayado es mío.

<sup>98</sup> *“Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de la buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”*. (El subrayado es mío).

<sup>99</sup> Ver M. SCEVOLA, *Código civil comentado*, tomo XX, Madrid, 1904, p. 562.

Para lograr este fin, se acude también al **principio del justo equilibrio**, a través del cual se puede determinar la existencia o no de posibles infracciones en los principios de buena fe y confianza legítima.

Asimismo, para detectar la existencia de desequilibrios entre ellos hay que atender a diferentes aspectos, como son la compatibilidad de la cláusula con el derecho positivo en el que se haya inmerso y la imposibilidad de conseguir el fin del contrato.

No obstante y a pesar de que la Directiva relaciona la buena fe con el desequilibrio de las prestaciones, no son conceptos intercambiables entre sí, ya que como establece el profesor García Amigo, la buena fe debe apreciarse en el momento de la celebración del contrato, mientras que el desequilibrio de las prestaciones se produce en el resultado.<sup>100</sup> Esta disparidad lleva, en ocasiones, a que una cláusula basada en la buena fe pueda generar un desequilibrio no importante que sea aceptado como tal, siempre que no perjudique de manera relevante al consumidor.

b) Los principios de seguridad jurídica y protección de los particulares

El **principio de seguridad jurídica** establece que los Estados miembros deben eliminar toda incertidumbre a que conduzca la existencia de una normativa interna incompatible con la comunitaria, de tal manera que los sujetos puedan conocer, de forma clara y precisa, los derechos y obligaciones que se deriven de las directivas y los órganos jurisdiccionales nacionales puedan garantizar su cumplimiento. En este sentido, la doctrina considera que cada vez está menos justificada la alegación por parte de los particulares del desconocimiento de la normativa comunitaria en favor de la normativa nacional, ya que las directivas se publican en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, estableciendo la nueva redacción del Tratado constitutivo de la CE en su art. 254 (*ex art.* 191-1 y 2) la obligación de publicar las directivas destinadas a todos los Estados miembros, con lo cual los particulares tienen el mismo acceso al derecho comunitario que al derecho interno.<sup>101</sup>

Junto a este aspecto relacionado con el conocimiento por parte de los particulares del derecho comunitario, el obligado cumplimiento del respeto de estos principios en el ámbito de las instituciones comunitarias

<sup>100</sup> Ver M. GARCIA AMIGO, "Consideraciones a la buena fe contractual", *Actualidad Civil*, nº 1, 3 al 9 de enero de 2000.

<sup>101</sup> Ver F. EMMERT, M. PEREIRA DE AZEVEDO, "L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?", *RTD eur*, 1993, p. 520-521. Ver en el mismo sentido F. SCHOCKWEILER, «Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Libro Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, p. 1208. Ver también, en este sentido, las consideraciones en torno a la publicación de directivas en M. CANTO GARCIA, "El efecto directo horizontal en las Directivas y el Tratado de Maastricht", *BIMJ*, nº 1730-31, p. 203-206.

y por parte de las autoridades nacionales ha quedado también reflejado en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo al referirse el mismo a que en el derecho comunitario, en base a los **principios de seguridad jurídica y protección de los particulares**, las normas de derecho de los Estados miembros se deberán formular de una manera inequívoca, que permita a las personas afectadas conocer sus derechos y obligaciones, y a las jurisdicciones nacionales asegurar su respeto. En este sentido destacan las sentencias *Comission c. Italie*<sup>102</sup> y *Comission c. Grèce*,<sup>103</sup> que reconocen estos principios en relación con el impuesto sobre el valor añadido ( IVA) en las exportaciones, dando preferencia a los productos internos en detrimento de la libre circulación de productos en el espacio comunitario. Estas sentencias obligan a los Estados miembros a cumplir los principios contenidos en las directivas como parte del ordenamiento comunitario.

c) El principio del interés general

El origen en la aplicación de este principio hay que buscarlo en el desarrollo llevado a cabo por la jurisprudencia, en especial en materia de la libre circulación de bienes y servicios. En este sentido destaca la sentencia dictada por el Tribunal comunitario en el asunto *Säger*,<sup>104</sup> que impone el **principio de interés general** como límite a la libre prestación de servicios siempre que se justifique “ [...] en la medida en que dicho interés no se halle salvaguardado por las normas a las que el prestador está sujeto en el Estado en que se encuentra establecido. Además, dichas exigencias deberán ser objetivamente necesarias para garantizar la observancia de las normas profesionales y para asegurar la protección del destinatario de los servicios y no deben excederse de lo necesario para alcanzar estos objetivos”.

Este mismo concepto jurisprudencial se ha extendido al derecho de establecimiento<sup>105</sup> al aplicarlo en relación con la cualificación profesional necesaria para el ejercicio de una actividad.<sup>106</sup>

Con este precedente, el principio se utilizó para interpretar las terceras directivas de seguros, en las que se incluye como un principio general que

<sup>102</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 26 de febrero de 1991, asunto C-120/88 (*Comission c. Italie*), Rec. 1991, p. 630-634.

<sup>103</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 26 de febrero de 1991, asunto C-159/89 (*Comission c. Grèce*), Rec. 1991, p. 691-708. En esta sentencia, como en la anterior, son de especial importancia las conclusiones del abogado general M. Darmon.

<sup>104</sup> Ver sentencia del TJCE, de 25 de julio de 1991, asunto C-76/90 (*Säger*), Rec. 1991, p. 1-4221.

<sup>105</sup> Ver sentencia del TJCE, de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94 (*Gebhard*), Rec. 1995, p. 1-4195.

<sup>106</sup> En el mismo sentido y confirmando esta jurisprudencia, ver la sentencia del TJCE, de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93 (*Bosman*), Rec. 1995, p. I-4921, y la sentencia de 15 de mayo de 1997, asunto C-250/95 (*Futura Participations y Singer / Administration des Contributions*), Rec. 1997-5, I-2471-2506.

se asemeja al orden público desde un aspecto económico, actuando como un filtro comunitario,<sup>107</sup> por el cual el tomador del seguro podrá suscribir un contrato de seguro en el Estado de situación del riesgo siempre que no se oponga a las disposiciones legales de “interés general” vigentes en el Estado del compromiso o de localización del riesgo,<sup>108</sup> con lo cual se eliminan disposiciones excesivamente restrictivas establecidas en los Estados miembros.

Este concepto, que proviene de la jurisprudencia del Tribunal comunitario,<sup>109</sup> se completa con otros principios que le aseguran su marco de actuación como son: el **principio de no discriminación**, que se aplica a toda persona o empresa establecida en el territorio de la Comunidad; el **principio para evitar la doble regulación**, por el cual el prestador del servicio no deberá estar sometido a una normativa semejante en su país de origen; el **principio de proporcionalidad**, que supone el respeto de la finalidad que se persigue, y el **principio de necesidad**, por el cual las normas aplicadas deben estar justificadas en base a garantizar y asegurar la protección de sus intereses.<sup>110</sup>

En esta misma línea de delimitación de conceptos, una sentencia del Tribunal comunitario dictada en el asunto C-38/97<sup>111</sup> en relación con la determinación de unas tarifas de transporte de mercancías por carretera por la Administración pública, ha identificado el término *interés general* con *interés público*, por entender que los intereses de la Comunidad debían prevalecer sobre los intereses de los operadores privados, entendiéndose, por tanto, que ambos términos eran equivalentes.<sup>112</sup>

<sup>107</sup> Así lo definen B. SMULDERS y P. GLAZENER, “Harmonization in the field of insurance law through the introduction of Community rules of conflict”, *CMLR*, 1992, p. 796.

<sup>108</sup> Ver el art. 27 de la Directiva 92/49/CEE sobre seguro distinto del seguro de vida, op. cit. y el art. 28 de la Directiva 92/96/CEE sobre seguro de vida, op. cit. En ambas se establece que el Estado miembro donde se localice el riesgo/compromiso no puede impedir al tomador del seguro suscribir un contrato concluido con una empresa aseguradora en las condiciones enunciadas en el art. 6 de la Directiva 73/239/CEE y 79/267/CEE, op. cit., siempre que no se oponga a las disposiciones legales de interés general en vigor en el Estado miembro donde se localice el riesgo/compromiso.

<sup>109</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 4 de diciembre de 1986, asunto 205/84 (Commission c. RFA), Rec. 1986, p. 3755. Ver la sentencia del TJCE, de 4 de diciembre de 1986, asunto 220/83 (Commission c. Francia), Rec. 1986, p.3663. Ver la sentencia del TJCE, de 4 de diciembre de 1986, asunto 252/83 (Comission c. Dinamarca), Rec. 1986, p. 3713.

<sup>110</sup> Estos principios han sido recogidos por M. DEL VALLE SCHAAN, “La incorporación de las terceras Directivas comunitarias”, *Noticias UE*, nº 139-140, 1996, p. 124.

<sup>111</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 1 de octubre de 1998, asunto C-38/97 (Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. /Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl), Rec. 1998-10, I-5955-5990 (A).

<sup>112</sup> Ver también en relación con el concepto de interés público las sentencias del TJCE, de 17 de noviembre de 1993, en el asunto (Reiff) y de 9 de junio de 1994, en el asunto (Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft).

Por lo tanto, la cuestión que se plantea es cual es la función que cubre el interés a efectos prácticos, para ello las directrices de la Comisión permiten a los Estados analizar, bajo la óptica de este principio, las disposiciones imperativas y las leyes de policía, así como las disposiciones de orden público, para corroborar su conformidad con la libre circulación establecida en los tratados, lo que no deja de ser una alusión al principio de primacía del derecho comunitario, frente a las normas nacionales del derecho privado.

No obstante, la interpretación de este principio contará con excepciones como sucede, por ejemplo, en materia de consumidores, entendiendo el Tribunal comunitario que esta materia es objeto del interés general y, por tanto, justifica la restricción de las libertades fundamentales. Ahora bien, podrán ser examinadas en un momento determinado por los jueces comunitarios y ser consideradas improcedentes, si son innecesarias o desproporcionadas.

### *3.3. Principios instrumentales contenidos en las directivas de ámbito contractual*

Dado que las directivas son un instrumento comunitario transitorio por el que los Estados tienen que conseguir unos objetivos finales teniendo cierta autonomía para establecer los medios utilizados para ello, los denominados *principios instrumentales* nacen con la finalidad de interpretar y uniformizar las directivas desde un punto de vista práctico.

En este aspecto se debe considerar que la utilización de estos principios ha sido decisiva en la evolución del derecho comunitario, ya que en determinados momentos su utilización ha supuesto la positivación y el desarrollo de conceptos que, de otra manera, no hubieran podido aplicarse, dado que los mecanismos que caracterizaron la puesta en marcha de la Comunidad Europea avanzaban a un ritmo demasiado lento.

Entre los diferentes principios que se pueden invocar cumpliendo esta misión, destacan los siguientes:

#### a) Principio del efecto directo

Este principio brinda la posibilidad a los particulares de poder oponerse judicialmente a la aplicación de las disposiciones nacionales contrarias a una directiva comunitaria o, en su caso, su derecho a exigir que el Estado adopte las obligaciones que le imponen las directivas comunitarias si es que han pasado ya los plazos de transposición.

El objetivo que se persigue no es otro que evitar que un Estado se valga de este desconocimiento del derecho comunitario para incumplir sus obligaciones, produciéndose, tal como apuntan los profesores Kohler

y Jayme,<sup>113</sup> un efecto para los particulares similar al que produciría un reglamento.<sup>114</sup>

Hasta el momento el Tribunal europeo sólo ha reconocido de forma explícita el efecto directo vertical que supone el reconocimiento a los particulares del derecho de ir directamente contra el Estado por no haber transpuesto dentro de plazo o transponer incorrectamente una directiva, siempre que ésta reúna tres condiciones: ser suficientemente precisa, incondicional y no exigir ninguna medida de ejecución comunitaria o nacional.<sup>115</sup>

Sin embargo, el Tribunal comunitario no ha actuado directamente sobre el denominado efecto directo horizontal que supone la invocabilidad de la directiva en las mismas condiciones que el supuesto anterior, pero invocada por particulares en el ámbito de un litigio privado,<sup>116</sup> a pesar de que en sentencias posteriores se acogió al denominado efecto horizontal indirecto, por el cual las autoridades nacionales tienen la obligación de interpretar las normas internas conforme a las exigencias del derecho comunitario,<sup>117</sup>

<sup>113</sup> Ver E. JAYME y C. KOHLER, «L'interaction des règles de conflit .contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *Rev crit. dr. int. pr.*, 1995, p. 11.

<sup>114</sup> El Tribunal comunitario, en su sentencia dictada en el asunto Faccini, estableció en este sentido que “se reconocería a la Comunidad el poder de dictar, con efecto inmediato, obligaciones para los particulares, sin tener en cuenta que esta competencia le es atribuida para adoptar reglamentos”. Ver la sentencia del TJCE, de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92 (Paola Faccini Dori c. Recreb Srl), Rec. 1994, 3356, (Cons. 24).

<sup>115</sup> La primera vez que el Tribunal reconoció el efecto directo de una directiva de forma aislada fue en la sentencia del TJCE, de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74 (Van Duyn), Rec. 1974, p. 1337. Destacan también la sentencia del TJCE, de 5 de abril de 1979, asunto 148/78 (Ratti), Rec. 1979, p. 1629 y la sentencia del TJCE, de 19 de enero de 1982, asunto 8/81 (Becker), Rec. 1982, p. 53. Dicen estas sentencias que: “El Estado miembro que no hubiere adoptado en los plazos correspondientes las medidas de aplicación establecidas por una directiva no podrá alegar ante los particulares el incumplimiento. Por tanto, en todos los casos en que las disposiciones de una directiva sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, podrán invocarse dichas disposiciones, a falta de medidas de aplicación adoptadas en los plazos establecidos, contra cualquier disposición nacional que no se ajuste a la directiva, así como en el caso de que dichas disposiciones definan derechos que los particulares estén en condiciones de hacer valer respecto del Estado”.

<sup>116</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84 (Marshall), Rec. 1986, p. 723 que fue la primera en la que el Tribunal europeo negó el efecto horizontal de las directivas. Las últimas y más significativas sentencias del Tribunal europeo al respecto han sido: la sentencia del TJCE, de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89 (Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA), Rec. 1990, p. 4135-4161. Ver la sentencia del TJCE, 14 de julio de 1994, asunto C-91-92 (Paola Faccini Dori c. Recreb Srl), Rec. 1994, p. 3325-3360. Ver la sentencia del TJCE, de 7 de marzo de 1996, asunto C-192/94 (El Corte Inglés c. Cristina Blázquez Rivero), Rec.1996, p.1-1281.

<sup>117</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 10 de abril de 1984, asunto 14/83 (Von Colson et Kamann), Rec. 1984, p. 1908 y ss., y la sentencia del TJCE, de 10 de abril de 1984, asunto 79/83 (Harz), Rec. 1984, p. 1921 y ss.

siendo desplazada la aparente desprotección del particular al imponer a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su ordenamiento interno a lo dispuesto en una directiva.<sup>118</sup>

En estos casos se deben reunir tres requisitos. El primero supone que el objetivo de la directiva atribuya derechos a los particulares; el segundo, que estos derechos sean identificables dentro de la directiva, y el tercero, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumba al Estado y el daño sufrido.<sup>119</sup>

Además de establecer estas premisas, este principio obliga a los Estados a uniformizar sus ordenamientos consiguiendo el objetivo de materialización al que se tiende en la regulación de la materia contractual.

*b) Principio de interpretación conforme*

Este principio, junto con el de efecto útil,<sup>120</sup> supone obligar al juez, en el caso de falta de transposición de la directiva, a interpretar el derecho nacional a la luz del derecho comunitario,<sup>121</sup> fórmula ésta que crea inseguridad jurídica, en cuanto que los sujetos dependerán del buen criterio del juez nacional para saber si son objeto de obligaciones que no figuran claramente en el derecho nacional.

Son muchos los interrogantes que se plantean los autores en torno a este principio, siendo resueltos en la mayoría de los casos por la jurisprudencia comunitaria.<sup>122</sup>

Así, en primer lugar, la doctrina ha interpretado que este principio produce resultados similares a los nacidos del efecto horizontal, con el agravante de la inseguridad que la interpretación conlleva y los resultados contradictorios que puede provocar la resolución dada por un determinado

<sup>118</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 19 de noviembre de 1991, asunto C-6 y C-9/90 (Francovich e.a. c. Italia), Rec. 1990, p. I-5357-5418. Ver también la sentencia del TJCE, de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 (Brasserie du Pêcheur S.A. / Bundesrepublik Deutschland, The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte: factortame Ltd y otros), Rec.1996, p. I- 1029-1163. Ver también la sentencia del TJCE, de 26 de marzo de 1996, asunto C-392/93 (The Queen c. H.M. Tresury Telecommunications plc.), Rec. 1996, p. I-1631-1671. Ver la sentencia del TJCE, de 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94 y C-190/94 (Erich Dillenkofer y otros c. Bundesrepublik Deutschland), Rec. 1996-10. I-4845-4893.

<sup>119</sup> Ver el considerando 40 de la sentencia Francovich op. cit. Estos requisitos se repiten en la jurisprudencia citada en las sentencias anteriores sobre efecto horizontal de las directivas.

<sup>120</sup> Este principio ha quedado enunciado en los asuntos Van Duyn, Ratti y Becker entre otros, todos ellos citados *supra*.

<sup>121</sup> Ver la sentencia del asunto Francovich antes citada.

<sup>122</sup> Para reflexionar sobre la jurisprudencia en esta materia ver M<sup>a</sup> P. BELLO MARTIN-CRESPO, *Las Directivas como criterio de interpretación del derecho nacional*, Civitas, Madrid, 1999.

juez, bien sea en los diferentes Estados o dentro de uno concreto, en los diferentes tribunales que tengan jurisdicción sobre la materia,<sup>123</sup> cuestiones éstas a las que hasta el momento no se les ha dado respuesta.

En segundo lugar, cabe plantearse la cuestión de si el juez nacional puede apreciar de oficio la conformidad de la norma nacida al amparo de la directiva, una vez expirado el plazo de transposición.

En este caso, el Tribunal comunitario ha sido taxativo, estableciendo en la sentencia del asunto Verholen <sup>124</sup> la obligatoriedad del juez de aplicar de oficio la directiva independientemente de que ésta haya sido invocada por las partes, siempre que se den las condiciones enunciadas para que se produzca el efecto directo.<sup>125</sup>

En tercer lugar, la doctrina ha considerado que la aplicación directa de la directiva no plantea problemas cuando se trata de un supuesto de transposición a la normativa interna, no sucediendo lo mismo en el caso de que la falta de transposición o la transposición incorrecta sea de una norma extranjera que llegue a nuestro sistema a través de una norma de conflicto, ya que nuestro ordenamiento establece, en su art. 281-2 de la LEC, la prueba del derecho extranjero, pudiendo el juzgador valerse, en su caso, de los instrumentos necesarios para averiguar aquellos aspectos que considere necesarios.

No obstante, este artículo está pensado para un derecho extranjero desconocido para el juzgador, situación ésta que, tal como se ha expuesto anteriormente, no se corresponde con la que plantean las directivas, cuyas pautas sirven de base tanto a la normativa interna española como a la de la norma de los demás países comunitarios,<sup>126</sup> teniendo en cuenta, además, que en base a la obligatoriedad en la publicación de las mismas el juez conocerá los principios contenidos en ellas.

En concreto, esta necesidad de implicar al juez en el conocimiento de la norma extranjera se convierte en una obligación en el ámbito de las directivas de consumidores, en las cuales el legislador comunitario exige que el juez compare y determine si debe desplazarse la norma contenida en el ordenamiento de un Estado ajeno a la Comunidad para conseguir de este modo una mayor protección para el consumidor. Si el juez no conoce

<sup>123</sup> Ver, en este sentido, L. MILLAN MORO, "La eficacia directa de las directivas: Evolución reciente", *RIE*, 1991, p. 864-866.

<sup>124</sup> Ver la sentencia del TJCE, de 11 de julio de 1991, asuntos acumulados C-87/90, C-88/90, (Verholen y otros c. Sociale Verzekeringsbank Amsterdam), Rec. 1991, p. I-3757.

<sup>125</sup> Ver L. MILLAN MORO, op. cit, p. 870-871.

<sup>126</sup> En Francia los jueces tienen que buscar de oficio el contenido de la ley extranjera si ésta viene impuesta por un tratado internacional ratificado por Francia. Ver J. LEMONTEY y J.-P. RÉMERY, «La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation», *Rapport de la Cour de cassation*, 1993, p. 81 y ss.



de oficio la norma extranjera y ésta no es alegada por las partes, el mandato imperativo contenido en la directiva quedaría sin contenido,<sup>127</sup> con lo cual parece necesario que el juez español, a la luz de la interpretación conforme a la directiva que le concede el derecho comunitario, pueda ir más allá de las pautas que le marca la normativa interna.<sup>128</sup>

c) Principio de subsidiariedad

Tal como fue introducido en el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, el párrafo 11 del preámbulo establecía que: “*Resueltos a continuar el proceso de creación de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad*”.

Asimismo, en el artículo 3B-2 del mismo Tratado incluía la subsidiariedad en los siguientes términos: “*En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada a nivel comunitario*”.

Este principio ha sido consolidado en materia de consumidores por el art. 153-3 a del TCE (ex art. 129 A-3), en el que se establece que la labor de la Comunidad no desplazará las medidas que tengan o creen los Estados miembros, en la que se otorgue una mayor protección a los consumidores.

Con este espíritu, las directivas de mínimos delegan en los Estados miembros el desarrollo de las materias contenidas en su articulado, ocupándose el legislador comunitario de marcar las pautas generales, quedando la normativa interna de los Estados, a través de sus normas materiales, como instrumento de aplicación del derecho comunitario. Este principio se ha incorporado en las directivas de consumidores con una fórmula que se repite en todas ellas y que es la siguiente: “*La presente Directiva no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables en materia de protección a los consumidores en el ámbito amparado por ella*”.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> Ver E. JAYME y C. KOHLER, «L'interaction des règles de conflit...», op. cit, p. 25.

<sup>128</sup> Cf. E. PECOURT GARCIA, “Naturaleza y condición del derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto”, *RGD*, 1962, p. 783-791 y 894-904. Ver también J. C. FERNANDEZ ROZAS y S. SANCHEZ LORENZO, *Curso de derecho internacional privado*, op. cit, p. 420 y ss. Ver, en el mismo sentido, M. L. TRINIDAD GARCIA, “Reflexiones en torno a la aplicación del derecho extranjero”, *Revista de Derecho Privado*, 1989, marzo, p. 211-220.

<sup>129</sup> Ver art. 8 de la Directiva de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, DOCE L 372 de 31.12.85, p. 133. En el mismo sentido, ver el art. 15 de la Directiva de 22 de

Del mismo modo, la subsidiariedad está prevista de forma explícita o implícita para aquellas directivas sectoriales que den una regulación más completa y exhaustiva a un determinado contrato. En este sentido, hay que interpretar el art. 14 de la Directiva de contratos de venta a distancia,<sup>130</sup> donde se establece una prioridad para aquellas normas que regulen de forma particular determinados tipos de contratos a distancia.

También se utiliza esta técnica en materia de *timesharing*, ya que la Comisión Europea ha considerado la necesidad de dejar que las legislaciones nacionales reglamenten aquellos aspectos internos ya regulados por los Estados, lo que se consigue a través de una directiva de mínimos que otorga a éstos amplias facultades para su desarrollo. Estas peculiaridades hacen necesaria la redacción de una directiva con definiciones genéricas, donde además el legislador comunitario se centre en la protección del adquirente, obligando al vendedor a dar una información completa, así como a especificar sus obligaciones, utilizando para ello, entre otros, el idioma del adquirente y además regulando los aspectos referentes a la resolución del contrato; así como la protección de la Directiva para el adquirente sea cual sea el derecho elegido para regular el contrato, si el inmueble está situado en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.

De forma implícita, este principio se encuentra también contenido en las cláusulas de las directivas que permiten a los Estados mantener o establecer disposiciones que den una mayor protección a los consumidores, como sucede, por ejemplo, en el art. 8 de la Directiva de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles,<sup>131</sup> la Directiva sobre viajes combinados<sup>132</sup> y en el art. 15 de la Directiva en materia de crédito al consumo.<sup>133</sup>

diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. DOCE L 42 de 12.2.87, p. 15. También ver el art. 8 de la Directiva de 93/13/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor. DOCE L95 de 21.4.93, p. 32. Ver también el art. 11 de la Directiva 94/47/CE de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. DOCE, L 280 de 29.10.94, p 86.

<sup>130</sup> Bajo el título de *cláusula mínima* recoge este principio el art. 14 de la Directiva 97/7/CE de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, DOCE L 144 de 4.6.97.

<sup>131</sup> Ver la Directiva 85/577/CEE..., op.cit., p. 131-133.

<sup>132</sup> Ver la Directiva 90/314/CEE..., op.cit.

<sup>133</sup> Ver la Directiva 87/102/CEE..., op.cit., p. 48-52.

### III. CONCLUSIONES

El derecho contractual busca hoy en día la solución a los problemas que le plantea la proliferación del tráfico externo. En este sentido, las fórmulas utilizadas se decantan por la creación de normas de especialización, en el caso comunitario, de directivas, que son transpuestas en los ordenamientos como normas internas con una dimensión comunitaria. No obstante, la fragmentariedad en las materias armonizadas y la discrecionalidad del Estado en la incorporación de las mismas a su ordenamiento hacen necesario que sean interpretadas según los principios generales que inspiran las normas contenidas en los tratados y en los convenios complementarios. Hay, por tanto, una convivencia de fuentes a través de las cuales se intenta conseguir la uniformización en el ámbito europeo de las obligaciones.

En este sentido, ambos instrumentos, directivas y convenios, conviven con el fin de obtener una regulación uniforme que sólo se puede conseguir a través de normas sectorializadas que den respuestas concretas a los problemas que plantean en cada momento un ámbito determinado. Para ello, las directivas aportan un carácter actual, permitiéndoles su adscripción a los ordenamientos internos una movilidad de la que carecen los convenios, pudiendo evolucionar al ritmo de la sociedad internacional.

Por el contrario, la regulación convencional se caracteriza por su estabilidad e inamovilidad, ya que el sistema de modificación de convenios no se ajusta a la rapidez que exigen los cambios internacionales.

Esta carencia que tienen los convenios se suple con la inclusión en sus textos de principios generales de interpretación, que sirven para establecer las pautas de actuación que uniformizan las normas que regulan la materia contractual.

Estamos, por tanto, ante una etapa de transición en la interpretación de instrumentos que desembocará, en un futuro, en un conjunto de normas materiales para regular las obligaciones contractuales. Se tiene que entender, por tanto, este momento como una fase previa de armonización que tendrá un arraigo mayor en un espacio como es el comunitario, que aspira a la unidad en todos sus aspectos. Hay que interpretar, por tanto, estos principios como instrumentos que tienen como finalidad la materialización de las normas codificadas, dado que la tradición del derecho continental europeo prefiere este sistema en contra del seguido por el derecho anglosajón, basado en el *restatement* de principios interpretativos.



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

CARLES VILLAGRASA I ALCAIDE

*Professor titular interí de Dret Civil a la Universitat de Barcelona*

## SUMARI

---

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

## I. INTRODUCCIÓ

Des de la resolució del Parlament Europeu de data 26 de maig de 1989 (DOCE C 158, de 26 de juny de 1989), que cercava un esforç d'harmonització del dret privat dels Estats membres amb l'objectiu d'aconseguir un codi europeu comú de dret privat, s'han intensificat les tasques doctrinals dirigides a trobar els principis coincidents, molt sovint des de la teoria general de les obligacions i del negoci jurídic, de les institucions que poden tenir un paper capdavanter en el dret privat europeu. En aquest camí d'integració plurilegislativa, tenen un protagonisme especial les normes protectores dels consumidors, la regulació *antitrust* i les mesures relatives a la insolvència. L'any 2002 dona entrada a la vigència del Reglament sobre processos d'insolvència de 29 de maig de 2000, que va tenir com a antecedent el Conveni de Brussel·les de 23 de novembre de 1995. Tanmateix, el Conveni de Roma de 1980 sobre llei aplicable a les obligacions contractuals es presenta com el text marc de desenvolupament normatiu.

Sens dubte, hom té present que ara som en el moment d'estudi i de delimitació dels trets legals compatibles que permetin una aproximació harmònica del nou dret comú.

Una preocupació compartida pels Estats membres és la relativa a la protecció del crèdit, atesa la nova dimensió de la lliure circulació de

capitals provocada per la moneda única, i en particular, la resposta als actes perjudicials als legítims interessos del creditor, com ho demostra l'article 13 de l'esmentat Conveni, i que ja va ocupar el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees en les decisions anomenades "Reichter I" [sentència de 10 de gener de 1990 (as. 115/88) Reichter c. Dresdner Bank] i "Reichter II" [sentència de 26 de març de 1992 (as. 261/90) Reichter c. Dresdner Bank], en aplicació del Conveni de Brussel·les de l'any 1968, sobre competència judicial, reconeixement i execució de sentències en matèria civil i comercial, quan una entitat bancària alemanya demandà un matrimoni que havia transmès al seu fill la nua propietat d'un bé immoble ubicat a França en perjudici del crèdit de l'actora. Evidentment, es posen en relleu no solament problemes de tipus processal i de les normes de conflicte pròpies del dret internacional privat (atesos els criteris de *lex loci actum*, de la llei del crèdit protegit, i de *lex rei sitae*, de la llei del bé transmès pel deutor), sinó també de caire substantiu entorn de la ineficàcia sobrevinguda de les actuacions perjudicials als interessos dels creditors, així com les diverses respostes de política legislativa derivades dels procediments d'insolvència, concurs i fallida.

Aquesta comunicació, però, en els estrictes termes de brevetat que ha d'acomplir, té per finalitat posar en relleu les actituds del deutor que en la nostra jurisprudència s'han anat perfilant com a indicis definitoris del *consilium fraudis* en l'aplicació més recent de l'acció pauliana, amb el benentès que la seva recepció pel nostre dret té una intensitat desconeguda pel dret anglosaxó, però que, precisament per això, pot servir per concretar un àmbit legal comú, a partir dels trets comuns d'uns comportaments fraudulents del dret de crèdit que no coneixen fronteres.

## II. L'APLICACIÓ JURISPRUDENCIAL DE L'ACCIÓ PAULIANA

La jurisprudència introdueix importants dades interpretatives quant a l'aplicació de l'anomenada per la nostra doctrina *acció revocàtoria o pauliana*, en referència als seus orígens, sobretot en relació amb les cotes de quasiobjectivitat que presenta progressivament l'acreditació del denominat *consilium fraudis* o complicitat entre les parts que intervenen en l'acte perjudicial per a l'acompliment dels legítims interessos del creditor.

Cal recordar, prèviament, les característiques generals de l'acció que es configura com una mesura de tutela judicial del dret de crèdit, que permet al creditor impugnar les actuacions patrimonials del deutor fetes en frau del seu dret. Aquesta acció, de caire excepcional i subsidiari, es recull al nostre dret civil, a l'article 340.3 de la Compilació, amb una depuració

de les seves arrels formalistes, que reforça la consideració de presumpció *iuris et de iure* de frau, de perjudici per als creditors, de les donacions atorgades pel deutor. Quant als negocis jurídics onerosos, la regulació del Codi civil, a l'article 1291.3r, no permet establir una presumpció de frau absoluta, en mantenir la necessitat de prova del *consilium fraudis*, però experimenta a la pràctica un apropament a aquella solució, mitjançant les facilitats de prova de la intenció fraudulenta.

La jurisprudència ha perfilat els requisits concatenats que són necessaris per a la viabilitat de l'acció pauliana, partint de l'existència d'un dret de crèdit a favor del demandant-creditor i en contra del demandat-disponent, que hagi nascut abans que l'acte dispositiu, que es rescindeix pel seu caire fraudulent, ja que es redueix el patrimoni del deutor, de tal manera que queda vulnerat el legítim interès del creditor de veure complert el seu dret de crèdit. Podem, per tant, delimitar tres requisits: un, l'existència anterior del crèdit respecte de l'acte dispositiu; dos, la insolvència del deutor o insuficiència patrimonial per fer front al dret de crèdit –que determina el caràcter subsidiari de l'acció a l'absència d'altres mitjans per obtenir l'acompliment del deute–; i tres, el caire fraudulent de la disposició, en fer-se per les parts en perjudici del creditor. Tots tres requisits han tingut una evolució interpretativa de la jurisprudència clarament afavoridora de la protecció del dret de crèdit frustrat de manera sobrevinguda.

Quant al caràcter subsidiari de l'acció –relacionat amb l'absència de béns en el patrimoni del deutor per fer front al deute o, en altres termes, amb la manca de tot recurs legal en mans del creditor per obtenir la reparació del seu perjudici–, s'ha passat de l'exigència de la plena insolvència del deutor a admetre qualsevol mitjà que acrediti la insuficiència patrimonial del deutor amb relació a la quantia del crèdit perjudicat. A hores d'ara el perjudici objectiu del dret de crèdit no es manifesta en la total insolvència del deutor, sinó en la disminució patrimonial que impedeix el regular compliment de l'obligació i –volem fer-hi èmfasi–, ja que el creditor té la càrrega de la prova sobre el caràcter perjudicial i fraudulent de l'acte a rescindir, aquesta és facilitada mitjançant un seguit de presumpcions legals que, sense arribar a una inversió de la càrrega de la prova, comporten una necessària activitat probatòria de contrari, per part del deutor demandat, quant a l'existència d'altres béns de la seva propietat amb els quals es pot complir el dret de crèdit, per tal d'evitar que prosperi l'acció pauliana.

Seguidament la jurisprudència també matisa la preexistència del dret de crèdit en relació amb l'acte de disposició patrimonial que es vol rescindir a instàncies del creditor que es considera perjudicat, ja que s'admet la rescissió dels que s'hagin fet amb anterioritat al naixement

del crèdit, quan la seva existència fos pròxima i segura, ja que, en tal cas, són o han d'ésser previsibles les conseqüències adverses per al seu compliment.

### III. L'OBJECTIVACIÓ DEL FRAU

La qüestió que volem posar en relleu, però, en aquest estudi, és que també el requisit del frau de creditors manifestat per l'existència d'actes patrimonials que impedeixen el seu compliment regular per part del deutor, igualment segueix una tendència a l'objectivitat, no solament mitjançant la comprovació de la situació en la qual es col·loca el demandat per aquest sol fet, sinó també per l'aplicació de presumpcions legals que es justifica per la dificultat de provar l'*animus nocendi*, la intenció lesiva, que entra dins l'àmbit de la voluntat interna i de les conductes clandestines. Per això, hom pot afirmar que es presumeix sempre, *iuris et de iure*, el caire fraudulent de les disposicions a títol gratuït que perjudiquen els creditors del disponent, per aplicació de l'article 340.3 de la Compilació. Però, a més a més, la jurisprudència ha suavitzat el rigor amb el qual s'aplicava tradicionalment el règim de la càrrega de la prova en aquesta matèria, en relació amb els actes onerosos, que suposava l'exigència que l'actor acredités un veritable *animus nocendi* –una manifesta intenció de perjudicar els creditors–, pel camí d'una gradual objectivació, ateses les dificultats probatòries sobre la premeditada i finalista disposició fraudulenta per part del demandat. Actualment s'equipara a la comprovació d'activitats doloses, o si més no, intencionals del deutor sobre el perjudici dels drets dels seus creditors, la mera consciència sobre aquest perjudici, mitjançant la desaparició o disminució patrimonial causada per l'operació de transmissió de béns a favor de tercers.

Aquest propòsit, conegut com a *consilium fraudis*, presenta en l'actualitat, per tant, una nova dimensió, ja que queda acreditat el frau pel simple coneixement de la situació patrimonial que segueix a l'acte dispositiu i que genera, per si mateixa, un previsible perjudici per al creditor, que arriba a “quotes de quasiobjectivitat si el perjudici s'ocasiona per simple culpa civil o impremeditació”, en atenció al fet que una persona de diligència mitjana pugui adonar-se que, amb la disposició feta, el seu patrimoni queda minvat a aquests efectes de responsabilitat de tot deutor.

Encara que el fonament legal de l'acció pauliana es basa en la protecció del dret de crèdit per sobre de la convinença de tercers, la jurisprudència ha exigít, a més, la complicitat de qui adquireix, delimitada en el coneixement que l'acte dispositiu redueix la solvència de la persona que li ha transmès el bé (*consciens fraudis*), ja que no es pot admetre en el



nostre sistema jurídic que es pugui arrabassar la cosa de qui l'ha adquirit mitjançant una contraprestació i de bona fe.

Molt sovint, ja que la presència o absència de frau –igual que la insolvència del deutor– és una qüestió de fet que correspon aclarir a l'òrgan judicial d'instància, la constància de la complicitat en el frau del tercer que adquireix el bé és facilitada per la jurisprudència mitjançant diversos criteris significatius, que desenvoluparem a continuació, en atenció a les sentències estudiades.

En primer lloc, molt sovint apareix el criteri de la *conjunctio sanguinis et affectio contrahentium*. Habitualment les disposicions es realitzen a parents, al cònjuge o a persones de l'entorn del deutor que pretén defraudar les obligacions contretes. Encara que aquest criteri no és decisiu per si mateix, pot ser molt aclaridor en connexió amb unes altres circumstàncies que envolten la causa de la disposició.

En segon lloc, és determinant la comprovació de l'*iter* del preu que generalment es confessa haver rebut, sense que es pugui acreditar una destinació concreta. En aquest àmbit, la jurisprudència ha fet èmfasi en la situació patrimonial de la persona que adquireix el bé (si té poder adquisitiu per justificar aquesta operació) i en la quantia del preu pactat, que pot qualificar-se, de vegades, de simbòlic, en relació amb el preu real o de mercat.

En tercer lloc, l'anàlisi de les conductes seguides per les parts, durant els períodes temporals que envolten la data de l'acte fraudulent, ha estat un criteri determinant en la jurisprudència, sobretot quan el deutor continua en la possessió dels béns amb altres títols diferents del dret de propietat que ha transmès (per exemple, arrendament, usdefruit o dret d'habitació).

L'eficàcia de l'acció pauliana significa el restabliment dels béns del deutor a l'estat que tenien abans de l'alteració produïda mitjançant l'acte fraudulent, pel qual es pretenia sostreure'ls de les responsabilitats patrimonials derivades dels legítims drets de crèdit, que s'han de reintegrar en el patrimoni del deutor, amb els seus fruits i interessos. És clar que quan les coses es trobin legalment en poder de terceres persones que no hagin actuat de mala fe, l'eficàcia de l'acció pauliana es concreta en la indemnització a favor del creditor defraudat per part del deutor i dels qui hagin intervingut amb complicitat fraudulenta.

Finalment, és indubtable la necessitat d'un termini de caducitat unitari de l'acció, com a qüestió d'interès general pel dret europeu, per la seva repercussió en l'efectiva realització de la seguretat jurídica i també de la seguretat econòmica que deriva de la unitat de criteri informador de la lliure circulació de béns i serveis a la Unió Europea.

#### IV. ANÀLISI DE SENTÈNCIES DE L'AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Per comprovar amb alguns supòsits pràctics el procés d'objectivació de la jurisprudència es farà un comentari de les sentències següents, de les quals ha estat ponent l'autor d'aquesta comunicació, de l'Audiència Provincial de Barcelona: Secció 16a, de 10 de març (rescissió de compravenda) i 22 de juny de 1999 (rescissió d'aportació social); Secció 1a, de 26 d'octubre de 1999 (rescissió de donació) i 13 de gener de 2000 (rescissió d'aportació social); i Secció 17a, de 2 de juliol (rescissió de compravenda) i 9 de juliol de 2002 (rescissió de donació).

La sentència de 10 de març de 1999 dóna resposta al recurs d'apel·lació interposat per una parella casada pel ritus jueu i els seus néts contra la sentència de primera instància que declara la rescissió de la compravenda d'un habitatge i una plaça d'aparcament atorgada entre aquestes persones –els avis els venien als seus néts–, atesa la concurrència dels requisits de l'anomenada acció pauliana, com una clara maniobra de despatrimonialització o de situació d'insolvència, amb la intenció de frustrar les legítimes expectatives del germà d'un dels venedors –creditor arran d'un préstec personal de 10.000.000 PTA (60.000 euros)–.

Els recurrents sol·liciten que la rescissió només es declari sobre la meitat indivisa de titularitat dominical del venedor-deutor, en atenció a la seva responsabilitat exclusiva quant al deute, en la qual ha de quedar afectat únicament el seu patrimoni privatiu.

La Sala ha de donar resposta a una qüestió controvertida, la posició jurídica de la venedora en relació amb el deute, ja que va quedar reconeguda la seva existència. Aquesta resposta repercuteix sobre la rescissió del contracte de compravenda perfeccionat pel matrimoni, com a venedors, amb els seus néts, com a compradors, ja que queda acreditat que la transmissió es va fer en frau de creditors, en aplicació dels requisits de l'anomenada acció pauliana, i que són palesos en primera instància: l'existència del crèdit, l'alienació de les finques amb posterioritat a la seva perfecció i dos mesos abans del seu venciment, la despatrimonialització objectiva del deutor, la inexistència de pagament del preu acordat i l'evident falta de capacitat patrimonial dels adquirents.

En termes de prova, un cop acreditades pel creditor l'existència i exigència del deute impagat i la transmissió fraudulenta dels drets dominicals sobre les finques, ha de respondre, no solament el patrimoni privatiu del marit, sinó també els béns comuns del matrimoni, ja que no es poden atendre els arguments dels apel·lants sobre la manca de responsabilitat de la muller quant al deute, negant l'existència de matrimoni –en al·legar que no va ser inscrita la unió contraeta mitjançant

un ritus religiós no reconegut en la data de celebració per la legislació espanyola– o la residència a Catalunya –que hauria de suposar l’aplicació del règim econòmic matrimonial de separació de béns.

D’una banda, la manca d’inscripció del matrimoni no suposa en aquest cas la inexistència ni la ineficàcia de totes les actuacions desenvolupades pel matrimoni actualment reconegut amb plena eficàcia civil pel nostre ordenament jurídic, ja que presentaven aquesta condició de casats enfront de tercers, vivien com a cònjuges i es mostraven com a unió marital, àdhuc en l’atorgament de documents públics, per la qual cosa aquesta aparença –que respon a un veritable vincle matrimonial des de la perspectiva religiosa, d’un gran valor espiritual i personal per a la parella–, exterioritzada objectivament per ambdós com una mena de “possessió d’estat”, ha de tenir les conseqüències perseguides pels seus propis actes i per la confusió generada al seu voltant sobre la situació matrimonial i el seu règim econòmic matrimonial, que en cap moment pot suposar un perjudici per als legítims interessos dels tercers de bona fe, i a més cal tenir present que el matrimoni produeix efectes civils des de la seva celebració i la manca d’inscripció no pot perjudicar els drets adquirits de bona fe per terceres persones. Si en aquest cas, als cònjuges no els ha interessat mai la inscripció del matrimoni –acreditada aquesta unió, que perfectament es podia inscriure molts anys abans de la data de venciment del deute contret–, això no pot perjudicar el creditor.

D’altra banda, cal aclarir quin és el règim econòmic matrimonial aplicable. La seguretat jurídica –que determina que no pugui existir un matrimoni sense règim econòmic matrimonial– exigeix l’aplicació de la llei personal corresponent al veïnatge civil dels contraents, i tant al Codi civil com al dret civil català preval el respecte a l’autonomia privada, amb previsió, davant la inactivitat convencional dels cònjuges, de l’aplicació immediata del règim econòmic matrimonial previst subsidiàriament i que resulta, en aquest cas, la societat de “gananciales”. Ja que els apel·lants no van acreditar que tinguessin una altra nacionalitat en el moment de contreure matrimoni, ni que fóra d’aplicació a la unió una llei estrangera, que haurien d’haver al·legat i provat, ha d’aplicar-se la solució correcta amb els postulats de la presumpció general de bona fe i dels actes propis que envolten el crèdit que s’ha d’acomplir. I per aquesta via s’ha de mantenir la rescissió del negoci jurídic, ja que, en cas contrari, es produiria un frau de llei, i a l’emparament de la manca d’inscripció registral, el matrimoni codemandat eludiria la responsabilitat per deutes matrimonials, ja que molt sovint apareixien com a “matrimoni casat en règim de «gananciales»” i, particularment, en l’escriptura de compravenda atorgada a favor dels seus néts, la qual ha de ser rescindida per l’evident frau de creditors comès pels apel·lants, amb l’únic objectiu de posar els

béns fora de l'abast dels legítims interessos dels creditors, en no quedar acreditats, concretament, ni el pagament del preu, ni l'existència de mitjans econòmics dels parents en posició compradora, ni, en general, l'existència de béns suficients dels venedors per fer front al pagament del deute, expressament reconegut pel deutor codemandat.

La sentència de 22 de juny de 1999 resol el recurs d'apel·lació contra la sentència de primera instància que desestima la demanda interposada per una entitat bancària que sol·licita la declaració de nul·litat absoluta de l'escriptura pública d'aportació de dos immobles amb causa il·lícita i de manera fictícia, amb l'exclusiva finalitat de frustrar el seu legítim dret de crèdit basat en una pòlissa de contracte mercantil de crèdit mitjançant la modalitat de descompte. La desestimació de la demanda es va produir per l'excepció de la manca de litisconsorci passiu perquè la pretensió no es dirigia també contra la resta de socis fundadors de la societat que va rebre l'aportació dels dos immobles.

En primer terme, es rebutja l'excepció oposada pels demandats i apel·lats sobre el defecte legal de la manera de proposar la demanda, en atenció a la manca de precisió quant a l'acció exercida, ja que, com és certament habitual, es barregen conceptes incompatibles des de la tècnica jurídica, com són els relatius a la rescissió per frau de creditors i a la nul·litat per simulació absoluta. Com ha fet notar la jurisprudència, es descarta en el nostre ordenament processal la necessitat de l'expressió nominal de l'acció, que no es qualifica per la denominació que facin servir les parts, sinó pels fets al·legats i les pretensions veritablement formulades, a les quals han de donar resposta els organismes jurisdiccionals prescindint de possibles errors en el *nomen iuris*.

A continuació, la Sala estudia l'excepció de manca de litisconsorci passiu necessari, acollit per la sentència d'instància, en considerar com a tercer que havia de ser cridat a judici la resta de socis de la societat constituïda amb aportació dels immobles, ja que podrien veure's afectats en cas que s'estimés la demanda, i es considera indegudament acceptada. La societat constituïda és la legitimada passiva a l'efecte de constituir vàlidament la relació juridicoprocessal d'acord amb l'acció exercida, atès que és reconeguda la seva capacitat d'obrar, quant a l'administració dels seus béns, i la seva capacitat processal, quant a la defensa dels interessos societaris, que no poden individualitzar-se, i que es troba representada pel seu administrador, que actua en garantia dels seus interessos, que són els de tots i cada un dels socis. És irrellevant, per tant, que la demanda no s'hagi dirigit també contra la resta de socis fundadors, ja que no queden afectats directament per la resolució del plet, llevat d'una manera indirecta o reflexa, com a expectativa davant la possible descapitalització de la societat, ja que l'estimació de la demanda no suposa automàticament

la seva extinció. S'ha de tenir present que l'acció no pot dirigir-se contra l'acte de constitució de la persona jurídica, sinó exclusivament contra l'acte d'aportació dels immobles, la qual cosa no impedeix, en tot cas, el reintegrament del capital social amb altres béns.

Quant a l'aportació dels immobles, la Sala, de la prova practicada, arriba a la conclusió que el negoci jurídic va ser atorgat pels demandats amb una finalitat evident de sotraure els béns de l'abast jurídic dels legítims creditors i eludir el pagament dels crèdits existents a favor de l'entitat bancària, posant atenció en tres fets: el moment temporal en què es produeix l'aportació, la divergència ostensible entre el valor real dels immobles i el valor consignat a l'escriptura pública, i l'objecte social i activitat de la societat constituïda. Efectivament, el canvi de titular registral dels immobles es fa amb posterioritat a la data d'efecte de les obligacions per signatura de la pòlissa de descompte, és a dir, després d'assumir l'obligació de pagament i àdhuc després de la seva reclamació mitjançant un telegrama, i pocs dies abans que es procedeixi a la recepció de la notificació del saldo deutor i embargament judicial, presentant-se l'escriptura en el registre de la propietat amb posterioritat a aquesta recepció, però abans de la presentació al registre de la propietat, per la qual cosa va resultar negatiu l'intent d'anotar el manament d'embargament tratat en el judici executiu perquè les finques dels demandats constaven inscrites a nom de la persona jurídica. A més, el valor escripturat de les finques en el document públic d'aportació presenta una desproporció amb la seva taxació pericial, que permet qualificar-lo, segons la jurisprudència, de preu vil, per la seva simbòlica quantia i que pot equiparar-se a la inexistència de preu, encara que s'hagi fet constar a l'escriptura. La desproporció, que intenta justificar la part apel·lada "a efectes fiscals", ja denota que l'aportació es va realitzar únicament amb la finalitat d'evitar l'embargament dels béns, els quals es consideren d'escàs valor, amb la corresponent reducció de despeses generades per l'escriptura de constitució, malgrat que la seva importància econòmica és més que suficient per satisfer el deute reclamat en el judici executiu. Però, finalment, els trets de la societat constituïda permeten titllar l'aportació de fraudulenta, ja que es constitueix essencialment amb aquesta aportació d'immobles; el domicili social coincideix amb el particular dels demandats, i a més, és una de les finques aportades; i l'objecte social es defineix com a negoci immobiliari en general, però només gestiona les dues finques aportades i no consta una altra activitat real de cap tipus.

Per tant, l'aportació dels immobles perseguia, per part dels deutors, una situació d'insolvència, ja que no tenien altres béns acreditats amb els quals afrontar el deute, amb la qual cosa es frustraven les possibilitats d'embargament a iniciativa dels creditors, pel fet de derivar-les a les

participacions socials, la qual cosa permetria als deutors el control dels béns mitjançant la nova societat constituïda amb la finalitat d'evitar l'embargament dels seus béns.

En atenció a la jurisprudència que avala l'apreciació de proves indirectes davant la complexitat i dificultat de demostrar la intenció fraudulenta, cal destacar: els vincles de parentiu i afinitat entre les persones que atorguen l'escriptura, el moment temporal de l'atorgament (que manifesta que l'escriptura no respon a una transmissió efectiva, sinó a crear una fictícia situació d'insolvència), l'ocupació de l'immoble pels mateixos transmissors, i, en definitiva, les circumstàncies que envolten l'activitat de la societat constituïda.

La sentència de 26 d'octubre de 1999 confirma la sentència de primera instància que acull la pretensió de l'entitat bancària quant a la rescissió de la donació atorgada per la fiadora solidària d'una pòlissa mercantil de crèdit a favor del seu fill, que al·legava que la seva mare, d'edat avançada, va participar en aquesta operació per pura amistat, ignorant si la deutora principal o societat avalada estava al corrent de les seves obligacions de pagament, per la qual cosa la donació no es va fer amb mala fe ni amb intenció fraudulenta en perjudici de l'entitat creditora.

Sense necessitat d'apreciar les consideracions subjectives sobre la intenció de la donatària, i àdhuc en la creença de la Sala sobre el seu comportament honrat en transmetre la finca al seu fill menor, mitjançant donació perfeccionada en escriptura pública, ha de declarar-se la rescissió de la donació, per les mateixes dades objectives, de les quals resulta directament un perjudici per als legítims creditors, en aplicació rigorosa –com ha de ser en els negocis gratuïts– dels requisits de l'acció revocatòria o pauliana: l'existència d'un crèdit a favor d'una persona i en contra d'una altra; la celebració pel deutor d'un acte posterior que causa un perjudici real al creditor –com es dona quan el donant no es reserva béns per tal de respondre pel deute–; i que les coses no es trobin en poder d'un tercer de bona fe.

La sentència de 13 de gener de 2000 dóna resposta al recurs d'apel·lació interposat per una entitat bancària contra la sentència que va desestimar per manca de litisconsorci passiu necessari la demanda dirigida contra l'aportació de béns mobles i immobles a una societat amb la finalitat de frustrar els legítims drets de crèdit que provenien de tres pòlisses de contracte mercantil de crèdit mitjançant la modalitat de descompte. En segona instància es rebutja la concurrència d'aquesta excepció, ja que la societat constituïda és la legitimada passiva als efectes de constituir la relació juridicoprocessal d'acord amb l'acció exercida.

Malgrat la manca de precisió terminològica de la demanda quant a l'acció exercida, es posa en relleu que el litigi s'origina, no solament per

l'acció de nul·litat per simulació absoluta per causa il·lícita o falsa, sinó també per l'acció rescissòria per frau de creditors. La Sala considera que es dóna un cas de rescissió per frau de creditors, a partir de les dades següents: el moment temporal de l'aportació, la composició social i organització de la societat, l'objecte social i l'activitat de la societat constituïda.

En efecte, la societat fou constituïda en el mateix mes que el demandat subscrivia les pòlisses de crèdit per les quals és deutor i que van ser objecte dels corresponents judicis executius, sense possibilitat d'embargament de les finques, que havien canviat de titular registral, per aportació a una societat constituïda amb posterioritat a la data d'efecte de les obligacions per signatura de les pòlisses indicades, és a dir, després d'assumir l'obligació de pagament i poc abans que es procedeixi a la recepció de la notificació del saldo deutor i embargament judicial. A més, els únics socis de la companyia són el demandat i la seva muller, que són administradors i partícips de tot el capital social. Però és del tot contundent la comprovació de les circumstàncies que envolten la societat constituïda pel matrimoni demandat: la denominació social respon a la contracció dels seus cognoms i del nom del carrer en què viuen, el domicili social coincideix amb el particular dels demandats i amb una de les finques aportades, l'objecte social és el negoci immobiliari i de gestió de valors mobiliaris i béns mobles, però no presenta cap activitat real.

Per això, l'operació consistia a arribar a una situació d'insolvència, ja que no presenta altres béns acreditats amb els quals fer front al deute, amb la intenció de frustrar les possibilitats de cobrament dels drets de crèdit.

La sentència de 2 de juliol de 2002 confirma la sentència de primera instància que declara rescindida la compravenda d'una finca en perjudici de l'Administració tributària. El venedor va transmetre a un tercer la finca, el qual la va transmetre seguidament a la muller del primer. La compradora, en qualitat de recurrent, formula substancialment tres motius d'apel·lació. El primer motiu, dirigit contra la prova de presumpcions aplicada per la sentència d'instància, consisteix a negar el seu coneixement del deute tributari impagat pel seu marit i a recordar que estan separats de fet, al·legant que va pagar un preu cert en el moment d'atorgar l'escriptura pública. Aquest motiu és desestimat, ja que queda acreditada la manca de capacitat patrimonial de la persona interposada entre el matrimoni, un pensionista que reconeix que va cobrar una quantitat per aquesta operació, i perquè, malgrat les desavinences matrimonials al·legades, és rellevant que el seu espòs es reservés per a si mateix i per a la seva família un dret d'habitació a la finca alienada, i que continués amb la possessió de la finca després del segon contracte de compravenda.

El segon motiu es dirigeix a posar en relleu que la sentència afecta no solament la Junta de Compensació que porta l'expropiació forçosa de la finca, sinó també els eventuals adjudicataris de les finques que resultin del projecte de compensació, per la qual cosa es presenta en el plet una situació de litisconsorci passiu necessari. Aquest motiu també es desestima perquè no cal dirigir la demanda contra les persones o entitats que no han estat part del contracte a rescindir, ni han estat afavorides per cap estipulació, ja que, com és conegut, els contractes produeixen efectes entre les parts i els seus hereus.

Finalment, reitera l'apel·lant, com a motiu del recurs, que l'Administració tributària va declarar el deute incobrable, per la qual cosa és incongruent que sol·liciti la rescissió de la compravenda. Tampoc no s'estima aquest motiu, ja que la declaració d'"incobrable" únicament posa en relleu que el creditor no té, en principi, possibilitat de veure satisfet el seu dret de crèdit, per manca o insuficiència de béns en el patrimoni del deutor, la qual cosa és molt rellevant per a la solució del plet, sense que impedeixi la rehabilitació del crèdit en produir-se la solvència sobrevinguda del deutor en interès del creditor. La declaració de l'Administració tributària no significa en absolut la pèrdua ni la renúncia del dret de crèdit, sinó que, al contrari, evidencia el seu interès directe a descobrir l'existència de béns dins el patrimoni del deutor amb els quals poder cobrar les quantitats que se li deuen.

La sentència de 9 de juliol de 2002 confirma la sentència de primera instància que declara rescindida la donació d'un immoble a favor de les filles del donant, el qual es reserva l'usdefruit vitalici, en perjudici de creditors. No s'accepten els motius al·legats pels donataris apel·lants sobre la manca d'ànim fraudulent, ja que, sense valorar les consideracions subjectives de les parts, s'ha de declarar rescindida la donació, a causa del perjudici objectiu que causa a la legítima creditora qualsevol negoci gratuït celebrat pel deutor, quan no es trobin al seu patrimoni béns suficients per veure satisfet el seu dret de crèdit.

La presumpció de frau té caràcter *iuris et de iure* a favor dels creditors, en els casos de qualsevol acte pel qual el deutor transmet béns a títol gratuït, i és irrellevant que es provi o no l'existència d'ànim fraudulent entre les parts.

## V. CONCLUSIONS

Com a conclusions del que hem tractat en aquest breu estudi podem afirmar que és possible comprovar en el nostre ordenament jurídic l'existència d'un concepte objectiu de frau, almenys en alguns casos: la donació és rescindible per frau de creditors encara que s'al·legui o es provi



la bona fe del donatari, si no té béns suficients per fer front als deutes anteriors. En aquests casos preval absolutament l'interès dels creditors del donant.

Però, a més, es detecta una tendència jurisprudencial a l'objectivació dels remeis contra el frau, ja que la rescissió cada cop depèn menys de les intencions fraudulentas del disponent i més del caràcter objectivament fraudulent de la disposició. De fet, hi ha un apropament de la idea de frau a la noció de perjudici o lesió del dret de crèdit, sense oblidar que el dret de crèdit continua desprotegit, pel principi de seguretat jurídica, davant de tercers que hagin adquirit el bé de bona fe i a títol oneros.



## COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA



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

LÍDIA ARNAU I RAVENTÓS

*Professora ajudant de Dret Civil a la Universitat de Barcelona*

## SUMARI

---

1. INTRODUCCIÓ    2. EL PROJECTE DE CODI CIVIL DE 1851: LES NOCIONS D'UNITAT I D'UNIFORMITAT    2.1. Referència a la llegítima, l'emfiteusi i la rabassa morta al Projecte de Codi civil de 1851    2.2. La unitat i la uniformitat del Projecte de Codi civil de 1851    3. ESTANISLAU REYNALS I RABASSA: L'HOME I LA SEVA DOCTRINA JURÍDICA    3.1. Les fonts    3.2. Les idees

## 1. INTRODUCCIÓ

Aquesta comunicació s'inscriu en el marc d'un treball de recerca que pren com a objecte d'estudi la resposta catalana a l'aparició del Projecte de Codi civil de 1851. Com és sabut, les veus *a favor* i *en contra* d'aquell text s'alçaren des de diferents àmbits i ho feren perquè, sobretot, les implicacions econòmiques i socials del Projecte eren moltes i massa importants per mantenir-se'n al marge.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vegeu DE BROCA I DE MONTAGUT, Guillem Maria de: *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del Civil y Exposición de las instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la Jurisprudencia*. Edició facsímil. Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. *Textos Jurídics Catalans. Escriptors*. Volum 1. Barcelona, 1985. Pàgines 442 a 444. Curiosament, en aquesta obra es dediquen molt poques ratlles a les reaccions que es van desencadenar a Catalunya amb motiu de l'aparició del Projecte de Codi civil de 1851. Amb més detall CAMPS Y ARBOIX, Joaquín de: *Historia del derecho catalán moderno*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1958. Pàgines 86 a 100.

D'entre la doctrina més recent que tracta de la matèria destaquen SALVADOR CODERCH, Pablo: *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1985. Sobretot, pàgines 7 a 118; REPÁRAZ PADRÓS, María: "La crítica contemporánea al Proyecto de Código civil de 1851". *Anuario de Derecho Civil*. Tom L. Fascicle III. Juliol-setembre, 1997. Pàgines 1015 i següents.

L'anàlisi que ara es proposa és, certament, molt menys ambiciosa. Fuig de la descripció i la interpretació detallades de tots els esdeveniments que, d'una manera o altra, feren palesa la reacció catalana al Projecte. S'allunya d'aquest objectiu, però es realitza a la seva empara: amb motiu de l'aparició del Projecte del Govern moderat de Bravo Murillo, sorgiren a la llum un seguit d'articles periodístics signats per personatges insignes de l'època, que recorregueren al text escrit per manifestar públicament l'opinió que els mereixia el projectat Codi. La premsa esdevingué, així, una plataforma idònia de reivindicació per a alguns dels que s'oposaven al text.

Una de les publicacions que van servir a aquesta finalitat fou el *Diari de Barcelona*.<sup>2</sup> Al llarg de l'any 1852, Estanislau REYNALS I RABASSA va signar (amb la inicial R.) setze articles amb el títol, tots ells, de *Código civil en proyecto*. Amb el rerefons de la regulació prevista en el Projecte de 1851, s'hi analitzava, sobretot, la noció de *família* i el sistema successori català, fent especial referència a la *llegítima*, a la qual es dedicaven, íntegrament, nou articles.<sup>3</sup> L'autor també es pronuncia, amb menys extensió però no pas amb menys èmfasi, entorn a qüestions generals, fent abstracció d'institucions concretes.<sup>4</sup> Així, a l'article III, ens il·lustra amb les seves "Ideas sobre la codificación".

<sup>2</sup> Entre altres, també cal destacar *El Faro Nacional, Revista de Jurisprudencia, de Administración, de Tribunales y de Instrucción Pública*, on Joaquín CADAFALCH I BUGUÑA va publicar un seguit de treballs a propòsit de la successió catalana.

<sup>3</sup> Tractaven de la llegítima catalana: l'article VI, subtítulat "Las legítimas" (*Diari de Barcelona*, número 230, de 17 d'agost. Pàgines 4880 a 4882); l'article VII, subtítulat "Legítimas. Explicación de la Ley de Chindasvinto" (*Diari de Barcelona*, número 240, de 27 d'agost. Pàgines 5100 a 5103); l'article VIII, subtítulat "Legítimas godas-Aspecto cristiano-Legítimas después de la reconquista-Legítimas en el siglo XVI" (*Diari de Barcelona*, número 248, de 4 de setembre. Pàgines 5276 a 5280); l'article XIX, subtítulat "Resumen del artículo anterior. Legítimas catalanas" (*Diari de Barcelona*, número 268, de 24 de setembre. Pàgines 5725 a 5729); l'article X, subtítulat "Las legítimas catalanas. La pragmática de Pedro III" (*Diari de Barcelona*, número 269, de 25 de setembre. Pàgines 5747 a 5751); l'article XI, subtítulat "Legítimas catalanas. La constitución de Felipe II" (*Diari de Barcelona*, número 282, de 8 d'octubre. Pàgines 6060 a 6063); l'article XII, subtítulat "La legítimas catalanas. La razón económica" (*Diari de Barcelona*, número 290, de 16 d'octubre. Pàgines 6251 a 6254); l'article XIII, subtítulat "Continuación del artículo anterior. Razones morales que hicieron posible la razón económica. Conclusión de la historia de las legítimas" (*Diari de Barcelona*, número 296, de 22 d'octubre. Pàgines 6391 a 6396) i l'article XIV, subtítulat "El artículo 595 del proyectado código. La proyectada organización de las relaciones de familia y la sucesión forzosa. Comparaciones importantes" (*Diari de Barcelona*, número 313, de 9 de novembre. Pàgines 6814 a 6818).

A la noció de família s'hi dedicaven: l'article IV, subtítulat "La familia catalana" (*Diari de Barcelona*, número 202, de 20 de juliol. Pàgines 4273 a 4276) i l'article V, subtítulat "El heredero. La madre. Los demás miembros de la familia catalana" (*Diari de Barcelona*, número 218, de 5 d'agost. Pàgines 4624 a 4628).

<sup>4</sup> En aquest sentit: l'article I, sense subtítol, relatiu a l'oportunitat del Projecte de 1851 (*Diari de Barcelona*, número 169, de 17 de juny. Pàgines 3356 a 3358); l'article II,

Iniciat el procés de codificació del dret civil català, s’ha considerat justificada l’oportunitat de fer un apunt històric entorn de la idea que, temps enrere i en un marc econòmic i social òbviament diferent del dels nostres dies, es tenia del moviment codificador. I s’ha optat per fer-ho a partir del llegat deixat per REYNALS I RABASSA perquè, sens dubte, fou un clar exponent del que, a voltes, s’ha anomenat *catalanisme jurídic*<sup>5</sup> o s’ha identificat amb els precedents immediats de l’*Escola Jurídica catalana*.<sup>6</sup>

## 2. EL PROJECTE DE CODI CIVIL DE 1851: LES NOCIONS D’UNITAT I D’UNIFORMITAT

Són clars els motius als quals va respondre l’oposició catalana al text de 1851. La regulació que es proposava de la *llegítima* i de la *rabassa morta*, i l’expressa prohibició de constituir, després de la seva promulgació, drets *dèmfiteusi*, es van interpretar com a mesures atemptatòries contra el dret històric de Catalunya: no sols no es recollien ni respectaven les institucions pròpies, sinó que, a més, es pretenia imposar una regulació *estranya* a la tradició jurídica del Principat.

### 2.1. Referència a la *llegítima*, l’*èmfiteusi* i la *rabassa morta* al Projecte de Codi civil de 1851

Pel que fa a les *llegítimes*, el Projecte desconeixia el sistema successori català de la *llegítima curta* i pretenia imposar una regulació inspirada en el dret castellà tradicional: la *llegítima llarga* i un sistema de millores, per cert, especialment enrevessat.<sup>7</sup> A això calia afegir-hi la necessitat de pagar

subtitulat “Leyes y costumbres” (*Diari de Barcelona*, número 180, de 28 de juny. Pàgines 3801 a 3804); l’article III, subtitulat “Explicación del artículo anterior. El derecho y la percepción del derecho. Ideas sobre la codificación” (*Diari de Barcelona*, número 191, de 9 de juliol. Pàgines 4043 a 4046); l’article XV, subtitulat “El artículo 595 del Código civil proyectado. Siguen las comparaciones. Orden político. La noción del derecho en Cataluña” (*Diari de Barcelona*, número 323, de 19 de novembre. Pàgines 7051 a 7055), i l’article XVI, subtitulat “La unidad nacional; algunas reflexiones económicas. Recapitulación general y conclusión” (*Diari de Barcelona*, número 327, de 23 de novembre. Pàgines 7140 a 7144).

<sup>5</sup> Vegeu SALVADOR CODERCH, Pablo: op. cit., pàgina 2. En el mateix sentit, SOBREQÜÉS I CALLICÓ, Jaume (dir.): *Història de Catalunya del XVII fins als nostres dies. Continuació de la història nacional de Catalunya d’Antoni Rovira i Virgili*. Volum X. Editorial Gran Enciclopedia Vasca. Bilbao, 1981. Pàgina 611.

<sup>6</sup> En aquest sentit es manifesta REPÀRAZ PADRÓS, Maria: op. cit., pàgina 1167.

<sup>7</sup> L’article 642 del Projecte de Codi civil de 1851 assenyalava: “La *legítima de los hijos y descendientes será de los cuatro quintos de los bienes. Quedando un solo hijo descendiente, será de los dos tercios. La de los padres y ascendientes será de los dos tercios, siendo aquéllos dos o más; y de la mitad, siendo uno solo. Lo dispuesto en este artículo se entiende con sujeción a lo determinado en el artículo 653.*”

Per la seva banda, l’article 653 disposava que: “Los padres y ascendientes pueden además disponer a favor de su cónyuge en usufructo: 1.º De la cuarta parte de la *legítima del hijo*, si

la llegítima *in natura* i la impossibilitat de renunciar a la llegítima no diferida.<sup>8</sup>

Des de Catalunya, aquesta regulació es va concebre com una intolerable i gratuïta limitació a la llibertat de testar que comportaria, oberta la successió, la divisió forçosa d'una part important del patrimoni familiar. En un context econòmic en el qual moltes famílies vivien de l'agricultura, les mesures proposades representaven un perill imminent a l'*statu quo* establert. L'excessiva fragmentació de la terra era, precisament, el que es volia evitar amb la quarta legitimària del dret històric català, que regia amb independència del nombre de descendents.<sup>9</sup>

Pel que fa a l'emfiteusi, el Projecte senzillament abolia la figura.<sup>10</sup> No sols es pretenia acabar amb els trets característics de la regulació catalana tradicional, com eren el lluïisme del terç, la fadiga com a dret exclusiu del domini directe i el principi d'irredimibilitat del gravamen, sinó que es prohibia constituir altres censos que no fossin el consignatiu o el reservatiu.<sup>11</sup>

*queda uno solo o descendientes que le representen; 2.º De un quinto de la legítima, si deja dos o más hijos o descendientes que le representen.*

*Si el testador deja sólo ascendientes, cualquiera que sea su número, puede disponer hasta de la mitad de su herencia en propiedad a favor de su cónyuge.*

*El cónyuge bínubo no gozará de la facultad concedida en este artículo.”*

Pel que fa al sistema de millores, l'article 654 preveia que: “*Pueden además los padres y ascendientes disponer a favor de cualquiera de los hijos y descendientes, hasta el duplo o de una doble porción de la legítima correspondiente a cada uno de los primeros.*

*Esta porción doble se llamará mejora.”*

Vegeu, sobre l'anomenada qüestió legitimària al Projecte de Codi civil de 1851, GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Tom II. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Madrid, 1852. Apèndix número 7. Pàgines 325 i següents. En aquest punt, l'obra de GARCÍA GOYENA té una mena de valor afegit a la tantes vegades reconeguda importància de les seves observacions. Això obeeix al fet que ell fou l'encarregat de redactar la part del Projecte relativa a la successió hereditària. El mateix autor ens ho fa saber a la pàgina 93 *in fine* de l'obra citada. En el mateix sentit, assenyalant els punts sobre els quals interessava que incidís el Projecte, CÁRDENAS, Francisco de: *De los vicios y defectos más notables de la Legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código Civil*. Establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, editor. Madrid, 1852. Pàgines 57 a 59.

<sup>8</sup> Vegeu els articles 646, 650 i següents del Projecte de Codi civil de 1851.

<sup>9</sup> Destaca per la seva claredat expositiva i per l'extensa anàlisi que es fa de la qüestió legitimària, CADAFALECH I BUGUÑA, Joaquín: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?* Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en Junta Pública del día 12 de enero de 1862 con arreglo al concurso abierto el 5 de julio de 1859. Madrid, 1862.

<sup>10</sup> Vegeu, sobre la importància de l'emfiteusi en el desenvolupament agrari de la Catalunya dels segles XVIII i XIX, SOBREQUÉS I CALLICÓ, Jaume: op. cit., pàgines 491 i 492.

<sup>11</sup> Segons l'article 1574 del Projecte: “*No podrán constituirse en adelante otros censos que el consignativo y el reservativo, y no surtirán más efecto que los señalados en este título,*



En el cas de la rabassa morta, el Projecte va regular una qüestió que es presentava especialment polèmica al Principat: la relativa a la duració del contracte.<sup>12</sup> Així, per al cas de manca de determinació convencional del temps de vigència dels drets del rabassaire, s'entenia que la durada del contracte era de seixanta anys.<sup>13</sup> La mesura no sols es va considerar atemptatòria contra la *jurisprudència consuetudinària* de Catalunya,

*a pesar de lo estipulado en contrario y cualquiera que sea el nombre que se les dé. Es consignativo cuando se impone el gravamen del rédito o canon, en compensación del capital que se ha recibido en dinero.*

*Cuando sin recibirse ningún capital, se enajena o transmite el dominio de los bienes inmuebles, reservando únicamente para sí o para otro el rédito o canon anual, es reservativo."*

Per la seva banda, l'article 1563 estableix un règim transitori per als censos emfitèutics preexistents. Aquest precepte assenyalava: "En cuanto a los censos emfitéuticos, foros, subforos, derechos de superficie o cualesquiera otros gravámenes perpetuos de igual naturaleza constituidos antes de la promulgación del Código, se observarán las reglas siguientes:

1.º Podrán redimirse por los terratenientes, pagando el capital de la imposición; y si éste no fuere conocido, abonando el capital, laudemio, luismo y cualesquiera otros derechos dominicales la cantidad que resulte, computada la pensión al respecto de 33 y 1/3 al millar, o sea 3 por 100.

2.º Si la renta o pensión se paga en frutos, se estimarán éstos, para computar el capital, por el precio medio que hubieren tenido en el último quinquenio.

3.º Los terratenientes pueden enajenar libremente el dominio útil; y en los casos en que con arreglo a la legislación vigente y a lo pactado, tenga lugar el laudemio o luismo, o cualquier otro gravamen de esta clase, no podrá exigírseles más que la cincuentena parte o dos por ciento del precio de la venta.

4.º Mientras los terratenientes paguen el canon o pensión, y demás gravámenes que hasta ahora vengan pagando, no podrán ser inquietados en el goce de las fincas afectas a su pago.

5.º Lo dispuesto en el artículo 1.551, es aplicable a los censos, y demás derechos de que se trata en este capítulo.

6.º Las cuestiones sobre la cuantía o pensión, se resolverán con arreglo a la que se hubiere venido pagando en el último quinquenio.

7.º Tanto los terratenientes como los perceptores de las pensiones o gravámenes, podrán usar del retracto legal en toda transmisión de sus respectivos derechos.

8.º En las herencias por testamento o sin él, se considerarán los derechos de los terratenientes, como los demás derechos reales, y por lo tanto divisibles entre los herederos, con sujeción a las disposiciones comunes sobre herencias.

9.º El contrato en cuya virtud el dueño del suelo ha cedido su uso para plantar viñas, y por el tiempo que viviere en las primeras cepas, fenece de derecho a los sesenta años, si no se ha estipulado lo contrario, bien se conserven las primitivas en todo o en parte, o bien se hayan plantado otras."

<sup>12</sup> Amb relació a l'anomenada qüestió rabassaire, vegeu SOBREQÜÉS I CALLICÓ, Jaume: op. cit., pàgines 338 a 342, i CARRERA PUJAL, Jaume: *La economía de Cataluña en el siglo XIX*. Tom II. *Agricultura, artesanía e industria*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1960. Pàgines 68 a 71, 83, 121 i 189.

<sup>13</sup> Vegeu l'apartat 9è de l'article 1563 del Projecte de Codi civil de 1851, transcrit a la nota anterior.

sinó que, a més, es va concebre com un intent de transacció entre els propietaris i els rabassaires que no va fer contents ni els uns ni els altres.<sup>14</sup>

## 2.2. *La unitat i la uniformitat del Projecte de Codi civil de 1851*

La reacció que es va desencadenar a Catalunya amb motiu de l'aparició del Projecte de 1851 va obeir, com s'ha dit, al caire de la regulació que es proposava de les tres institucions a què s'ha fet esment. Per això es pot afirmar, com ja ha fet la doctrina,<sup>15</sup> que a Catalunya no s'alçà un moviment en contra de la *codificació* concebuda com a instrument o eina d'articulació de les relacions socials, sinó que simplement es va reaccionar davant de l'afany *uniformista* dels moderats, altrament dit, davant el gratuït propòsit de sotmetre tot el país a una llei *única* que desconeixia i derogava les particularitats del dret històric dels seus territoris.<sup>16</sup>

Succeí, però, que a l'empara d'aquesta reacció *antiuniformista*, en determinats cercles es va qüestionar la conveniència i idoneïtat del mètode codificador *en si mateix* considerat, és a dir, com a tècnica de regulació social, fent abstracció de si el contingut del futur Codi havia d'imposar la uniformitat normativa a qualsevol preu o si havia de ser respectuós amb les particularitats territorials.<sup>17</sup>

Un clar exemple d'aquesta *generalització* de la reacció catalana al Projecte de 1851 són els escrits de REYNALS I RABASSA.

<sup>14</sup> Sobre aquesta qüestió vegeu SALVADOR CODERCH, Pablo: op. cit., pàgines 53 a 66. Segons assenyala aquest autor, no existeix cap estudi rigorós relatiu a la jurisprudència de l'època en matèria de duració de la rabassa morta. Només es dedueix d'alguns informes de l'Audiència de Barcelona que la tendència era, precisament, la de no sotmetre el contracte a cap termini de duració i la de prorrogar-lo mentre fos fructífera una part de la vinya.

<sup>15</sup> Vegeu SALVADOR CODERCH, Pablo: op. cit., pàgines 86 i 87.

<sup>16</sup> La unitat de codis era imposada per l'article 4 de la Constitució de 1845 que es pronunciava, en aquest punt, en els mateixos termes que emprà, anys enrere, l'article 4 de la Constitució de 1837. El precedent d'ambdues disposicions és l'article 258 de la Constitució de Cadis de 1812.

<sup>17</sup> Així, s'arribaren a convocar concursos que prenién com a objecte de comentari i valoració l'oportunitat de la Codificació. A títol d'exemple, l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona en va convocar un en el seu programa de 14 de juny de 1859. Vegeu, amb relació a aquest esdeveniment, el *Dictamen calificativo de las memorias presentadas a tenor del programa anunciado en 14 de junio de 1859*, leído por el académico Don Manuel Durán i Bas. Es pot consultar al recull de la Sesión Pública Anual de Apertura celebrada por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona el día 27 de noviembre de 1859. En aquest acte també hi va participar Estanislau REYNALS I RABASSA, que va llegir el treball titulat *El derecho en nuestros días*, de clar signe antiuniformista.

### 3. ESTANISLAU REYNALS I RABASSA: L'HOME I LA SEVA DOCTRINA JURÍDICA

Manuel DURAN I BAS, parlant d'Estanislau REYNALS I RABASSA, digué:

“Pero era principalmente jurisconsulto filósofo por su inclinación, como antes he indicado, a resolver las cuestiones con el criterio de los principios; por el acierto con que sabía elevar una cuestión particular o concreta a cuestión general, a problema trascendental [...]; y es de ahí que la mayor parte de las doctrinas generales de derecho que de él poseemos debe entresacarse de trabajos que pudieran llamarse de ocasión, gracias a su manera de tratar los asuntos de importancia [...]”<sup>18 19</sup>

#### 3.1. Les fonts

L'article abans esmentat, subtítulat “Ideas sobre la codificación” i escrit el 1852, esdevé un magnífic exponent d'aquesta tendència a generalitzar de la qual ens parlava DURAN I BAS: amb el rerefons del sistema successori que proposava el Projecte de 1851 i la seva crítica, l'autor va més enllà i analitza la conveniència de *codificar* el dret.

A més d'aquest escrit, se'n coneix un altre sobre la mateixa qüestió: es tractava d'un article sobre la “Codificación” que REYNALS I RABASSA va preparar per al *Diccionario de política y administración* i del qual es té coneixement, tant de la seva existència com del seu contingut, gràcies a les referències que en fa DURAN I BAS en el seu recull biogràfic sobre l'autor.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Vegeu DURAN I BAS, Manuel: *Reynals y Rabassa, Estudio biográfico y literario*, leído en la Sesión pública que celebró el día 20 de mayo de 1883 la Real Academia de Buenas Letras de esta ciudad. Imprenta Barcelonesa. Barcelona, 1883. Pàgina 19.

<sup>19</sup> Estanislau REYNALS I RABASSA nasqué a Calella el 26 d'octubre de 1822 en una família humil i cristiana, i morí a Barcelona l'1 de maig de 1876. Fou deixeble de Martí d'Eixalà i participà de les teories de SAVIGNY. Impartí docència en les assignatures de Dret Romà, Geografia i Estadística Mercantil, i Dret Administratiu. Fou catedràtic titular de la càtedra d'Elements de Dret Civil, Mercantil i Penal, i se li confià del 1868 al 1870 la càtedra de Legislació Comparada. Al llarg de la seva vida, va desenvolupar una important tasca periodística que s'inicià escrivint, el 1849, al diari *El Locomotor*. Anys més tard va entrar a la redacció de les publicacions *El Bien Público* i el *Diari de Barcelona*. El 1859 va ingressar a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona, i el 1875 fou nomenat rector de la Universitat de Barcelona.

El treball bibliogràfic de Manuel DURAN I BAS (op. cit.) esdevé una magnífica il·lustració del perfil humà i professional d'Estanislau REYNALS I RABASSA.

<sup>20</sup> Vegeu DURAN I BAS, Manuel: op. cit., pàgina 22. Se'n diu que l'article encara és inèdit perquè es va preparar per al *Diccionario de política y administración*, que es va començar a publicar el 1867 pels Srs. Suárez Inclán y Barca, però que aquesta publicació es va suspendre el 1868.

### 3.2. *Les idees*

És precisament en aquesta darrera obra on es trobava una definició de *codificació*: entenia l'autor per aquest concepte “[...] la redacción escrita de los preceptos jurídicos [...]”.<sup>21</sup> En distingia dos tipus o modalitats:

“[...] la que prescinde de las distintas entidades o instituciones que formaron la nación, de todos sus antecedentes históricos, y es la que apellida codificación exagerada y estima como consecuencia de ciertas teorías filosóficas y poco jurídicas; y la que no quiere cambiar radicalmente la sociedad, sino darle a conocer sus reglas de vida y formularlas en palabras para que éstas obren los efectos maravillosos que producen en el entendimiento humano. Rechaza decididamente la primera, y encuentra menos inconvenientes, sin estar exenta de ellos, en la segunda; pero opina que en ambas amenazan dos peligros al derecho: uno es que se mezclen en el Código elementos extraños, o en otros términos, que aquél sea, no la colección de reglas que están en la conciencia de la nación, sino de las que se hallan en el interés de alguna clase para imponer a la sociedad una forma de existencia perpetua; y es el otro, que la facilidad de escribir el derecho lleve a la facilidad de cambiarlo, y a que el espíritu filosófico y científico haga de él una abstracción antes de haber sido un hecho. Como quiera que la segunda puede en ciertos casos, y lo demuestra la historia, servir para salvar el derecho; de suerte que en el terreno de la necesidad, no en el de la conveniencia, la codificación no es condición constitutiva ni de la nación, ni de sus progresos. Y aún en el terreno de la conveniencia los que dan al derecho no codificado la extensión y carácter de la escuela savigniana, o sea los que afirman que su fuente está en las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina de los autores, no pueden ser partidarios de la codificación [...]”.<sup>22</sup>

Adscrit plenament a l'Escola Històrica del Dret,<sup>23</sup> l'autor afirma desconèixer les bondats i els avantatges que altres defensaven com a inherents a la codificació. No obstant això, pel cas que *codificar* esdevingui quelcom necessari, aconsella que en aquest procés se sigui flexible i es fugi del rígid uniformisme. A l'article III de la sèrie *Código civil en proyecto*, escriu:

<sup>21</sup> Vegeu DURAN I BAS, Manuel: op. cit., pàgina 49.

<sup>22</sup> Atès que no es disposa del text original de l'escrit de REYNALS I RABASSA, s'ha optat per transcriure literalment aquest passatge de DURAN I BAS (op. cit., pàgina 50) a l'efecte de reproduir amb la màxima fidelitat possible l'ideari de l'autor.

<sup>23</sup> A l'article I de la sèrie *Código civil en proyecto* (op. cit.), l'autor escriu: “*El derecho positivo, a nuestro ver, además de ser expresión de derecho absoluto, es expresión de una época, y la legislación sobre todo, es decir el modo de traducir en formas lógicas el derecho que vive en la conciencia de los pueblos, no es otra cosa que una de las fases de la manifestación del pensamiento en tiempos dados: en otros términos, el derecho antes que*

“Reduzcamos cuanto va dicho: no ha sido con las leyes como han crecido y se han fortalecido las naciones antes bien con las costumbres o con aquellas leyes que pueden llamarse costumbres, porque no son más que la fórmula de las mismas. También pues con costumbres se gobiernan los pueblos; y la historia y la razón nos dicen, que cuando pueden así gobernarse han constituido fuertes nacionalidades, pueblos cultísimos. Así es que si se nos pregunta: ¿Se ha de rechazar la codificación? Preguntaríamos nosotros a nuestra vez: ¿Qué disposiciones contiene el código? ¿Cuál es el estado del país para el que se legisla? Si halláramos al pueblo o su jurisprudencia con suficiente energía para satisfacer sus necesidades jurídicas, no arriesgáramos en un código la noción de derecho, porque pelagra siempre lo sublime cuando quiere analizarse y concretarse, porque toda definición, como decían los juriconsultos romanos, *in jure periculosa*; porque pierde siempre el derecho como los árboles que echaron profundas raíces, en las trasplantaciones. Mas si halláramos un pueblo sin energía o un pensamiento embrutecido, una jurisprudencia desautorizada, entonces procederíamos como Justiniano, y si no podíamos de ideas propias, de recuerdos formaríamos un código: vale más una

*a la filosofía pertenece a la historia, la legislación antes que un monumento legal es un monumento literario. [...] Pues en el derecho positivo ha de reflejarse necesariamente la época en que se forma y la legislación no solo será reflejo sino retrato fiel de los tiempos y aun de las circunstancias transitorias que le han visto nacer. Pues no puede estudiarse aislado el derecho positivo; ni formar un juicio cabal de un código si no se fija la consideración en todo lo que tiene en derredor suyo [...].”*

A l'article II, amb el subtítol “Leyes y costumbres” (op. cit.), l'autor enalteix els pobles que es regeixen pels seus costums sense necessitat de legislar. En el mateix sentit, a l'article III, amb el subtítol “Explicación del artículo anterior. El derecho y la percepción del derecho. Ideas sobre la codificación” (op. cit.) ofereix un concepte de dret consuetudinari i de dret escrit: “[...] *Comprendimos con la denominación general de costumbres o sea derecho consuetudinario (en nota: ‘Tal vez sería mejor designarle con la palabra derecho popular que le da Savigny’) todas aquellas traducciones del derecho que hace o bien inmediatamente el pueblo o mediatamente la ciencia que andando el tiempo se subroga en lugar de él, determinando, ampliando, abstrayendo. Comprendemos con el nombre de leyes o de derecho escrito, si se quiere usar la palabra más técnica, aquellos principios abstractos que se ponen como reglas de derecho y que en nuestros tiempos se llaman principios racionales y absolutos, que no dependen, se dice, ni de los tiempos, ni de las circunstancias transitorias, sino que tienen su base y explicación en la naturaleza del hombre y en su fin providencial [...].”* L'autor inicia aquest article transcrivint uns passatges de BONALD (*Legislación primitiva*) i de REY (*Discurso leído en el año 1834 en la apertura del tribunal de Mallorca*). A la primera citació se'ns diu: “[...] *Tal vez es desgraciada la nación que se ve obligada a escribir y aún a hacer leyes de sus costumbres [...].”*

Per altra banda, recordem com SAVIGNY definia el dret consuetudinari: “[...] *El derecho del pueblo, que se desenvuelve de una manera invisible, y cuyo origen no puede referirse a un hecho exterior o a una época determinada [...].”* i com identificava el dret positiu amb la llei escrita: “[...] *El derecho positivo, traducido por la lengua con caracteres visibles y revestido de una autoridad absoluta se llama ley, cuya confección es uno de los más nobles atributos del poder supremo del Estado [...].”* (vegeu *Sistema de derecho romano actual* por M. F. C. DE SAVIGNY, vertido al castellano por Jacinto MESÍA y Manuel POLEY. Tom I. Ed. Centro Editorial de Góngora. Madrid, 1876. Pàgines 80 a 86).

ficción de orden que el caos, vale más la fría legalidad, cuando no puede obtenerse el criterio y la conciencia jurídica, que la arbitrariedad.”<sup>24</sup>

I conclou:

“Miraríamos mucho sobre todo qué es lo que existe, y qué es lo que se deroga; y si halláramos, como sucede, por ejemplo, en la legislación o derecho consuetudinario catalán, una institución que tenga hondas raíces en el país, que expresa una manifestación local del derecho, y que debe ser por consiguiente algo moral, porque el tiempo traga la inmoralidad, la dejaríamos en pacífica posesión de sus dominios, aunque fuesen los principios que profesáramos, opuestos a ella [...]. Los aficionados a reglamentos o los que miran la confección de un código general, absoluto, como una consecuencia de aquel principio sentado en ley fundamental “unos mismos códigos regirán en la monarquía” o que creen que la uniformidad en la legislación es la unidad de la misma, y la unidad nacional, aplaudan quizá que el código se anuncie a guisa de conquistador o ciego sistemático: nosotros hemos examinado la afición a los reglamentos y la arbitrariedad legislativa; y en cuanto la uniformidad de la legislación, creemos poder probar que ésta no es la unidad de la misma, y menos todavía la unidad nacional. R.”<sup>25</sup>

Com s’ha anticipat, al marge de ser coherent amb una escola ideològica concreta, l’autor va fer seus els postulats d’aquesta per servir a uns fins molts concrets: denunciar la uniformitat legislativa que intentava imposar el Projecte de Codi civil de 1851. I ho va fer no sols evidenciant la improcedència de la regulació uniforme, sinó també declarant obertament que el Codi era innecessari.

<sup>24</sup> *Diari de Barcelona*, op. cit.

<sup>25</sup> Vegeu, amb un discurs de caire molt semblant, CADAFALECH I BUGUÑÁ, Joaquín: op. cit., pàgines 218 i següents.

## MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE  
*Universidad de Salamanca*

1. El propósito de este trabajo es el siguiente: discutir la conveniencia de permitir o prohibir la alteración convencional de los plazos legales de prescripción en el ejercicio de los derechos, asunto que se extiende, de modo semejante, a la validez de los pactos de suspensión de estos plazos y de posposición o anticipación de su *dies a quo* de cómputo. La respuesta, además, sirve para la caducidad, al menos cuando ésta recaiga sobre derechos disponibles. Para abordar cabalmente este asunto primero justificaremos la oportunidad de discutirlo. Después enunciaremos los argumentos a favor y en contra de la prohibición, para terminar pronunciándonos por una admisión matizada de los pactos sobre prescripción.

2. La oportunidad de debatir esta materia tiene, nos parece, firmes apoyos: unos fruto de la discusión en sede de política legislativa catalana, y otros derivan de la diversidad de respuestas en el derecho comparado. Son los siguientes:

a) Por un lado, es uno de los asuntos regulados en el Libro I del Código civil catalán, en particular en su art. 121-3, que, bajo la rúbrica “Imperativitat”, dice:

*Les normes sobre prescripció són de naturalesa imperativa. Tanmateix, les parts poden pactar un abreujament o un allargament del termini no superiors, respectivament, a la meitat o al doble del que està establert legalment, sempre que el pacte no comporti indefensió de cap de les parts.*

Precepto al que debe añadirse, por un lado, el art. 121-10.1, que señala la nulidad de la renuncia anticipada a la prescripción; y por otro lado, en materia de caducidad, después de distinguir con lucidez entre derechos disponibles e indisponibles, el art. 122-3 admite la suspensión convencional para los primeros.

El texto de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya (recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno - recurso de inconstitucionalidad núm. 2099/2003, publicado en el BOE núm. 132, de 3 de junio de 2002, p. 21285-) se publicó en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, de 13 de enero de 2003, y en el *Boletín Oficial del Estado*, de 6 de febrero de 2003. Este completo texto legislativo sobre prescripción goza de unos significativos antecedentes legales; así, en los Proyectos de apéndice de 1930 y de 1955, cuyos textos pueden consultarse en *Textos jurídics catalans, lleis i costums. Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*, VI 2, estudi introductor i a cura d'A. MIRAMBELL I ABANCÓ / P. SALVADOR CODERCH, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1995, pp. 755-757 y 930-933, respectivament. Este texto disfruta, además, de un sólido refrendo doctrinal; así, F. RIVERO HERNÁNDEZ: "La prescripción y la caducidad. Perspectivas legislativas", *L'exercici de les competències sobre dret civil de Catalunya (Materials de les Onzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Àrea de Dret Civil. Universitat de Girona (coord.), Tirant lo Blanch / Universitat de Girona, València, 2002, p. 393-453, J. MARCO MOLINA: *Compendi de dret civil català*, F. BADOSA COLL (coord.), Edicions de la Universitat de Barcelona / Marcial Pons, Madrid / Barcelona, 1999, p. 161-164; y, sobre todo, A. LAMARCA I MARQUÈS: "La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació", *Revista Jurídica de Catalunya* 4(1999), p. 957-982. Aun cuando a la vista del tenor literal del art. 344 de la Compilación de Derecho Civil Catalán (CDC) [o mejor, de su "parcialidad y escasez", como dice L. PUIG I FERRIOL: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XXX, *Artículos 277 al final Compilación de Cataluña*, M. ALBALADEJO (dir.), Edersa, 1987, sub art. 344, p. 865-893, p. 867] y de la doctrina sobre la supletoriedad del Código civil en los aspectos sustantivos de la prescripción, justificada en la propia Disposición final 4.<sup>a</sup> CDC [E. ROCA I TRÍAS en L. PUIG I FERRIOL / E. ROCA I TRÍAS: *Institucions del dret civil de Catalunya*. I. *Introducció i part general. Obligacions i contractes. Drets reals*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 5.<sup>a</sup> edició, p. 95 y G. RIBAS MORENO: "La prescripció extintiva i els seus terminis en la Compilació del Dret Civil de Catalunya", *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Àrea de Dret Civil. Universitat de Girona (coord.), Universitat de Girona / Tirant lo Blanch, València, 2000, p. 519-562, p. 526] pudiera dudarse de la competencia legislativa de Cataluña sobre la materia.

b) Además, el asunto de la prescripción se aborda en los procesos de unificación internacional del derecho privado. Así, dentro de la Parte



III de los principios de derecho contractual europeo (PDCE), se admite la reducción o ampliación de los plazos sometiendo la extensión a un plazo máximo. En particular se señala en su art. 14: 601: 6, bajo la rúbrica "Agreements Concerning Prescription", lo siguiente:

(1) *The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription.*

(2) *The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement date set out in Article 14: 203.*

Estos principios fueron publicados el 25 de mayo de 2002 y pueden consultarse en francés, inglés e italiano (versión de C. Castronovo), en la dirección: [http://www.cbs.dk/departaments/law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/](http://www.cbs.dk/departaments/law/staff/ol/commission_on_ecl/) (fecha de consulta, 12 de noviembre de 2002).

Debe advertirse que las diversas propuestas no son armónicas, porque, frente a la regla permisiva de los principios de derecho contractual europeo, la Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, de 14 de junio de 1974, hecha en Nueva York, se inclina por prohibir la modificación convencional [convención que no está vigente en España; su texto puede consultarse en *Revista de Derecho Mercantil*, 207 (1993), p. 267-280; y también en R. SCHULZE / R. ZIMMERMANN: *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de derecho español y europeo* de E. ARROYO I AMAYUELAS, Marcial Pons, Madrid / Barcelona, 2002, p. 365-381]. Así, en su art. 22, bajo la rúbrica "Modificación del plazo de prescripción por las partes", dice:

1. *El plazo de prescripción no podrá ser modificado ni afectado por ninguna declaración o acuerdo entre las partes, a excepción de los casos previstos en el párrafo 2 del presente artículo.*

2. *El deudor podrá en cualquier momento durante el curso del plazo de prescripción, prorrogarlo mediante declaración por escrito hecha al acreedor. Dicha declaración podrá ser reiterada.*

3. *Las disposiciones del presente artículo no afectarán a la validez de las cláusulas del contrato de compraventa en que se estipule, para iniciar el procedimiento arbitral, un plazo de prescripción menor que el que se establece en la presente Convención, siempre que dichas cláusulas sean válidas con arreglo a la ley aplicable al contrato de compraventa.*

También se discute en las propuestas de modificación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 1995,

inclinándose el grupo de trabajo por admitir, con límites, la autonomía de la voluntad [así forma parte de las tareas que estaban asignadas para la redacción de la segunda edición de los principios; véase, “<http://www.unidroit.org/english/principles/wg-1998.htm>” y sobre la “limitation of actions by prescription”, Position paper prepared by P. SCHLECHTRIEM: *Unidroit Proceedings and Papers 1999*, Study L, Doc 58, en particular, sub III. 4. “Party Autonomy”; y luego pueden consultarse del grupo de trabajo sobre prescripción, *Unidroit Proceedings and Papers 1999*, Study L, Doc. 64; *Unidroit Proceedings and Papers 2000*, Study L, WP. 2; *Unidroit Proceedings and Papers 2001*, Study L, Doc. 68 y WP. 7; y, finalmente, *Unidroit Proceedings and Papers 2002*, Study L, Doc. 73].

c) La última dimensión del problema reside en la diversidad de respuestas que puede observarse en el derecho comparado. En ocasiones se establece la prohibición de modificación convencional conjugada con la validez de la renuncia a la prescripción ganada, fundada comúnmente tal prohibición en la naturaleza imperativa o inderogable de las normas sobre prescripción. Así ocurre en el derecho civil navarro (ley 27 de la Compilación), en el portugués (art. 300 y 301. 1 de su Código civil (Cc)), en el italiano (art. 2936 y 2937 II Cc), en el Código suizo de las obligaciones (art. 129 y 141), en el Código civil holandés (art. 3. 11. 20a. 3 Cc) o en el quebequés (art. 2883 y 2994). Ordenar simultáneamente la prohibición de modificación convencional con la admisión de la renuncia a la prescripción ganada tiene pleno sentido, en la medida en que la renuncia no es más que la expresión, dentro de la prescripción, del contenido propio de los derechos o facultades, que no es otro que el atribuir una posibilidad (o ventaja) a su titular, que, como tal, puede o no ser ejercitada.

En otros casos se somete la validez de la modificación convencional de los plazos (o la posibilidad de suspensión) a ciertas restricciones, como el art. 121-3 del Libro I del Cc catalán que fija un plazo máximo y mínimo relativo, esto es, según el plazo legal de prescripción. También es el caso del derecho civil alemán, recientemente reformado en este punto, que establece explícitamente un periodo máximo para los pactos de alargamiento (treinta años) y excluye la validez de las cláusulas de modificación de la responsabilidad por dolo, véase el nuevo § 202 Cc alemán [modificado por la *Gesetz zu Modernisierung des Schuldrechts* de 26 de noviembre de 2001, vertida al castellano por M<sup>a</sup> L. VIVES MONTERO: *Anuario de Derecho Civil* (2002)III, pp. 1229-1310. Sobre esta reforma, un apunte completo en materia de prescripción y autonomía lo proporciona en este mismo volumen A. RUDA GONZÁLEZ: “Pactes sobre la durada del termini de prescripció en la modernització del dret d’obligacions alemany”. En este derecho se admiten implícitamente

los pactos de acortamiento, sometidos, debe entenderse, a las reglas o cláusulas generales]. También es el caso del art. 14: 601: 6 PDCE (Parte III), que señala como plazo mínimo el de un año y máximo el de treinta.

Por último admiten (o puede deducirse su admisión) los pactos sobre prescripción aquellos derechos en que no se formula expresamente una regla prohibitiva, de manera que la validez de los pactos queda sometida a las cláusulas generales (buena fe, orden público) de las que es un aspecto destacado la regla que consagra la inadmisibilidad de la renuncia anticipada del derecho a prescribir (caso de los art. 1935 *in fine* del Código civil español ó 2220 del francés) que impide los pactos de imprescriptibilidad y aquellos materialmente iguales, por su duración excesiva.

Puede consultarse un panorama más amplio del derecho comparado en *Extinctive Prescription. On the Limitation of Actions. Reports to the XIVth Congress International Academy of Comparative Law. Athens (Vouliagmeni), Greece, 31 July-7 August 1994*, edited by E. H. HONDIUS, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1995.

3. La respuesta a la validez de los pactos modificativos se ha vinculado históricamente con la naturaleza imperativa o dispositiva de las normas sobre prescripción, naturaleza que se hace derivar del propio fundamento del instituto. Las razones alegadas para justificar una limitación temporal al ejercicio de los derechos no son uniformes. Por ello estas razones se diversifican en sus consecuencias tanto en la fijación de los pactos admisibles (alargamiento, acortamiento) como en el establecimiento de sus límites, esto es, si cabe o no superar ciertos plazos máximos o mínimos fijados legalmente para grupos de derechos. Por último, cabe apreciar cierta incongruencia entre estas razones (y sus consecuencias) con la configuración de la prescripción como un remedio defensivo alegable únicamente a instancia de parte, que, en general, disfruta de numerosos medios de interrupción con el consiguiente reinicio del cómputo del plazo. Estas razones son resumidamente las siguientes:

a) En primer lugar, se alega como justificación principal de la prescripción que con ella se favorece la seguridad del tráfico, en tanto que despeja la incertidumbre sobre la vigencia de los derechos, consagrándose la prescripción como una institución propia del orden público, orden del que deriva el carácter imperativo de sus normas, con lo cual la prescripción no es una materia "disponible", pese a serlo, la mayor parte de las veces, los derechos afectados por ella.

Así, F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852 (reproducido junto con el tomo III por

Editorial Base, Barcelona, 1973), *sub art.* 1940. De este modo, y con alguna significativa consecuencia normativa, se afirma que la prescripción no es una regla de “justicia” y por tal razón debe ser interpretada restrictivamente, *in dubio contra praescriptio*. Así se afirma en nuestra jurisprudencia; sobre ella, véase M. PASQUAU LIAÑO: *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, II, M. PASQUAU LIAÑO (dir.), Comares, Granada, 2000, *sub art.* 1930 a 1939 Cc, p. 3401-3408. En particular, como afirma F. REGLERO CAMPOS: *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, II, M. PASQUAU LIAÑO (dir.), Comares, Granada, 2000, *sub art.* 1961 Cc, pp. 3427- 3443, se interpretan laxamente las causas de interrupción y en casos dudosos se prefiere el plazo largo al corto; aunque pueden alegarse otras sentencias en sentido contrario como pone de manifiesto F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI: “La interrupción de la prescripción extintiva”, *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, dir. F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Cuadernos de Derecho Judicial* XIV, CGPJ, 1995, p. 253-314 [también en *Aranzadi Civil* (1995) II, pp. 63 - 114], p. 258.

b) En segundo lugar se afirma que la prescripción sirve a la dinámica del tráfico económico [“tiene su mejor ambiente en la economía de mercado” dice F. DE CASTRO Y BRAVO: *Temas de derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1972, p. 146] porque ahorra costes a los deudores sobre la conservación de las pruebas del pago de sus deudas. En particular, esta razón está en la raíz de las prescripciones cortas y las denominadas prescripciones presuntivas, determinadas, por lo común, en virtud de presunciones de pago.

Así, con nitidez, R. J. POTHIER: *Oeuvres complètes de Pothier. II. Traité des Obligations*, Langlois, Libraire / Durand, Libraire, Paris, 1844, n.º 679: “D’ailleurs le soin que doit avoir un débiteur de conserver les quittances qui sont la preuve du paiement qu’il a fait, ne doit pas être éternel; et on doit fixer un temps, au bout duquel il ne soit plus obligé de les représenter.”

c) Por último, se afirma que con la prescripción se determina en qué casos es objetivamente inadmisibles el ejercicio retrasado de los derechos por su titular, como tipificación singular de una conducta desleal, contraria a la buena fe, cláusula ésta que impone el ejercicio tempestivo de los derechos. Estas dos últimas razones se reconducen a la protección del sujeto pasivo de un derecho o facultad, bien porque el transcurso del tiempo le priva de los medios de prueba, bien porque debe protegerse su confianza en que no se romperá en su perjuicio el prolongado silencio del titular del derecho.

Así, F. PANTALEÓN PRIETO: voz “Prescripción (D.º civil)”, *Enciclopedia jurídica básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 5008-5013, p. 5013, siguiendo también en este punto a L. Díez-PICAZO

Y PONCE DE LEÓN: *La prescripción en el Código civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964, que dice, p. 40: "A mi juicio la razón última de la prescripción radica en la espera a que razonablemente puede ser sometido el deudor o sujeto pasivo de una pretensión. Esta espera de la pretensión tiene que poseer una duración razonable dadas las circunstancias. La sumisión a una espera indefinida o excesivamente prolongada es inadmisibile. Es una objetiva inadmisibilidad o una objetiva deslealtad del retraso, el elemento último de la prescripción y la característica esencial de la pretensión tardía o extemporánea."

d) Las consecuencias específicas de estas razones son fácilmente deducibles: en general los pactos modificativos son inadmisibles al ordenarse el carácter imperativo de las normas sobre prescripción, repudio que es evidente respecto a los pactos de alargamiento puesto que equivalen a una renuncia anticipada al derecho a prescribir o, desde otra perspectiva, consagran materialmente la imprescriptibilidad de la pretensión. Inadmisibilidad que, pese a todo, se matiza con la validez de los pactos de acortamiento en los casos en que el plazo legal sea extenso, como ocurre, por ejemplo, en el derecho civil español.

4. Las razones que justifican que nos pronunciemos por una matizada admisión de los pactos modificativos son las siguientes: en primer lugar, la ambivalencia del fundamento de la prescripción, en el que las exigencias del orden público o seguridad en el tráfico se conjugan con la protección de los intereses, generalmente disponibles, del sujeto pasivo de la pretensión. La naturaleza del interés protegido por estas normas es determinante de esta ambivalencia.

En segundo lugar, el entendimiento (o la convicción) del derecho privado como derecho de libertad, en el que sólo cuando resulta objetivo y proporcionalmente necesario debe optarse por la prohibición de una conducta, puesto que son los titulares de los derechos los mejores jueces de su interés, esto es, debe valorarse la proporcionalidad o razonabilidad del establecimiento de una norma prohibitiva para el logro al fin al que se endereza, de modo que el juicio de proporcionalidad puede conducir a establecer una regla permisiva con límites.

En tercer lugar, la propia configuración de la institución (también de la caducidad cuando su objeto es un derecho disponible) como "ventaja" renunciante, interrumpible (también por una conducta del sujeto pasivo del derecho) y apreciable sólo si la alega su titular, esto es, construida como "excepción" o medio de defensa.

Entre nosotros propugnan la admisión matizada, sobre todo de los plazos de acortamiento, primero L. ALAS / D. DE BUEN / E. R. RAMOS: *De la prescripción extintiva*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1916, p. 259-262; y tras ellos, B. PÉREZ

GONZÁLEZ / J. ALGUER / A. HERNÁNDEZ MORENO: *Anotaciones*, L. ENNECCERUS / H. C. NIPPERDEY: *Tratado de derecho civil*. I. 2.º *Parte general*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981, 3.ª edición española de la 39.ª alemana, § 230; L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1964, p. 61-67; F. REGLERO CAMPOS: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XXV. 2.º, Edersa, dir. M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART, 1994, *sub* Capítulo III “De la prescripción de acciones”, p. 1-122, especialmente p. 111-117; para su concreto ámbito, F. PANTALEÓN PRIETO: *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid, Civitas, 1996, p. 141-143; J. PUIG BRUTAU: *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1996, 3.ª edición, p. 113-114; y F. RIVERO HERNÁNDEZ: “Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código civil de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Privat* (pendiente de publicación, agradezco encarecidamente al profesor Rivero el haberme facilitado el texto), en su comentario al Libro I del Código civil catalán, *sub* III. 2 y 10 y en *La suspensión de la prescripción en el Código civil español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 148-153.

Esta admisión de los pactos sobre prescripción, como decía, no está exenta de restricciones o matices.

a) En primer término, la regla que autorice la autonomía privada en materia de prescripción (con más precisión la validez de los pactos de acortamiento porque dificultan el ejercicio del derecho o facultad) debe excluir de su ámbito de aplicación las “condiciones generales de la contratación”, puesto que difícilmente gozará de justificación alguna tal restricción, art. 8. 2 Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (LCGC) y art. 10 *bis* 9.ª y 14.ª Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de los consumidores y usuarios. Aquí la proporcionalidad (o razonabilidad) de la prohibición radica en la desigualdad material de los contratantes que hace prácticamente imposible sostener que hay un ejercicio libre y consciente de la propia autonomía.

Sobre la cuestión, en general, J. M.ª MIQUEL GONZÁLEZ: *sub* art. 8. 2 y Disposición adicional (DA) 1.ª Tres LCGC, especialmente, p. 432, 437- 446, 893-964; y en particular sobre pactos de prescripción o caducidad, N. FENOY PICÓN: *sub* DA 1.ª Seis LCGC (cláusula 9.ª), p. 1101-1150, especialmente, p. 1126-1128 y A. CAÑIZARES LASO: *sub* DA 1.ª Seis LCGC (cláusula 14.ª), p. 1178-1185; todos en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ / L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (dir.), J. ALFARO ÁGUILA - REAL (coord.), Civitas, Madrid, 2002.

Pero, más allá de este límite, el acortamiento en general es expresión de la lícita autolimitación de un derecho por su titular, además de que despeja con más rapidez la incertidumbre sobre los derechos.

En estos casos debe propugnarse su validez puesto que, como afirma L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1964, p. 64: "El titular de un derecho que voluntariamente lo autolimita actúa dentro del ámbito de autonomía que sobre su propio derecho posee. El derecho no podrá ser ejercitado más allá de los límites en que su propio titular los situó."

La brevedad (por reducción) de los plazos puede justificarse también en la propia estructura del intercambio, por eso, se han admitido reglas de limitación explícitas o implícitas, así los art. 1475 III y 1485 II Cc. Un ejemplo evidente se refiere a la compraventa de bienes de "segunda mano", en la que legalmente se autoriza la reducción en los plazos, así el art. 7. 1 II de la Directiva 1999/44, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 171, 7 de julio de 1999); solución pareja a la propuesta por el art. 9. 1 I del Proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, serie A, n.º 117-1, 31 de octubre de 2002).

No obstante, la dificultad subsiste en cuanto al mínimo de duración admisible, en donde puede confiarse en el desarrollo judicial con sus riesgos de discrecionalidad (aunque tenderá finalmente a establecer un plazo según los plazos legales de los derechos o acciones de que se trate); o bien predeterminarse legalmente el mínimo de tiempo que permita un ejercicio materialmente eficaz del derecho sometido a prescripción (así, por ejemplo, en el art. 121- 3 *in fine* del Libro I del Código civil catalán).

b) En segundo lugar, la proporcionalidad bajo la cual deben juzgarse las restricciones a la libertad contractual en el caso de pactos de alargamiento debe remitirse, sobre todo, a la extensión de los plazos legales de prescripción (entre nosotros, por ejemplo, el plazo de las acciones personales es de quince años, art. 1964 Cc), además de la facilidad con que la prescripción es interrumpible por voluntad del titular del derecho.

Por ello parece razonable suscribir las palabras de F. REGLERO CAMPOS: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XXV. 2.º, dir. M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART, Edersa, 1994, sub Capítulo III "De la prescripción de acciones", p. 1-122, p. 113: "Sin llegar al extremo de la imprescriptibilidad o situación asimilada, el alargamiento convencional del plazo puede ser de tal magnitud que lo convierta en desproporcionado en relación

con el establecido en la norma jurídica. Por esta razón, y por el hecho de que la prescripción es una institución fundamentada en el principio de seguridad jurídica y en la seguridad del tráfico, pienso que no es una agresión excesiva al principio de autonomía privada el considerar como nula la cláusula de alargamiento, especialmente en un derecho como el nuestro, caracterizado por su generosidad en punto a las causas de interrupción de la prescripción.”

5. Sobre la extensión de estas reglas a los supuestos de caducidad, debe dejarse bien sentado la improcedencia de formular una respuesta negativa por la ausencia, en derecho civil español, de un conjunto de normas sobre la caducidad. Así, E. RUBIO TORRANO: “La caducidad en el derecho español”, *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, dir. F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Cuadernos de Derecho Judicial XIV*, CGPJ, 1995, p. 39-85, p. 71 [también en *Aranzadi Civil* (1995) III, p. 89-123]. Por ello debe optarse por argumentar desde otras perspectivas, sobre todo delimitando los casos en que es admisible según la naturaleza de los derechos afectados, esto es, debe restringirse a los “disponibles”. Así, B. GÓMEZ CORRALIZA: *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990, especialmente p. 435-439, y sobre todo, F. RIVERO HERNÁNDEZ: “¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso? Necesidad de un régimen diferente para las relaciones jurídicas e intereses disponibles”, *Revista de Derecho Privado*, junio (2001), p. 465-504, y “Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código civil de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Privat* (pendiente de publicación), *sub VI*, 1, 2 y 3.



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

ALBERT RUDA GONZÁLEZ <sup>1</sup>

Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona

## SUMARI

---

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

## I. INTRODUCCIÓ

Com és ben sabut, l'1 de gener de 2002 va entrar en vigor la llei de modernització del Dret d'obligacions alemany, de 26 de novembre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*).<sup>2</sup> Com diu el seu propi nom, la reforma ha volgut actualitzar aquest sector del Dret privat, tot aprofitant per incorporar algunes normes rellevants d'origen comunitari europeu. El resultat ha estat que més de 200 articles del Codi civil alemany (*Bürgerliches Gesetzbuch*, en endavant BGB) han estat modificats, afegits o

<sup>1</sup> Agraïxo al Prof. Dr. Miquel Martín Casals i al Dr. Jordi Ribot Igualada el seu suport, així com les remarques del Prof. Dr. Eugen Bucher (Berna) i els aclariments del Prof. Hugh Beale (Warwick, *Law Commission of England and Wales*). També agraïxo les indicacions de Herbert Jacobson i Dmitriy Kurdyukov.

<sup>2</sup> *BGBI*, I S. 3138.

suprimit. <sup>3</sup> Mitjançant aquesta modernització, el Dret alemany ha volgut, a més, incrementar la seva influència en el procés d'harmonització, unificació o aproximació dels Drets privats europeus. <sup>4</sup>

Un dels aspectes afectats per la reforma és la prescripció. La necessitat de modificar les seves regles legals havia estat posada de manifest repetidament per la doctrina. <sup>5</sup> En aquest cas, la reforma va més enllà del que és el Dret d'obligacions pròpiament dit perquè entra de ple en el terreny de l'anomenada part general (*Allgemeiner Teil*) del BGB. Degut a això, la reforma projecta els seus efectes més enllà dels estrictes límits del Dret d'obligacions i inclou altres matèries regulades en el Codi alemany <sup>6</sup> o fora d'ell. <sup>7</sup> Es tracta, doncs, d'un dels aspectes més importants de la reforma, encara que entre nosaltres hagi passat més aviat desapercebut. <sup>8</sup> Val la pena, doncs, correspondre a la importància pràctica d'aquesta qüestió i dedicar-hi una certa atenció. <sup>9</sup>

<sup>3</sup> Vegeu, sobre aquesta reforma en general, la ponència del Prof. Dr. Ulrich MAGNUS, *Europe and the German Reform of the Law of Obligations*, en aquestes mateixes Jornades.

<sup>4</sup> En aquest sentit, vegeu BÜRGERLICHES GESETZBUCH 2002, *Sonderausgabe Schuldrechtsreform Neues Recht / Altes Recht*, Textausgabe mit Einführung von Prof. Dr. Stephan LORENZ, München, Beck, 2002, *Einführung*, XVII-XVIII. Se'n fa ressò, entre nosaltres, Miquel MARTÍN CASALS, *El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del Dret privat europeu*, *RJC* 2002, 633-662, p. 652.

<sup>5</sup> Vegeu, entre altres, Peter SCHLECHTRIEM, *Schuldrechtsreform. Voraussetzungen, Möglichkeit und Gegenstände*, Heidelberg, Müller, 1987, p. 17; Reinhard BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 323 Rn. 323; Reinhard ZIMMERMANN, *Grundregeln eines Europäischen Verjährungsrechts und die deutsche Reformdebatte*, *ZEuP* 2001, 217-222, p. 218; del mateix, *Germany*, a Ewoud HONDIUS (Ed.), *Extinctive Prescription. On the Limitation of Actions*, The Hague (etc.), Kluwer Law Int., 1995, 169-206, p. 173; Herta DÄUBLER-GMELIN, *Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform*, *NJW* 2001, 2281-2289, p. 2282.

<sup>6</sup> Com, per exemple, les successions: vegeu Anja AMEND, *Auswirkungen des neuen Verjährungsrechts auf das Erbrecht*, *JuS* 2002, 742-746.

<sup>7</sup> Com el Dret administratiu: vegeu Max-Emanuel GEIS, *Die Schuldrechtsreform und das Verwaltungsrecht*, *NVwZ* 2002, 385-391 (especialment per la prescripció p. 389-390); en relació a la responsabilitat patrimonial de l'Estat, Martin KELLNER, *Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Verjährung im Staatshaftungsrecht*, *NVwZ* 2002, 395-400.

<sup>8</sup> Cf. Francisco José INFANTE RUIZ, *Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución*, *RDPat* 8/2002, 153-171; Albert LAMARCA I MARQUÈS, *La modernització del dret alemany d'obligacions*, a *InDret* 02/2001, <[www.indret.com](http://www.indret.com)>; Cristina FUENTESSECA, *La reciente reforma del BGB a través de la Ley para la Modernización del Derecho de obligaciones que entró en vigor en Alemania el 1 de enero de 2002*, *Act. Civ.* 2003, núm. 08; K. Jochen ALBIEZ DOHRMANN, *La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado*, *RDP* 2002, 187-206; cap d'ells no fa referència a l'aspecte que aquí s'estudia; més tard, cf. LAMARCA, *Entra en vigor la llei de modernització del dret alemany d'obligacions*, a *InDret* 01/2002, p. 4.

<sup>9</sup> Cf. Helmut HEINRICH, *Reform des Verjährungsrechts*, *NJW* 1982, 2021-2027, p. 2021, qui es lamenta que no es faci així més sovint; vegeu també, en sentit similar, Reinhard ZIMMERMANN, *Die Verjährung*, *JuS* 1984, 409-422, p. 409.

A més, aquesta reforma resulta d'un extraordinari interès a la llum dels desenvolupaments que recentment han tingut lloc tant a Catalunya com en el Dret comparat. La prescripció extintiva ha estat una de les matèries que el legislador català ha inclòs dins de la regulació que integra el primer pas de la codificació del Dret civil de Catalunya, adoptat mitjançant la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya (d'ara endavant, CcC).<sup>10</sup> La reforma del Dret d'obligacions alemany ha posat a l'abast del legislador del nostre país un important —i renovat— instrumental tècnic<sup>11</sup> així com un valuós model de solucions per a problemes concrets relatius a aquesta matèria. Junt amb això, la inspiració comparada de la nova regulació catalana potser permet vaticinar un major paper del Dret comparat no només en l'estudi de la mateixa, sinó també en la seva aplicació pràctica.<sup>12</sup>

Aquest treball pretén seguir aquesta línia i proporcionar una visió comparada de la temàtica específica dels pactes sobre la durada dels terminis de la prescripció, un aspecte fins ara no regulat específicament a casa nostra i en relació al qual el Dret alemany ha experimentat un significatiu canvi d'orientació.

## II. LA NOVA REGULACIÓ ALEMANYA

### 1. *La introducció del criteri permissiu*

El Dret alemany anterior a la reforma permetia els pactes d'abreujament dels terminis de prescripció, però prohibia els del seu allargament (§ 225 BGB). Aquests últims eren nuls de ple Dret (§ 134 BGB).<sup>13</sup> Aquesta admissió dels pactes en un determinat sentit, però no en l'altre, portava a la doctrina a dir que la regulació de la durada de la prescripció era convencionalment derogable de manera unilateral, és a dir, derogable o dispositiva només en benefici del deutor, ja que l'escurçament del termini afavoreix a aquest.<sup>14</sup> Al mateix temps, es trobava el fonament a la regla legal d'admissibilitat de l'abreujament dels terminis en què el mateix serveix a la finalitat de la prescripció, en

<sup>10</sup> DOGC núm. 3798, de 13.1.2003, p. 486.

<sup>11</sup> Ho destaca Josep FERRER RIBA, *Els efectes de la prescripció en el dret civil de Catalunya*, *InDret* 2/2003 <www.indret.com> p. 3.

<sup>12</sup> En la línia que suggereix Urs Meter GRUBER, *Zur Rolle der Rechtsvergleichung nach der Schuldrechtsreform*, *ZVglRWiss* 101 (2002) 38-44, p. 40.

<sup>13</sup> Entre altres es poden veure BGH 19.4.2001, *VersR* 2001, 1052-1054, i BGH 3.12.1987, *NJW* 1988, 1259-1260.

<sup>14</sup> Així ZIMMERMANN, *Germany*, cit., p. 205, i Christoph HIRSCH, *Der Allgemeine Teil des BGB*, 2. Auf., Köln (etc.), Heymanns, 1992, p. 400 Rn. 899.

la mesura en què afavoreix la seguretat jurídica i la pau de les situacions jurídiques.<sup>15</sup> Tanmateix, l'allargament convencional era permès en alguns casos particulars, com els terminis breus de sanejament (*Gewährleistung*) en el contracte de compra i venda i en el contracte d'obra (§§ 447 i 638 BGB),<sup>16</sup> així com en la regulació mercantil del contracte de transport (414 I 2 HGB).<sup>17</sup> Per la seva banda, la legislació especial en matèria de condicions generals de la contractació (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz*)<sup>18</sup> prohibia, igualment, l'escurçament dels terminis legals de sanejament mitjançant condicions generals (§ 11 Nr. 10 e) i f)).<sup>19</sup>

En realitat, la jurisprudència havia estat generosa pel que fa a l'allargament dels terminis de prescripció. Sota la vigència del Dret anterior, s'havia intentat arribar a aquest mateix resultat mitjançant pactes com la pròrroga (*Stundung*, § 202 I BGB); l'excepció que assenyala que és contrari a la bona fe emparar-se en la prescripció un cop s'ha expressat la renúncia a l'excepció de prescripció; el *pactum de non petendo*; la novació o, finalment, el pacte d'ajornament del venciment.<sup>20</sup> Es tractava de maniobres en certa mesura indirectes o fraudulentas, que tanmateix havien obtingut el vist i plau de la jurisprudència.<sup>21</sup> Així, es pot dir que resultaven vàlids els pactes que feien més difícil la prescripció de manera

<sup>15</sup> Es pot veure entre altres Othmar JAUERNIG, a JAUERNIG (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 8. Auf., München, Beck, 1997, § 225 p. 139 Rn. 2 i § 194 p. 126 Rn. 4.

<sup>16</sup> Com diuen Dietrich REINICKE / Klaus TIEDTKE, *Kaufrecht*, 6. Auf., Neuwied, Luchterhand, 1997, p. 168 Rn. 419, no era necessari que el § 477 BGB permetés l'escurçament del termini, perquè ja ho feia el § 225 BGB.

<sup>17</sup> Per això, la doctrina ja admetia una renúncia a l'excepció de prescripció limitada temporalment: Ingo KOLLER, *Transportrecht*, 2. Auf., München, Beck, 1993, p. 80 Rn. 3.

<sup>18</sup> *Gesetz vom 9. Dezember 1976* (BGBl. I S. 3317).

<sup>19</sup> Vegeu-ne una aplicació pràctica a Hermann DILCHER, *Verjährungsrecht. Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH und in der Rechtslehre von 1979 bis 1982*, JZ 1983, 825-832, p. 832.

<sup>20</sup> Ho nota Heinz-Peter MANSEL, *Die Reform des Verjährungsrechts*, a Wolfgang ERNST / Reinhard ZIMMERMANN (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 333-423, p. 398; del mateix, *Die Neuregelung des Verjährungsrechts*, NJW 2002, 89-99, p. 96; cf. també Carl-Heinz WITT, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002. Das neue Verjährungsrecht*, JuS 2002, 105-113, p. 106; Dieter RABE, *Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verjährung*, NJW 1992, 2395-2400, p. 2400, i Karl LARENZ / Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Auf., München, Beck, 1997, p. 337 Rn. 7.

<sup>21</sup> Entre altres BGH 30.5.1995, NJW 1995, 2282-2283, i BGH 16.3.1994, NJW 1994, 1788-1790.

indirecta.<sup>22</sup> Per altra banda, també s'havien establert límits clars a la possibilitat d'escurçar el termini de prescripció, especialment mitjançant l'instrument de la legislació sobre condicions generals (§ 9 AGBG).

Amb la reforma, el legislador alemany ha introduït el principi d'autonomia de la voluntat amb una amplitud considerable en el règim de la prescripció (§ 202 BGB), la qual cosa fa innecessari que les parts recorrin als mecanismes indirectes esmentats.<sup>23</sup> Aquesta autonomia inclou no sols els terminis, sinó els altres punts que constitueixen el règim de la prescripció, com el seu inici, la suspensió, la renúncia a la prescripció, etc. El canvi és considerable en relació a la regulació original del BGB, ancorada en el caràcter imperatiu d'aquestes normes.<sup>24</sup> Pel que fa específicament als terminis, l'autonomia contractual (§ 311 I BGB), permet que les parts, com a regla general, puguin escurçar o allargar-los vàlidament. Així, la nova regulació no explicita en cap moment el principi que els pactes sobre prescripció són vàlids, sinó que això resulta del principi de llibertat contractual.<sup>25</sup> Només es prohibeixen el pacte d'escurçament del termini de prescripció per responsabilitat per dol anterior al naixement de la pretensió (§ 202 I BGB) i el pacte d'allargament més enllà de 30 anys (§ 202 II BGB). Altres limitacions deriven de disposicions especials a què es fa referència més avall. El legislador no ha volgut, però, permetre els pactes sobre la prescripció de pretensions que són imprescriptibles segons la llei. En aquest últim supòsit, els pactes en aquest sentit seran, com abans de la reforma, ineficaços.

<sup>22</sup> Així Dieter MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 6. Auf., Heidelberg, Müller, 1994, p. 47 Rn. 107 (cf. sobre el nou Dret, 8. Auf., 2002, p. 51 Rn. 107); STAUDINGER/PETERS (2001), § 225, p. 758 Rn. 2 i p. 759 Rn. 7.

<sup>23</sup> Per tots, Matthias CONRADI, *Neuregelung des Verjährungsrechts*, a Roland SCHIMMEL / Dirk BUHLMANN, *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, Neuwied, Luchterhand, 2002, 25-102, p. 96 i 97.

<sup>24</sup> Vegeu Benno MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Herausgegeben und Bearbeitet, Bd. 1, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil*, Aalen, Scientia, 1979 (Neudruck der Ausgabe Berlin 1899), p. 542.

<sup>25</sup> *Regierungsentwurf*, BT-Drucks. 14/6040, p. 110. El Projecte es pot veure també a Jürgen SCHMIDT-RÄNTSCH / Jan MAIFELD / Anne MEIER-GÖRING / Matthias RÖCKEN, *Das neue Schuldrecht. Einführung. Texte. Materialien*, Köln, Bundesanzeiger, p. 77-80. Noteu, doncs, que com la regla general és la validesa d'aquests pactes, la rúbrica de la norma induïx a error, tal com assenyala Reinhard ZIMMERMANN, *Das neue deutsche Verjährungsrecht — ein Vorbild für Europa?*, a Ingo KOLLER / Herbert ROTH / ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München, Beck, 2002, p. 41 (també publicat a Peter SCHLECHTRIEM (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts*, Baden-Baden, Nomos, 53-96, p. 79).

## REGULACIÓ ANTERIOR

**§ 225 [Abreden über Verjährung]**

Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig.

**§ 225 [Acords sobre prescripció]**

La prescripció no pot ser exclosa ni dificultada mitjançant negoci jurídic. La facilitació<sup>26</sup> de la prescripció, en especial l'abreujament del termini de prescripció, és admesa.

## REGULACIÓ NOVA

**§ 202 Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung**

(1) Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden.

(2) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden.

**§ 202 Inadmissibilität dels pactes sobre la prescripció**

(1) La prescripció no pot ser facilitada anticipadament mitjançant negoci jurídic en cas de responsabilitat per dol.

(2) La prescripció no es pot dificultar mitjançant un negoci jurídic més enllà d'un termini de prescripció de 30 anys comptadors des de l'inici legal de la prescripció.

La doctrina alemanya ha considerat que l'eixamplament de l'autonomia contractual en matèria de prescripció era necessari per permetre a la pràctica que les parts trobessin una regulació ajustada per als tipus contractuals singulars.<sup>27</sup> Nogensmenys, algunes veus s'havien postulat en contra de dificultar o excloure la prescripció perquè entenien que això perjudicaria els interessos del deutor.<sup>28</sup> L'opinió contrària

<sup>26</sup> Facilitar (*erleichtern*) significa en la regulació alemanya fer que la prescripció es produeixi de manera més ràpida o més simple que abans: Werner G. ELB, *Schuldrechtsmodernisierung. Ein Leitfaden für die Rechtspraxis*, Köln, Bundesanzeiger, 2002, p. 30.

<sup>27</sup> Així MANSEL, *Die Reform des Verjährungsrechts*, cit., p. 399; del mateix, *Verjährung*, a Barbara DAUNER-LIEB / Thomas HEIDEL / Manfred LEPA / Gerhard RING, *Das Neue Schuldrecht*, Heidelberg, Müller, 2002, 10-63, p. 52. També positiu, en general, Claus-Wilhelm CANARIS, *Einführung*, a CANARIS, *Schuldrechtsreform 2002*, München, Beck, 2002, p. XLIX.

<sup>28</sup> Frank PETERS / Reinhard ZIMMERMANN, *Verjährungsfristen. Der Einfluß von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen*, a BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, Bundesanzeiger, 1981, 77-373, p. 267 i 311.

considera, en canvi, que aquests interessos troben prou protecció en els controls establerts per la legislació de condicions generals.<sup>29</sup>

Les parts poden modificar el termini de prescripció tant abans que neixi la pretensió com també després –quan el termini ha començat a córrer– quan ho considerin oportú en el cas concret. En tot cas, els pactes no es subjecten a cap requisit concret de forma. Això s'ha considerat adequat, ja que aquesta mena de pactes sol acordar-se en la pràctica de forma merament oral. La part interessada té la possibilitat de preocupar-se d'obtenir la documentació precisa per facilitar la prova en cas que sigui necessària.<sup>30</sup>

## 2. Abreujament del termini de prescripció

### a) Excepció en cas de dol

Com s'ha vist, la nova regulació determina que l'abreujament del termini de prescripció és vàlid, encara que pròpiament no ho digui de forma expressa sinó que es dedueixi *a contrario* del seu text.<sup>31</sup> Efectivament, segons el § 202 I BGB, la prescripció de la responsabilitat per dol no es pot modificar negocialement de forma anticipada, òbviament tampoc en condicions generals.<sup>32</sup> Això significa que l'abreujament seria vàlid, sense restriccions, en la resta de casos. Amb el concepte de dol s'entén qualsevol tipus de dol en el sentit del § 276 I BGB.<sup>33</sup> La nova regulació vol evitar que la valoració continguda en el § 276 III BGB, en el sentit que no es pot excloure anticipadament la responsabilitat per dol, no pugui quedar buida de contingut mitjançant el pacte sobre la prescripció descrit. La doctrina troba que la norma és justificada.<sup>34</sup> Amb anterioritat

<sup>29</sup> MANSEL, *Die Reform des Verjährungsrechts*, cit., p. 399; també en contra, Andrea PIEKENBROCK, *Reform des allgemeinen Verjährungsrechts: Ausweg oder Irrweg?*, a Tobias HELMS / Daniela NEUMANN / Georg CASPERS / Rita SAILER / Martin SCHMIDT-KESSEL (Hrsg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001, *Das neue Schuldrecht, Freiburger Tagung, 5. bis 8. September 2001, für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e.V.*, Stuttgart, Boorberg, 2001, 309-339, p. 334.

<sup>30</sup> MANSEL, *Die Reform des Verjährungsrechts*, cit., p. 399.

<sup>31</sup> En sentit anàleg, Christian BERESKA, *Modernisierung des Schuldrechts: Verjährungsrecht*, a <[www.anwaltverein.de/Schuldrecht/Bereska.pdf](http://www.anwaltverein.de/Schuldrecht/Bereska.pdf)>, p. 2.

<sup>32</sup> Com assenyala Sieghart OTT, *Das neue Schuldrecht. Überleitungsvorschriften und Verjährung*, MDR 2002, 1-5, p. 5.

<sup>33</sup> MANSEL, *Verjährung*, cit., p. 53.

<sup>34</sup> Barbara DAUNER-LIEB / Arnd ARNOLD / Wolfgang DÖTSCH / Volker KITZ, *Anmerkungen zur neuesten Fassung des Verjährungsrechts in der konsolidierten Fassung eines Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, <[www.dauner-lieb.de/schuldrecht](http://www.dauner-lieb.de/schuldrecht)>, 1-24, p. 12; Holger WENDTLAND, *Verjährung von Ansprüchen*, a Lothar HAAS / Dieter MEDICUS / Walter ROLLAND / Carsten SCHÄFER / Holger WENDTLAND, *Das Neue Schuldrecht*, München, Beck, 2002, 19-78, p. 74 Rn. 182.

a la reforma, no obstant, la jurisprudència havia arribat a admetre aquest pacte.<sup>35</sup> Ara seria nul de ple Dret (§ 134 BGB). Segueix essent vàlid el pacte de modificació de la prescripció de la responsabilitat per dol que es conclou després del naixement de la pretensió.

### b) *Terminis legals mínims*

Sembla evident que un termini de prescripció massa curt impediria el creditor exercir una pretensió potser justificada.<sup>36</sup> Tanmateix, el § 202 BGB no estableix cap mena de termini legal mínim. Per això, fora del control de les condicions generals de la contractació, només pot jutjar-se sobre l'adequació a Dret d'un termini de prescripció molt breu mitjançant els criteris generals que preveuen els §§ 138 i 242 BGB –que, com és ben sabut, fan referència, respectivament, als negocis contraris als bons costums i la usura, i al principi de bona fe.

Conforme al Dret anterior, la jurisprudència havia dut a terme un control i declarat la ineficàcia de les clàusules contractuals que reduïen de manera inconvenient els terminis de prescripció. El fonament per fer-ho era doble: d'una banda, el § 9 AGBG (ara, § 307 BGB), de l'altra el § 242 BGB. La clàusula es considerava inconvenient quan conduïa al resultat d'impedir l'exercici d'eventuals reclamacions per danys.<sup>37</sup> Al mateix temps, s'ha assenyalat que existia la tendència a prendre la relativa proximitat dels terminis pactats en relació als terminis legals com a paràmetre per jutjar sobre la conveniència o adequació dels primers, en la mesura que els segons constitueixen una guia o model de referència en què el legislador plasma un equilibri just entre els interessos del creditor i del deutor (*Leitbildfunktion*).<sup>38</sup> Una opinió proposa seguir mantenint aquest criteri com a guia,<sup>39</sup> mentre que una altra apunta que es tracta d'un criteri insegur.<sup>40</sup>

Existeixen parers diferents al respecte de si és convenient introduir o no un termini legal de durada mínima com a límit a l'autonomia

<sup>35</sup> Vegeu per més detalls BÖRRIES VON FELDMANN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 225 BGB*, München, Beck, 1993, p. 1750.

<sup>36</sup> Per tots, REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, South Africa, Juta & Co, Ltd., München, Beck, 1992, p. 768.

<sup>37</sup> MANSEL, *Verjährung*, cit., p. 54.

<sup>38</sup> Vegeu PALANDT/HEINRICHS, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Ergänzung zu Palandt*, BGB, 61. Auf., München, Beck, 2002, § 202, p. 23 Rn. 8; PALANDT/HEINRICHS, 62. Auf., 2003, § 202, p. 213 Rn. 8.

<sup>39</sup> MANSEL, *Verjährung*, cit., p. 54.

<sup>40</sup> Així Peter BYDLINSKI, *Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts*, a REINER SCHULZE / HANS SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 381-403, p. 398.



contractual. Per una opinió, aquest termini hauria de ser de sis mesos. Aquest temps permetria, segons es diu, que el creditor tingui un temps suficient per fer valer la seva pretensió abans que prescrigui, i al mateix temps seria prou curt com per permetre una ràpida clarificació de la situació jurídica.<sup>41</sup> Una altra opinió rebutja decididament aquesta proposta. Es diu que l'existència de diversos terminis solament permet que es fixi un límit mínim per referència al termini legal. Així, per exemple, s'hauria pogut establir el límit en el sentit que no s'admetés un escurçament de la prescripció a menys de la meitat i cap allargament a més del doble d'aquell.<sup>42</sup>

### 3. Allargament del termini de prescripció

Com en part ja s'ha dit, les parts poden dificultar la prescripció, ja sigui mitjançant un allargament del termini legalment establert o bé tot establint un començament més tardà.

Aquesta novetat legal permet solucionar algunes dificultats que s'havien produït conforme al Dret anterior, pel que fa al tractament que s'havia de donar a la renúncia a fer valer l'excepció de prescripció i moratòries similars.<sup>43</sup> El fonament de la possibilitat d'allargar el termini es troba en el fort escurçament del termini legal dut a terme per la reforma.<sup>44</sup>

El § 202 II BGB estableix un límit màxim de 30 anys que els terminis fixats contractualment no podran superar. Cal precisar que el § citat no diu que les parts no puguin pactar un termini de més de 30 anys, sinó que no poden pactar un termini que condueixi a que la pretensió prescrigui en un termini superior als 30 anys, comptats des de l'inici legal del termini (*ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn*).<sup>45</sup> La doctrina considera que el límit afecta no solament als pactes sobre el termini, sinó també a d'altres que puguin tenir com a conseqüència que la prescripció

<sup>41</sup> MANSEL, *Die Reform des Verjährungsrechts*, cit., p. 400.

<sup>42</sup> Així BYDLINSKI, *Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts*, cit., p. 398.

<sup>43</sup> Segons apunta Thomas RIEHM, *Verjährungsrecht*, a Stephan LORENZ / Thomas RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, Beck, 2002, p. 44.

<sup>44</sup> Entre altres, Martin HEINRICH, *Die Regelung der Verjährung nach der Schuldrechtsreform und ihre Auswirkungen auf das Mietrecht*, a Mietgerichtstag 2002. Mietrecht im Schnittpunkt der Reformen, 1-13, p. 10, <[www.schuldrechtsmodernisierung.com](http://www.schuldrechtsmodernisierung.com)>. Crític amb l'escurçament, però en relació al Projecte de reforma, Wolfgang ERNST, *Das Schuldrechtsreform 2001/2002. Zum Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, ZRP 2001, 1-11, p. 3.

<sup>45</sup> Així Peter HUBER, *Verjährung*, a Peter HUBER / Florian FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, Beck, 2002, p. 276; MANSEL, *Verjährung*, cit., p. 56.

es produeixi més tard dels 30 anys des de l'inici legal de la prescripció, com ara la suspensió contractualment pactada.<sup>46</sup> També s'adverteix que, com que d'un mateix contracte poden derivar pretensions amb terminis diferents pel que fa al moment d'inici, cal que: a) les parts indiquin al pacte modificatiu quines pretensions afecta i b) que no fixin el moment d'inici del termini allargat en un moment posterior al "legal d'inici de la prescripció".<sup>47</sup> De l'existència d'aquest termini màxim la doctrina extreu que és inadmissible una exclusió completa de la prescripció per via contractual.<sup>48</sup> D'aquesta manera, seria invàlid el contracte pel qual les parts volguessin fer eternament imprescriptible una determinada pretensió.<sup>49</sup> El límit de 30 anys es considera satisfactori.<sup>50</sup>

#### 4. Disposicions especials

Existeix una sèrie de disposicions especials que preveuen limitacions a la modificació convencional de la prescripció. Aquí només es tracten aquells aspectes que es considera que poden ser més interessants des de la perspectiva de la reforma del Dret civil català, i es deixen fora les disposicions relatives als contractes de noli, expedició i emmagatzematge, que afecten al Codi de Comerç alemany (*Handelsgesetzbuch*).

##### a) Venda de béns de consum

Pel que fa a la venda de béns de consum (§ 474 BGB), la prescripció de les pretensions regulades en els §§ 475 II i 437 BGB no es pot facilitar negocialment abans de la comunicació d'un defecte a l'empresari, quan el pacte porta a un termini de prescripció a partir del seu inici legal inferior a dos anys, o d'un any en el cas de coses usades. Això no val, sense perjudici dels §§ 307 a 309 BGB, per l'exclusió o la limitació de la pretensió indemnitzatòria.

Si el comprador exerceix les seves pretensions contra el venedor de la cosa, a causa del caràcter defectuós de la cosa venuda, aquest tindrà

<sup>46</sup> MANSEL, *Verjährung*, cit., p. 57.

<sup>47</sup> En aquest sentit, Hermann AMANN, *Verjährung*, a Hermann AMANN / Günter BRAMBING / Christian HERTEL, *Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis. Handbuch für Notare und Vertragsjuristen mit Gestaltungshinweise und Formulierungsbeispielen*, München, Beck, 2002, 199-255, p. 255.

<sup>48</sup> Així WENDTLAND, *Verjährung von Ansprüchen*, cit., p. 74 Rn. 181 i p. 77 Rn. 190.

<sup>49</sup> Com bé diu Heinrich DÖRNER, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2001, § 225 p. 180 Rn. 1.

<sup>50</sup> PIEKENBROCK, *Reform des allgemeinen Verjährungsrechts: Ausweg oder Irrweg?*, cit., p. 335; DAUNER-LIEB / ARNOLD, *Anmerkungen zur neuesten Fassung des Verjährungsrechts in der konsolidierten Fassung eines Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, cit., p. 13.

accions de retorn contra els seus subministradors (segons els §§ 437 i 478 II BGB). El § 479 BGB regula els aspectes relacionats amb la prescripció d'aquest retorn. El subministrador no es pot emparar en un acord anterior a la comunicació del defecte de la cosa, si l'acord s'aparta del § 479 BGB en perjudici del venedor, si aquest no obté una compensació del mateix valor, com per exemple el canvi per una cosa d'igual valor. Això no val, sense perjudici del § 307 BGB, per l'exclusió o la limitació de la pretensió indemnitzatòria. Aquestes normes s'apliquen analògicament a les pretensions del subministrador en la cadena de subministrament contra el venedor corresponent, quan els deutors són empresaris (§ 478 V BGB).

En realitat, la regulació de la prescripció en les vendes de béns de consum transposa la Directiva europea 1999/44/CEE de 25 de maig de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*.<sup>51</sup> Per això, el legislador alemany no tenia marge de maniobra i no podia evitar introduir el requisit que el pacte modificatiu es realitzi individualment, que la doctrina alemanya ha criticat.<sup>52</sup> Així es critica, d'una banda, que la regulació estableixi terminis mínims diferents en els casos de coses noves i de coses usades i, de l'altra, que es prengui com a moment per iniciar el còmput del termini aquell en què es comunica el defecte i no, com seria més correcte, el del coneixement del defecte.<sup>53</sup> A més, es defensa que en una situació com aquesta, en què el legislador ha definit els límits perquè els pactes siguin vàlids, la vulneració dels dits límits podria dur no a una nul·litat total, sinó a una nul·litat parcial.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> DOCE núm. L 171 de 7-7-1999 p. 12-16. Aquesta Directiva es pot veure, junt amb d'altres materials sobre Dret privat europeu, a la pàgina web de Miquel MARTÍN CASALS (Dir.), *European & Comparative Private Law Page*, a <civil.udg.es/epclp>. Sobre la regulació de la prescripció en aquesta Directiva, vegeu Ewoud HONDIUS, *Art. 5*, a Stefan GRUNDMANN / Cesare M. BIANCA (Hrsg.), *EU-Kaufrechts-Richtlinie Kommentar*, Köln, Otto Schmidt, 2002, p. 235-237.

<sup>52</sup> Així Detlef LEENEN, *Die Neuregelung der Verjährung*, JZ 2001, 552-561, p. 557 (aquest article es troba a Internet a l'adreça <www.mohr.de/pdf/jz5610leenen.pdf> (data de consulta: 25.9.2002). Vegeu la crítica d'aquest aspecte de la Directiva per Claus-Wilhelm CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner „Materialisierung“*, AcP 200 (2000) 273-364, p. 362; també crítica, Beate GSELL, *Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf*, ERPL 1999, 151-171, p. 158 i 169; crític amb el legislador alemany, vegeu Horst EIDENMÜLLER, *Ökonomik der Verjährungsregeln*, a SCHULZE / SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, cit., 405-415, p. 408; del mateix, *Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, JZ 2001, 283-287, p. 285; cf. Achim ALBRECHT / Dennis FLOHR / Günter LANGE, *Erläuterungen*, a ALBRECHT/FLOHR/LANGE, *Schuldrecht 2002*, Recklinghausen, ZAP, 2001, 1-70, p. 11.

<sup>53</sup> BYDLINSKI, *Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts*, cit., p. 399.

<sup>54</sup> BYDLINSKI, *Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts*, cit., p. 399.

### b) *Contracte de viatge combinat*

Un altre dels àmbits específics en què ha canviat la regulació sobre pactes en matèria de durada dels terminis de prescripció és el dels viatges combinats. Malgrat que pugui semblar a primera vista que els canvis en aquest àmbit són de relativament poca importància, el cert és que potencialment la reforma afectarà un nombre de contractes molt considerable atesa la importància del turisme alemany.<sup>55</sup>

Abans de la reforma, el § 651 g II BGB establia que les pretensions (ex §§ 651 c – 651 f BGB) que la persona que contracta un viatge combinat pugui tenir contra l'organitzador del viatge prescrivien en el termini de sis mesos. Aquest termini es considerava que tenia el caràcter de mínim, per la qual cosa no es podia abreujar (§ 651 k BGB).<sup>56</sup> La brevetat del termini trobava el seu fonament en el fet que el turisme en massa requereix que la situació jurídica resultant dels viatges combinats es clarifiqui el més ràpidament possible.<sup>57</sup> Com se sol dir, el caràcter breu del termini existeix en benefici de les dues parts, ja que com més temps transcorri, més difícil serà per ambdues esclarir suficientment quina va ser la situació de fet que fonamenta la pretensió. Era discutit si el mateix termini regia per les altres accions contractuals de la persona que contracta el viatge, o si calia per això que el termini s'estengués mitjançant condicions generals a les mateixes.<sup>58</sup>

El nou § 651 g II BGB segueix regulant la prescripció de les pretensions de la persona que contracta un viatge combinat en cas de defectes del mateix. Ara, però, el termini de prescripció segons els §§ 651 c - 651 f

<sup>55</sup> Sobre l'entrada en vigor de la reforma i les regles de Dret intertemporal vegeu Burkhard HEß, *Das neue Schuldrecht. In-Kraft-Treten und Übergangsregelungen*, NJW 2002, 253-260.

<sup>56</sup> Sobre el Dret anterior es pot veure, entre altres, Paul KALLER, *Reiserecht*, München, Beck, 1999, p. 306-308; Ernst FÜHRICH, *Reiserecht*, 3. Auf., Heidelber, Müller, 1998, p. 385-393; del mateix, *Reiserecht von A-Z*, München, DTV, 1995, p. 192-193; Klaus TONNER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 651 g BGB*, München, Beck, 1997, p. 1575-1578; del mateix, *Der Reisevertrag*, 4. Auf., Neuwied (etc.), Luchterhand, 2000, p. 208-210; Eckhart PICK, *Reiserecht*, München, Beck, 1995, p. 246-255; Walter LÖWE, *Das neue Pauschalreiserecht*, München, Beck, 1981, p. 146-150; Helmuth BIDINGER / Rita BIDINGER / Ralph MÜLLER, *Reisevertragsrecht*, 2. Auf., Berlin, Schmidt, 1995, p. 192-195; Irmtraud NIES / Udo TRAUT, *Reiserecht*, München, Beck, 1995, p. 33-34 i 366-373; Mark NIEHUUS, *Reiserecht in der anwaltlichen Praxis*, Bonn, Dt. Anwaltverein, 1996, p. 252-257.

<sup>57</sup> Es pot trobar informació empírica sobre l'exercici de les reclamacions a Regina SCHLOTMANN, *Reisereklamationen und Reiseklagen in der touristischen Praxis (I)*, RRA 1995, 2-8, p. 7, i (II), RRA 1995, 22-25.

<sup>58</sup> Vegeu, en el primer sentit esmentat i amb referència a la postura contrària, Otto TEMPEL, *Rechtsfragen der Geltendmachung von Ansprüchen des Reisenden nach Reiseende (§ 651 g BGB)*, NJW 1987, 2841-2851, p. 2849.

BGB ja no és de sis mesos, sinó que ha augmentat –en contra del criteri contrari, defensat del *Bundesrat*– fins a dos anys, a comptar des del final del viatge contractualment previst.<sup>59</sup> La raó d'aquest increment, apuntada per la fonamentació de la reforma, es troba en què un cop abandonat el termini de sis mesos en el règim de la compravenda i el contracte d'obra, per virtut de la mateixa reforma legal que s'està comentant, no té sentit conservar el dit termini només per a les pretensions derivades del contracte de viatge combinat.

En segon lloc, la norma que fixa el termini legal de prescripció perd també el seu caràcter imperatiu, i passa a ser dispositiu encara que dins d'uns marges estrictes. No obstant, s'ha de dir que, com apunta alguna opinió, la tècnica emprada pel legislador en introduir aquesta possibilitat resulta criticable, en la mesura en què la norma que la preveu queda allunyada de la referent als terminis i fins a cert punt amagada uns quants paràgrafs més avall.<sup>60</sup> En efecte, el § 651 m, frase II, estableix que la prescripció establerta en el § 651 g II BGB pot facilitar-se. Amb tot, un pacte que faciliti la prescripció, acordat abans que es comuniqui el defecte a l'organitzador del viatge, només produeix efectes si el pacte condueix a un termini de com a mínim un any des de l'inici del termini previst en el § 651 g II frase II. Això implica que teòricament podria pactar-se un termini inferior a un any només després que s'hagués comunicat el defecte del viatge a l'organitzador, encara que el supòsit sembla allunyat de la pràctica contractual habitual.<sup>61</sup> El pacte per facilitar la prescripció es pot realitzar tant en un acord individual com en les condicions generals del contracte (les anomenades *Allgemeine Reisebedingungen*, ARB's o condicions generals del viatge). En aquest segon cas, cal tenir en compte els límits establerts per la seva regulació especial (§ 309 Nr. 7 i 8 a BGB).

Les pretensions dirigides a exigir la responsabilitat civil de l'organitzador del viatge estan subjectes, com abans de la reforma, al termini de prescripció de tres anys dels §§ 852 o 195 BGB.

<sup>59</sup> També ho critiquen Ernst FÜHRICH, *Reisevertrag nach modernisiertem Schuldrecht*, NJW 2002, 1082-1084, p. 1083 i Edgar ISERMANN, *Schuldrechtsmodernisierung und Reiserechtsverjährung*, RRA 2001, p. 135 (també a <[www.reiserecht-aktuell.de/beitrag\\_07\\_01.html](http://www.reiserecht-aktuell.de/beitrag_07_01.html)>). Cf. a més Mark NIEHUUS, *Der Reisevertrag*, a DAUNER-LIEB/HEIDEL/LEPA/RING, *Das Neue Schuldrecht*, cit., 322-342, p. 335-338.

<sup>60</sup> La crítica prové de Ronald SCHMID, *Pauschalreiserecht. Die Änderungen durch die Zweite Reiserechtsnovelle und die Schuldrechtsreform*, MDR 2002, 789-793, p. 792.

<sup>61</sup> Segons assenyala SCHMID, *Pauschalreiserecht*, cit., p. 792. Sobre aquesta comunicació del defecte, en relació al Dret anterior, Jörg WÜRFEL, *Zur Auslegung von § 651g BGB*, MDR 1982, 539-540.

### III. DRET D'ALTRES PAÏSOS

En general, el Dret de la majoria de països que han estat tinguts en compte en aquest estudi són contraris a admetre, en tot o en part, els pactes modificatius de la durada dels terminis legals de prescripció. No obstant, també hi ha països amb un enfocament més flexible, el que permet classificar-los en diversos grups.<sup>62</sup>

#### 1. Primer grup. Inadmissibilitat dels pactes

El primer estaria constituït per aquells països absolutament contraris a aquests pactes. Un bon exemple és un Codi més modern que l'alemany, l'italià de 1942. Segons el seu art. 2936, els pactes per modificar la disciplina legal de la prescripció són nuls. La norma s'emmarca en les consideracions d'ordre públic que constitueixen, segons es diu, la finalitat de l'institut legal de la prescripció,<sup>63</sup> i concorda amb l'art. 2937, que prohibeix la renúncia anticipada a la prescripció. Generalment s'entén que la prohibició de pacte inclou les regles de còmput, les causes de suspensió i interrupció i els seus efectes.<sup>64</sup> Amb tot, s'admet que les parts es sotmetin a un Dret estranger també en aquesta matèria si no hi sotmeten només aquest aspecte.<sup>65</sup> A banda d'això, el CC admet els pactes sobre la caducitat (*decadenza*) al seu art. 2965. Tanmateix, és nul el pacte que dificulta excessivament l'exercici del dret.

La mateixa orientació del codi italià és compartida per d'altres, com ara el nou CC de la Federació Russa. Tot i que el Dret privat rus va sostreure's durant molt de temps a la influència del Dret continental, la que ha rebut modernament –sobretot dels Drets alemany i holandès, però també de diversos desenvolupaments internacionals en matèria contractual–<sup>66</sup> el converteix en un referent a tenir en compte des del punt

<sup>62</sup> L'estudi del règim de la prescripció en el CC espanyol es fa en l'apartat VI. Vegeu també una exposició de sistemes estrangers a Gabriel GARCÍA CANTERO, *El instituto de la prescripción en el Derecho comparado*, a Francisco J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Prescripción y caducidad de acciones*, Madrid, CGPJ, 1995, 11-35.

<sup>63</sup> Entre altres es pot veure Francesco GALGANO, *Diritto privato*, 4<sup>a</sup>, Padova, CEDAM, 1987, p. 876; Lina BIGLIAZZI GERI / Umberto BRECCIA / Francesco D. BUSNELLI / Ugo NATOLI, *Diritto civile*, 1-1, Torino, UTET, 1988, p. 385; Francesco SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas generales del derecho civil*, trad. A. Luna Serrano, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 133; amb anterioritat, Roberto de RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, I, trad. Ramón Serrano / José Santa-Cruz, Madrid, Reus, s.d., p. 335.

<sup>64</sup> Vegeu Riccardo VOLANTI, *Della prescrizione e della decadenza*, a Guido ALPA / Giovanni IUDICA, *Codice civile*, Torino, UTET, 1996, p. 1335.

<sup>65</sup> Vegeu Manuela MONTOVANI, *Art. 2936*, a Giorgio CIAN / Alberto TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 4<sup>a</sup>, Padova, CEDAM, 1992, p. 2416.

<sup>66</sup> Entre altres, vegeu Peter B. MAGGS, *The Process of Codification in Russia: Lessons Learned from the Uniform Commercial Code*, (1999) 44 *McGill L.J.* 281-300, p. 285; Oleg

de vista comparat.<sup>67</sup> El règim de prescripció ha estat profundament revisat en aquesta (ja tercera!) codificació, com a conseqüència del qual s'ha uniformat la durada dels terminis i s'ha introduït el principi dispositiu, que impedeix que el jutge apreciï la prescripció *ex officio* (art. 199). Encara que el nou CC ha abandonat el criteri imperant en l'època soviètica (CC de 1964) i introduït també, com a novetat, el principi d'autonomia privada en matèria contractual (art. 421),<sup>68</sup> ha conservat la prohibició dels pactes sobre terminis de prescripció i especifica que tampoc no es poden alterar les regles de còmput dels mateixos (art. 198).<sup>69</sup>

Una postura idèntica pel que fa a aquests pactes l'adopten el CC turc (art. 127)<sup>70</sup> i el portuguès (art. 300).<sup>71</sup> Anàlogament, el Dret escocès impedeix que les parts puguin pactar terminis diferents als legals de 5 o 20 anys, car aquests pactes serien invàlids.<sup>72</sup> Amb un enfocament més general, el Projecte de CC argentí prohibeix els convenis sobre qualsevol aspecte de la prescripció regulat per llei (art. 2475).<sup>73</sup>

A Suïssa, on el Dret d'obligacions es troba regulat fora del CC, s'estableix la regla contrària als pactes modificatius dels terminis (art 129 del Codi suís d'obligacions). No obstant, l'opinió dominant entén que aquesta regla només s'aplica en relació als terminis de prescripció dels

SADIKOV, *Das neue Zivilgesetzbuch Rußlands*, ZEuP 1996, 259-272, p. 262-263, i Evgeny Alexeevitch SUCHANOW, *Das Privatrecht in der modernen russischen Zivilgesetzgebung*, a Norbert HORN U. A., *Die Neugestaltung des Privatrechts in Mitteleuropa und Osteuropa*, München, Beck, 2002, 129-152, p. 133 i 142-143.

<sup>67</sup> Com ja fa, per exemple, Reinhard ZIMMERMANN, „... *ut sit finis litium*”. *Grundlinien eines modernen Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage*, JZ 2000, 853-866, p. 860.

<sup>68</sup> Posa de relleu això últim Christopher OSAKWE, *Propter honoris respectum: Anatomy of the 1994 Civil Codes of Russia and Kazakstan: A Biopsy of the Economic Constitutions of Two Post-soviet Republics*, 73 *Notre Dame L. Rev.* 1413-1514 (1998), p. 1423.

<sup>69</sup> Cf. Ju.K. TOLSTOY, *Prescription in the Civil Code of the Russian Federation*, *Pravovedenie* 1995, Núm. 1 <pravoved.jurfak.spb.ru/default.asp?cnt=1142> (sumari del text complet que es troba a: <pravoved.jurfak.spb.ru/default.asp?cnt=1125>). Resumidament, vegeu William E. BUTLER, *Russian law*, Oxford, OUP, 1999, p. 344. Hi ha traducció del CC FR a l'alemany per Stephanie SOLOTYCH, *Das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation*, Erster Teil, 2. Auf., Baden-Baden, Nomos, 1997 (vegeu p. 28 i 160). Cf. també Christopher OSAKWE, *Modern Russian Law of Contracts: A Functional Analysis*, 24 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 113-197 (2002), p. 128 nota 96.

<sup>70</sup> Al respecte, Ergun ÖSZUNAY, *Turkey*, a HONDIUS, *Extinctive Prescription*, cit., 343-356, p. 346.

<sup>71</sup> Vegeu Abílio NETO, *Código Civil anotado*, 9a, Lisboa, Ediforum, 1995, p. 177.

<sup>72</sup> *Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973*, Section 13. Cf. William W. MCBRYDE, *The Law of Contract in Scotland*, 2<sup>nd</sup>, Edinburgh, W. Green, 2001, p. 664.

<sup>73</sup> Vegeu *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de comercio*, Redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95, 2<sup>a</sup>, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 597.

drets personals o de crèdit regulats en determinats articles del mateix Codi, això és, els arts. 127 i 128.<sup>74</sup> Aquesta precisió té com a conseqüència que els terminis de prescripció d'altres drets de crèdit, regulats en una seu sistemàtica diferent, sí que es poden modificar convencionalment, en concret, els que es troben en seu de compravenda i contracte d'obra (arts. 210 i 310, respectivament). En aquests casos, l'allargament es subjecta al límit de 10 anys establert per l'art. 127. Resulta interessant observar com la situació legal a Suïssa és, per tant, en certa manera similar a l'alemanya anterior a la reforma, atès que combina una regla general prohibitiva (això sí, d'abast més ampli que l'alemanya, ja que inclou també l'abreujament) amb una d'especial permissiva per determinats tipus contractuals. A part d'això, els pactes modificatius en matèria de contracte d'assegurança s'admeten àmpliament segons una llei de 1908.<sup>75</sup>

Finalment, pot destacar-se dins d'aquest primer grup el cas del CC de Quebec de 1991, en vigor des de 1994, el qual ha introduït la regla contrària als pactes fins i tot en contra d'un Dret anterior més permissiu.<sup>76</sup> La prohibició afecta els pactes d'allargament, però també els d'abreujament (art. 2184), malgrat que una opinió i certa jurisprudència havien admès aquests últims amb anterioritat. En fi, sembla dubtós que el CC de Quebec pugui constituir en aquest punt un model de Dret comparat per a Catalunya, si es té en compte que la seva regulació de la prescripció es limita a copiar en gran part l'anacrònic CC francès de 1804.<sup>77, 78</sup>

<sup>74</sup> Vegeu Ingeborg SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli, 1998, p. 424-425; Theo GUHL / Hans MERZ / Max KUMMER / Alfred KOLLER / Jean DRUEY, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8. Auf., Zürich, Schulthess, 1995, p. 293.

<sup>75</sup> *BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908*. Per més detalls, vegeu Stephen V. BERTI, Art. 130, a HONSELL / PETER VOGT / WIEGAND (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 2. Auf., Basel, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 732.

<sup>76</sup> Com assenyalen els *Commentaires du ministre de la Justice*, II, Louiseville, Publications du Québec, 1993, p. 1811, i Patrice DESLAURIERS, *Quebec*, a HONDIUS, *Extinctive Prescription*, cit., 287-316, p. 314. Vegeu les referències jurisprudencials que dona Baudouin RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, II, 2<sup>e</sup>, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 3326.

<sup>77</sup> Ho assenyala, críticament, Pierre-Gabriel JOBIN, *Effects of Obligations*, a John E.C. BRIERLY / Roderick A. MACDONALD (Eds.), *Quebec Civil Law*, Toronto, Edmond Montgomery, 1993, p. 496.

<sup>78</sup> En altres casos, la posició contrària als pactes aquí estudiats deriva de normes generals. El CC de Mèxic, per exemple, tot i que permet la renúncia a la prescripció (art. 1142), confereix a la regulació de la prescripció caràcter imperatiu (art. 1150). Per la seva banda, el CC de Perú estableix que el dret de prescriure és irrenunciable i que qualsevol acte destinat a excloure els efectes de la prescripció és nul (art. 1990); a més, només la llei pot fixar-ne els terminis (art. 2000). En sentit similar, el CC de Bolívia prohibeix la



## 2. Segon grup. Admissibilitat limitada dels pactes

Un segon grup de països admet els pactes modificatius encara que sigui limitadament. Així, el Dret suec adopta un enfocament original, no només perquè, com és sabut, no ha codificat el seu Dret privat, sinó perquè estableix que seran nuls els contractes que tinguin per objecte acordar que una pretensió no prescrigui o que la prescripció es pugui interrompre d'una manera diferent al que preveu la llei; això mateix s'aplica als contractes que preveuen un termini de prescripció superior al legal de tres anys, quan es tracta de contractes amb consumidors.<sup>79</sup> Nogensmenys, la legislació especial admet limitadament els pactes d'allargament per a àmbits concrets.<sup>80</sup> Cal tenir en compte que la *praesumptio similitudinis* no opera en el Dret nòrdic en matèria de prescripció, doncs es tracta d'un àmbit que, a diferència d'altres, no és unificat.<sup>81</sup>

Dins d'aquest mateix grup es trobaria el Dret francès, ja que, segons la doctrina francesa, pot admetre's el pacte d'abreujament, encara que no el d'allargament. Aquest últim, segons es diu, tendeix a suprimir la prescripció, mentre que el primer ajuda a que durin menys temps els drets incerts.<sup>82</sup> Ara bé, l'abreujament només es considera admissible si no és excessiu, el que succeiria quan el creditor no tingués temps material per exercir la seva acció.<sup>83</sup> A més, el pacte d'abreujament no es podria

modificació del règim legal de la prescripció (art 1495). A Puerto Rico, el CC estableix que els terminis de prescripció els fixa la llei (art. 1861) i exclou la renúncia a la prescripció futura (art. 1835). Aquesta última norma apareix en molts altres Codi: arts. 1189 I CC Uruguai, 640 CC Paraguai (cf. també art. 657), 873 CC Nicaragua, 1954 CC Veneçuela, 2418 CC Equador, 2494 CC Xile i 3965 CC Argentina.

<sup>79</sup> *Preskriptionslag* (1981:130) 12 § (=Llei sobre prescripció). Sobre aquesta llei, resumidament, Åke MALMSTRÖM / Anders AGELL / Tore SIGEMAN, *Civilrätt*, 17:e upplaga, Malmö, Liber Ekonomi, 2001, p. 195-197. Sobre les altres lleis nòrdiques, que semblen no recollir la mateixa possibilitat que la sueca, es pot veure Gerhard RING / Line OLSEN-RING, *Einführung in das skandinavische Recht*, München, Beck, 1999, p. 76-78.

<sup>80</sup> És el cas de la *Sjölag* (1994:1009) 19 kap 1 § 5 st. (=Codi Marítim Suec). A més, s'entén que l'acord d'allargament pot deduir-se d'actes concloents: vegeu Jon GRANSTEDT, *Preskription vid sjö- och vägtransport*, a la web de la Stockholms universitet, *Institutet för Sjö- och annan Transporträtt* <[www.juridicum.su.se/transport/Forskning/Uppsatser/Granstedt.doc](http://www.juridicum.su.se/transport/Forskning/Uppsatser/Granstedt.doc)>, § 3.1 p. 21-24.

<sup>81</sup> Com posa de relleu Viggo HAGSTRÖM, *Denmark and Norway*, a Reinhard ZIMMERMANN / Simon WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, New York, Cambridge University Press, 2000, p. 504.

<sup>82</sup> Així Monique BANDRAC, *France*, a HONDIUS, *Extinctive Prescription*, cit., 145- 167, p. 157 nota 43, i Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les Obligations*, 21<sup>e</sup>, Paris, PUF, 1998, p. 585 num. 354.

<sup>83</sup> Així Boris STARCK / Henri ROLAND / Laurent BOYER, *Droit civil. Les Obligations*, 3, *Régime général*, 6<sup>e</sup>, Paris, Litec, 1999, p. 167.

incloure en els contractes d'adhesió, segons entén la jurisprudència.<sup>84</sup> Com a fonament de la norma se sol dir que si s'admetessin els pactes modificatius, tots els creditors obligarien els deutors a incloure una clàusula de renúncia als contractes.<sup>85</sup> De fet, el Codi napoleònic només fa referència a la prohibició de renunciar a la prescripció futura –no a la guanyada (art. 2220). A Bèlgica, on regeix una norma idèntica, s'entén que una clàusula contractual que ajusti els terminis de prescripció en contra dels interessos del treballador és il·lícita, mentre que és lícita si abreuja el de les accions contra el mateix.<sup>86</sup> La reforma del règim de la prescripció en el CC belga, operada mitjançant una llei de 1998, no ha afectat la matèria objecte d'aquest estudi.<sup>87</sup> Tanmateix, el Projecte de llei que vol transposar la citada Directiva 1999/44/CEE permet que el venedor i el comprador pactin, en el cas de béns d'ocasió, convenir un termini de prescripció inferior a dos anys sense que sigui inferior a un any (Art. 3: *Art. 1649 quater. § 1er. III*).<sup>88</sup>

De manera similar al CC francès, el CC de Louisiana estableix que seran nuls els actes destinats a excloure la prescripció, els que assenyalin un termini més llarg que el legal o els que facin més onerosos els requisits de la prescripció (art. 3471). La doctrina assenjala que l'allargament de la prescripció equival a la seva renúncia, en relació a la qual hi ha només una diferència de grau. El Codi vindria a recollir la jurisprudència que hauria reconegut aquesta similitud i declarat invàlid aquell pacte. Tanmateix, l'escurçament de la prescripció afavoriria el deutor i, com que la norma no la prohibeix, caldria permetre'l.<sup>89</sup> Es diu que l'origen del citat art. 3471

<sup>84</sup> Vegeu-ne les referències a Alain BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 5<sup>e</sup>, Paris, Montchrestien, 1995, p. 464 núm. 892.

<sup>85</sup> Entre altres, Pierre VOIRIN / Gilles GOUBEAUX, *Droit civil*, 1, 24<sup>e</sup>, Paris, LGDJ, 1993, p. 546, i STARCK/ROLAND/BOYER, *Droit civil. Les Obligations*, cit., p. 166.

<sup>86</sup> Fabienne KÉFER / Jacques CLESSE, *La prescription extinctive en droit du travail*, Edition Formation Permanente Commission Université-Palais vol. XXIII - Avril 1998, 5-28, p. 12 <[www.droit.ulg.ac.be/droit/CUP/tm/vol23.pdf](http://www.droit.ulg.ac.be/droit/CUP/tm/vol23.pdf)>; en el mateix volum, Michel HOUBEN, *La prescription et le contrat d'assurance*, 81-114, p. 84 nota 5.

<sup>87</sup> Es tracta de la *Wet van 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring*, Belgisch Staatsblad 17.07.1998, p. 23544-23545. També es troba a <[www.just.fgov.be/index\\_nl.htm](http://www.just.fgov.be/index_nl.htm)>.

<sup>88</sup> *Projet de loi complétant les dispositions du Code civil relatives à la vente en vue de protéger les consommateurs*, de 18.12.2002, publicat, junt a la Memòria explicativa (*Memorie van toelichting*), a la web del Ministeri de Justícia de Bèlgica: <[www.just.fgov.be/nl\\_htm/rechtbronnen/htm\\_wetsvoorst/pjl171202.htm](http://www.just.fgov.be/nl_htm/rechtbronnen/htm_wetsvoorst/pjl171202.htm)> i <[www.just.fgov.be/nl\\_htm/rechtbronnen/htm\\_wetsvoorst/18-12-02.htm](http://www.just.fgov.be/nl_htm/rechtbronnen/htm_wetsvoorst/18-12-02.htm)> respectivament.

<sup>89</sup> Com diu Symeon SYMEONIDES, *One Hundred Footnotes to the New Law of Possession and Acquisitive Prescription*, 44 *Louisiana L. Rev.* 69-147 (1983), notes 98 i 100; semblantment, Marjorie Nieset NEUFELD, *A Student Symposium: Civil Law Property*

es troba en el CC grec,<sup>90</sup> el qual, igual com establia el Dret preexistent, considera que la regulació de la prescripció és *ius cogens* i prohibeix tots els pactes pels quals s'exclou la prescripció, se n'abreuja o allarga el termini legal o les seves condicions es fan més fàcils o difícils (art. 275).<sup>91</sup> A més a més, el Dret grec conté una norma adreçada a evitar les possibles maniobres indirectes de les parts per obviar aquesta prohibició, i estableix que també és nul l'abreujament indirecte del termini de prescripció mitjançant el pacte d'un termini d'exclusió (art. 279). Com es veu, doncs, el Dret de Louisiana s'inspira —paradoxalment— en un sistema jurídic —com és el grec— pertanyent al primer grup a què s'ha fet referència.

Dins del mateix segon grup hi ha la norma que recull el *Uniform Commercial Code* nord-americà dins del règim de la compra i venda.<sup>92</sup> En aquest cos legal cristal·litzat el criteri mantingut amb anterioritat pels Tribunals dels EUA.<sup>93</sup> La secció 2-725 permet en el seu apartat 1r que les parts pactin en el contracte original que el termini de prescripció sigui inferior al de quatre anys que regeix per defecte. El nou termini tindrà una durada mínima d'un any. En canvi, l'incís final de la norma exclou expressament la validesa del pacte per allargar el termini.<sup>94</sup> Els pactes d'escurçament no són vàlids en els contractes amb consumidors. Noteu que la secció 2-725 només imposa restriccions a l'acord *original* de les parts, el que implica que poden allargar el termini en acords posteriors.<sup>95</sup> Tot i la claredat del text del UCC, alguns Tribunals han entès que un termini de més d'un any també pot ser raonable, o fins i tot que el d'un

-- *A Survey of The 1982 Revision of the Louisiana Civil Code Articles On Possession and Prescription: Prescription and Peremption -- The 1982 Revision of the Louisiana Civil Code*, 58 *Tul. L. Rev.* 593-617 (1983), p. 616.

<sup>90</sup> Segons apunta A. N. YIANOPOULOS, *Louisiana Civil Code 2001*, I, West, 2001, p. 695.

<sup>91</sup> Vegeu amb més detall Gerhard DANNEMANN / Fotios KARATZENIS / Geoffrey V. THOMAS, *Reform des Verjährungsrechts aus rechtsvergleichender Sicht – Hans Stoll zum 65. Geburtstag am 4. August 1991*, *RabelsZ* 55 (1991), 697-731, p. 716.

<sup>92</sup> Tanmateix, s'ha aplicat també al règim de l'anomenat *lease*: vegeu *Owens v. Patent Scaffolding*, 354 N.Y.S.2d 778, 785 (Sup. Ct. 1974), *rev'd*, 376 N.Y.S.2d 948 (App. Div. 1975), i Amelia H. BOSS, *Panacea or Nightmare? Leases in Article 2*, 64 *B.U.L. Rev.* 39-108 (1984) p. 49 nota 62.

<sup>93</sup> Com posen de relleu John D. CALAMARI / Joseph M. PERILLO, *The Law of Contracts*, 4<sup>th</sup>, St. Paul, Minn., 1998, p. 231.

<sup>94</sup> El Comentari oficial de la UCC no explica la justificació d'aquesta norma. Cf. THE AMERICAN LAW INSTITUTE, NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, *Uniform commercial code. Official text, 1990 with comments*, Philadelphia / Chicago, 1991, p. 203.

<sup>95</sup> Vegeu *Commissioners of Fire Dist. No. 9 v. American La France*, 176 N.J. Super. 566, 424 A.2d 441, 31 U.C.C. Rep. 583 (1980); Debra L. GOETZ / Kathryn L. MOORE / Douglas E. PERRY / David S. RAAB / Jeffrey S. ROSS, *Article Two Warranties In Commercial Transactions: An Update*, 72 *Cornell L. Rev.* 1159-1329 (1987) p. 1327 nota 998.

any pot no ser-ho.<sup>96</sup> La doctrina considera que el règim de la prescripció previst pel *UCC* és sensat i factible.<sup>97</sup> La norma esmentada de la secció 2-725 *UCC* es conserva en els treballs de revisió d'aquest cos legal (*Revised* § 2-814(a) i *Revised* § 2-825(a)).<sup>98</sup>

Alguns països presenten una solució més incerta, encara que semblen deixar una esclatxa oberta per a una admissió matisada dels pactes modificatius dels terminis. Per exemple, el CC del Japó –molt influenciat, com se sap, pel CC francès–<sup>99</sup> es limita a establir que no es pot renunciar per endavant al benefici de la prescripció (art. 146),<sup>100</sup> sense arribar a excloure expressament aquells pactes. A Àustria, on la prohibició del pacte d'allargar la prescripció troba una consagració legal clara (§ 1502 ABGB), alguna opinió es mostra partidària d'interpretar-la restrictivament.<sup>101</sup> A Bèlgica, una opinió insisteix en què no és suficient apel·lar a un suposat caràcter d'ordre públic del règim jurídic de la prescripció per excloure els pactes de modificació dels seus terminis legals, ja que també ha de tenir-se en compte l'interès de les parts. Segons es diu, aquest interès pot consistir en fer el termini de prescripció més llarg, quelcom que caldria que s'admetés encara que l'opinió majoritària hi sigui contrària.<sup>102</sup>

<sup>96</sup> Vegeu referències a *Corbin On Contracts*, § 9.9, Matthew Bender & Company, Inc., 2001.

<sup>97</sup> Cf. James J. WHITE / Robert S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 3<sup>rd</sup>, vol. 1, St. Paul, Minn., 1988, p. 553. En canvi, crític, Kevin D. LYLES, *Note: U.C.C. Section 2-725: A Statute Uncertain in Application and Effect*, 46 *Ohio St. L.J.* 755-770 (1985), p. 755.

<sup>98</sup> Vegeu John E. MURRAY JR. / Harry M. FLECHTNER, *The Summer, 1999 Draft Of Revised Article 2 of the Uniform Commercial Code: What Hath NCCUSL Rejected?*, 19 *J.L. & Com.* 1-124 (1999), p. 104-105. Cf. Mark E. ROSZKOWSKI, *Symposium On Revised Article 1 and Proposed Revised Article 2 of the Uniform Commercial Code: Revised Article 2 of the Uniform Commercial Code - Section-by-Section Analysis*, 54 *SMU L. Rev.* 927-946 (2001), p. 945.

<sup>99</sup> Entre altres, ho destaca Zentaro KITAGAWA, *Drei Entwicklungsphasen im japanischen Zivilrecht*, a Helmut COING (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1990, 125-150, p. 132.

<sup>100</sup> Vegeu-ne la traducció al castellà i notes de Rafael DOMINGO / Nobuo NAYASHI, *Código civil japonés*, Madrid, Barcelona, Garrigues & Andersen, Colegios Notariales de España, Marcial Pons, 2000, p. 97. Amb més detall, Keishiro UCHIIKE, *Das japanische Recht heute und seine Entwicklung unter europäischem Einfluß - aufgezeigt am Rechtsinstitut der Verjährung*, *AcP* 184 (1984), 329-340 (amb traducció de l'articulat a p. 339-340), i Kiyoshi IGARASHI, *Einführung in das japanische Recht*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990, p. 70-72.

<sup>101</sup> Vegeu Peter BYDLINSKI, *Bürgerliches Recht*, I, *Allgemeiner Teil*, Wien, New York, Springer, 2000, p. 67; cf. Helmut KOZIOL / Rudolf WELSER, *Bürgerliches Recht*, I, 12. Auf., Wien, Manz, 2002, p. 209.

<sup>102</sup> A favor de l'allargament, Matthias STORME, Belgium, a HONDIUS, *Extinctive Prescription*, cit., 41-73, p. 72; del mateix, *Perspectieven voor de bevrjddende verjaring in het vermogensrecht. Met ontwerpbepalingen voor een hervorming*, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1994, 1977-2046 i també a <[www.ufsia.ac.be/~estorme/verjaring94.html](http://www.ufsia.ac.be/~estorme/verjaring94.html)>, núm. 35.

Segons una opinió, el nou Dret civil holandès es distancia encara més de la regla contrària als pactes sobre prescripció i s'entén que es tracta d'una matèria on la regulació té caràcter dispositiu, i això, malgrat que el Codi prohibeix expressament la renúncia a la prescripció futura (art. 3:322.3).<sup>103</sup> No obstant, el cert és que el codi només parla de la renúncia, no dels contractes modificatius. Per això, una altra opinió assenyalava que només es poden pactar abreujaments, no allargaments dels terminis legals, i que la regulació de la prescripció té una funció protectora del deutor.<sup>104</sup> Tanmateix, la regulació holandesa de les condicions generals de la contractació permet l'abreujament fins al límit d'un any (art. 6:236).

En Dret anglès, per la seva banda, s'admet en principi que les regles sobre prescripció siguin modificades contractualment quan es tracta dels terminis establerts per la *Limitation Act 1980*, tot i el silenci d'aquesta.<sup>105</sup> Es tracta de pactes freqüents en la contractació mercantil, que es consideren com a clàusules d'exempció (*exemption clauses*) i són objecte d'interpretació estricta.<sup>106</sup> Per la seva banda, a Canadà, la *Alberta Limitations Act 1996* se sol dir que adopta un enfocament nou en relació al Dret anteriorment vigent i recull la proposta del *Alberta Law Reform Institute* de 1986-1989 en el sentit de permetre els pactes –expressos– d'allargament dels terminis legals de prescripció, quelcom que abans no era possible.<sup>107</sup>

Al marge d'aquests grups de països, cal tenir en compte també alguns desenvolupaments que tenen lloc en l'àmbit internacional. Un d'ells és la Convenció de Nova York sobre prescripció en matèria de compra i venda internacional de mercaderies, de 14 de juny de 1974, elaborada per UNCITRAL.<sup>108</sup> Tot i que té un àmbit limitat, i per tant no pot constituir

<sup>103</sup> Segons apunta Henk J. SNIJDERS, *Netherlands*, a HONDIUS, *Extinctive Prescription*, cit., 249-258, p. 258.

<sup>104</sup> Així DANNEMANN/KARATZENIS/THOMAS, *Reform des Verjährungsrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, cit., p. 710. Tampoc parlen de l'admissió de l'allargament Jac. HIJMA / M.M. OLTJOF, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht. Leidraad voor het nieuwe BW*, 7e druk, Deventer, Kluwer, 1999, p. 66.

<sup>105</sup> Vegeu Terence PRIME / Gary SCANLAN, *The Law of Limitation*, 2<sup>nd</sup>, London, OUP, 2001, p. 35. Hi ha, però, diverses iniciatives per reformar aquest Dret. Vegeu N.H. ANDREWS, *Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy*, 57 *Cambridge L.J.* 589-610 (1998), p. 589.

<sup>106</sup> Segons CHITTY *on Contracts*, Vol. I, 26<sup>th</sup>, London, Sweet & Maxwell, 1989, p. 1286 núm. 1991.

<sup>107</sup> *Alberta Limitations Act 1996*, c L-15, Secció 7. La referència al treball de l'ALRI es troba a la web: <[www.law.ualberta.ca/alri/finalreports\\_pg2.html](http://www.law.ualberta.ca/alri/finalreports_pg2.html)>.

<sup>108</sup> El text de la Convenció és a <[www.uncitral.org/spanish/texts/sales/limit-conv-s.htm](http://www.uncitral.org/spanish/texts/sales/limit-conv-s.htm)>, i, en castellà, a RDM 1993, núm. 207, p. 267-280. L'Estat espanyol no n'és part encara que participés en la seva elaboració. Cf. al respecte Fritz ENDERLEIN / Dietrich MASKOW, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International*

el fonament d'un règim general sobre la prescripció,<sup>109</sup> resulta interessant que la mateixa permeti que el deutor pugui, una o diverses vegades, en qualsevol moment durant el curs del període de prescripció, prorrogar-lo mitjançant declaració per escrit adreçada al creditor (art. 22.2), supòsit fora del qual les parts no poden modificar convencionalment el termini de prescripció (art. 22.1).<sup>110</sup> Com es veu, aquesta pròrroga constitueix una de les maniobres indirectes admeses *de facto* per la jurisprudència alemanya anterior de la reforma, equivalents en quant al resultat final a un allargament del termini legal de prescripció. Encara que aquesta Convenció va ser modificada per la posterior Convenció de les Nacions Unides sobre els contractes de compra i venda internacional de mercaderies (Viena, 1980), la modificació no va afectar la prescripció atès que aquesta última Convenció no la regula.<sup>111</sup> A banda d'això, la Convenció de 1974 és criticada per la seva manca de claredat i sistemàtica i caracteritzada pel seu escàs èxit pràctic.<sup>112</sup> De fet, les parts poden evitar la seva aplicació simplement exclouent-la voluntàriament.<sup>113</sup>

Finalment, un altre desenvolupament rellevant dins d'aquest grup pot ser el del Conveni relatiu al contracte de transport internacional de

*Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Dobbs Ferry, Oceana, 1992, p. 427; Peter WINSHIP, *The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: The United States adopts UNCITRAL's First Born*, 28 *Int'l Law.* 1071 (1994), n. 45 i 46. Des de la perspectiva alemanya, vegeu Ulrich MAGNUS, *Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts*, *ZEuP* 1993, 79-99, p. 90-92, i *Stand und Entwicklung des UN-Kaufrechts*, *ZEuP* 1995, 202-215, p. 214-125.

<sup>109</sup> Així ZIMMERMANN, *Das neue deutsche Verjährungsrecht*, cit., p. 58.

<sup>110</sup> Segons Fatima AKADDAF, *Application of the United Nations Convention On Contracts for the International Sale of Goods (CISG) To Arab Islamic Countries: Is the CISG Compatible With Islamic Law Principles?*, 13 *Pace Int'l L. Rev.* 1-58 (2001), p. 45-46, l'art. 22 de la Convenció és compatible amb el Dret islàmic, tot i que el primer límiti la llibertat de pacte reconeguda per aquest.

<sup>111</sup> Els pactes sobre la prescripció no es troben, així, entre les qüestions generalment estudiades en el context d'aquesta Convenció: vegeu, per exemple, Anselmo M. MARTÍNEZ CANELLAS, *La prescripción de las acciones de la CISG derivadas de la falta de conformidad de las cosas entregadas*, a Michael R. WILL (Ed.), *Rudolf Meyer zum Abschied: Dialog Deutschland-Schweiz VII*, Faculté de droit, Université de Genève, 1999, p. 165-183, i Carlo H. MASTELLONE, *Sales-Related Issues Not Covered by the CISG: Assignment, Set-off, Statute of Limitations, etc. under Italian Law*, 22 October 2001 <[www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mastellone.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mastellone.html)>.

<sup>112</sup> Vegeu Manuel OLIVENCIA RUIZ, *La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (Uncitral): Balance de un decenio (1968-1977)*, a *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, 753-782, p. 769. Des del punt de vista del Dret alemany, es pot veure Ulrich MAGNUS, *UN-Kaufrecht und neues Verjährungsrecht des BGB — Wechselwirkungen und Praxisfolgen*, *RIW* 2002, 577-584, p. 578.

<sup>113</sup> Com assenyala Thea KRAPP, *Die Abkommen der Vereinten Nationen über den Kauf und über die Verjährung beim internationalen Warenkauf*, *ZSR* 1984, 291-316, p. 313.

mercaderies per carretera (CMR), fet a Ginebra el 19 de maig de 1956,<sup>114</sup> el qual, com és sabut, ha rebut una àmplia acceptació internacional.<sup>115</sup> El Conveni preveu un termini general de prescripció d'un any (tres en cas de dol) que té caràcter imperatiu, com totes les normes del mateix.<sup>116</sup> Tanmateix, una opinió ha admès que les parts modifiquin convencionalment el termini quan s'han sotmès voluntàriament al Conveni –encara que existeixin divergències en relació al seu abast, conforme a la regulació interna de cada ordenament.<sup>117</sup>

### 3. Tercer grup. Admissibilitat àmplia dels pactes

Els Principis Europeus de Dret contractual, redactats per la Comissió presidida pel professor Ole Lando, permeten que les parts contractuals modifiquin els pressupòsits de la prescripció, especialment mitjançant un abreujament o un allargament dels seus terminis. Amb tot, aquests terminis no es poden abreujar a menys d'un any ni allargar a més de 30 anys des del començament de la prescripció (art. 14:601).<sup>118</sup>

Els treballs de la *Law Commission* d'Anglaterra i Gal·les es tenen una orientació similar. Segons el *Consultation Paper* núm. 151, publicat el 6 de gener de 1998, les parts d'un contracte haurien de ser lliures per alterar la durada o la data inicial del termini de prescripció.<sup>119</sup> A l'hora de fonamentar aquesta proposta, la Comissió té en compte que la ja esmentada llei de 1980 no regula la qüestió de forma expressa i que, tot i que la doctrina afavoreix una interpretació permissiva, això no és del tot clar, en particular en relació als pactes d'allargament. Tanmateix, entén la Comissió, a menys que l'allargament del termini sigui considerablement superior al legalment establert, l'interès públic difícilment es veurà

<sup>114</sup> BOE núm. 109, de 7.3.1974.

<sup>115</sup> Ho apunta ara K.F. HAAK, *De onstuitbare opmars van de CMR, 3 European Transport Law*, 2000, 307-311, p. 307.

<sup>116</sup> Entre altres, es pot veure Juan GÓMEZ CALERO, *El transporte internacional de mercancías*, Madrid, Civitas, 1984, p. 55.

<sup>117</sup> Així Alberto EMPARANZA, *La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)*, RGD 1992, núm. 579, 11713-11738, p. 11716 nota 8.

<sup>118</sup> S'ha seguit la versió dels PECL actualitzada a 25.5.2002 i publicada a la *web* de la Comissió. Els treballs de la mateixa es troben a la pàgina *web* del Prof. Lando a la Universitat de Copenhagen, <[www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/index.html](http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html)>. Hi ha traducció dels principis a l'alemany a *ZEuP* 2001, 400-402. En espanyol, es pot veure Luis Díez-PICAZO / Encarna ROCA TRÍAS / Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los Principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

<sup>119</sup> P. 19 i 247. El *Paper* es pot consultar a la *web*: <[www.lawcom.gov.uk/455.htm](http://www.lawcom.gov.uk/455.htm)>.

afectat. És més, afegeix, el fet que les parts donin el seu consentiment a l'allargament exclou que hi pugui haver qualsevol mena d'injustícia i en conseqüència compensa amb escriu l'interès públic en assegurar un procés just (a "fair" trial)<sup>120</sup>. La Comissió té a més a més en compte la posició favorable a aquests pactes, *de lege ferenda*, en altres països.<sup>121</sup> Amb posterioritat, la *Law Commission* va elevar una proposta al Govern en termes similars (paràgrafs 2.96 i 3.171; *Section 31 del Draft of a Bill to Make provision about time limits on the making of civil claims; and for connected purposes*),<sup>122</sup> proposta que aquest va acceptar en principi, el juliol de 2002, subjecte a una posterior consideració de determinats aspectes de l'informe en qüestió.<sup>123</sup>

Un dels desenvolupaments presos en consideració per la *Law Commission* d'Anglaterra i Gal·les pertany a Austràlia, on s'ha plantejat una reforma legal consistent a donar un major marge d'actuació a la llibertat de les parts en matèria de prescripció. Així, la *Law Reform Commission of Western Australia* va publicar l'any 1997 un informe sobre *Limitation and Notice of Actions*,<sup>124</sup> en què els terminis legals de prescripció s'haurien de poder escurçar o allargar convencionalment. L'informe reflexa la influència de la nova legislació de l'Estat canadenc d'Alberta a què s'ha fet referència amunt. Semblantment, a Nova Zelanda, la corresponent *Law Commission* va advocar l'any 1989 per un canvi radical del Dret vigent sobre prescripció –tot i que sense gaire èxit.<sup>125</sup> El canvi comprenia la possibilitat de permetre les parts que convinguessin una renúncia a la prescripció futura per un cert temps –o fins i tot per sempre (paràgraf 266).

Finalment, cal fer referència als *Principis UNIDROIT sobre els contractes comercials internacionals*,<sup>126</sup> que, si bé no tracten específicament

<sup>120</sup> *Consultation Paper*, p. 387.

<sup>121</sup> *Consultation Paper*, p. 387-388.

<sup>122</sup> *Law Com No 270; 10 July 2001, Limitation of Actions*, p. 34 i 95-97.

<sup>123</sup> Vegeu la notícia que apareix a <[www.lawcom.gov.uk/728.htm](http://www.lawcom.gov.uk/728.htm)>.

<sup>124</sup> *Project no 36 Part II, January 1997*; es pot veure el document publicat a la web de la Comissió a l'adreça: <[www.lrc.justice.wa.gov.au/References/P36\(II\).PDF](http://www.lrc.justice.wa.gov.au/References/P36(II).PDF)>. També es pot veure l'informe del *Attorney General Jim McGinty, Limitations Law Reform, 17 May 2002*, publicat a <[www.ministers.wa.gov.au/Feature\\_stories/Limitations/LimitationsLawReformPaper.PDF](http://www.ministers.wa.gov.au/Feature_stories/Limitations/LimitationsLawReformPaper.PDF)>.

<sup>125</sup> La recomanació de la Comissió, titulada *Limitation Defences in Civil Proceedings NZLC R6*, que proposava abandonar la vigent *Limitations Act 1950*, mai no va ser adoptada. Aquella va ser seguida d'altres informes sobre aspectes puntuals de la prescripció, que es troben a la web de la Comissió: <[www.lawcom.govt.nz](http://www.lawcom.govt.nz)>.

<sup>126</sup> Roma, Unidroit, 1995; <[www.unidroit.org/spanish/principles/fulltext/contents.htm](http://www.unidroit.org/spanish/principles/fulltext/contents.htm)>.



la prescripció en la seva redacció actual, són objecte d'una revisió que es planteja ampliar la llibertat de les parts en aquesta matèria.<sup>127</sup>

#### IV. REGULACIÓ EN EL DRET CIVIL ESPANYOL

És ben sabut que la regulació –un tant obsoleta–<sup>128</sup> de la prescripció en el CC espanyol de 1889 no s'ocupa directament de la qüestió que aquí s'està estudiant. Únicament, l'art. 1935 I CC prohibeix pactar la imprescriptibilitat, i és la doctrina la que extreu d'aquí la prohibició d'allargar els terminis més enllà dels de l'art. 1964 CC. Els pactes per abreujar aquests terminis es consideren, però, vàlids (SSTS de 15.3.1975 [RJ 1975\1236], 22.12.1971 [RJ 1971\5399], 27.3.1936 [RJ 1936\754], i 28.1.1932 [RJ 1932-33\889]).<sup>129</sup> No cal dir que ho seran sempre i quan respectin els límits a què l'ordenament jurídic sotmet l'autonomia privada amb caràcter general (cf. art 1255 CC), com a conseqüència del qual el pacte que abreugi els terminis tot deixant sense possibilitat real d'exercir la pretensió al seu titular –o el dificultés de manera notòria– seria invàlid.<sup>130</sup> En fi, la raó d'aquesta admissió només parcial es troba en la idea que aquell precepte és indicatiu del caràcter normalment imperatiu de la regulació de la prescripció en general.<sup>131</sup> A més a més, es diu que la prohibició de l'allargament convencional és més suportable atesa la generositat del Dret espanyol a l'hora de regular les causes d'interrupció de la prescripció.<sup>132</sup>

<sup>127</sup> La redacció dels esborranys en aquest punt correspon al professor alemany Peter SCHLECHTRIEM: vegeu <[www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm](http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm)>.

<sup>128</sup> Com posen de relleu els autors: entre altres, GARCÍA CANTERO, *El instituto de la prescripción en el Derecho comparado*, cit., p. 33; FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión de la prescripción en el Código civil español*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 20 i 21, i els que aquest cita a la nota 13.

<sup>129</sup> Així JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO / FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA / AGUSTÍN LUNA SERRANO / JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA / FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ / JOAQUÍN RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil, I, Parte general*, Vol. 3º, *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, 2ª revisada y puesta al día por DELGADO, Madrid, Dykinson, 2000, p. 349; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Derecho Civil*, Madrid, Bernal, 1996, p. 174; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3ª, Barcelona, Bosch, p. 112-114.

<sup>130</sup> Com diuen LUIS DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN / ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil, I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 10ª, Madrid, Tecnos, 2001, p. 439. Semblantment, ANA CAÑIZARES LASO, *DA I.ª.6, a Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ / LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir.)*, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002, p. 1179.

<sup>131</sup> Com indica FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, s.e., 1972, p. 148.

<sup>132</sup> Així FERNANDO REGLERO CAMPOS, *Artículo 1935*, a RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 2166.

Per la seva banda, la *Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios*,<sup>133</sup> permet excloure com a contrària a la bona fe la clàusula contractual que escurça el termini en perjudici del consumidor o usuari (art. 10.1.c).3<sup>a</sup>). L'anomenada *llista negra* introduïda en l'anterior per la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación* (d'ara endavant, LCGC),<sup>134</sup> no al·ludeix al pacte de modificació de la durada del termini de prescripció (Disposició Addicional 1a, punt sisè), encara que sí a la imposició de renúncies o limitació de drets del consumidor (clàusula 14a). Ara bé, resulta incert l'abast d'aquesta última norma si es té en compte que el règim de la prescripció no pertany estrictament a les normes que integren el Dret de defensa dels interessos del consumidor.<sup>135</sup> En qualsevol cas, el pacte podria ser nul en aplicació de l'art. 10 bis.1 LCU, per infracció de les exigències de la bona fe en perjudici del consumidor, si es compleixen els requisits que la norma preveu. Des d'aquest punt de vista, una opinió admet el pacte que abreuja el termini de prescripció, sempre que respecti el límit que aquest termini sigui raonable perquè el consumidor exerceixi efectivament els seus drets (accions),<sup>136</sup> mentre que una altra diu que s'haurà d'estar a les circumstàncies del cas, i examinar si existeix o no bona fe i s'altera o no el just equilibri de les prestacions.<sup>137</sup>

No obstant el que s'ha dit més amunt, diversos autors apunten que la tendència jurisprudencial més recent és partidària d'admetre la validesa dels pactes que amplien o escurcen els terminis legals de prescripció,<sup>138</sup>

<sup>133</sup> BOE núms. 175 i 176, de 24.7.1984.

<sup>134</sup> BOE núm. 89, de 14.04.1998.

<sup>135</sup> Vegeu la detallada anàlisi que en fa Nieves FENOY PICÓN, *DA 1.ª.6*, a MENÉNDEZ/DÍEZ-PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, cit., p. 1106-1111 i 1128. Es pot veure també Susana QUICIOS MOLINA, *Disposición adicional 1ª. Seis: Disp. adic. 1ª.II.14ª LGDCU*, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 1060 i M<sup>a</sup> Eulalia AMAT LLARÍ, *D.A. 1ª Seis, Cl. 14*, a Ignacio ARROYO MARTÍNEZ / Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ (Coords.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 387. Cf. però CAÑIZARES, *DA 1.ª.6*, cit., p. 1182, amb matisos.

<sup>136</sup> Com diu FENOY, *DA 1.ª.6*, cit., p. 1127, sempre hi haurà un termini mínim inderogable.

<sup>137</sup> Així Silvia DÍAZ ALABART, *Artículo 10.1.c).6º*, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO / Javier SALAS HERNÁNDEZ (Coord.), *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, p. 293.

<sup>138</sup> Consta aquesta tendència Lluís PUIG FERRIOL, *El tiempo en el Derecho civil*, a Lluís PUIG FERRIOL / María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA / Jacinto GIL RODRÍGUEZ / José Javier HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil, I, Introducción y Derecho de la persona*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 499; cf. també Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil, I, Introducción y parte general*, Vol. 2º. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 14ª, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, p. 504.

en la línia del que ja havia defensat una opinió.<sup>139</sup> En particular, es pot destacar que el CC de 1889 no acull el precepte del Projecte de CC de 1851 que només admetia les prescripcions establertes per la llei (art. 1954).<sup>140</sup> Ara bé, cal aclarir que moltes de les sentències que usualment es citen com a exemple d'aquella doctrina jurisprudencial<sup>141</sup> només poden tenir un significat molt limitat per diverses raons: a) pertanyen a un àmbit material molt concret –el del transport marítim de mercaderies<sup>142</sup>; b) no es refereixen a un termini de prescripció sinó a un de caducitat –l'establert per exercir l'acció de responsabilitat contra el portador;<sup>143</sup> c) no hi ha problema en admetre la pròrroga del termini de caducitat, perquè la caducitat es pot establir convencionalment;<sup>144</sup> d) l'opinió que afavoreix l'admissió d'una caducitat prorrogable rebutja rotundament que es pugui fer el mateix amb la prescripció,<sup>145</sup> i e) les sentències no es pronuncien sobre qualsevol modificació convencional, sinó només sobre la possibilitat de prorrogar l'esmentat termini (vegeu SSTs de 30.5.1984 [RJ 1984\2808], 28.2.1985 [RJ 1985\807], 24.1.1986 [RJ 1986\407], i 18.10.1988 [RJ 1988\7587]), cosa que, com per altra banda resulta obvi, es pot fer només abans que aquest s'hagi extingit (STS de 11.10.1985 [RJ 1985\4736]). Això últim és important perquè, com s'ha vist, admetre la pròrroga és compatible amb prohibir els altres pactes sobre terminis de prescripció, tal i com

<sup>139</sup> Fonamentalment, Luis Díez-PICAZO, *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, Bosch, 1964, p. 64; després, Díez-PICAZO / GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, cit., p. 440; després, entre altres, CAÑIZARES, DA 1.ª.6, cit., p. 1180; cf. Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Prescripción (D. Civil)*, a *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, Civitas, 1995, 5008-5013, p. 5013; també, en aquestes mateixes *Jornades*, José-Ramón GARCÍA VICENTE, *Modificación convencional de los plazos de prescripción*.

<sup>140</sup> Cf. Lluís PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho civil*, I, 1, 2ª parte, *Parte general: Sujeto y objeto del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 859.

<sup>141</sup> Vegeu REGLERO, *Artículo 1935*, cit., p. 2166. En idèntic sentit es troba la STS de 30.6.1987 [RJ 1987\4831], tot i que aquest autor l'entén com a admissió de l'escurçament convencional.

<sup>142</sup> Vegeu la crítica a la generalitat de la doctrina del TS a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 1985*, CCJC 6, 1984, núm. 148, 1823-1825, p. 1824.

<sup>143</sup> Com bé puntualitza Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva en el Derecho de obligaciones*, a *Libro homenaje a Luis Díez-Picazo* (en premsa; vist per cortesia de l'autor), apartat II.

<sup>144</sup> Així Ana CAÑIZARES LASO, *La Caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001, p. 122 i 126-126; també ho permet Enrique RUBIO TORRANO, *La caducidad en el Derecho civil español*, a FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Prescripción y caducidad de acciones*, cit., 37-85, p. 78, i, del mateix, *La caducidad en el Derecho civil español*, *Aranzadi Civil* 1995 [BIB 1995\714], p. 89 ss., així com els que cita en nota 40.

<sup>145</sup> Vegeu Bernardo GÓMEZ CORRALIZA, *Comentarios jurisprudenciales sobre la caducidad*, *La Ley* 1988-4, 800-817, p. 815 i 816; en sentit anàleg, del mateix, *La caducidad*, Madrid, Montecorvo, 1990, p. 183 i 436, on descarta que el termini de caducitat es pugui allargar mitjançant pacte.

succeeix en la citada Convenció de Nova York (art. 22.1).<sup>146</sup> Tot això només es pot deixar de banda si es considera, com fan alguns autors, que la doctrina referida serveix substancialment per a la prescripció,<sup>147</sup> per exemple perquè el termini de caducitat és més rigorós.<sup>148</sup>

Finalment, la Ley 23/2003 de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo<sup>149</sup>, que transposa al Dret espanyol la Directiva europea 1999/44/CEE, refereix la possibilitat de pacte entre venedor i consumidor al termini durant el qual les manques de conformitat es poden manifestar, que és de dos anys. En aquest cas, les esmentades parts poden acordar un termini inferior, amb el mínim d'un any des del lliurament, a condició que es tracti de béns de segona mà (art. 9.1). En canvi, no hi ha necessitat de regular la prescripció,<sup>150</sup> ja que la Directiva no ho fa, i per aquesta raó la llei no conté una norma anàloga quan al·ludeix al termini per exercir l'acció per reclamar el compliment de les *garanties* (arts. 1 a 8). De fet, aquest es limita a establir que el termini serà de tres anys des que es va lliurar el bé. Per això, és comprensible que la doctrina discuteixi quina hauria de ser la durada del termini de prescripció en general<sup>151</sup> o si la durada del termini de garantia hauria de variar segons criteris diferents,<sup>152</sup> sense plantejar-se quin marge de llibertat tenen les parts en relació al termini de prescripció, qüestió que la Directiva deixa implícitament a l'arbitri de cada legislador

<sup>146</sup> Vegeu, amunt, nota 108.

<sup>147</sup> Així, sense una particular argumentació, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2ª, cit., p. 505 nota 93; en contra, DOMÍNGUEZ, *Alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva en el Derecho de obligaciones*, cit., apartat IV.

<sup>148</sup> DÍEZ-PICAZO / GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, cit., p. 440 nota 6; semblantment, Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. 317-318.

<sup>149</sup> BOE núm. 165, d'11.7.2003, p. 27160-27164.

<sup>150</sup> Ho assenyalava en aquestes mateixes *Jornades* el prof. Antonio Manuel MORALES MORENO, *Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la compraventa*.

<sup>151</sup> Dos anys per a Àngel CARRASCO PERERA / Encarna CORDERO LOBATO / Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria sobre ventas y garantías de los bienes de consumo*, *Estudios de consumo* 52, 2000, 125-146, p. 135, o tres, per analogia amb la responsabilitat per danys per productes defectuosos, per a Juana MARCO MOLINA, *La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo*, RCDI 2002, 2275-2346, p. 2337; dubta sobre la raó d'aquesta opció María Paz GARCÍA RUBIO, *La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, *La Ley* núm. 5747, 26.3.2003, 1-6, p. 4.

<sup>152</sup> Es pot veure Fernando GÓMEZ, *Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica*, *InDret* 04/2001 <www.indret.com> p. 22.

nacional. Això no treu que la suspensió i interrupció dels terminis pugui conduir a que s'allarguin considerablement.<sup>153</sup>

Al marge del Dret del CC espanyol, només un Dret privat regional tracta el tema. Es tracta, com es sap, del Dret civil navarrès, que en el seu conegut art. 27 disposa que

*no tendrán efecto los convenios o disposiciones destinadas a modificar los plazos legales de prescripción.*

## V. NOU DRET CIVIL CATALÀ

### 1. La primera llei del Codi civil de Catalunya. Gènesi de l'art. 121-3 CcC

Com és sabut, Catalunya ha donat un pas molt important en el procés de codificació del seu Dret civil propi amb la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera Llei del Codi civil de Catalunya. Aquesta té com a objectiu *establir l'estructura, el contingut bàsic i el procediment de tramitació del Codi civil de Catalunya* (Preàmbul, I). A més, n'aprova el llibre primer, titulat "Disposicions generals", que conté, entre altres matèries, un títol II dedicat a regular el doble tema de "Prescripció i caducitat". En línies generals, aquesta regulació segueix la continguda en el Projecte de la primera llei del Codi civil de Catalunya que la Mesa del Parlament de Catalunya va admetre a tràmit el 2 d'abril de 2002.<sup>154</sup>

Igual com el llibre primer del CcC, el Projecte dedicava el seu Títol II a *La prescripció i la caducitat*. Dins d'ell s'hi trobava un article, el 121-3, que portava la rúbrica *Imperativitat* i tenia el tenor literal següent:

*Les normes sobre prescripció són de naturalesa imperativa. Tanmateix, les parts poden pactar un abreuament o un allargament del termini no superiors, respectivament, a la meitat o al doble del què està establert legalment.*

Paradoxalment, la *Memòria Justificativa* que va acompanyar el Projecte<sup>155</sup> no justificava aquesta norma sinó la diametralment oposada, tot dient:<sup>156</sup>

<sup>153</sup> Com encertadament assenyala GARCÍA RUBIO, *La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español*, cit., p. 4.

<sup>154</sup> BOPC núm. 280, de 8.4.2002, p. 20-27.

<sup>155</sup> PARLAMENT DE CATALUNYA, *Documentació Parlamentària* 71, Direcció d'Estudis Parlamentaris, Maig 2002, *Projecte de la Primera llei del Codi civil de Catalunya*.

<sup>156</sup> PARLAMENT DE CATALUNYA, *Documentació Parlamentària* 71, p. 22.

*Un altre tema de debat fou la possibilitat de modificar els terminis per voluntat o acord de les parts interessades, novetats proposada pels juristes ponents del text els quals al·legaren per defensar-lo que es tracta d'una matèria disponible com la interrupció i que quan els terminis estan unificats o són pocs, és més fàcil i raonable deixar més llibertat a les parts, dins de certs límits, per allargar-los o escurçar-los. Després de valorar aquesta possibilitat sobre la qual la doctrina no és unànime, ja que hi ha defensors de les dues postures, es rebutjà per considerar que això pot crear inseguretat en el tràfic i donar origen a conflictes jurídics així com per evitar el risc d'abús per part del contractant més poderós front del més feble.*

L'Informe elaborat pels ponents a què la Memòria fa referència proposava un *Avantprojecte de llei*,<sup>157</sup> l'art. 3 del qual es titulava *Inderogabilitat del règim legal de la prescripció* i establí el següent:

*Les normes sobre prescripció són de naturalesa imperativa, llevat del que disposa l'article 21 sobre la modificació dels terminis prescriptius.*

Aquest art. 21 tenia, al seu torn, el següent tenor literal:

- 1. Els terminis legals de prescripció no poden ser modificats per voluntat o acord de les parts interessades.*
- 2. Excepcionalment, i per causa justificada que han de fer constar, els interessats poden pactar un abreujament [o un allargament] que no sobrepassi la meitat del termini prescriptiu, sempre que això no redundi en indefensió de cap de les parts o sigui contrari a norma imperativa. En un altre cas, i en el de mala fe o abús d'aquest dret de modificació del termini, el pacte és nul.*

En el comentari a aquest precepte, els autors de l'Informe apuntaven que el pacte era possible atès que *afectaria només interessos privats (els sotmesos a prescripció), sense greu detriment de la concepció general de la prescripció ni de principis generals relacionats amb ella*.<sup>158</sup> Com es veu, l'Avantprojecte apuntava la possibilitat d'allargament només *com a alternativa a l'escurçament, sempre que això no excedeixi de certs límits (...) ni deixi indefensa o en situació de clara inferioritat cap dels implicats, sobretot quan una d'elles estigui en una posició més feble (consumidors*

<sup>157</sup> FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ / ENCARNA ROCA I TRÍAS, *La prescripció i la caducitat en el Codi civil de Catalunya*, a PARLAMENT DE CATALUNYA, *Documentació Parlamentària* 71, p. 31-88, especialment p. 71-72.

<sup>158</sup> PARLAMENT DE CATALUNYA, *Documentació Parlamentària* 71, p. 72.

*i usuaris, la protecció dels quals i normes especials són imperatives).*<sup>159</sup> Així doncs, l'Avantprojecte no preveia d'entrada la possibilitat d'allargament, *perquè això podria anar contra el fonament i la finalitat de la institució (seguretat jurídica, certesa de les relacions jurídiques). Però –afegia– en el cas que el legislador opti per un gran escurçament dels terminis, desaparegut aquest inconvenient pot haver possibilitat de pacte d'allargament limitat.*<sup>160</sup>

Com es pot observar, el text que finalment passà al Projecte de llei no quadra, tampoc, amb l'Avantprojecte sinó que va més enllà en tres aspectes: a) estén la possibilitat de pacte també a l'allargament dels terminis; b) suprimeix els límits a què l'Avantprojecte feia referència (indefensió, mala fe, abús de dret), i c) abandona la idea del caràcter excepcional del pacte, tot prescindint del requisit que hi hagi una causa justificada que les parts facin constar.

En la tramitació parlamentària del precepte, la Ponència de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana va discutir dues esmenes.<sup>161</sup> La primera, del Grup Parlamentari Socialistes - Ciutadans pel Canvi (que portava el núm. 54), va ressuscitar els límits a què s'acaba de fer referència i va suggerir que s'afegís a l'art. 121-3 del Projecte l'incís següent:

*sempre que aquest pacte no comporti indefensió de cap de les parts o sigui contrari a una norma imperativa. En un altre cas, així com en el de mala fe o abús d'aquest dret de modificació del termini, el pacte és nul.*

La segona esmena, del Grup Parlamentari d'Iniciativa per Catalunya – Verds (amb el núm. 55), proposava en canvi afegir a la norma aquest incís que no apareix en la resta d'antecedents: *sempre que aquesta modificació no perjudiqui a tercers.*

Com explica l'Informe de la Ponència, la redacció definitivament adoptada en el si de la mateixa constitueix *un text transaccional*, del que resulta el que finalment va passar a ser text legal de l'art. 121-3 CcC:<sup>162</sup>

*Les normes sobre prescripció són de naturalesa imperativa. Tanmateix, les parts poden pactar un abreujament o un allargament del termini no superiors, respectivament, a la*

<sup>159</sup> PARLAMENT DE CATALUNYA, *Documentació Parlamentària* 71, p. 72.

<sup>160</sup> PARLAMENT DE CATALUNYA, *Documentació Parlamentària* 71, p. 73.

<sup>161</sup> BOPC núm. 365, de 4.12.2002, p. 17-38. El nomenament de la Ponència es troba al BOPC núm. 356, de 18.11.2002, p. 32.

<sup>162</sup> Noteu que el Preàmbul no reflexa l'addició de l'últim incís de la norma.

*meitat o al doble del què està establert legalment, sempre que el pacte no comporti indefensió de cap de les parts.*

## 2. Justificació de la norma

La regulació legal expressa dels pactes modificatius constitueix una novetat, atès que, com és ben sabut, no existia en la molt migrada regulació de la prescripció en la Compilació de Dret civil de Catalunya (CDCC).<sup>163</sup> Ara bé, ja s'ha vist com la jurisprudència ha anat admetent aquests pactes. D'aquesta manera, la plasmació de la regla permissiva en el CcC constituïria senzillament una codificació de Dret judicial ja existent.<sup>164</sup> Això podria significar una millora important des del punt de vista de la seguretat jurídica en la mesura en què aproximaria el text de la llei al Dret que es troba aplicat a la pràctica quotidiana.<sup>165</sup>

El caràcter innovador de l'aspecte concret regulat per l'art. 121-3 CcC no s'ha d'identificar precipitadament amb una possible manca de competència legislativa de la Generalitat de Catalunya en la matèria.<sup>166</sup> Al marge del fet que el Dret civil català sempre ha regulat la prescripció (vegeu l'Usatge *Omnnes causae*), cal tenir en compte que seria absurd permetre que el legislador determinés la durada dels terminis de prescripció segons el judici de raonabilitat que en cada moment històric realitzi<sup>167</sup> (cf. art. 344 II CDCC) però no que deixés que fossin les parts qui escollissin un altre termini que els resultés més convenient dins de certs límits, més quan això és conforme al principi d'autonomia de la

<sup>163</sup> Es pot veure, sobre la mateixa, Juana MARCO MOLINA, *La prescripció extintiva de les obligacions*, a Ferran BADOSA COLL (Dir.), *Compendi de Dret civil català*, Barcelona, Marcial Pons, Edicions de la UB, 1999, 161-164, p. 163; Albert LAMARCA MARQUÈS, *La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el Dret civil de Catalunya: la seva inaplicació*, RJC 1999, 957-982; Glòria RIBAS MORENO, *La prescripció extintiva i els seus terminis en la Compilació del Dret civil de Catalunya*, a ÀREA DE DRET CIVIL (Coord.) Universitat de Girona, *El futur del Dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, Tirant lo Blanch, 2000, p. 519-562.

<sup>164</sup> De manera similar a com ha succeït a Alemanya. Vegeu Barbara DAUNER-LIEB, *Kodifikation von Richterrecht*, a ERNST/ZIMMERMANN, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, cit., 305-328.

<sup>165</sup> Com apunta, novament, Barbara DAUNER-LIEB, *Die Schuldrechtsreform. Das große juristische Abenteuer*, DStR 2001, 1572-1576, p. 1574; de la mateixa, *Die geplante Schuldrechtsmodernisierung. Durchbruch oder Schnellschuß?*, JZ 2001, 8-18, p. 10.

<sup>166</sup> Cf. els dubtes que manifesta GARCÍA VICENTE, *Modificación convencional de los plazos de prescripción*, cit.

<sup>167</sup> Vegeu al respecte Federico A. RODRÍGUEZ MORATA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo y Sílvia Díaz Alabart), XXV-1, Madrid, Edersa, 1993, com. art. 1930 CC, p. 36-37.



voluntat i respecta –gràcies a l'existència d'aquests límits– les necessitats de la seguretat jurídica.<sup>168</sup>

En efecte, cal recordar que la fixació de terminis legals de prescripció significa que el legislador tipifica una determinada valoració dels interessos del creditor i el deutor.<sup>169</sup> No obstant, si el que es tracta és de permetre que les parts ajustin la reglamentació contractual a les seves veritables necessitats, no es veu quin inconvenient pot haver-hi perquè s'introdueixi una norma que els permeti realitzar una valoració diferent a la del legislador en el cas concret, més ajustada a aquelles necessitats. Convé subratllar que la norma permissiva dels pactes modificatius no constitueix una simple extravagància del legislador. En realitat, com s'ha pogut veure en l'exposició precedent del Dret alemany, l'admissió dels pactes sobre la prescripció és simplement una conseqüència lògica del principi de llibertat contractual que s'ajusta a l'establiment d'un termini general de prescripció més curt.<sup>170</sup> D'acord amb aquesta idea, l'abandonament de la rigidesa de la regla prohibitiva anterior constituiria un imperatiu de l'ampli reconeixement positiu d'aquest principi.

A més, es podria afegir un altre argument basat en la teoria general de la norma jurídica. L'art. 121-3 CcC constitueix una norma permissiva i, com a tal, només té sentit si s'emmarca en el quadre més general d'una norma prohibitiva. La raó d'això és, com és sabut, que en sentit estricte no hi ha normes permissives, doncs la permissivitat no és una norma jurídica sinó la negació d'una norma jurídica (prohibitiva). En definitiva, l'important és el que la llei prohibeix, perquè tota la resta estarà automàticament permesa.<sup>171</sup> En el cas de l'art. 121-3 CcC, la norma general prohibitiva és implícita en el fet que el legislador català confereixi caràcter imperatiu al règim de la prescripció, ja que, com a corollari lògic d'aquest caràcter, els pactes sobre la mateixa seran invàlids. Per tant, la norma que permet determinats pactes simplement posa límits a

<sup>168</sup> Com diu Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *La prescripción y la caducidad. Perspectivas legislativas*, a ÀREA DE DRET CIVIL. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.), *L'exercici de les competències sobre Dret civil de Catalunya (Materials de les Onzenes Jornades de Dret català a Tossa)*, València, Tirant lo Blanch, 2002, 393-453, p. 399 i 413, la naturalesa imperativa del règim és compatible amb un cert marge de l'autonomia de la voluntat.

<sup>169</sup> Vegeu Peter BYDLINSKI, *Grundzüge des Privatrechts*, Wien, Manz, 1991, p. 14.

<sup>170</sup> Una justificació similar la troba, des d'una perspectiva *de lege ferenda*, ZIMMERMANN, „... *ut sit finis litium*”, cit., p. 857; del mateix, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 76 i 164.

<sup>171</sup> Vegeu, per tots, Luis DíEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª, Barcelona, Ariel, 1993, p. 62, i Eugen BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965, p. 54; aquesta obra es troba també a <[www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch)> Nr. 3.

la prohibició, com una limitació negativa que depèn d'ella, i retorna a la llibertat contractual una parcel·la que el mateix legislador li sostreu. De tot això es pot extreure que el legislador català no ha regulat una qüestió estrictament nova en el seu art. 121-3 CcC, sinó que només modula l'abast del caràcter imperatiu que tradicionalment s'ha atribuït al règim jurídic de la prescripció i que ara reafirma de forma expressa el citat precepte legal.

Si es té tot això en compte, sembla que es pot dir que el fet que el legislador català substitueixi la fixació de terminis legals de prescripció inamovibles per la possibilitat de pacte modificatiu no suposa, estrictament parlant, regular una qüestió nova, sinó simplement adoptar un criteri més flexible sobre una matèria que ja estava regulada en un sentit diferent. No és obstacle per arribar a aquesta conclusió el fet que el CC espanyol hagués tingut aplicació subsidiària a Catalunya ja que, en realitat, la subsidiarietat no es veu afectada perquè es canviï de criteri al respecte de la valoració i tipificació legals d'una solució per un conflicte d'interessos com el que es produeix en aquesta matèria. Dit d'una altra manera, regular els pactes modificatius no significa introduir –en comparació a la Compilació– un règim jurídic per una matèria nova, sinó donar una solució nova a un problema que ja existia.

En definitiva, existeixen raons poderoses –si és que el principi de llibertat contractual no sembla suficient– que permeten fonamentar la legitimitat del canvi adoptat pel Projecte català primer i el CcC després. D'una banda, s'ha de tenir en compte que l'escurçament dels terminis en el nou Codi català (compareu arts. 344 II CDCC i 121-20 CcC) contribueix d'una manera important a justificar que es permetin aquest tipus de pactes perquè, com s'ha apuntat, les parts puguin ajustar el funcionament del contracte als seus interessos.<sup>172</sup> I de l'altra, la possibilitat de pactar contractualment els terminis de prescripció troba justificació des del punt de vista de l'anàlisi econòmica, que en predica el caràcter eficient.<sup>173</sup>

### 3. Comparació amb el Dret alemany

#### a) Imperativitat versus llibertat de pacte

Com es pot observar, el legislador català s'ha inspirat en una línia general que tendeix a ser més flexible amb els pactes sobre la prescripció,

<sup>172</sup> Com bé assenyala, per al Dret alemany, Gerhard WAGNER, *Diskussionsbericht Mansel*, a ERNST/ZIMMERMANN, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, cit., p. 427.

<sup>173</sup> Així EIDENMÜLLER, *Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, cit., p. 284; vegeu també, sobre els pactes per facilitar la prescripció, Helmut KOHL, § 225, a *Alternativ Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, *Allgemeiner Teil*, Neuwied, Luchterhand, 1987, p. 891 Rn. 7.

de la qual n'és una manifestació el modernitzat Dret d'obligacions alemany. Aquesta influència també es palesa, entre altres aspectes, en la rúbrica de l'art. 121-3 CcC, que, igual com la del § 202 BGB, dóna compte del caràcter imperatiu del règim legal de la prescripció. Ambdues rúbriques, però, vénen immediatament seguides de normes jurídiques permissives.<sup>174</sup>

Això obliga a plantejar-se quin és el veritable abast de la norma permissiva com a excepció a la regla general prohibitiva dels pactes. Des d'aquest punt de vista, la qüestió també pot enfocar-se com una anàlisi que intenti respondre a la pregunta de quin dels dos sistemes jurídics, l'alemany o el català, és més restrictiu en aquest punt i, en conseqüència, dóna un pes menor a la llibertat de pacte. En una primera aproximació, podria semblar que l'art. 121-3 CcC permet pactes sobre menys aspectes de la prescripció que el § 202 BGB. La raó d'aquesta divergència rauria en que el BGB empra els termes *facilitar* i *dificultar* en relació als terminis de prescripció, mentre que el CcC només té en compte dos mecanismes pels quals es pot facilitar o dificultar la prescripció, l'escurçament i l'allargament. Així, si bé sembla clar que no és vàlid el pacte sobre l'inici del termini de prescripció –que sí que ho seria en el Dret alemany, *ex* § 202 BGB; cf. art. 121-3.1 CcC–, perquè el resultat pràctic no és escurçar o allargar els terminis de prescripció (cf. art. 121-23 CcC),<sup>175</sup> no ho sembla tant determinar si l'art. 121-3 CcC permet o no que les parts alterin les altres regles de còmput (art. 121-23.1 i 2 CcC) amb l'objectiu d'aconseguir que el termini finalment difereixi del legalment previst –quelcom que, com s'ha vist, prohibeix explícitament l'art. 198 del CC de la Federació Russa. El dubte interpretatiu recorda el que genera la Compilació navarresa que, en prohibir els convenis modificatius dels terminis legals de prescripció, no diu si són vàlids o no els relatius a altres aspectes de la mateixa.<sup>176</sup> En el cas del CcC, la llibertat de pacte, junt amb la manca d'una restricció específica en contra dels pactes sobre el còmput, possiblement afavoreixin la tesi permissiva dels mateixos.

### **b) Termini legal mínim**

De les dues propostes formulades per la doctrina alemanya, el legislador català s'ha quedat amb la de determinar els límits de forma

<sup>174</sup> Vegeu, amunt, la crítica que recull la nota 25, i PALANDT/HEINRICH, § 202, p. 212 Rn. 1. Noteu que la imperativitat no impedeix tampoc, tot i el silenci de l'art. 121-3 CcC, la possibilitat de renunciar a la prescripció consumada (art. 121-10.2 CcC).

<sup>175</sup> Semblantment, en relació a la caducitat, GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, cit., p. 438.

<sup>176</sup> Vegeu, a favor d'una interpretació restrictiva de la prohibició, PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho civil*, cit., p. 911.

relativa, per referència al límit legal (meitat i doble). D'altra banda, el legislador català ha considerat que no calia introduir una excepció semblant a la introduïda en el Dret alemany en el § 202 I BGB en matèria de prescripció de la responsabilitat per dol, tot i que, com s'ha vist, la doctrina la considera una norma justificada.<sup>177</sup> Tal vegada hagués estat preferible seguir aquí també el criteri alemany, segurament més conforme amb les exigències de la bona fe que recull el nou Dret civil català (art. 111-7 CcC). Com ja s'ha dit, sembla que aquesta era l'orientació seguida per l'Esmena núm. 54 al Projecte de Llei, que feia referència a la *mala fe* com a límit al *dret de modificació del termini*. En el seu lloc, l'art. 121-3 CcC es refereix a la *indefensió* com a límit a la llibertat de pacte.

### c) La prohibició de la indefensió

Aquest últim aspecte distancia el règim català de l'alemany. En realitat, *indefensió* és un terme que, d'ençà de la Constitució Espanyola de 1978 (art. 24.1), apareix en tota mena de textos legals però que no sempre té un significat jurídic-tècnic precís. Així, no queda clar si es vol fer referència a la situació que la Constitució prohibeix, o a la figura jurídic-processal de la indefensió, o a una situació diferent.<sup>178</sup> Tampoc no és clar si la indefensió deriva de la desaparició dels elements de prova produïda pel pas del temps, facilitada per un pacte d'allargament del termini de prescripció,<sup>179</sup> o si també es pot donar en el cas contrari d'escurçament del mateix –penseu en la possibilitat que una de les parts destrueixi la documentació relativa al contracte després d'haver expirat el termini de prescripció pactat, però abans que ho faci el legalment establert.<sup>180</sup> La relació entre la prescripció i la tutela judicial efectiva segurament necessita, encara, una major definició per part del Tribunal Constitucional.<sup>181</sup> Per tant, és possible que el concepte d'indefensió

<sup>177</sup> Vegeu, amunt, nota 34.

<sup>178</sup> Pròpiament, es diu que la indefensió constitucionalment proscriu i la indefensió processal són coses diferents: la primera material, la segona exclusivament formal. Cf. Enrique ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho constitucional*, I, 3ª, Madrid, Tecnos, 1999, p. 431 i Óscar ALZAGA VILLAAMIL / Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ / Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho político español*, II, Madrid, Ceura, 1998, p. 85-86; crític amb aquesta distinció, Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Artículo 24. Garantías procesales*, a Óscar ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, III, Madrid, Cortes Generales, Edersa, 1996, p. 55.

<sup>179</sup> Cf. sobre això Tyler T. OCHOA / Andrew J. WISTRICH, *The Puzzling Purposes of Statutes of Limitation*, 28 *Pac. L.J.* 453-513 (1997), p. 458.

<sup>180</sup> Les parts tenen un interès en saber quan poden destruir la documentació i planificar el futur sense haver de patir per possibles litigis que emergeixin del passat més proper. Cf. LYLES, *Note*, cit., p. 758.

<sup>181</sup> Com bé assenyala Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Prescripción y tutela judicial efectiva (Comentario de la STC 220/1993, de 30 de junio)*, *DPyC* 1994-3, 315-324, p. 324.

manqui a hores d'ara de la claredat que és exigible en la redacció d'una norma legal sobre la durada dels terminis de prescripció.

A més, segons reiterada jurisprudència constitucional, la *indefensió* té a veure amb el dret de defensa, pressuposa sempre el resultat d'una parcialitat de l'òrgan judicial consistent en una infracció d'una norma processal i mai la pot al·legar aquell a qui és imputable.<sup>182</sup> Tanmateix, quan es pacta un termini de prescripció diferent del legal, la indefensió seria auto-imposada per les parts –en virtut de la seva autonomia contractual concretada en el pacte– i, en conseqüència, imputable a qui l'al·lega.<sup>183</sup> Qui es volgués emparar en la indefensió presumptament produïda per un termini de prescripció lliurement acordat –dins dels límits legals– segurament aniria contra els seus propis actes (cf. art. 111-8 CcC). És més: l'exercici de la pretensió derivada del contracte no cal que sigui judicial i, en conseqüència, pot no haver-hi la intervenció d'un òrgan judicial que és pressupòsit característic de la indefensió tal com és generalment entesa.<sup>184</sup> En aquest sentit, convindria preguntar-se quants casos hi ha en la jurisprudència constitucional en què la indefensió hagi estat provocada per un pacte modificatiu dels terminis legals.<sup>185</sup>

En realitat, sembla que la referència a la indefensió potser difumina el límit temporal fixat normativament en la meitat i el doble del termini legalment establert, amb la qual cosa resta a la regla legal la certesa o seguretat jurídica que aquest límit estrictament temporal podia haver introduït.<sup>186</sup> A part, la referència normativa a la indefensió complica innecessàriament el règim jurídic de la prescripció perquè crea un àmbit de discreció judicial i fa imprescindible esperar a veure com els Tribunals concreten aquest terme abstracte o general amb situacions específiques. De fet, l'al·legació d'indefensió pertany a un àmbit més general i pertocarà sempre que es produeixi: per tant, sense que calgui que el legislador reiteri

<sup>182</sup> Vegeu Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Artículo 24. Garantías procesales*, cit., p. 48; Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 497-498; Juan MONTERO AROCA, *Acción y tutela judicial*, a *Derecho jurisdiccional*, 10<sup>3</sup>, València, Tirant, 2000, p. 254-255; José M. SERRANO ALBERCA, *Artículo 24*, a Fernando GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 471.

<sup>183</sup> Recordeu el què s'ha dit abans en relació a la necessitat d'un *fair trial*, nota 120.

<sup>184</sup> Cf., entre altres, Gonzalo JIMÉNEZ-BLANCO, *Artículo 24*, a Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Dir.), *Comentario a la Constitución*, Madrid, Ceura, 1995, p. 282.

<sup>185</sup> Cf. l'Informe de l'Avantprojecte a PARLAMENT DE CATALUNYA, *Documentació Parlamentària* 71, p. 34-35.

<sup>186</sup> Una crítica anàloga a la utilització del terme *indefensió* en la doctrina del TC es troba a Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal. Introducción*, 2a, Madrid, Ceura, 2001, p. 439. Vegeu també, en contra de la utilització d'una terminologia que afavoreix la incertesa, Eli J. RICHARDSON, *Eliminating the Limitations of Limitations Law*, 29 *Ariz. St. L.J.* 1015-1074 (1997), p. 1044, i ANDREWS, *Reform of Limitation of Actions*, cit., p. 593 i 596.

la prohibició d'indefensió en una norma particular. Sobretot, l'art. 121-3 CcC no esmenta cap circumstància que permeti concretar una situació d'indefensió i, des d'aquesta perspectiva, estableix un límit reiteratiu, merament aparent o buit de contingut. Per tant, l'únic límit específic a la llibertat de pacte en aquesta matèria és el fixat en relació a la durada (meitat i doble). Com s'ha vist, la idea d'indefensió apareix en els materials prelegislatius vinculada a altres conceptes que pretenen operar com a eventuais límits a la llibertat de pacte. Així es suggereix també, com s'ha vist, l'aplicabilitat del règim legal de protecció dels consumidors.<sup>187</sup> No obstant, sembla tan exagerat pretendre que qualsevol pacte d'escurçament dels terminis de prescripció sigui abusiu,<sup>188</sup> com tractar d'impedir la possibilitat de pacte en una determinada matèria perquè hi hagi risc d'abús. Cal recordar que el pacte modificatiu ni tan sols apareix a la llista negra de la LCGC. Des d'aquest punt de vista, segurament l'enfocament del nou § 202 BGB –que prescindeix de la referència a un límit anàleg a la indefensió– hagués estat preferible.<sup>189</sup>

## VI. REFLEXIÓ FINAL

Amb l'admissió, dins de certs límits, dels pactes sobre la durada dels terminis de prescripció, el legislador català s'ha situat al marge de la regla contrària formulada pel *ius commune* (*praescriptio pactis privatorum mutari non potest*), i ha adoptat una solució que ell mateix presenta com a més concordant amb les regulacions europees més modernes i el principi de llibertat civil (cf. art. 111-6 CcC).<sup>190</sup> La redacció legal revela

<sup>187</sup> Vegeu, amunt, nota 159. Cf. ara Francisco Rivero Hernández, *Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código Civil de Cataluña*, RCDI 678, 2003, 2099-2167, p. 2112, qui equipara a la indefensió els casos de mala fe o notori abús de dret

<sup>188</sup> Com pretén Guillermo OROZCO PARDO, *De la prescripción extintiva y su interrupción en el derecho civil*, Granada, Comares, 1995, p. 87; del mateix, *La alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984)*, AC 1986, 2149-2161, p. 2160; semblant, Eduardo POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, a *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, cit., 811-898, p. 865. Amb millor criteri, vegeu FENOY, *DA 1.ª.6*, cit., p. 1127 i CAÑIZARES, *DA 1.ª.6*, cit., p. 1181. Tingueu en compte, tanmateix, que aquest últim no és el criteri d'altres països: vegeu els informes publicats a Luis Díez-PICAZO (Ponente general), *Las Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 59, 166, 181 i 191.

<sup>189</sup> Tanmateix, això no vol dir que l'escurçament del termini de prescripció no trobi cap límit en cas que es convingui en condicions generals; ans al contrari, es considera un inadmissible alleugerament de la responsabilitat (*Haftungserleichterung*): vegeu Dieter HENSEN, § 11 Nr. 7, a Peter ULMER (Hrsg.), *AGB-Gesetz*, Köln, Otto Schmidt, 1997, p. 830 Rn. 21, i Manfred WOLF, § 11 Nr. 7, a WOLF / Norbert HORN / Walter F. LINDACHER, *AGB-Gesetz*, 4. Auf., München, Beck, 1999, p. 1241-1242 Rn. 23.

<sup>190</sup> Preàmbul de la *Primera Llei*, III.

una evident influència de la *modernització* del Dret d'obligacions alemany i, àdhuc, en aspectes concrets, un marcat paral·lelisme amb les reflexions de la doctrina relativa al mateix.<sup>191</sup> Des d'aquesta perspectiva, val la pena plantejar-se si són aplicables a la nova regulació catalana algunes de les crítiques que ha rebut l'alemanya. Així, tot i que aquesta tingui una indubtable qualitat tècnica en determinats aspectes, s'ha criticat que el legislador alemany no només no hagi pres el temps que hauria estat necessari per contrastar críticament la seva proposta de regulació amb idees diferents en qüestions de detall, sinó que tampoc no hagi fonamentat d'una manera comprensible la solució finalment preferida.<sup>192</sup>

La crítica pren un relleu especial si es té present, com s'ha vist, que la introducció de la possibilitat de pacte en el CcC va anar sempre –des del mateix Avantprojecte de llei– envoltada de nombroses cauteles. La contradicció entre la Memòria Justificativa i el Projecte de llei,<sup>193</sup> per la seva banda, palesa que aquesta matèria és encara prou complexa i controvertida. Així mateix, és obvi que una mica més de temps hagués pogut permetre un debat més pausat amb la finalitat de valorar, en la seva justa mesura, els possibles riscos de l'opció finalment adoptada pel legislador.<sup>194</sup> Des d'aquest punt de vista, podria haver estat fructífer estudiar les implicacions d'aquests pactes en relació a la protecció de tercers (cf. art. 1937 CC) –en la línia de l'esmena referida a la p. 31–, atès que aquesta és precisament una de les raons que l'opinió contrària a l'admissió dels pactes esgrimeix.<sup>195</sup>

En teoria, la crítica es podria complementar amb altres arguments. Així, hom potser podria basar-se en el fet que un dels objectius de la reforma legislativa alemanya aquí estudiada hagi estat influir en l'eventual configuració d'un Dret privat europeu. L'adopció a casa nostra de la regla alemanya que amplia la llibertat de les parts en matèria de prescripció podria significar, tal vegada, un reforç d'aquesta aspiració del legislador *alemany*, sense que això suposés necessàriament un correlatiu reforç del Dret civil *català*. Al mateix temps, l'admissió dels pactes sobre

<sup>191</sup> Vegeu, amunt, el treball citat a la nota 42.

<sup>192</sup> Així, ZIMMERMANN, *Das neue deutsche Verjährungsrecht*, cit., p. 43; vegeu també la crítica al procés d'elaboració de la reforma a Reinhard ZIMMERMANN / Detlef LEENEN / Heinz-Peter MANSEL / Wolfgang ERNST, *Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, JZ 2001, 684-699, p. 698-699.

<sup>193</sup> Vegeu, amunt, nota 155.

<sup>194</sup> Ho apunta, en relació al nou règim de la prescripció extintiva en general, FERRER, *Els efectes de la prescripció en el dret civil de Catalunya*, cit., p. 3.

<sup>195</sup> Vegeu DOMÍNGUEZ, *Alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva en el Derecho de obligaciones*, cit., III final.

la prescripció no seria un ingredient indispensable d'una codificació moderna, com ho prova la marxa enrera del legislador quebequès en aquesta matèria<sup>196</sup> o la manca d'interès per la qüestió d'un CC, com l'holandès, reiteradament lloat i fruit d'un intens treball comparatista.<sup>197</sup> En fi, la importació més o menys acrítica d'una solució jurídica forana podria produir, com es diu sovint, efectes no esperats.<sup>198</sup>

Aquestes crítiques semblarien, però, poc encertades. D'una banda, mereix una incontestable valoració positiva el fet que el legislador català hagi fonamentat la seva opció en criteris extrets del Dret comparat més modern. Com subratlla la doctrina, és perfectament legítim que el legislador català adopti del procés d'aproximació i harmonització del Dret privat europeu allò que en cada moment li sembli millor per a la societat catalana.<sup>199</sup> Convé no oblidar que la regla favorable als pactes és present no només en el nou Dret alemany, sinó també en un cos de regles de qualitat contrastada com són els PECL,<sup>200</sup> així com a les propostes de reforma elaborades per la prestigiosa *Law Commission* d'Anglaterra i Gal·les.

Des del punt de vista de la necessitat social de la regulació, si bé possiblement no sigui tan àmplia com a Alemanya –cf. les pràctiques indirectes descrites a l'inici d'aquest treball–<sup>201</sup>, no per això és menys

<sup>196</sup> Vegeu, amunt, nota 76.

<sup>197</sup> Vegeu, entre altres, María Paz GARCÍA RUBIO, *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Cálamo, 2002, p. 30; ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, cit., p. 10, o Attila HARMATHY, *Comparative Law and Changes of the Law*, 40 *Acta Juridica Hungarica* 1999 Nos 3-4, 159-167, p. 164, qui el considera el millor CC de la història; cf., més escèptica, Brigitta LURGER, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Wien, New York, Springer, 2002, 16.

<sup>198</sup> Vegeu Esin ÖRÜCÜ, *Shifting Horizons for Comparative Law in the New Century*, 8(2) *Asia Pacific Law Review* 115-137 (2000), p. 136; del mateix, *Law As Transposition*, 51 *ICQL* 205-223 (2002), p. 212; Alan WATSON, *Legal transplants an approach to comparative law*, 2<sup>nd</sup>, Athens, London, University of Georgia Press, 1993, p. 21-30; Gunther TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, 61(1) *Mod. L. Rev.* 11-32 (1998), i Thomas WILHELMSSON, *Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanization?*, *ERPL* 2002, 77-94, p. 92; Jan SMITS, *On Successful Legal Transplants in a Future Ius Commune Europaeum*, a Andrew HARDING / Esin ÖRÜCÜ, *Comparative Law in the 21st Century*, London (etc.), Kluwer, 2002, 139-154, p. 140.

<sup>199</sup> Com posa de relleu MARTÍN, *El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del Dret privat europeu*, cit., p. 653; semblantment, Santiago ESPIAU ESPIAU, *La codificació del Derecho civil catalán en el proceso de unificación europeo*, *DPyC* 2000, 63-127, p. 75.

<sup>200</sup> Entre nosaltres, els valoren positivament Luis Díez-PICAZO / Encarna ROCA TRÍAS / Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 93.

<sup>201</sup> Vegeu, amunt, nota 20. Els antecedents del CcC obvien aquest punt. Cf., amunt, apartat V.1 i ss.



present o digna d'una menor atenció pel legislador. Així, es pot recordar que, al nostre país, els asseguradors han intentat repetidament abreujar els terminis de prescripció de l'art. 1964 CC mitjançant clàusules incloses en les pòlisses –unes vegades com de caducitat, altres com de prescripció–, malgrat que existien diverses normes administratives que les prohibien o condicionaven.<sup>202</sup> Més encara, la doctrina actualment admet que les parts del contracte d'assegurança puguin pactar modificacions dels terminis legals de prescripció en benefici de l'assegurat, el prenedor de l'assegurança o el beneficiari, ja sigui mitjançant un allargament de les accions *contra* l'assegurador, ja sigui mitjançant un escurçament de les accions *del* mateix, i això, tot i el –teòric– caràcter imperatiu de la *Ley del Contrato de Seguro* i la seva regulació de la prescripció (arts. 2 i 23).<sup>203</sup> Com és sabut, aquesta possibilitat es fonamenta en la idea que la imperativitat té certs inconvenients per als mateixos assegurats en certs supòsits, de forma que una rigidesa extrema es tornaria en contra de la fi que el legislador persegueix.<sup>204</sup> Si a això s'afegeix el què s'ha comentat en relació a la flexible línia jurisprudencial que existeix en matèria de pròrroga dels terminis de caducitat, sembla clar que la regulació de l'art. 121-3 CcC respon, també, a una innegable realitat social.

En fi, amb una perspectiva de futur sembla que es poden esperar dues coses. La primera, que l'admissió legal dels pactes sobre durada de la prescripció sigui acollida favorablement per la societat catalana, la qual cosa amb tota seguretat vindrà afavorida per la proximitat de la regulació a la realitat –en la línia del que s'acaba d'apuntar– i el seu accentuat caràcter pràctic. La segona, també important, és que aquesta regulació ben probablement afavorirà també la participació del Dret propi de Catalunya en el procés d'aproximació i harmonització del Dret privat europeu. Atès que, sense cap mena de dubte, té tot el dret a participar-hi, és d'absoluta justícia que ho faci –com ara ho pot fer– amb les millors armes possibles.

<sup>202</sup> Vegeu, per tots, Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Artículo 23. Prescripción*, a l'obra que dirigeix, *Ley del Contrato de Seguro. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 2ª, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, p. 404, i la sentència que estudia Orozco, *La alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva*, cit., p. 2161.

<sup>203</sup> Així Francisco VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3ª, Barcelona, Bosch, 1990/1991, p. 527; semblantment, SÁNCHEZ CALERO, *Artículo 23. Prescripción*, cit., p. 409, i Francisco J. TIRADO SUÁREZ, *El contrato de seguro*, a Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho mercantil*, II, 5ª, Barcelona, Ariel, 1999, p. 619.

<sup>204</sup> Per tots, Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro*, a Juan Luis IGLESIAS PRADA (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, Civitas, 1996, 2985-3004, p. 2990.





