

Reforma de los Códigos y Derecho Europeo *

LUIS DÍEZ-PICAZO

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 mi mismo. Debo aclarar, enseguida, que el problema no estaba planteado sólo por esos textos antes aludidos, que son PECL y PCCOM¹. 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 removi6 muy profundamente sus aguas, fue la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, 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 de la Convención que, después, tanta influencia ha ejercido en los Principios de Unidroit y en los Principios de Derecho Europeo de Contrato.

* El presente trabajo tiene su origen en la ponencia que se presentó en las XII *Jornades de Dret català a Tossa*, celebradas los días 26 y 27 de septiembre de 2002, y que junto a otras ponencias y comunicaciones se recogerá en el libro *El dret civil català en el context europeu. Materials de les XII Jornades de Dret català a Tossa*.

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

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 modo. Todos sabemos de la enemiga de los ingleses y 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 endebletes 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 pues sin gran importancia 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 por 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 1.088 al 1.313.

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 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 esta 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 y en todas estas normas surgidas al socaire del Derecho de consumo que tan caro le resulta a la Comunidad Europea y hay, del mismo modo, que proceder a establecer la coordinación con las reglas generales.

Tampoco revelo secretos especiales si digo que tampoco ese 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 regula-

ción 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 artículo 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. Esta 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 justinianeae*, 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 justinianeae* 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 este 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 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 la cosas se miran en concreto y en detalle no lo es tanto, porque la mayor parte de las regulaciones de las obligaciones están pensadas y sólo son aplicables a las obligaciones de carácter contractual. No discutiré que las reglas de 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 encuentran 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 sobrevinida 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 hubieran 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 un 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, aparece, de algún modo, 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 todo 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 *antiquo Nachfrist*.

La pretensión de cumplimiento y la pretensión resolutoria son entre sí alternativas y, por consiguiente, opcionales. En este sentido, puede considerarse que continua teniendo vigencia la regla del artículo 1.124 CC que no impide al contratante que haya solicitado el cumplimiento pedir después la resolución. Es verdad que el artículo 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 concurran lo que se definen 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 artículo 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 la 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 cumplidos, 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 los 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 lo primero, el artículo 6 CC, sin ninguna modificación, da una base más que suficiente. Lo segundo abre el arduo problema de los contratos inmora-les y de los contratos celebrados *ob turpem causam*. Puede pensarse que superponer un juicio de moralidad, marcado por la idea que los 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 notoria resistencia 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 este es un debate que debe quedar abierto.

He seleccionado apretadamente algunos de los temas que deja abierta 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, tiene, naturalmente, 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.