

Por:

Ramón Durán Rivacoba\*

## LA PROPUESTA DE REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN ESPAÑA

### Resumen

La Comisión General de Codificación de España ha intentado recientemente una revisión completa de los 226 preceptos que forman los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil español, que se refieren a la Parte General de las Obligaciones y Contratos. Este ambicioso trabajo, presentado por prestigiosos especialistas, es enjuiciado críticamente por el autor, reconocido Catedrático español, en sus vertientes formales, sustantivas y de oportunidad y alcance. En el presente trabajo se dejan en evidencia los defectos formales de la “Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, pero también los irresolubles problemas que deja el introducir cambios que provienen del *Common Law*, todo esto en el difícil escenario que plantea la unificación del Derecho privado europeo y el complejo Derecho interregional español. El autor también señala los graves defectos que la Propuesta generará en el resto del articulado del Código, y la falta de unidad y peligro de crear una parte aislada del resto del ordenamiento civil español sin considerar cambios en otras materias ligadas íntimamente con el contrato. Se analiza especialmente la idea de colocar como regla del sistema la solidaridad pasiva en las obligaciones, que al autor le parece excesiva, y los desajustes que provocaría el invento en un régimen de signo contrario. De la misma manera, el autor muestra las incoherencias de las propuestas en el ámbito de la necesaria integración del Derecho de Consumo europeo en la normativa española. Por otro lado, se discuten algunos cambios técnicos propuestos desde el Derecho contractual, como el recoger una noción de contrato que exige la patrimonialidad expresa y que se juzga bastaría con su alcance indirecto; también el introducir una idea de causa abstracta de corte subjetivo alejada de la fórmula de causas objetivas y específicas en cada tipo de contrato que trae el Código actual; y finalmente, el presentar un principio de *favor contractus* muy ampliado, que conduce al extremo la conservación del negocio. Se concluye con una lista de aciertos y recuento de aspectos novedosos que se estima pueden contribuir a modernizar adecuadamente el Derecho español.

**Palabras clave:** Reforma, codificación, contrato, obligaciones, patrimonialidad, solidaridad, causa, conservación del negocio, consumo, Derecho privado, *Common Law*.

---

\* Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo. Correo electrónico: rdr@uniovi.es.

### Abstract

Spain has recently attempted a comprehensive review of the 226 precepts that form parts of the Spanish Civil Code, which refer to the General Part of Obligations and Contracts. This ambitious work, presented by renowned experts, is judged critically by the author, renowned Professor Spanish. In this paper evidence left in the formal defects of the “Proposal for Modernization of the Civil Code on Obligations and Contracts,” but also intractable problems left by the changes that come from the Common Law, all in the difficult by the unification of European private law and the complex inter Spanish law. The author also points out the serious defects that the proposal will generate the remaining articles of the Code, and the lack of unity and danger of creating an isolated part of the rest of the Spanish civil order without considering changes in other closely related materials with the contract. It concludes with a list of hits and new aspects count who are expected to help modernize the Spanish law properly.

**Keywords:** Reform, codifying, contract, obligations, patrimonialism, solidarity, cause, conservation of business, consumption, Private Law, Common Law.

### Sumario

I. INTRODUCCIÓN. *Las dos versiones de la propuesta y su análisis limitado a la Parte General.* II. LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN Y ESTADO GENERAL DE LA DOCTRINA. III. EL MODELO DE LA RENOVACIÓN COMPLETA. IV. CONVENIENCIA Y NECESIDAD DEL CAMBIO. LOS DEFECTOS FORMALES. V. LA PROBLEMÁTICA UNIFICACIÓN EUROPEA E INTERNA. VI. LA COMPATIBILIDAD DE LA REFORMA CON EL SENO DEL CÓDIGO CIVIL. VII. LA PROPUESTA EN EL MARCO DE LOS AVANCES DE LA JURISPRUDENCIA. EL EJEMPLO DE LA RESOLUCIÓN. VIII. ESPECÍFICO ALCANCE DEL TEXTO. IX. LA SOLIDARIDAD COMO SISTEMA. DEL FAVOR DEBITORIS AL PRO CONSUMITORE. X. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO. XI. LA POLÉMICA MODERNIZACIÓN DEL CONTRATO: CONCEPTO, PATRIMONIALIDAD, CAUSA Y PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN. XII. ASPECTOS POSITIVOS Y CONCLUSIONES.

#### I. INTRODUCCIÓN. LAS DOS VERSIONES DE LA PROPUESTA Y SU ANÁLISIS LIMITADO A LA PARTE GENERAL

La Comisión General de Codificación de España hizo pública recientemente su Propuesta sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, que plantea un nuevo contenido completo de los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil español. La iniciativa tiene una enjundia notable y realizar su glosa, siquiera sea sucinta, no resulta tarea fácil. Por eso mismo, pretendo realizar algunas consideraciones que arrojen luz sobre su contenido más relevante y las perspectivas de su puesta en práctica<sup>1</sup>. Como es lógico, el debate será más de idea que de concreta disciplina, si bien

<sup>1</sup> Este trabajo refleja mi Ponencia en el X Encuentro de Profesores y Ayudantes del Derecho Civil (2009), organizado en la Universidad de Los Andes (Santiago de Chile) por el Decano de dicha Facultad de Derecho y Profesor Ordinario de Derecho Civil, Dr. CORRAL TALCIANI. El hecho de

algunos de sus ejemplos servirán para ilustrar mejor los conceptos abstractos discutidos. Para su adecuado cotejo, se reproducen las normas a menudo, pues su óptima carta de presentación es darlo a conocer con la mayor amplitud posible. Reconozco, ya de antemano y en estricto tributo a la justicia, que la crítica constituye labor más simple que la creativa, luego mis comentarios presumen siempre que los autores de la Propuesta son reputados especialistas en la materia, muy superiores en sus conocimientos a mi pericia, sobre todo en la función de proponer un Cuerpo legal que, sin embargo, aquí enmiendo.

En su desarrollo me ceñiré al examen de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en su Parte General. Ésta constituyó su contenido único en la primera de las versiones publicadas (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Enero de 2009, 70 páginas; también denominada en su interior Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos). A dicha edición siguió una segunda (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, Gobierno de España. Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, 133 páginas), que se ha de saludar muy positivamente<sup>2</sup>. Sin embargo, conviene advertir que hay entre ambos textos profundas diferencias de fondo, pues el segundo añade a la Exposición de Motivos los ordinales XI al XXXVI, triplicando su extensión (lo que para 22 artículos nuevos constituye, a mi juicio, un exceso), suma otros artículos Segundo y Tercero con significativas modificaciones en lo relativo al contrato de compraventa, complementado por nuevos artículos Sexto y Séptimo en el orden sistemático. Incluso se transforma la rúbrica, que antes era “Propuesta de Anteproyecto” y ahora sólo “Propuesta”. Como es lógico, me guiaré por el articulado de la segunda publicación. Conviene advertir, con todo, que, de ordinario, las páginas web oficiales (entre otras, la del Ministerio de Justicia) reproducen la primera. Los añadidos responden a la idea plasmada en la Exposición de Motivos: “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 ha sido incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio de garantía en la venta de bienes de Consumo”, “mas no por ello deja de ser necesario acometer la tarea de reformar, parcialmente, las normas del Código Civil sobre el contrato de compraventa” (nº XI). Ahora bien, este asunto sobrevenido claramente desborda la primigenia intención de modificar las Partes Generales de los contratos y obligaciones en el Derecho común, disciplina en la que me ocuparé de forma exclusiva, y ello por dos motivos. El primero es que la ley específica puede motivar la reforma que se pretende, pero tampoco la exige de forma ni tan siquiera inmediata y, sobre todo, porque los cambios introducidos responden de ordinario a principios ya enunciados en la parte introductoria, como la determinación del objeto, que induce los cambios en la

---

sugerirme dicho asunto, es bien significativo del alto interés que despierta la iniciativa lejos de nuestras fronteras, sobre todo en nuestro entorno jurídico de influencia.

<sup>2</sup> Por ejemplo, conduce al esquema de los errores tipográficos ciertos fallos que pudieran ser tenidos por ortográficos en la primera versión, sobre todo en el capítulo de los acentos, si bien no de forma definitiva, como refleja mi comentario.

noción de compraventa, y los remedios contra el incumplimiento establecidos en las normas generales (falta de conformidad, reducción del precio, etc.).

## II. LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN Y ESTADO GENERAL DE LA DOCTRINA

Resulta necesario previamente realizar un conjunto de consideraciones acerca del órgano que ha emanado la Propuesta. La Comisión General de Codificación en su Sección Primera, o de lo Civil, tiene como signo de identidad la Presidencia del mejor civilista en activo con que contamos en España. Se trata de la figura señera del Prof. Dr. D. Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, cuyas presentaciones resultan ociosas por la bien merecida fama que ha conseguido gracias a una carrera profesional y académica sin parangón posible. A ello cabe añadir que precisamente la disciplina de obligaciones y contratos, el moderno Derecho Patrimonial, constituye una materia en la que ha desplegado su sabiduría de forma excelsa, como prueba su magistral obra *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, que ha recibido varias ediciones y ha sido el libro de cabecera de cuantos cultivan este concreto sector del ordenamiento. Junto con él, su Sección reúne a muy destacados juristas, no sólo académicos, que han sabido imprimir al texto lo mejor de sus dedicaciones. Es de reconocer, sin embargo, que nuestra práctica legislativa no ha sabido aprovechar en su justa medida los esfuerzos de la Comisión General de Codificación, cuyos informes y propuestas no siempre tuvieron la esperable acogida cuando se trató de realizar las oportunas reformas en el Derecho positivo. El texto, como advierte su publicación por el Ministerio de Justicia (en adelante, Propuesta; o P. abreviado) no vincula de ninguna manera el quehacer legislativo, pero constituye un punto de partida muy susceptible de promover el debate jurídico sobre su contenido. Se trata, pues, de realizar algunas apreciaciones en dicho ámbito.

Asimismo es de advertir que los miembros de la Comisión General de Codificación que han participado en su elaboración, tampoco constituyen un comité de sabios lo deseablemente plural. Esa crítica no es imputable a quienes han comprometido su empeño, como es lógico, pero condiciona sin duda el éxito de la iniciativa. Una de las desventajas de la Propuesta radica en que, sin un periodo de información pública con intervenciones de muy destacados civilistas expertos en el tema, será difícil que pueda prosperar. No es concebible la definitiva operatividad de la reforma sin que tan destacados peritos en la disciplina como ALBALADEJO, BERCOVITZ, DELGADO ECHEVARRÍA, SALVADOR CODERH, BADOSA COLL o CARRASCO, y otros muchos nombres que harían desmerecer mis olvidos, participasen en su redacción<sup>3</sup>. Acaso la publicidad que se ha ofrecido recientemente a la Propuesta, si bien ya está cerrada, obedece a dicho propósito, por lo que también es de agradecer en su justa medida.

Por tanto, se trata más bien de un texto de partida, y así debe ser observado, máxime cuando a mí al menos no me consta que hubiera encargo específico del Minis-

<sup>3</sup> Algunos de los citados han escrito ya sobre dicho asunto, bien de forma introductoria (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. "De las obligaciones y contratos", *Aranzadi Civil*, núm. 10, 2009, pp. 11 y ss.) o más específica (SALVADOR CODERCH, Pablo. "Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *InDret*, núm. 4, 2009).

terio de Justicia, del que depende tal organismo, para emprender una reforma de tan profundo calado. Ello no desmerece, sin embargo, a la calidad y relieve de la Propuesta, pues compendia un nuevo sistema largamente meditado y emprendido a lo largo de mucho tiempo y esfuerzo (cerca de tres lustros), que debemos los estudiosos agradecer a los autores, sobre todo porque no constituye una tarea definida por el interés crematístico, sino por el social y jurídico.

### III. EL MODELO DE LA RENOVACIÓN COMPLETA

En el capítulo de los presupuestos de la Propuesta destaca su ambición y amplitud. Comporta una nueva versión completa de los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil. Esto es, 226 preceptos, que se modifican en bloque, por la sustitución directa de los artículos 1088 a 1314, que comprenden la Parte General de las obligaciones y contratos, como conocemos a su contenido en el mundo académico.

Posiblemente dicha nota implique, de otro lado, uno de los mayores obstáculos a la operatividad de la medida. El Derecho no es una utopía científica y los textos legales tampoco deben ser expresión de teorías que muchas veces topan con la resistencia de la práctica. El articulado del Código Civil no debe aspirar, a mi juicio, a la incondicionada corrección técnica, sino a su funcionamiento efectivo. Lo jurídico engloba tres elementos diferenciados. Al normativo se suman el dogmático y el jurisprudencial. El primero a menudo responde a presupuestos históricos que se plasman en los preceptos. Tales disfunciones se corrigen adecuadamente por la jurisprudencia emanada en la solución de los problemas concretos que suscita. Por su parte, la dogmática encauza el fenómeno jurídico mediante conceptos hábiles para su examen abstracto. Confundir dichas facetas supone, según creo, un discutible *modus operandi*. Tal parece, a la vista de la Propuesta debatida, que sendos aspectos se aproximan enormemente, y no estoy seguro de que sea ésta la óptima forma de conducir las cosas. Ha de concluirse que una regla mejorable, pero bien aplicada, resulta mucho mejor que la opción reformista radical. No debe hacerse *tabula rasa* de lo anterior, pues nada en el Derecho es menos recomendable que la manía de Penélope, si el poso tradicional constituye una de sus señas identificadoras.

Buena prueba de cuanto afirmo es que la disposición adicional tercera del Código Civil español de 1889 preveía que, sobre la base de las Memorias en las “que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal” (disp. adic. Primera) y contando con “los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir”. Nunca se aplicó esta previsión, más voluntarista que real, pues el ordenamiento jurídico avanza de otra manera y con distintos ritmos.

#### IV. CONVENIENCIA Y NECESIDAD DEL CAMBIO. LOS DEFECTOS FORMALES

Otra de las dudas que suscita el comentario de la Propuesta es la que concierne a su oportunidad. En mi criterio, la materia pendiente de reformas más importantes en el Código Civil español es la de sucesiones *mortis causa*. Toda vez que nuestro sistema hereditario se funda en un presupuesto jurídico-familiar completamente preterido en las últimas y desdichadas modificaciones introducidas en el ordenamiento español, pierde mucho de su originaria *ratio*.

En efecto, los cambios en nuestro Derecho de familia no fueron acompasadas en correspondencia por el régimen sucesorio, que se mantuvo casi estático, salvo pequeños ajustes detallistas. En el pasado, la herencia sirvió de cauce para la expresión de las tensiones latentes en el régimen sustantivo familiar. Fue un imprescindible aliviadero práctico de otras rigideces jurídicas. Superadas antiguas fórmulas, dicha disciplina todavía no ha recibido el adecuado *aggiornamento*. Así las cosas, en sus actuales términos, se corre un serio peligro de que las sucesiones a causa de muerte resulten un paradigma de lo inescrutable. Se capta en este punto una grave falta de sintonía entre la realidad y las instituciones jurídicas que le prestan apoyo.

Frente a esta conveniencia imperiosa, se presenta un texto alternativo de la Parte General de los contratos y de las obligaciones, cuya propia Exposición de Motivos reconoce que no es necesaria ni perentoria, si bien resulta conveniente (cfr. nº I), lo que se plasma en el título de Propuesta, de muy escaso relieve jurídico. Todo ello conduce al escenario del interés, en el que albergo algunas incertidumbres sobre la iniciativa traducidas en términos de utilidad, aunque reconozco sin fisuras su valor teórico y como terreno para un debate fructífero, según expresa la nota introductoria del volumen donde se publicó por vez primera.

En el marco de las modificaciones proyectadas cabe un capítulo previo a su análisis sustantivo, y de carácter más bien accesorio, pues conviene introducir algunas apreciaciones periféricas acerca del texto. En primer lugar, destacan las facetas meramente formales. Contrasta mucho la calidad de fondo de la iniciativa —cuyos resultados son discutibles si se quiere, pero con notable altura en el plano técnico— frente a su expresión literaria. Arrastra la Propuesta problemas insólitos de redacción, que oscilan desde su vertiente ortográfica<sup>4</sup>, a la lingüística<sup>5</sup>, hasta el punto de que los párrafos 1 y 2 del artículo 1297 reúnen ambos defectos. Asimismo, destacan las reiteraciones de términos en idénticos preceptos, con estilo literario pobre, y, en general, el abuso del condicional “si” a lo largo de su desarrollo. Advierto que la naturaleza subjetiva del

<sup>4</sup> Existen numerosos errores no sanados del todo incluso en su segunda versión. Así, acentos por defecto (“solo” por sólo en arts. 1106, pfo. 3; 1293.3, pfo. 2; 1300.3; y 1123.1 P, que incluye uno primero sin tilde y otro luego con ella) y por exceso (“aquél” por aquel no pronominal en arts. 1288, pfos. 1 y 2; y 1297.1 P), entre otros (cfr. art. 1101, pfo. 1, P).

<sup>5</sup> Por ejemplo, discutible distribución de las comas, impropio empleo de “mismo” (arts. 1104, pfo. 2; 1217, pfo. 1; 1241; 1289; 1303; y 1306, pfo. 1, P) y “misma” en función pronominal (arts. 1235 y 1236 P) (cfr. LÁZARO CARRETER, Fernando. *El dardo en la palabra*, Barcelona, 1997, pp. 310 y ss.), y mejorable abuso de pronombres (cfr., entre otros, art. 1291, pfos. 1 y 3, P).

gusto de cada cual pueda reducir en buena medida mi crítica, aunque no me resisto a expresarla.

En esta línea, el artículo 1110 aporta lo definido en la noción de las condiciones —“En las relaciones obligatorias sometidas a condición suspensiva o resolutoria el comienzo o cese de todos o algunos de sus efectos, depende del hecho futuro e incierto establecido como condición”—, frente al artículo 1113 del Código Civil actual. Igualmente, cabe sostener que constan algunas cuestiones de más libre juicio, pero que mejorarían, según creo, el resultado definitivo. Los dos primeros párrafos del artículo 1106 parecen notoriamente reiterativos (“El obligado a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas” y “El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra”, respectivamente, aunque ya estuviera en el artículo 1131 CC; pero, si se reforma lo innecesario, porqué no hacerlo con lo más oportuno) y análogo sucede con la redundancia de los dos asertos finales del párrafo 1 del artículo 1100 (“Sin embargo, salvo que otra cosa resulte del contrato, el deudor podrá pagar en la moneda de curso legal en el momento y lugar del pago. El deudor carecerá de la facultad de elección cuando el contrato la hubiere excluido”), luego reproducida en los dos incisos del segundo párrafo del mismo precepto (“Si resultare imposible cumplir la obligación en la moneda exigible, se utilizará la de curso legal en el momento y lugar del pago. Cuando la imposibilidad provenga de la sustitución de la moneda, se utilizará la que legalmente la haya sustituido”); o el efecto compensatorio *ex tunc* (art. 1177, pfo. 3, P: “Hecha efectiva la compensación, los créditos quedan extinguidos desde el momento en que se hicieron compensables”; y art. 1178, *in initio*, P: “Los efectos de la compensación se retrotraen al momento en que se creó la situación de compensabilidad”); o la validez del negocio disimulado (art. 1238.2, pfo. 2, P: “La expresión de la causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”; y art. 1296.2, pfo. 1, P: “La nulidad del contrato simulado, cuando encubra otro distinto, no impedirá la validez de este último, al que será de aplicación el régimen que corresponda”). El artículo 1149, en su segundo párrafo, tiene una redacción muy confusa (“Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado”), como también el artículo 1259 (“Una o ambas partes pueden facultar a la otra parte o a cualquiera de ellas para decidir, en el plazo o condiciones estipuladas, mediante comunicación al otro contratante la entrada en vigor del contrato prometido”), etc. Los ejemplos podrían ser numerosos y no prosigo para tampoco cansar, pero queda claro que hay espacio a una profunda mejoría formal del texto<sup>6</sup>.

En un nivel más profundo, en ocasiones se incurre, a mi juicio, en una pedagogía superflua, como la que anuncia el segundo párrafo del artículo 1099: “Las obligaciones cuya finalidad fuere indemnizar en dinero un daño o restituir un valor patrimonial

<sup>6</sup> Así, los dos párrafos del artículo 1109 deberían refundirse sólo en uno. El artículo 1120 contempla cuatro casos reconducibles con facilidad a dos (aparte de que indebidamente omite el término “garantías” en su nº 4). El artículo 1188, en su segundo párrafo, contiene “invocar” quien “lo invoque”. El artículo 1203, en su tercer párrafo, reitera el término restituir hasta tres veces, etc.

han de ser cumplidas con una suma equivalente al valor del daño sufrido o al valor patrimonial objeto de la restitución”. Es de imaginar que no será mayor o menor, sino equivalente, pero sobra decirlo. Tampoco queda muy a la zaga lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1285: “Los poderes de representación otorgados por un empresario e inscritos en el registro Mercantil se reputarán exactos a favor de terceros de buena fe”, que pertenece a la legislación registral y además forma parte del núcleo del sistema que no debería reiterarse de forma inoportuna.

Como no podía ser de otra manera, tratándose de reglas sobre la Parte General de los contratos y obligaciones, pero acaso con demasiada frecuencia, se incurre, según creo, en expresiones vagas, que hacen perder algún grado de certeza, y, por consiguiente, de seguridad jurídica. Un buen indicio es el párrafo segundo del artículo 1200: “También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto”. Conceptos como “plazo razonable” (*v. gr.*, arts. 1200, pfs. 1 y 2, y 1201 P; y *cfr.* arts. 1250, pfo. 3, 1251.2, 1291 y 1295, pfo. 2, P), “tiempo prudencial” (art. 1231, pfo. 3, *in fine*, P) y “sin demora” (arts. 1251.1, pfo. 2, y 1252, pfo. 2, P; y hasta dos veces reiterado en el art. 1253, pfs. 1 y 2, P), “propósitos prácticos” (*v. gr.*, art. 1238.3 P), “persona razonable” (art. 1298.2 P), deber abstracto de conocimiento (“conocido o debido conocer” en arts. 1169, pfo. 3, 1276, 1290, 1296.2, pfo. 2, 1298.1.2<sup>o</sup>, 1304, segundo inciso<sup>7</sup>, y 1310.2 P; y *cfr.* arts. 1291 y 1293.3 P, etc.), “insolvencia” simple, pero acto seguido “notoria” (art. 1310.2, pfs. 1 y 2, P, respectivamente), “notable y manifiesto desequilibrio entre el valor de las prestaciones” (art. 1310.2 P) constituyen válidos ejemplos de cuanto afirmo. No sé de seguro si a este capítulo responden otras fórmulas más discutibles, como las relaciones “irregulares” a que alude la Propuesta en su artículo 1226, párrafo 1, cuya exacta significación ignoro.

Más allá de todo esto, todavía existen otras ideas discutibles, algunas, en mi criterio, favorables y otras no tanto. Entre las primeras, y aunque pudiera comprometer la modernidad del nuevo articulado, destaca la permanencia en su contenido de la clásicas citas de “la moral” (arts. 1237 y 1238 P) y las “buenas costumbres” (art. 1112 P). A las segundas pertenece mantener el nominalismo como principio en el cumplimiento de las obligaciones (*cfr.* art. 1099, pfo. 1, P, luego repetido en el art. 1104, pfo. 1, P); y, en especial, suscita una profunda reflexión la dudosa conveniencia de sustituir clásicas definiciones del Código Civil vigente por otras más controvertibles, máxime cuando tampoco añaden mucho. Tal vez su mejor ejemplo, junto a las fuentes de las obligaciones, de las que luego hablaré, sea el concepto de contrato, que aúna su discutible contenido con una formulación más bien mejorable, sobre todo comparada con su precedente. El artículo 1254 del Código Civil —“El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”— quiere sustituirse con otro tenor: “Por el contrato, dos o más personas acuerdan

<sup>7</sup> En un plano casi anecdótico, es llamativo que incluya este precepto, como también el artículo 1312 de la Propuesta, una lista separada por guiones y no por números, según hace para los demás de los casos. Me parece que desdice de la coherencia interna del texto, a la vez que dificulta su cita.

crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para las mismas” (art. 1236 P). Es de reseñar el empleo de “mismas” pronominalmente y el uso atrabiliario de las comas. Sin embargo, lo más llamativo es que introduce un alcance directamente patrimonial de los contratos que a mí no me satisface por completo, pues con el dar o hacer de naturaleza siquiera sea indirectamente patrimonial bastaría, pero eso es materia de la que después trataré más por extenso.

## V. LA PROBLEMÁTICA UNIFICACIÓN EUROPEA E INTERNA

Otro de los elementos reveladores de la tarea emprendida comporta una vertiente de calado en el texto que se debate. La Comisión General de Codificación en su Sección Primera, de lo Civil, cuenta entre sus miembros con múltiples representantes del Derecho Internacional Privado, que intervinieron en su redacción. Esta presencia se nota en los precedentes que la Propuesta sigue como modelo. La propia Exposición de Motivos reconoce que los Proyectos UNCITRAL de unificación de Derecho mercantil, promovido por la ONU y adoptado en Viena en 1980, UNIDROT acerca de los *usus mercatorum* y los Principios de Derecho europeo sobre contratos bajo el auspicio de la Unión Europea, han sido fuentes inspiradoras de la reforma. A todo ello se añaden las numerosas Directivas emanadas por la Unión Europea en materia del Derecho del consumo, por ejemplo (cfr. nº IV).

Varias son las cuestiones que suscita este asunto, algunas de detalle y otras de concepto. La primera idea es debatir acerca de la unificación, tanto en la hipótesis como en su aspiración. Empezar la convergencia de los ordenamientos europeos en la materia plantea retos profundos, siendo el prioritario si resulta una idea deseable. Tal vez lo sea, pero con reservas. La estricta convergencia sólo sería posible mientras todos los Derechos se sometían a un mismo sistema, pero el propósito, loable si se quiere, no deja de ofrecer dificultades, pues hay que coordinar ordenamientos de distinto género y hasta especie. Conseguir un modelo satisfactorio para todos partiendo de disciplinas correspondientes al *common law* y al esquema continental comporta casi una utopía. Se han producido avances de un enorme relieve, del estilo de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, pero de limitado alcance y de carácter netamente comercial. Además, en la esfera jurídica continental deberían distinguirse las órbitas francesa y alemana, con enormes distancias mutuas. Un buen ejemplo constituye sus sendos modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales. Entre otras cosas, la uniformidad a ultranza en este campo no creo que fuera factible ni óptima, pues pertenece a cada concreta concepción filosófica del Derecho privado y el valor de los actos establecidos con arreglo a una larguísima trayectoria histórica, que no puede borrarse repentinamente y sin las debidas explicaciones, sobre todo en clave de utilidad y conveniencia. Incluso cabría decir que sólo en Alemania se han producido repercusiones directas del fenómeno homogeneizador, en forma de la Ley de modernización del Derecho de obligaciones del año 2001, que la Exposición de Motivos de la Propuesta española cita como hito (cfr. nº IV), mientras en el resto

de los países el proceso enfrenta serias dificultades, aunque también existan proyectos semejantes al que ahora comento.

El último de los veneros que dice compartir la Propuesta son las Directivas Europeas, que realizan una importante labor unificadora, sobre todo en materia de consumo. Esto es cierto, mas *relative tantum*. Las Directivas Europeas no se incorporan a los Derechos de los países miembros de forma inmediata, ni automática, ni en los mismos e idénticos términos. No se introducen mediante traducción, sino gracias a las necesarias trasposiciones que integran en el ordenamiento interno su contenido. Las Directivas de ningún modo deben transcribirse, operación que significa simple copia, o transferencia, en su hipótesis, de un idioma extranjero, sino trasponerse, con las implicaciones concretas que tal hecho comporta. Por ejemplo, la Directiva sobre protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas ha tomado cuerpo muy diferente a la vista de cada trasposición, que van desde reflejar su propio y estricto título, hasta el caso español, que difiere del limitado tratamiento que otorga la normativa europea, y contempla una ley hábil para quien establezca relaciones con un profesional, aunque no sea estrictamente consumidor, y en el marco de las condiciones generales. Ello provocaría la censura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de Luxemburgo, de 9 septiembre 2004, de la que luego trataré.

Al margen de dichos incidentes concretos, la idea de que la uniformidad se logre a través de la modificación autónoma de los Derechos nacionales implica un notorio grado de antinomia. Si se desea una convergencia medida en términos absolutos no hay otro remedio que impulsar un proceso conjunto de delegación legislativa en la materia, pues cualquier otro camino puede producir una mayor o menor similitud, pero nunca integración estricta. Es evidente que tal no sucede, y tampoco aglutina la idea un deseo compartido por los protagonistas. Además, en el mundo de los principios, existen nuevas dificultades del proceso. Cualquier tipo de confianza en los modelos supranacionales trae consigo una profunda descodificación interna. Pretender conseguir este resultado gracias a las reformas de cada ordenamiento constituye un despropósito en términos prácticos. Se transita con una facilidad pasmosa del fenómeno de la descodificación al de la supercodificación. No cabe introducir un esquema contractual europeo conjunto a través del cambio de los múltiples regímenes nacionales internos, por muy parecidos que resulten al fin, o aun cuando se inspiren en idénticas fuentes.

Aparte de la paradoja señalada, también enfrenta el cambio del Derecho de obligaciones y contratos ciertas dificultades internas previstas en parte por la Propuesta. La unificación europea resulta una entelequia no menos poderosa que otras posibles añadidas al caso. En España existen normas concernientes al Derecho patrimonial en sede civil, pero también en la mercantil. El acoplamiento de ambos sistemas constituye un anhelo largamente sentido, pero no abordado en el texto, entre otras cosas porque la Comisión General de Codificación cuenta con una Sección Segunda, de lo Mercantil, distinta de la que propone la reforma. Resulta una grave falta de lógica no abordar en este momento dicho enlace, máxime cuando el modelo en que se basa es más mercantilista que otra cosa. Igualmente, la señalada diferencia jurídica entre co-

mercantil y civil cuenta con inevitables repercusiones en lo relativo al Derecho general y del consumo; y, por último, análogo sucede con la dicotomía entre Derecho común y foral en la disciplina.

Esta última división logra una relevancia inopinada para los estudiosos que contemplan el asunto lejos de las fronteras españolas y se hace difícil de comprender por espectadores no especialmente avisados en el problema. Junto al Código Civil español, existe otro en nuestro espacio jurídico interno, como es el de Cataluña, e incluso ya se anuncia un futuro valenciano, aparte de múltiples normas forales en otras circunscripciones con facultades legislativas más o menos discutibles. La Constitución española establece la competencia única del Estado en materia de Derecho civil, pero siempre “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (art. 149.1.8ª CE). La interpretación excesivamente generosa de la salvedad que se ha registrado a favor de las Autonomías por causa de coyuntura política trae consigo una verdadera desintegración del ordenamiento civil español. Cierto es que la reserva en el mismo artículo sobre las “bases de las obligaciones contractuales” debería permitir esta iniciativa central, aunque basta decir que tampoco hay una traducción pacífica del concepto. Por ilustrarlo con un ejemplo sencillo, el Código Civil de Cataluña establece un específico “Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal” (Capítulo III, Título V, Libro V). Si esto no integra las bases de las obligaciones —afecta incluso al crédito territorial—, no sé qué pueda serlo. Nadie imagina hoy día, en plena expansión del sentimiento autonómico, que la Propuesta pueda frenar los excesos cometidos rectificando la deriva centrífuga.

El hecho, a mi juicio, arrastra un notable rasgo contradictorio, porque uno de los motivos más serios de crítica que mantiene la Exposición de Motivos de la Propuesta sobre la versión originaria del Código Civil que ahora se desea modificar, es que volcó sus esfuerzos en las cuestiones relativas al matrimonio y a la coexistencia del Derecho foral con el común (cfr. nº II). Estas conocidas circunstancias, explicables por razones históricas, parece insólito que todavía perduren. En lo que ahora interesa, respecto de la competencia de los distintos órganos legislativos territoriales españoles, se ve que, por mucho denunciar el conflicto, la lección no se aprende del todo. No es fiable que la mera reivindicación del artículo 149.1.8ª de la Constitución española en sus primeros incisos sirva para conjurar las ambiciones de las Comunidades Autónomas y sus Derechos propios en materia de obligaciones y contratos, incluso en su Parte General. Antes citaba el Código Civil catalán, pero también sucede cosa semejante con el Fuero Nuevo de Navarra, por ejemplo en su Título VIII, Libro III (“De las obligaciones en general”), o la representación (Título XIII, Libro III), o las estipulaciones o contrato a favor de terceros (Título IX, Libro III del Fuero Nuevo de Navarra)...., temas a los que conviene añadir la rescisión por lesión, capítulo que constituye la estrella de los recursos por casación foral, tanto en Navarra como en Cataluña, y otros episodios que devienen reiterativos con la presente iniciativa. Este obstáculo, a mi juicio, resulta invencible para la plena eficacia de la reforma. Es contraproducente apelar a la convergencia del Derecho europeo en la disciplina, mientras se consiente que los Derechos forales o especiales de corte autonómico rompan la unidad interna.

Por todo ello, estimo que la previsión del artículo Octavo de la Propuesta, que reclama su “aplicación general” en virtud de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil es justa, meritoria y valiente, aunque un tanto irrealista. En efecto, tampoco puede significar que con carácter sobrevenido se rehagan el conjunto de atribuciones que permitieron la existencia de normas forales específicas en las figuras citadas y que son reglas vigentes. Acaso, sin embargo, sea tiempo de replantearse la cuestión en toda su intensidad, previendo las novedades que pueda ofrecer el futuro próximo. Escenario en el que destaca el Código Civil catalán, que anuncia un nuevo Libro VI —“Obligaciones y contratos”— aún sin desarrollar, pero me temo que sin limitaciones previas, del estilo de la Propuesta que comento, y que alguien haría bien en explicarnos cómo quedarán a su vista.

Un panorama tan caleidoscópico hace difícil lograr una sintonía conjunta, no ya perfecta, sino incluso aproximada, pero hay que reconocer el intento. Además de la sedicente aplicación de la competencia exclusiva del Estado en la disciplina, los esfuerzos se centran en introducir una normativa más bien compatible con las exigencias del Derecho patrimonial aplicable a nuestro entorno. Ello implica que abandona el modelo español clásico en materias clave y pienso yo que sin la debida reflexión, o ayuna en ocasiones de motivos proporcionales, como tendré oportunidad de discutir en algunos puntos de relieve.

## VI. LA COMPATIBILIDAD DE LA REFORMA EN EL SENO DEL CÓDIGO CIVIL

Pasando ya más en concreto al contenido del texto, llama poderosamente mi atención que se pretenda una nueva fórmula de todo el conjunto de reglas concernientes a la Parte General de las obligaciones y contratos; y, ello, por varios motivos, que obstaculizan dicha Propuesta en términos prácticos.

Las últimas reformas del Código Civil español parten de dos premisas, discutibles si se quiere, pero firmes. La primera es apartar de su seno preceptos procesales o en el que intervengan en cierta medida reglas de carácter instrumental. Así, existen numerosos artículos vacantes por dicha causa, pues su contenido se traslada, incluso en asuntos límite, al ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. antiguo art. 205 CC, convertido en el art. 757.4 LEC). En esta línea, contrastan normas más bien adjetivas que se introducen, del estilo del artículo 1263.2 de la Propuesta: “Podrán ejercitar las correspondientes acciones los interesados y las entidades constituidas en España o en otro país de la Unión Europea para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos relacionados con la materia” (cfr., asimismo, art. 1264 P). Incluso, en dicha tendencia, debería reflexionarse sobre si el Capítulo III del Título II de la Propuesta, “De los documentos públicos y privados”, hubieran de salir del Código, aunque reconozco en este punto abierta disputa, pues el texto actual aún mantiene su presencia con amplio respaldo de la doctrina. Con todo, es mi criterio retirarlo a una sede más específica, máxime cuando trata del grado de prueba que incorporan (cfr. arts. 1270 y

ss. P), y se advierte que “Los documentos en que intervenga Notario público (sic) se registrarán por la legislación Notarial” (art. 1269.2 P).

La segunda de las premisas que ha gobernado los cambios recientes del Código Civil es que se pretende mantener a toda costa el ordinal de sus disposiciones emblemáticas. Ello implica que su articulado refleje después del 299, no el 300, sino el 299 bis; y, a su vez, sea desprovisto el Cuerpo legal de bastantes normas que quedan desiertas, pero sin que signifique una reordenación de números, prefiriendo dejarlos en blanco. Así pues, ofrece numerosos vacíos su contenido. Todo ello porque se sigue un *modus operandi* que busca la conservación de la secuencia que identifica la figura con el número. Así, el artículo 1911 siempre representará la responsabilidad patrimonial universal, o el 1124 la resolución, etc. El método se ha llevado incluso al punto de sustituir por completo un contrato típico por otro distinto para lograr dicho efecto. Así sucedió con el de alimentos, que se superpuso al antiguo de seguro, en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, artículos 1791 a 1797 del Código Civil. En suma, no tiene mucho sentido reemplazar por completo dos títulos completos de un Libro, dejando los demás incólumes, pero con abundantes huecos. Mejor hubiera resultado reformar cuanto hubiera sido menester, pero sin ambiciones excesivas que conducen a nuevas versiones de preceptos, aunque con idéntica significación, si bien tenor desmejorado. Sin embargo, es de reconocer que a menudo se copian preceptos del Código Civil vigente, aunque no siempre con el debido respeto a su dicción literal (cfr., *v. gr.*, art. 1207, pfo. 1, P. *versus* art. 1106 CC).

Además, esta manera de proceder comporta ciertos riesgos no adecuadamente atendidos. Es tal la envergadura de los cambios que aún queda por realizarse una profunda tarea de armonización interna de contenidos, una vez la reforma opera sobre materias afines. Propongo un ejemplo elocuente. El artículo 1911 del Código Civil contempla la responsabilidad patrimonial universal: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. En la Propuesta pasa idéntico al artículo 1089, pero sin que aquél se suprima, luego la redundancia está servida. Representa una simple muestra en el abanico de las repentinas reiteraciones emergentes. Este signo es muy constante, incluso dentro del propio seno de la iniciativa, donde las duplicidades abundan con demasiada frecuencia, como ya tuve ocasión de mostrar. Otro ejemplo suministra las notas características del pago: identidad (art. 1154 P: “El deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba una prestación diferente aun cuando fuera de igual o mayor valor que la debida”; y art. 1166 P: “El deudor no puede liberarse realizando una prestación diferente a la debida, aunque sea de igual o mayor valor, salvo que el acreedor la consienta”), e integridad (art. 1153 P: “No se entenderá cumplida la obligación sino cuando se hubiese realizado enteramente la prestación en que consistía”; y art. 1161 P: “A menos que el título constitutivo de la obligación expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación en que consista la obligación”), aunque ya estuviera ésta última en el Código Civil. Análogo sucede con la indemnización de intereses en el incumplimiento del pago de deuda pecuniaria (cfr. arts. 1206 y 1207, pfo. 3, P), la naturaleza de la cláusula penal típica como resarcitoria (cfr. arts. 1146, pfo. 1, y 1147 P), o la resolución en el caso de falta de conformidad o retraso (cfr. arts. 1200, pfo. 1, y 1201 P).

Por tanto, me cuestiono si la mejor forma de realizar el empeño sea rehacer todas y cada una de las normas que gobiernan la disciplina. Varios constituyen sus inconvenientes. El primero, aparte de las inevitables reiteraciones antes vistas, es que introduciría una suerte de isla dentro del Código Civil conjunto, que no sé si resistirá bien dicha incrustación. Tal parece un paño nuevo en remiendo del vestido viejo que acabará deshilándolo. Además, las derogaciones concretas que contempla también traerán consigo reproducir vacíos en el resto del articulado.

Igualmente, los cambios en bloque traen consigo que se redacten de nueva forma preceptos característicos del Código Civil, modificando su orden y con clara empeora de su contenido. Varios supuestos servirán de imagen. Una expresión ilustrativa del asunto viene representada por las fuentes de las obligaciones: “Las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto” (art. 1092, pfo. 1, P). No logro entender porqué retocar el literariamente muy acertado artículo 1089 del Código Civil vigente —“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”— por otro más descriptivo y en su expresión mejorable. No hay ganancia de ninguna especie y se desbaratan formas antiguas y útiles, cuyos posibles defectos o debidas actualizaciones tuvieron en la jurisprudencia el oportuno remedio.

Además, si atendemos a los hechos, las reformas operadas en la mayoría de las instituciones no requerían en modo alguno una nueva versión completa del articulado. Hubiera sido a mi juicio más prudente emprender cuantas modernizaciones fueran necesarias, pero no un replanteamiento global de las actuales características.

## VII. LA PROPUESTA EN EL MARCO DE LOS AVANCES DE LA JURISPRUDENCIA. EL EJEMPLO DE LA RESOLUCIÓN

En efecto, gran parte de las innovaciones contempladas fueron introducidas en la práctica de los Tribunales, lo que nos debe conducir a la imprescindible reflexión acerca de su reflejo normativo inmediato. Ya formaban parte del acervo jurídico español y no sé si era preciso incluirlas en la pretendida modificación del Código Civil. El Derecho supera con creces su vertiente positiva y si se aprovechan todos sus cauces quizás la reforma legal completa devenga inoportuna. Sin embargo, nada obsta que se opere ahora una nueva etapa, en la que accedan dichos criterios al articulado, aunque no sea mi mejor criterio.

Por ejemplo, en el tenor presente del Código la facultad resolutoria del artículo 1124 consta en sede de condiciones, hasta el punto de que fue conocida largo tiempo en su enseñanza por “condición resolutoria tácita”. Ya se sabía que no pertenece a esta categoría sistemática y que, junto a la falta de pago y sus defectos esenciales, la jurisprudencia introdujo en su esfera operativa la llamada “voluntad manifiestamente

rebelde al cumplimiento”. Eso constituye Derecho vigente, sea o no reconocido por las disposiciones legales. Sin embargo, no es menos cierto que la disciplina de la resolución mejora en la Propuesta sensiblemente, priorizando el cauce alternativo al judicial —“La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante la notificación a la otra parte” (art. 1199, pfo. 2, P)— que puede tener amplia expresión práctica. Ese régimen, característico del *common law*, comporta ciertos riesgos en su traslado absoluto al ámbito continental. Con todo, conserva el doble cauce, al menos como esquema, cuando se alude al ejercicio de “la acción resolutoria” (art. 1202, pfo. 2, P), aunque sin la notoriedad que sería deseable. Igualmente, la evanescencia de algunas de sus fórmulas hacen insegura la disciplina; de suerte que la Propuesta permite que “Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento, que atendida su finalidad, haya de considerarse esencial” (art. 1199, pfo. 1, P). En primer término, la propia finalidad aludida no queda en absoluto clara, pues puede comprender tanto la intención de quien incumple, como el grado del incumplimiento que hace inviable la continuación del vínculo; aunque, para la hipótesis más lógica, la finalidad se predica del contrato. Resulta una excelente prueba de que la utilización de los pronombres puede mejorarse. También se cita un “plazo razonable” (arts. 1200, pfos. 1 y 2, y 1201, P), “riesgo patente” (art. 1200, pfo. 2, P), y el deber de conocimiento (cfr. art. 1201, P) y se sustituye la fórmula jurisprudencial de “la voluntad manifiestamente rebelde al cumplimiento” por la más escasa de “haber declarado que no cumplirá sus obligaciones” (art. 1200, pfo. 3, P)<sup>8</sup>. Por último, tampoco faltan algunas reiteraciones llamativas, como la que se produce cuando el artículo 1202, *in fine*, “presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto”, mientras el artículo 1203, párrafo 3, declara: “el que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución”. En todo caso, me parece mejor la fórmula clásica, que comprende como responsabilidad contractual el daño emergente y el lucro cesante, máxime cuando consta en el artículo 1207, párrafo 1, de la Propuesta: “La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo [sic, por sólo] el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también la de la ganancia que haya dejado de obtener”<sup>9</sup>.

Cosa semejante sucede con otras instituciones que logran el respaldo normativo en la Propuesta de que antes carecían, si bien la práctica ofreció su régimen, que ahora se plasma. Un buen ejemplo constituye la promesa de recompensa (cfr. arts. 1093 y ss. P), aunque la de premio mediante concurso (cfr. art. 1094 P) dista mucho de conseguir un canon de calidad aceptable, por cuanto ignora las bases, que, sin embargo, aparecen en las subastas y concursos para celebrar contrato con arreglo al artículo 1260.2.

<sup>8</sup> No repararé ahora en otros aspectos literarios de la Propuesta que dejan algo que desear, como la repetición de términos y la pobreza de sus expresiones, pero no sé si su exigencia será demasiado ambiciosa.

<sup>9</sup> Ya que se copia el artículo 1106 del Código Civil vigente, hubiera sido de agradecer mayor respeto a las comas y los acentos omitidos con error.

A la vista de lo anterior, juzgo un tanto acerba la crítica de la regulación codicial española que realiza la Exposición de Motivos de la Propuesta: “No es aventurado decir que los codificadores españoles de 1889 no pusieron en la materia que nos ocupa sus máximos empeños”, a la que acompañó muy escaso debate, pues “toda la reflexión sobre el Derecho de contratos fue más bien superficial”. “De todo ello resultó una regulación que presentaba por lo menos altibajos y claroscuros y que sin poderse decir que incurriera en contradicciones, tampoco presentaba interna armonía” (nº II). Frente a lo que afirma, no es un defecto estructural de inicio lo que lastra la expresión normativa en el Código Civil de la materia, sino más bien el cambio en las condiciones sociales y económicas del tráfico en que se desenvuelve, como acaba reconociendo con la cita de la globalización que poco después hace. Luego, al margen de las soluciones concretas del punto de partida legal, el problema sobrevenido sería idéntico. En esta línea, constituye una paradoja que la Exposición de Motivos se fije mucho en este moderno fenómeno de la economía y sus repercusiones acerca de la libertad contractual, que ha sido ampliamente superada en la práctica (cfr. nº III), pero continúe inmune su axioma en la Propuesta. Sólo así se comprende que siga ignorando los contratos forzosos o las relaciones contractuales fácticas, a que alude la Exposición de Motivos (cfr.) sin el más leve vestigio en el texto de su desarrollo.

### VIII. ESPECÍFICO ALCANCE DEL TEXTO

Si bien se ha indicado que la reforma completa de la Parte General de las obligaciones y contratos parece contraproducente, al menos como se aborda, si ésta fue la voluntad hay que reconocer asimismo el riesgo de quedarse a medio camino. Ello crearía un sector del Derecho civil claramente aislado del resto incólume. Por ilustrar la idea, de qué sirve tener una Parte General excelsa si no se toca en absoluto lo concerniente a los contratos típicos, cuya primera figura sigue siendo el régimen económico matrimonial, fuera de contexto para los modernos escenarios que se quieren introducir en la ley. Acaso esto resulte para no pocos demasiado evanescente, pero entonces me pregunto cómo puede la Propuesta contemplar todavía los censos (cfr. art. Quinto P, en relación con el art. 1621 CC actual), rememorando aquella frase de CASTÁN que los catalogaba en la Sala de las momias del museo jurídico hace ya mucho tiempo. Asimismo, se habla de la prenda como un contrato específico, aunque también en cuanto el derecho real que genera (cfr. art. 1216, pfo. 2, *in initio*, y pfo. 3, P., respectivamente).

Esa falta de sintonía que sobreviene por emprender la reforma completa, pero circunscrita a una parte, como si fuera compartimento estanco de las demás y no un componente del conjunto que debe quedar uniforme, es, a mi juicio, uno de los obstáculos principales para la efectividad de la Propuesta. Los ambiciosos cambios en la Parte General de los contratos no se corresponden con las debidas renovaciones en su rama especial, excepción hecha de la compraventa.

Sin embargo, este mismo fenómeno se reproduce para otros escenarios. Resulta una buena muestra el tratamiento de la condición, cuyo concepto se actualiza de forma

discutible, como ya expresé, pero sin amoldar su disciplina jurídica en sede sucesoria, que representa un relevante campo de su despliegue (cfr. arts. 797 y ss. CC).

En síntesis, se plantea que no son factibles profundos cambios en la Parte General de los contratos y obligaciones sin emprender asimismo la de otras materias ligadas íntimamente con ésta. Si abordamos la reforma del concepto del contrato también debemos realizar una reflexión acerca de los modos de adquirir el dominio y los *iura in re aliena*. Precisamente los tres elementos abstractos de las obligaciones, los contratos y los derechos reales constituyen el núcleo del moderno Derecho patrimonial que se intenta recomponer a fondo. Como sabiamente advertía la Base 20 para la elaboración del Código Civil en su propio inicio, “los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante”. Desconocer estas conexiones entre las Partes Generales del Derecho patrimonial resulta una defectuosa metodología.

#### IX. LA SOLIDARIDAD COMO SISTEMA. DEL FAVOR DEBITORIS AL PRO CONSUMITORE

Esta fuga del esquema originario del Código Civil español se plasma en la Propuesta de manera decidida cuando define las relaciones entre los deudores múltiples para una misma obligación. El modelo venía guiado por la prudencia y la trayectoria previa, que trajo consigo la formulación de la mancomunidad como régimen característico. A ello se sumaban principios evidentes en la materia y ahora en franco declive, del estilo del *favor debitoris*. En consecuencia, la Base 19 para su elaboración establecía que “se mantendrá el principio histórico de la mancomunidad” y prevenía el obstáculo de la indivisión del objeto, que produjo en su día la conocida máxima de DUMOULIN (MOLINAEUS): “en el proceloso océano del Derecho no hay piélago más profundo e insondable que el de las obligaciones divisibles e indivisibles”.

Superando estos precedentes, y no sé si con el acierto debido, la Propuesta se desmarca de los presupuestos históricos, y hasta culturales, e introduce dentro del sistema español la novedosa pauta de la solidaridad pasiva en las obligaciones. El hecho se justifica en los nuevos escenarios de la contratación moderna. Sin duda los estudiosos coincidiremos al afirmar que uno de los mayores problemas que se presenta en el tráfico jurídico contemporáneo y en el universo de las obligaciones a que da lugar es la cuestión del pago. Todo el fenómeno de la presente crisis económica mundial surgió a causa de garantías débiles en créditos inmobiliarios (las hipotecas de alto riesgo, las famosas *subprime*) que provocaron un estado de insolvencia profundo y graves detrimentos financieros en las entidades bancarias, añadidas a la transmisión de los títulos, pues se transfirieron a fondos de pensiones que rebajaban así enormemente su fiabilidad. En este sentido, atribuir el favor jurídico exclusivamente a una de las partes de las relaciones sinalagmáticas resulta desenfocado, en la medida en que todos somos acreedores y deudores en el conjunto de los vínculos que canalizan nuestra intervención

en el mercado y distorsionar el equilibrio de roles provoca inevitables efectos cascada. Se fija en ello la Exposición de Motivos de la Propuesta reconociendo los imperativos de la globalización emergente y con la cita de IHERING (cfr. nº VIII), uno de los grandes detractores del beneficio del deudor. Introduce la referencia para excluir los presupuestos de la culpa en la responsabilidad contractual, aunque se cifra en el progreso de la economía, capítulo en el que destaca precisamente favorecer el cumplimiento y, con ello, el pago como clave de bóveda de su arquitectura.

Varias son las cuestiones que se suscitan, algunas de carácter técnico, pero sin que falten las que afectan a los principios que guían la legislación en su conjunto y cuya específica formulación compromete la lógica del modelo.

En cuanto a las primeras, cabe decir que, a mi juicio, el canon de la solidaridad de deudores resulta excesivo. La Propuesta la exime, como es lógico, cuando “resulte de la ley o del contenido del contrato” (art. 1122, pfo. 1, P). El problema es de coherencia. Habida cuenta que nuestro vigente sistema, el punto de partida, obedece al presupuesto jurídico de la mancomunidad en las obligaciones con varios deudores, la excepción sólo dispone su efecto contrario, luego la ley específica respecto del Código Civil contemplaría la redundancia solidaria. Es lo cierto que para el futuro cabe dicha dispensa, pero me resulta difícil imaginarme qué reglas especiales establecerán la mancomunidad, como no sea en materia de consumo, que ya está excluida. En efecto, tampoco rige vínculo solidario “si los deudores lo son en virtud de un contrato celebrado con un profesional y en el que se ha actuado como consumidores o usuarios” (art. 1122, pfo.1, *in fine*, P). Al margen de que con acierto se advierta la nueva perspectiva del consumidor según su noción recientemente introducida, cabe decir que precisamente la órbita de referencia convoca el escenario más propicio para las condiciones generales, como el propio texto señala en su Exposición de Motivos, y en dicho ámbito el predominio de la solidaridad resulta casi absoluto. Traduciendo a términos reales este panorama, el vínculo mancomunado en el supuesto de consumidores queda muy comprometido e implica una precisión prácticamente inútil, lo que arroja un lastre de incongruencia.

Este asunto abre otro de alto interés teórico. La superación del principio de mancomunidad pasiva de las obligaciones constituye un episodio de un fenómeno de más amplias hechuras, como es poner fin al *favor debitoris*. En el fondo, la exclusión de la solidaridad respondía en sus propios términos a favorecer al deudor, pero ahora se incluye otro principio de parecidas características: el *pro consumitore*. Por eso se dispensa para ellos la solidaridad establecida como pauta en el ordenamiento. Cosa distinta es que la presencia de las condiciones generales en este tipo de contratación arruine su eficacia, pero en el terreno de las ideas el esquema no puede ser más claro. Con ello queda de manifiesto la incoherencia del nuevo régimen, que trueca unos axiomas por otros semejantes, aunque no lleguen a conseguir relevancia práctica. Sin embargo, a mi juicio, no debe su disciplina jurídica distraer el debate de los conceptos. Estimo que un cambio radical en la forma de responder de los obligados no encuentra en su respaldo razones tan poderosas como para su vuelco, máxime si está pendiente una explicación

concreta que la motive. La mancomunidad no sólo pertenece al capítulo de los antecedentes históricos y su mantenimiento tampoco responde a simples razones de inercia. Creo que integra el núcleo de la cultura jurídica española y su transformación debe justificarse pormenorizadamente. En suma, considero que la mudanza en este aspecto no cuenta con suficientes fundamentos para emprenderse de manera tan abrupta, por mucho que se aleguen imperativos de mercado que resultan a menudo abstractos y transitorios.

En este capítulo de búsqueda de un sistema homogéneo, a la solidaridad de deudores habría de añadirse como complemento también la de los acreedores. A mi juicio, no tiene mucho sentido reponer al pago como la clave del fenómeno jurídico de las obligaciones, que si por algo están es para satisfacerse de forma ordinaria<sup>10</sup>, pero sin conducir a sus últimas consecuencias el asunto, en cierta medida incompleto si no se vincula también con la solidaridad activa. Fortalecer el cumplimiento significa vertebrar mecanismos que no sólo afectan a los deudores, sino también a los acreedores. Junto a la solidaridad de los primeros debería establecerse asimismo la de los segundos, que facilita enormemente la liberación del obligado. Sin embargo, “entre acreedores solo [sic, por sólo] habrá solidaridad cuando así lo determine el título de la obligación o la ley” (art. 1122, pfo. 4, P). Justo lo contrario de cuanto establece la misma Propuesta para los deudores. Para mí resulta un misterio esta manera de proceder, que considero al menos inconsecuente.

Esta nueva fórmula de las condiciones de obligarse cuando hay múltiples sujetos en la obligación, plantea el problema de la tipología que se contempla para su modalidad pasiva. La doctrina, en la que destaca Díez-PICAZO, diferenció tres paradigmas. Junto a la solidaridad, se distinguía las relaciones parciales, o reparto entre los obligados si el vínculo lo permite, pero sin omitir la mancomunidad estricta cuando el débito no es por el todo, mas el objeto indivisible obsta conductas independientes aptas para el pago. Según otros autores, que siguen el tenor del Código Civil actual, habría dos tipos de mancomunidades con arreglo a la posible fragmentación o no de la deuda. Como quiera que se denomine, lo cierto es que la Propuesta resulta escasa, incluso hasta el olvido, en este segundo escenario de las obligaciones de prestación indivisible sometidas al sistema de mancomunidad. Acaso a ello se refiera el enigmático párrafo tercero del citado precepto, al establecer que, cuando no quepa solidaridad, “la obligación será mancomunada si otra cosa no resulta de la ley o del contrato” (art. 1122, pfo. 3, *in fine*, P). Repárese que, con arreglo al texto, sólo existen obligaciones solidarias y mancomunadas, por lo que dicho inciso simplemente sobra, o bien alude de manera indirecta sobre las indivisibles, pero ellas no concurren por causa de ley o de pacto, sino de la naturaleza del objeto.

<sup>10</sup> Este *favor solutionis* resulta evidente a lo largo del texto. Un episodio constituye reconocer como hábiles, a falta de oposición, los ingresos “si el acreedor tuviera abierta en el lugar del pago una cuenta en una entidad de crédito destinada a operaciones relacionadas con el origen de la deuda” (art. 1102, pfo. 1, P). Me parece su acierto dudoso en el caso de cuentas mancomunadas u otras circunstancias del depósito que pudieran perjudicar al acreedor.

Por último, la previsión de la solidaridad en el supuesto del daño extracontractual, aunque ya estaba contenida en la jurisprudencia, resulta muy oportuna, pues aquí el añadido del resarcimiento de la víctima tiene la enjundia suficiente como para rehacer el canon de la responsabilidad de los autores “cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas” (art. 1122, pfo. 2, P). El propio hecho de contemplarse de forma expresa esta hipótesis en la Propuesta es la mejor prueba de que introducir la pauta generalizada de la solidaridad produce un efecto rechazo en el organismo jurídico español, pues, de lo contrario, sería por completo superflua una vez establecida con carácter abstracto.

## X. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO

Con motivo de la solidaridad, ha hecho entrada en el debate de la Propuesta una de las cuestiones más polémicas de su contenido. He de reconocer que yo mismo albergo no pocas dudas sobre su verdadera significación y acierto. Luego más bien expondré sus datos que dar una opinión definitiva, de la que posiblemente carezco.

El dilema de integrar o no dentro de las leyes generales, o el Derecho común, como se prefiera, el modelo básico aplicable a sectores del tráfico tan emergentes como el que representa el consumo tiene diversas soluciones en el Derecho comparado, lo que resulta una muestra significativa de la discutible oportunidad de la empresa. Planteada en los términos que lo hace la Exposición de Motivos de la Propuesta me parece una buena medida, en la confesada línea conductora de la ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones del año 2001. En ella se contiene “el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales”, “realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor” (n<sup>o</sup> IX).

El esquema me parece polémico, pero adecuado, aunque no lo sea tanto su puesta en práctica. Un buen ejemplo representan las Secciones 5<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> (“De los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles” y “De la protección de los consumidores en los contratos a distancia”, respectivamente), del Capítulo II (“De la formación del contrato”), del Título II (“De los contratos”) de la Propuesta. Incluyen normas extensas, casuísticas, dirigidas sólo a los consumidores y que rompen claramente la deseable armonía del articulado, por lo demás conciso y determinado, lo que comporta una característica sin duda loable (con algunas excepciones: cfr. arts. 1172, pfo. 2; 1276, pfo. 2; y 1286, pfo. 3, P). Despliegan su contenido en preceptos limitados por su alcance subjetivo, con un detallismo impropio del Código Civil, máxime cuando ya existen reglas específicas en el ordenamiento que atiendan a sus necesidades, por otra parte notorias. Resultan disposiciones alambicadas, reglamentistas (véase la regulación del plazo del desistimiento en el artículo 1265.1 P) e impropias del Cuerpo legal donde se insertan de forma insólita (véase las exclusiones de contratos en el artículo 1266 P). No se gana gran cosa con su previsión y desdican de la esencia del Código Civil.

Más sombras arroja lo relativo a las condiciones generales de la contratación. Convendremos todos cuantos nos hemos ocupado en mayor o menor medida sobre la disciplina que constituyen un modelo de contratación tan vigente como generalizado en el tráfico económico y, por tanto, también en el jurídico. Sucede, sin embargo, que las Directivas Europeas acerca de la materia fueron diseñadas para las abusivas y además en contratos con consumidores (cfr. la rúbrica de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993). Ahora bien, fueron traspuestas en el ordenamiento español mediante una Ley específica para condiciones generales de la contratación y también quedaron recogidas en una Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Esta última integraba la protección frente a las cláusulas abusivas y únicamente para el ámbito del consumo; mientras que la primera exigía sólo un disponente de carácter profesional, como es lógico tratándose de cláusulas predisuestas, impuestas y habituales, que así se describen en su texto, y sin perjuicio de que también lo sea el adherido. Dicha noción en parte se reproduce por la Propuesta en su artículo 1261.1, pero completamente al margen de la característica profesionalizada de los protagonistas, que serían individuos inespecíficos.

Este panorama trajo consigo su condena por el Tribunal de Justicia de las Comunidades (de Luxemburgo) de 9 septiembre 2004, cuando “declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de dicha Directiva”, que resulta de mínimos, pero no se respeta el contenido en la protección de los consumidores. Así, se hizo precisa una reforma, por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, para recomponer el escenario.

Mas el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, también contiene reglas específicas sobre condiciones generales interviniendo consumidores. Luego establecer en el Código Civil, como la Propuesta pretende, normas sobre la misma materia nos conduce a un horizonte casi caleidoscópico, en el que concurren preceptos para el disponente profesional y adherente de cualquier tipo, otras mientras el primero sea profesional y el segundo consumidor, y otras si ambos resultan ciudadanos a secas. Este complejo cuadro incluye regímenes semejantes, pero distintos, y crea un verdadero desorden en la disciplina. Además, debe considerarse que muy difícilmente podrán escapar del profesionalismo quienes predispongan e impongan con carácter habitual clausulados en sus convenios particulares con personas del común.

Luego en vez de acudir al expediente de la remisión, que hubiera sido preferible si hay una ley especial sobre condiciones generales en los contratos, se ofrece un concepto equivalente, pero en moldes distintos, y unas normas de incorporación mejorables. En su descargo, diré que por fin se contemplan con acierto las cláusulas sorprendentes y desacostumbradas, y la prevalencia sin excepciones de las que se negocian sobre las impuestas [cfr. art. 1261.3.1) P], novedades éstas añadidas a la regulación específica.

A mi juicio, con todo, el mayor de los inconvenientes del asunto que trato no es técnico, sino de concepto. Para el Código Civil, los individuos son personas libres e iguales, sin aditamento que pueda especificar un estatuto determinado. Ésa fue precisamente la grandeza de su existir y aquí radican las razones sociales, políticas y hasta filosóficas que impulsaron la codificación como fenómeno jurídico novedoso. Por el contrario, las coyunturas emergentes del tráfico anónimo y en masa motivaron iniciativas legales en el ordenamiento civil, en la que los ciudadanos se contemplan, no en cuanto tales, sino en función de su rol económico. Así surgió el Derecho de consumo, que pivota sobre la noción misma de sus protagonistas, por cierto variada de forma profunda en el Texto Refundido de la ley General, lo que resulta un tanto excesivo. Se pasa del destinatario final del bien o servicio, al de un cualquiera que se relaciona con un profesional del ramo que se considere. Dicho concepto, sin embargo, muda según los diferentes países de la Unión Europea, el carácter de la norma específica de referencia e incluso mantiene distinto alcance dentro de un propio Derecho interno, como sería el español.

Este conjunto de matices no constituye un *excursus* teórico, sino que también adquiere dimensiones prácticas, medidas en consecuencias jurídicas. La misma reforma nos dice que cuando “el adherente sea un consumidor o usuario se aplicará su legislación especial” (art. 1262.5 P), pero parece olvidarse que dicha norma específica no es de ordinario para consumidores, sino para cualquiera que se relacione con un profesional, aunque lo sea él mismo. La incorrección puede justificarse si advertimos que la Propuesta establece un marco en el que las condiciones generales se mezclan con las abusivas. Ambos fenómenos resultan diferentes, sin perjuicio de que, a menudo, las segundas representan una clase dentro de las primeras, siempre que “causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes” (art. 1262.1 P). Ahora bien, para las cláusulas abusivas el régimen español establece un sistema de garantías único para los consumidores, dejando a las reglas ordinarias cualquier otro protagonismo de los interlocutores jurídicos en el contrato. Eso implica que, si no hay sujetos de tal especie, las normas comunes sean más bien escasas y por eso alabo que se integren en la Propuesta con disposiciones específicas. Luego si juzgo inadecuado que las condiciones generales accedan al ámbito del Código Civil por las razones antedichas, por el contrario considero muy oportuno establecer reglas específicas para las cláusulas abusivas entre particulares, pues no siempre pertenecen a la naturaleza de las condiciones generales y, si no afectan a consumidores, existe un amplio abanico de posibilidades que deberían contemplarse de forma más útil en dicho Cuerpo legal. Aquí se revela el error de incluir en la Propuesta las cláusulas abusivas como un tipo de condiciones generales, lo que por otra parte desdice por completo cuanto las leyes especiales contemplan. Junto a ello, destaca por su escasez la lista de arquetipos de cláusulas abusivas que integra el artículo 1262.3 de la Propuesta, pues si se cruza con la específica para los consumidores prevista en el Texto Refundido de la Ley General (cfr. arts. 85 a 91) deviene ínfima. Tal vez hubiera podido evitarse un agravio tan abierto con la señalada remisión analógica de la normativa especial.

Este asunto no resulta tan particular como pudiera pensarse, porque conduce al más profundo análisis acerca de la moderna significación del Derecho Mercantil. Las normas sobre consumidores en el fondo representan el horizonte actual y de futuro para dicho sector del ordenamiento jurídico, que corre riesgo de ver comprometida su autonomía, al menos en los parámetros de independencia científica que todavía conserva. Es conocido que la *lex mercatorum* surgió a modo de respuesta más adecuada frente al desempeño de los comerciantes, como casi su estatuto personal. Quienes arriesgaban su patrimonio en el desarrollo del tráfico específico y la economía recibían reglas especiales para su actividad jurídica. Más tarde se sustituyó la óptica, y entonces el centro de gravitación del fenómeno comercial desplaza su protagonismo al consumidor, como destinatario final del bien o servicio concreto de que se trate. La clave del interés giró del agente activo del mercado al pasivo. Definido ahora el usuario como quien se relaciona con un profesional, cambian otra vez las tornas, pero adquiere nuevo sentido el Derecho Mercantil. El comerciante, noción que con el tiempo deviene anacrónica e inespecífica, por no evolucionar con los modernos signos del tráfico, se ve reemplazado por el profesional, concepto más amplio y, a mi juicio, hábil para las nuevas circunstancias. Con todo, la Propuesta no deja de citar ambos términos todavía, si bien como equivalentes (art. 1251.2 P: “Si se hubiera alcanzado entre comerciantes o profesionales en el ámbito de su común actividad un acuerdo...”). Curiosamente, por esta vía, sí cabe predecir cierta unidad jurídica en materia de contratación privada, sea civil o mercantil, lo que constituye un logro efectivo y de consideración, al margen de que la Comisión General de Codificación tenga un sección específica y distinta (la Segunda) encargada de la materia. En eso parece fijarse la Exposición de Motivos de la Propuesta criticando “la especialización científica” que considera incluir en el Derecho común las normas esenciales del consumo “como una intrusión en un cuerpo de leyes, por mas (*rectius*: más) que estos últimos tengan vocación de universalidad y penetren en la materia que desean monopolizar” (nº IX). El Derecho de consumo lleva camino de absolver la parte más considerable del ordenamiento mercantil. En síntesis, creo que se alumbra un nuevo escenario en el que se impone la realidad del Derecho privado indistinto de sectores internos. Sin embargo, sigo insistiendo en que la unificación así amagada precisaría profundas reformas del Código de Comercio para superar duplicidades, cuya inminencia no me consta.

#### XI. LA POLÉMICA MODERNIZACIÓN DEL CONTRATO: CONCEPTO, PATRIMONIALIDAD, CAUSA Y PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN

En cuanto a la parte concerniente al Derecho contractual, la Propuesta despliega sus mejores atributos técnicos. Ello no empece que contenga ciertos extremos muy discutibles en la óptica de los principios, pues responde a textos, como el Convenio de Viena, que suponen la recepción de pautas integradoras de criterios característicos del *common law* y francamente novedosos en la esfera continental; en concreto, la española que aquí se refiere.

La primera de las cuestiones sobresalientes en esta esfera constituye la propia noción de contrato. Al margen de sus defectos lingüísticos y la dudosa conveniencia de ofrecer un concepto nuevo, ya citados, destaca su esencia necesaria y directamente patrimonial. A mi juicio, esta característica no pertenece al acervo de nuestra tradición y supone un tributo más que discutible a otro tipo de ordenamientos comparados. El artículo 1236 de la Propuesta exige la patrimonialidad expresa en el contrato. Creo que bastaría con su alcance indirecto, si bien de ordinario lo sea también inmediato. Estimo preferible su versión presente, cuyo contenido consta en “dar alguna cosa o prestar algún servicio” (art. 1254 CC). Pienso ahora en comportamientos negativos en que los pactos estriben, pues “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa” (art. 1088 CC, recogido en el primer párrafo del mismo número de la Propuesta), y el convenio, como su fuente prioritaria, obedece a idéntico modelo de conductas. Su equivalencia patrimonial se hace del todo precisa, siquiera sea en orden a la reparación del daño por incumplimiento, pero no debería constar de forma intrínseca en el propio contrato. Análogo sucede con el componente *intuitu personae* que pudiera establecerse por su medio. Acaso a ello señale la propia Propuesta, cuyo artículo 1088, párrafo 2, admite que “La prestación, aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor”, incluso medido en términos patrimoniales, añadiría yo, pues toda obligación da derecho a exigir prestaciones y una de sus causas prioritarias resulta del contrato.

Otro de los aspectos generales que implican un cambio sustancial en la Propuesta es el relativo a la causa de los contratos. En la línea de su apertura y conciliación con un panorama internacional al uso, se cambia el canon anterior de manera decidida y me temo que demasiado abrupta, pues constituye un elemento característico de la cultura jurídica de cada escenario. Es conocido, y si se quiere hasta discutible, que nuestro sistema recoge una fórmula de causas objetivas y específicas en cada tipo de contrato, en el artículo 1274 del Código Civil: “En los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”. La reforma pretende que la causa obedezca mejor a un modelo abstracto, en la que únicamente queda excluida la “contraria a la ley o a la moral” (art. 1238 P). Ello implica un acusado giro hacia su caracterización subjetiva, muy próximo a los motivos de los contratantes, pues “el régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordados por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado” (art. 1238.3 P). Pudiera colegirse que tal expresión responde a un tenor objetivo de las obligaciones que se asumen, pero quizás no sea del todo así, porque se refiere a los propósitos prácticos elegidos por las partes; es decir, sus concretas motivaciones esenciales. A ello se suma el artículo 1309 de la Propuesta, cuando establece que la “nulidad de alguna estipulación sólo comportará la de todo el contrato cuando por aquélla quede esencialmente frustrada la causa según los criterios de la buena fe”. Creo bien ilustrativas las expresiones para sostener el alcance subjetivo, de finalidades concretas y relevantes de los partícipes, como modelo novedoso y abierto de causa.

En correspondencia con lo anterior, la Propuesta también recoge un principio de *favor contractus* ampliado, que conduce al extremo la conservación del negocio. Esta pauta late de forma indirecta en numerosos episodios y constituye un vector de fuerza *in crescendo*. No solamente opera en cuanto al contrato ya constituido, sino que alcanza incluso a su formación misma, superando los posibles obstáculos que pudieran presentarse para su buen fin. Algunos fenómenos concretos ayudarán a entender cuanto digo. Así, “no impedirá la perfección del contrato, si las partes están de acuerdo con sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores” (art. 1242, pfo. 1, P). La idea parece fructífera, pero un tanto vaga, si todo depende de qué se consideren los aspectos sustanciales. Con el cambio emprendido en la causa, sólo el objeto y el consentimiento parecen tener relieve aquí<sup>11</sup>. Habida cuenta que se presume la voluntad inequívoca de concluir, queda el objeto en exclusiva. Sin embargo, el artículo 1277 de la Propuesta representa un hito culmen en dicha trayectoria, pues “no impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado” (nº 1, pfo. 1). La norma, proveniente de Viena, y de raíz en el *common law*, supera con creces las previsiones establecidas en los ordenamientos continentales, en los que cabe la futura fijación del precio, pero siempre que se ofrezcan suficientes atisbos de perfecta determinabilidad. A esto se opondrá que no exista modo alguno expresado para su futuro establecimiento, como autoriza la regla transcrita. No se comprende bien cómo la voluntad de convenir resulta inequívoca, pero la de cifrar el precio pueda ser al mismo tiempo implícita, pues entonces no sé qué desean, y en qué términos, contratar. Asimismo, parece un tanto incompatible con los términos del artículo 1237, párrafo 2, *in initio*, de la Propuesta: “Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas”. Por último, el exceso adopta forma literaria de mala traducción, pues el precio no suele “practicarse” con arreglo al valor de mercado, sino establecerse, concretarse, o fijarse. La pauta del *favor negotii* también opera en los demás incisos del propio artículo 1242, que no hacen sino aumentar la sensación expresada. Si el designado para determinar el precio, ya sea contraparte o tercero, no sigue las instrucciones recibidas, se aparejan en su remedio los usos y hasta el criterio libre del juez (nº 1, pfo. 2, y nº 2), cuando rehúse puede ser sustituido (nº 2), y mientras el criterio de fijación fuera objetivo y devenga imposible, cabe incluso su reemplazo por semejanza (nº 3).

Este síntoma en la fase de formación del contrato encuentra también eco en su crisis. Me refiero a las normas de la Propuesta sobre ineficacia contractual, donde se presume la conversión del negocio nulo atendidas a las circunstancias (cfr. art. 1296 P), minimiza con sólo anulabilidad los contratos celebrados en ausencia de la debida representación legal (cfr. art. 1297.1 P), ratifica por silencio positivo y sin término el apoderamiento aparente, pero deficitario (cfr. art. 1289, *in fine*, P, que contrasta con el “plazo razonable” requerido para la hipótesis del conflicto de intereses: art. 1291, pfo. 3,

<sup>11</sup> Hasta las exigencias de forma contemplan la posibilidad de compelerse de uno a otro contratante sólo cuando el monto comprometido alcance los 10.000 euros (cfr. art. 1240 P); esto es, más de mil veces su actual cuantía (1.500 pesetas, 9 euros al cambio: cfr. art. 1280, *in fine*, CC).

*in fine*, P.) y establece la confirmación tácita de contratos anulables (cfr. art. 1307, pfo. 1, *in fine*, P). Por cierto, que las reglas sobre invalidez contienen algunos otros aspectos discutibles, como que la cautela del *utile per inutile non vitiatur* sea observada en cuanto sanción de ley imperativa y no siempre garantía de los derechos de la víctima (cfr. art. 1309, pfo. 1, *in fine*, P), o que concurra posible anulabilidad por abuso prevalente de “una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión” que produzca ventaja excesiva para una de las partes (art. 1301 P)<sup>12</sup>. En lo que concierne a este último remedio, la Ley Azcárate de 1908 de represión de la usura y de los contratos leoninos, todavía vigente, aunque poco utilizada, sirve al mismo efecto, y la cláusula *rebus sic stantibus* ya opera en idéntica línea, pero en su faceta sobrevenida: “si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, o si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su revisión” (art. 1213 P). Al margen de lo mejorable de su expresión<sup>13</sup>, me parece que resulta su contenido muy evocador de la idea. Sería más discutible su acomodo al nuevo escenario económico de corte liberal, máxime cuando su abstracta fórmula introduce amplias dosis de riesgo. Igualmente transita dicho panorama de inseguridades, aunque a la vez ofrezca positivos aspectos y horizontes al integrarse dentro de un esquema mucho más práctico y operativo, el novedoso cauce de hacer efectiva la ineficacia con arreglo al primer párrafo del artículo 1305 de la Propuesta: “La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde”. Tal mecanismo resulta del todo insólito en el Derecho español y se aproxima enormemente con el resolutorio, que responde a otros principios y motivaciones. Pese a todo ello, no excluyo la utilidad en el caso de que medie aceptación por la contraparte por su evidencia y, desde luego, produce una deseable inversión de la carga procesal en beneficio de la víctima. En el fondo, constituye una forma de sentirse desvinculado de obligaciones notoriamente viciadas.

Entre ambos estadios, el *favor negotii* también logra implícita relevancia en asuntos como “el contrato a favor de tercero”, quien antes de haber aceptado adquiere su derecho frente al promitente (cfr. art. 1294 P), cuyo automatismo tiene amplio respaldo doctrinal, pero no uniforme.

<sup>12</sup> Curiosamente la Propuesta enmarca en dicha incidencia el dolo (cfr. art. 1302 P), pero en un sentido diverso de cuanto establece como definición de la figura su artículo 1300.1.

<sup>13</sup> Capítulo al que pertenecen las comas ausentes, los pronombres reiterados y confusos, o la carencia endémica de puntos y seguido que provocan un extenso y alambicado tenor. Más discutible resulta en el campo de la sistemática destinar un capítulo entero a un solo precepto (lo que sucede varias veces), máxime cuando la nueva ordenación de temas constituye uno de los valores indiscutibles del texto. Con todo, es de reconocer su acierto al introducir la doctrina de la base del negocio.

## XII. ASPECTOS POSITIVOS Y CONCLUSIONES

Un comentario como el presente, que se centra en los aspectos más polémicos de la Propuesta, implica no pocas dosis de crítica. Sin embargo, entre las numerosas novedades en sede de Parte General de los contratos destacan múltiples facetas alentadoras, que protagonizan una modernización largo tiempo esperada en el ordenamiento español. Sin lugar para hacer una lista de conclusiones más o menos negativas del texto debatido, creo por el contrario que bien puede hacerse balance de los aspectos positivos que encuentro.

Al margen de algunos retoques más o menos accidentales, como el del favorable cambio del nombre de la condonación por el de la remisión (cfr. arts. 1231 y ss. P), la dispensa de confusión en patrimonios separados (cfr. art. 1233 P, aunque no especifique cuáles son), o reducir los plazos típicos de la ineficacia (*v. gr.*, rescisión y anulabilidad) a la mitad, bienal ahora, cuya causa me parece discutible y en todo caso ayuna de las explicaciones debidas, sobresalen otros muchos aspectos más sustantivos. Pienso que resalta, entre todos ellos, la mejor formulación de las figuras que implican cambio subjetivo en los vínculos que produce. Así sucede con las cesiones de crédito y de la posición contractual, la delegación y asunción de deuda. Sin embargo, sigo discutiendo el escaso relieve de la voluntad del deudor en la primera y en la última de las instituciones citadas (cfr. arts. 1215, pfo. 1, y 1222 P, respectivamente), que, si bien favorece uno de los principios esenciales en la materia, como es el pago, distorsiona en cierta medida el ámbito personal de las relaciones obligatorias. Ello no obsta, según es lógico, que cuando existan pactos contrarios deban respetarse. Con todo, es llamativo que dicha intrasmisibilidad pactada (cfr. art. 1091 P) pueda comprometer la subrogatoria (cfr. art. 1090 P), ya de por sí dificultosa por la llamada del deudor al pleito, que plantea problemas procesales de gran envergadura, como expuse para la evicción<sup>14</sup>. Esas circunstancias constaban en el Código Civil originario, pero creo que hubieran podido matizarse de forma más oportuna. En dicha línea de facilitar el pago, no comprendo bien que se impida la compensación de oficio por los tribunales de justicia (cfr. art. 1177, pfo. 2, P).

Ese beneficio del cumplimiento tiene múltiples episodios de mérito en la Propuesta, como la muy correcta regulación de las consignaciones (cfr. arts. 1170 a 1175 P), cuyo moderno sistema previsto es oportuno y llena un hueco que la práctica se había encargado de suplir. En el otro extremo del fenómeno, ganan muchos enteros las normas relativas a las cláusulas penales como garantía. En este sentido, el establecimiento del carácter indemnizatorio —si bien feamente reiterado en los artículos 1146, párrafo 1, y 1147 P— pienso que aclarará mejor su alcance, antes muy discutido en el Derecho Civil español.

Otro capítulo de gran interés protagonizan las reglas sobre la formación del contrato, que contempla la responsabilidad precontractual, y los diversos modelos de concurrencia de oferta y aceptación. Al margen de cuanto se ha dicho sobre condiciones

<sup>14</sup> Cfr. AA.VV. Evicción y saneamiento, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 157 y ss.

generales, la celebración fuera del establecimiento mercantil y los contratos a distancia con consumidores, tres últimas facetas muy discutibles, no lo son tanto a mi juicio las disposiciones acerca de la contratación electrónica, porque se aplica con carácter general, con independencia del Derecho del consumo, y constituye un modelo emergente de celebrar contratos, cuya constancia en el Código Civil resultaría muy oportuna. Acaso podría criticarse la salvedad en dicho escenario de “los actos en que la Ley exija documento público y a los contratos relativos al derecho de familia y sucesiones” (art. 1268.5, *in fine*, P), no ya tanto por la excepción, que resulta lógica, sino por el concepto. Debería explicarse mejor a qué se alude por “contratos relativos al derecho de familia”, ya que las capitulaciones, su prototipo, quedan fuera del precepto, pues pertenecen de suyo a la licencia de los actos que deban constar en documento público; y, si son de otra especie, debe aclararse de qué se trata, máxime cuando los convenios reguladores están sometidos a un control judicial que los hace incompatibles con la esfera telemática en su formación y, siendo distintos, convendría decir a cuáles se refiere, porque, yo al menos, los desconozco. Cosa semejante sucede con los pactos sucesorios, pues, aunque su clásica prohibición general en el Código Civil (cfr. art. 1271, pfo. 2, CC) queda eliminada en el texto, sigue siendo su inexistencia más que probable con carácter abstracto en Derecho común, muchas de cuyas especialidades, como la renuncia preliminar a la legítima, siguen vetadas (cfr. art. 816 CC). En todo caso, dichos supuestos sucesorios parecen excluir de suyo, *per natura*, la contratación por vía electrónica.

Asimismo, son estimables las normas relativas a la representación (cfr. arts. 1282 y ss. P), antes diferidas al seno del mandato, con lo que ahora se distingue de manera oportuna del apoderamiento. Su extensa normativa resulta muy adecuada, conforme a las nuevas formas de manifestarse a la vista del tráfico jurídico moderno y activo. Acaso, sin embargo, exija ciertas modificaciones en materia del aludido contrato específico que no se contemplan.

Por último, cabe destacar, sin duda, la definitiva superación del principio voluntarista en la existencia del incumplimiento de las obligaciones (cfr. art. 1188, pfo. 1, P). Otra cosa es que pueda comprometer el ámbito de la responsabilidad que por ello se derive (cfr. art. 1208 P), pero no la propia institución. Como es evidente, los distintos grados de culpa modelan las repercusiones del incumplimiento. El tema, de rabiosa polémica científica en el Derecho civil español, parece recibir un tratamiento más moderno, a la vez que despeja las incertidumbres históricas que lastraron su mejor despliegue jurídico. Igualmente, resulta loable la previsión específica de la reducción del precio (cfr. arts. 1197 y 1198 P) como recurso efectivo contra incumplimientos leves (cfr. art. 1199, *a contrario*, P).