

# **ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL VIEJO PROYECTO DE UN CÓDIGO EUROPEO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS<sup>1</sup>**

---

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS  
ACADÉMICO CORRESPONDIENTE

---

*Al Prof. Dr. José Peña González,  
Académico numerario, ilustre constitucionalista.*

## **RESUMEN**

En este modesto trabajo se trata de poner de manifiesto, de manera resumida, como la unificación del Derecho Privado Patrimonial en Europa viene siendo, desde casi los comienzos del siglo XX, una aspiración compartida que, aun hoy y pese a su escaso fruto, sigue vigente como consecuencia, entre otros factores, del mercado interior sin fronteras que, se dice, exige un Derecho común en el campo de las obligaciones y contratos. Si hay una moneda única y un mercado único debe darse un Ordenamiento único en la materia. De acuerdo; pero las dificultades codificadoras son muchas.

## **SUMMARY**

This modest work tries to expose, in a summarized way, how the unification of the Private Patrimonial Law in Europe has been, almost since early XX century, a shared aspiration that, even today and in spite of the poor fruits, still maintains its presence as result, among others factors, of the Border-Free Interior Market that, its said, demands a Common Law in the field of obligations and contracts. If there is a single currency and single market, it must be given a single legal order in that field. That is agreed; but the codifying difficulties are many.

**PALABRAS CLAVE:** Europa.- Codificación civil patrimonial.- Proyecto.- Academia iusprivatistas de Pavia.- Proyecto Código único europeo de obligaciones y contratos.- Algunas manifestaciones.

---

<sup>1</sup> Como bibliografía general cfr.: Mario Rotondi y Autores varios, *Inchieste di Diritto Comparato*, Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1980 y amplia bibliografía allí citada. Academia iusprivatistas europeos. Pavia, 2 tomos, con trabajos de civilistas españoles que han estudiado la materia. Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

El tema objeto de este trabajo reúne, con frecuencia, a especialistas de diferentes disciplinas pero todos bajo el paraguas común del “*Tratado de Lisboa*” con la finalidad de llevar a Europa al siglo XXI, lema del Tratado y analizar cuestiones de interés en el ámbito del Derecho en el momento actual del viejo y querido continente. Una de esas cuestiones es el acariciado proyecto de un Código único europeo de las obligaciones y contratos y así enfrentarse de manera eficaz a los desafíos del mundo de hoy.

La idea fue lanzada a finales de la primera gran guerra europea de 1917 por uno de los más prestigiosos civilistas que ha tenido Italia. Se trata del Prof. Vittorio SCIALOJA, cuando era Catedrático de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino - donde por cierto se mantiene intacta el Aula en la que explicaba la asignatura - y que lanzó calurosamente la idea, recogida por otros eminentes Profesores italianos cuyos nombres nos son familiares a los civilistas españoles, tales como Ascoli, Ruggiero, el gran romanista Segré - Maestro del inolvidable BIONDI -y los franceses Colin, Capitant, Ripert y algunos otros; todos indiscutibles Maestros y jurisconsultos de talla. Pero pocos años después, el entusiasmo se había apagado, y los trabajos que habían comenzado con salida de caballo árabe, tomaron el paso cansino de un asno y en el año 1927 sólo se había redactado un borrador o Proyecto.

Ciertamente que el clima político internacional no ayudaba y hubo que esperar al año 1935, cuando de nuevo se vuelven a reunir las Comisiones en París para proceder a estudiar los borradores de proyectos que se habían redactado. En esta ocasión figuraban juristas de la talla de Vivante, Rocco o Straffa, entre los italianos. Pero no tuvieron suerte o, mejor dicho, no fueron oportunos porque de nuevo se avecinaban malos tiempos y los aires de la segunda guerra mundial dio al traste con el Proyecto y, por si fuera poco, Italia en el año 1939 comenzaba, bajo la dirección del Prof. D’Amelio, la redacción del “*Codice*” italiano de 1942, llamado también Código de Mussolini.

¿Se puede decir, entonces, que el Proyecto fue un trabajo baldío o infecundo? No lo creo. Al contrario, no sirvió, de momento, para la finalidad perseguida, pero sí y mucho para la redacción del Código civil de Polonia, de 1937, hoy reformado; y otros Códigos como el de Albania (1927), Rumania (1934) y el viejo Código de Grecia (1940) e incluso tuvo una cierta influencia en el *Codice* italiano de 1942. Pero sin perjuicio de esta indudable influencia, lo cierto y verdad es que la idea del Código europeo de las obligaciones y contratos, que tanto ayudó al proceso legislativo de otras naciones, inició un largo sueño...

El Anteproyecto de “CODIGO EUROPEO DE CONTRATOS” hasta el momento, que yo sepa, tiene redactado el Libro I, gracias a los juristas de Pavía, y representa un notable esfuerzo por encontrar un camino de unificación legislativa entre los diferentes Derechos continentales. Fue publicado en francés por la Editorial italiana “Giuffrè” y está traducido al español. La tarea, como he indicado, no es ni mucho menos fácil y creo que en estos momentos vuelve a estar algo parada en las Comisiones europeas que se ocupan de estos trabajos. Y es que, con independencia de cuestiones políticas, para conseguir esa pretendida unificación en el campo patrimonial (¡no digamos lo que sería en el área del Derecho de la familia y de las sucesiones!), se debe tener en cuenta la diversidad legislativa subsistente en los países europeos, su compleja estructura, en muchas ocasiones llenas de arcaísmos, diversidad de jurisdicciones, fueros y competencias... Armonizar la tradición jurídica con la racionalidad y con la modernidad del tráfico de sustancia patrimonial NO debe ser cosa de ordinaria administración.

Cuando se iniciaba el Proyecto allá por los años 20, la lectura de los autores del

momento ofrecía ¡como no! dos bandos: uno que estimaba que era un trabajo utópico o cuando menos prematuro y otro que opinaba que no se debía restringir a Francia e Italia, sino que la idea debía comprender casi todos los Estados de Europa, cuando menos los que disfrutaban de una similar cultura jurídica y tanto en aquellos momentos iniciales como ahora, a todo esto no se sabía, ni se sabe, si optar por un modelo de Código de tipo romano o de matiz germánico. Ya se comprende que la opción no era ni es una cuestión sin importancia, sino muy al contrario, pues sin salir de nuestro propio Código civil hay cuestiones que tienen dividida a la doctrina sobre su naturaleza romana o germánica y ello conlleva resultados diferentes: pensemos en la sociedad de gananciales, en la adquisición de la cualidad de heredero o en la comunidad por cuotas, que divide a la doctrina española y que según se adopte una u otra opinión, conduce a resultados bien diferentes.

A pesar de todo soy el primero en comprender que la unificación legislativa, por descontento que en materia contractual o si prefieren patrimonial, va por buen camino; "lenta pero segura". La unificación del Derecho privado en buena parte de Europa - no en toda Europa - es una aspiración constante desde los primeros años del siglo pasado y ahora tiene visos de llegar a la meta como consecuencia del mercado interior sin fronteras, la globalización y toda una serie de circunstancias de la nueva Europa.

Los civilistas españoles o buena parte de ellos están entusiasmados con la idea de un Código civil europeo de las obligaciones y de los contratos y la bibliografía es abundante. Entre los Autores más recientes el Prof. Gallego Domínguez se ocupó del tema hace unos años examinando el proceso legislativo y concluyendo, animosamente, con algunas reflexiones que pueden verse en el Libro Homenaje al Prof. Albaladejo, año 2004, publicado por el Centro de Estudios Registrales. Resumidamente dijo:

a) que el mercado interior europeo pide la unificación de un Derecho contractual o un Derecho de bienes unificado; Viene a decirnos que " un mercado único debe estar gobernado por un Derecho único o por lo menos uniforme"; yo no digo que no, lo que digo es que está por ver.

b) que la unificación política se vería fortalecida con la unificación jurídico-patrimonial; Yo lo dudo.

c) que no cabe ya retorno en el camino de unificación legislativa emprendido;

d) que es un deseo de las instituciones europeas que, incluso, se han manifestado en igual sentido en el campo del Derecho de la familia, área ésta de imposible unificación al estar la familia ligada a conceptos y valores religiosos tan diferentes; pienso que es un brindis al sol.

e) que la aparición de un nuevo Código de Obligaciones, Contratos y Derecho de bienes entronca con la modernidad y, a su vez, - sigue diciendo el Prof. Gallego- con la idea de un IUS COMMUNE.

No estoy de acuerdo con esos puntos de vista e incluso Gallego Domínguez afirma que no se trata de una tarea fácil ni rápida en el tiempo, que volveremos a las críticas que toda Codificación conlleva y recuerda la famosa polémica en pleno siglo XIX entre THIBAUT y SAVIGNY sobre las ventajas y desventajas de la Codificación civil.

Y además discrepo respetuosamente porque las finalidades de la Codificación europea ACTUAL es un fenómeno histórico diferente de las motivaciones de la tarea codificadora del siglo XIX. Y ello por las siguientes razones:

1º. La Codificación decimonónica era de carácter general, como la de nuestro Código, la francesa, la alemana, ectr, mientras que las modernas, sea de una Nación concreta o la europea, abarca una sola rama del Derecho, como es la de naturaleza

patrimonial.

2º. Muchas de las codificaciones del siglo XIX y aun del XX eran recopilaciones, en tanto que las actuales tienen como nota común su sistemática y las innovaciones que llevan a cabo.

3º. Los viejos Códigos se hacían eco de posiciones doctrinales y sobre todo principios jurídicos, en las actuales, como en esta que nos ocupa, solo hay principios legislativos.

4º. El estilo jurídico no es precisamente la mejor nota de las codificaciones actuales; se va perdiendo “*la elegantia iuris*”.

La verdad es que no soy muy optimista y es que los españoles sabemos mucho acerca de lo que supone un proceso de Codificación civil en el campo del Derecho privado. Nuestra historia de la Codificación civil es la historia de todo el siglo XIX; ese gran siglo, rico en acontecimientos que se inicia con la Guerra de la Independencia, con la Constitución de 1812 y con la idea de Nación y que ¡vete a saber si no hubiera sido mejor que reinara José I Bonaparte que el Rey felón Fernando VII! y terminó con la pérdida de las Colonias y para los que sean aficionados a los toros con la muerte de Espartero en la vieja plaza de Madrid a “manos” de un “Mihura” cuerni largo llamado “*Perdigón*”...

La tarea legislativa de la Codificación estuvo llena de luchas frente a los catalanes, vascos, gallegos y todos los demás foralistas; fue una obra codificadora que nació liberal, bajo el manto del Estatuto de Bayona y de la Constitución de 1812 y terminó, como todos sabemos, “burguesa” con la Restauración alfoncina.

La Codificación española siempre tuvo enfrente a los entonces llamados “*foralistas*” que a mi juicio son los nacionalistas/ separatistas de ahora. En España no se llegó a conseguir un Código único como en Francia, Alemania o Italia y menos ahora con la CE de 1978 y los nuevos Estatutos de independencia de esas regiones. Pero bien puede ocurrir que Europa consiga un Código unificado en materia patrimonial y contractual, mientras que dentro de España - que es Europa - algunas regiones llamadas Comunidades Autónomas históricas, que confunden intencionadamente autonomía con soberanía, siguen redactando sus propios Códigos civiles en materia patrimonial y en otras ramas de nuestro Ordenamiento civil, solapando instituciones que están consagradas en el Código civil. No deja de ser algo “chusco” que España se una a esa codificación patrimonial europea y dentro de nuestro Ordenamiento cada día haya más Códigos territoriales, denominación que tanto gusta a los foralistas de hogaño, en materia patrimonial e incluso sucesoria como ya ha ocurrido en Cataluña promulgando su llamado “Código de Sucesiones”.

No deja de ser chocante que en nuestra “Casa” estemos divididos y, en cambio, fuera pretendamos la unidad. Pero como es interesante estudiar este Proyecto creo que vale la pena hablar del tema.

## II. EL ACTUAL ANTEPROYECTO PRIVADO DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS: OBSERVACIONES CRÍTICAS

El Anteproyecto último del Código europeo de contratos, conocido como Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi, con valor privado aunque ya en manos de la Comisión europea, solamente en su LIBRO PRIMERO, se ha publicado y traducido al español, como ya he dicho, en la Revista General de Jurisprudencia y Legislación, nº. 4 correspondiente a los meses octubre- diciembre de 2001. A mi juicio NO es muy extenso pero denso de contenido; consta de 173 artículos encajados en 11 Títulos con



sus correspondientes Secciones.

Ese número no muy excesivo de preceptos se agrupan en 11 títulos. Su estructura es la siguiente:

- I. Disposiciones preliminares
- II. Formación del contrato
- III. Contenido del contrato
- IV. Forma del contrato
- V. Interpretación del contrato
- VI. Efectos del contrato
- VII. Ejecución del contrato
- VIII. Incumplimiento del contrato
- IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del contrato
- X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo
- XI. Otras anomalías del contrato y sus posibles remedios.

A mí juicio sus estructura es muy aceptable y de excelente la han calificado muchos comentaristas. Como resultaría inoportuno hacer un comentario completo a este espeso articulado, me limitaré a hacer algunas observaciones a cuestiones concretas, recogidas en las “DISPOSICIONES PRELIMINARES” y que ciertamente recogen problemas básicos en materia de contratación.

Como idea muy general tiene interés el estudio sobre los llamados actos preparatorios o previos a un contrato, la referencia a los actos unilaterales, la regulación que hace de la oferta y de la promesa al público o la eficacia de los llamados actos concluyentes, cuestiones todas ellas que han estudiado bien autores españoles como De los Mozos y García Cantero. Del mismo modo se deben destacar instituciones muy bien tratadas como lo relativo al incumplimiento contractual, cumplimiento anticipado, derechos de los terceros de buena fe, el desistimiento unilateral o algo que es muy interesante en España, ya que se dispone de la nueva Ley de Dependencia y es lo relativo a los contratos concluidos por un incapaz a lo que el Proyecto de Código europeo dedica un largo artículo 150 en relación con la capacidad para contratar que regula el artº. 5 y que ofrece algunas novedades de interés.

La capacidad de contratar de las personas físicas y muy singularmente de menores e incapacitados judicialmente ofrece un enorme interés y por ello conviene estudiar el artº. 150 del Proyecto. La idea central del Proyecto es que si bien la capacidad para contratar no es un elemento constitutivo del contrato sino más bien una condición de validez, sin embargo resulta imprescindible como exigencia de certeza y seguridad, motivo por el que el Proyecto le dedica una amplia regulación. El artículo 5 del Proyecto dice que “*Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede ser concluido por una persona física que tenga 18 años cumplidos o bien que haya sido emancipado y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional*”.

La verdad es que la redacción de este artículo plantea problemas ya que después de fijar la edad en los 18 años cumplidos (como el ap. 1 del artº. 315 de nuestro Código civil), mantiene a salvo posibles disposiciones contrarias y esto deja en el aire muchas posibles situaciones y acaso habría sido mejor haber eliminado el “*salvo disposición contraria*”, una prueba más de la diversidad cultural entre el Norte y el Sur. Igual ocurre con la capacidad contractual de los menores emancipados que para ser capaz es necesario haber obtenido las autorizaciones establecidas en sus respectivas leyes nacionales...

Me llama la atención lo relacionado con la capacidad jurídica de los concebidos

y no nacidos y de las sociedades anónimas que se regulan en un mismo precepto y apartado, artº. 137, 2 a). Creo que se confunde la capacidad jurídica con la de obrar; en segundo lugar que habría sido mejor dedicar un precepto especial a la capacidad de las personas jurídicas y lo mismo al comienzo de la personalidad de los “*nascituri*” y es que en el mismo renglón unir al concebido con una sociedad anónima, no lo creo acertado. Se debe destacar la disciplina del contrato viciado por error, artº. 151 o el que se concluye con violencia moral y, por supuesto, los medios jurídicos que se articulan paralelamente para su remedio, sea extrajudicialmente como para la interposición de la demanda.

Pueden llamar la atención algunas cosas más: Una de ellas es la minuciosidad, creo que excesiva, con la que se regula lo relacionado con la conclusión del contrato, toda una Sección, la Segunda, del Título II del Proyecto con cuestiones que nuestro Código no regula de esa manera, ni mucho menos. Así lo relativo a la oferta oral y su aceptación; la oferta escrita y su aceptación y la eficacia de la oferta, revocación, rechazo o extinción y aceptación, en este último caso con un artículo reglamentario, la oferta al público o la oferta irrevocable, etc.

Un tema de singular interés es el tratamiento de la causa del negocio, ese CALVARIO DE LA DOCTRINA, sobre la que muchos Códigos modernos, quiero decir no decimonónicos, como el de Brasil, Portugal, Perú o el nuevo Código civil suizo, guardan un prudente silencio y que el Proyecto Europeo se puede decir que no la regula; desaparece la exigencia de la causa y su estudio queda escondido en lo que es el contenido del contrato, en los artículos 25 a 33. Ni se regula ni se deja de tener en cuenta y esto a mi juicio no es acertado. Parece ser que a la causa del contrato le ocurre como a aquello de la copla “Ni contigo ni sin ti, tienen remedio mis males, sin ti porque me muero, contigo porque te mato”.

Yo creo que la doctrina de la causa no solamente que está llena de contradicciones, sino que sobra. El Código italiano prescindió de la regulación de la causa y algunos Autores españoles se han preguntado, en relación con nuestro Código qué falta hace si se reconoce la autonomía de la voluntad en el artº. 1255.

Los problemas son muchos. Pero no se puede pretender que los textos legales, por muy perfectos que salgan de la mano del Legislador, dejen de plantearlos. Bastaría la Ley y sobraría la Justicia. Yo me voy a detener en tres cuestiones: a) la definición que el Proyecto da de contrato; b) la autonomía de la voluntad y c) la forma del contrato.

### 1º. La definición del contrato

Siempre se ha dicho que no es tarea del Legislador definir las instituciones, pero sin embargo el Proyecto define lo que es un contrato. Fue, desde luego tema muy discutido, ya que la oportunidad de definir no era pacífica entre los dos grupos importantes y a los que ya me he referido: el anglosajón y el italiano. Y es que - como ya he indicado - resulta muy difícil poner de acuerdo culturas jurídicas diferentes. En el C.c. alemán - el famoso BGB - ni en los Códigos que han encontrado inspiración en el modelo germánico, como el griego o el portugués de 1966 - no se define el contrato y sin embargo otros - como el español - no lo define pero dice que es, lo describe, que viene a ser casi lo mismo; cuando existe lo dice el Código (artº. 1254 C., c.). Ya se comprende como estamos siempre con los mismos problemas Y ES QUE RESULTA DIFÍCIL que cada País haga “tabla rasa” de su cultura jurídica; pero al mismo tiempo y precisamente por esas diferencias - en este caso sobre qué debemos entender como contrato - es por lo que se hace necesario decirlo, definirlo, pues no se puede empezar con “lagunas



jurídicas” con la previsible discordancia de los Tribunales de cada Nación europea y de los diferentes operadores jurídicos.

El artº. 1 del Proyecto dice lo siguiente: Definición.

*“El contrato es el acuerdo de dos o mas partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos aun a cargo de una sola de ellas. Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo se forma también a través de los actos concluyentes activos u omisivos siempre que sean conformes a una voluntad precedentemente expresada o a los usos o a la buena fe.”*

Cabe destacar lo siguiente: A) pone el acento en el acuerdo; B) destaca la finalidad que consiste en crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica; C) destaca la presencia de los intervinientes que califica, creo que con acierto, de partes; D) decir que el contrato puede comportar obligaciones y añadir “ otros efectos” entiendo que es acertado ya que permite deducir que un contrato puede crear efectos reales (pensemos en el contrato voluntario de hipoteca, servidumbre, usufructo, por ejemplo) y E) y queda evidente que puede nacer un contrato por conductas expresas o tácitas.

Y una novedad de interés: el Código europeo, de llegar a estar vigente, en materia de contratos recoge la explícita posibilidad de un acuerdo negocial a través de lo que llama “actos concluyentes” siempre que aparezcan respaldados por una presunta voluntad anterior manifestada por usos o costumbre.

Nuestro C.c. no es tan amplio y deja a la interpretación judicial buena parte de esas cuestiones. Claro que admitir la existencia de un contrato por los llamados actos concluyentes - tanto activos como omisivos - no dejará de plantear problemas judiciales. Se debe tratar de actos inequívocos y donde resulte difícil apreciarlos, allí es cuando vendrán los problemas sobre todo si no son positivos. Sin embargo el precepto europeo respalda esa posibilidad del nacimiento de un contrato por actos concluyentes siempre que se den o vengán respaldados por tres requisitos: 1) una voluntad precedentemente expresada que puede ser expresa y entonces creo no hay problema o tácita, como sería - entre miles de ejemplos - entrar en un supermercado, coger un carrito de los que se dispone para cargar los productos y no cabe duda que estamos ante una compraventa por actos concluyentes, sin necesidad de decir de manera expresa que quiero comprar esa mercancía, en el bien entendido que hasta que no pasas por la Caja puedes desistir; 2) los usos y costumbres de carácter normativo que deben probarse y 3) la buena fe. Pero entonces surgen más problemas. En nuestro C.c., el artº. 1254 es más sencillo. No define el contrato.

## **2º. La autonomía contractual**

Nuestro Código civil regula la autonomía de la voluntad de los contratantes en ese importante artículo que es el 1255, que casi con toda seguridad tiene sus orígenes en el principio aragonés “standum est chartae”. La libertad civil es más importante que la libertad política y por eso se pensaba en las tierras forales de Aragón que donde hablaban barbas callaban cartas. Del valor de la palabra dada, con referencia a la libertad contractual en Aragón, JOAQUIN COSTA dijo “ que dos cosas habían llegado a donde tenían que llegar y que de ahí no pasarían sino en los detalles: la escultura en Grecia y la libertad civil en Aragón”. Pues bien: ahí está el fondo del artº. 1255 de nuestro Código.

El Proyecto del Código europeo de contratos le dedica a esta importante cuestión

su artº. 2 que dice: “Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, fijadas en el presente Código, en el derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Restados miembros de la Unión europea, siempre que las partes no persigan únicamente el fin de dañar a otro”. “En los límites del párrafo precedente, las partes pueden concluir contratos que no se hallen sometidos a la reglamentación del presente Código, en particular a través de la combinación de tipos legales diferentes y a la relación entre diversos actos”.

La traducción es mala y sin duda que habría que mejorar el estilo. Un grupo de Profesores de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, dirigidos por el Prof. GARCÍA CANTERO hizo la siguiente traducción del apartado 1 del precepto: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión europea, siempre que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero”.

Sin duda que es mucho más exacto y más leíble. Sin embargo... ¿que quieren ustedes que les diga... me sigue gustando más nuestro 1255 del Código civil!

Debemos reconocer, sin embargo, que el texto del Proyecto tiene ventajas. Así, por ejemplo, es más exacto hablar de “partes” que de “contratantes”. Nuestro Código en el artº. 1254 y en el 1255 habla de personas y el artº. 1255 de contratantes, pero en realidad lo que se requiere para la existencia de un contrato y para hacer valer la autonomía de la voluntad negocial es que haya pluralidad de partes, ya que la idea de parte difiere de la de sujeto. Por eso es más exacto hablar, como lo hace el Proyecto de Código europeo, de PARTES Y NO DE CONTRATANTES. Lo importante es que haya pluralidad de partes contratantes o titulares de intereses confrontados y por eso en el autocontrato hay contrato o negocio plurilateral aunque una sola persona, pues donde hay más de un interés hay contrato.

En cuanto se refiere a las limitaciones a la libre autonomía de la voluntad, el Código europeo es más completo que lo que suelen decir los Códigos nacionales y entre ellos el artº. 1255 del español. Pero lo que más llama la atención es la parte final del primer apartado: dice que valen las manifestaciones de voluntad con una serie de limitaciones y siempre que el contrato no persiga únicamente el fin de dañar a otro. Se trata de los contratos en perjuicio o daño de tercero. En nuestra doctrina se estudian estos contratos en daño de tercero que suponen una excepción al principio general de eficacia del negocio. Se trata de aquella situación en que al celebrar un contrato y precisamente a causa de su celebración, los contratantes causan un daño a tercera persona y ello tanto si el contrato se lleva a cabo con esa única finalidad, a propósito, como si el daño resulta solo porque uno de ellos lo quiere. Así, por ejemplo, en los siguientes casos: el arrendamiento gravoso que concierne el usufructuario; el arrendamiento gravoso concertado en perjuicio del acreedor hipotecario y el deterioro ocasionado en la finca hipoteca por voluntad dolosa o culposa del propietario en perjuicio del acreedor hipotecario y que permite el ejercicio de la acción de devastación.

La novedad del Código europeo está en que coloca estos contratos como uno más de los límites a la autonomía de la voluntad, al mismo nivel que las normas imperativas, el orden público o la moral. ES IMPORTANTE YA QUE DE ESTA MANERA SE VIENE A ESTABLECER NORMATIVAMENTE QUE SI EL DAÑO ES CONSECUENCIA DIRECTA E INMEDIATA DEL CONTRATO, ESTAMOS ANTE UN ABUSO DEL DERECHO DE LA CONTRATACION y cuya sanción es la nulidad del contrato y la



indemnización de daños y perjuicios causados al tercero. En cambio dada la redacción del artº. 1255 del C.c. y sobre todo del artº. 1257 que recoge la llamada “relatividad del contrato”, resulta que el contrato es irrelevante para el tercero ya que la responsabilidad a exigir no sería contractual sino aquiliana o extracontractual por la vía del artº. 1902 del C.c.

### **3º. La forma del contrato**

Para terminar me voy a referir al importante problema de la forma en el negocio jurídico y, por tanto, en el contrato. En nuestro Código es sobradamente sabido que rige, como regla general, LA LIBERTAD DE FORMA y así se manifiesta el artº. 1278 del C.c., y es que como ya dije el Ordenamiento de Alcalá, el hombre de cualquier forma que se obligue, obligado queda. Esa regla general tiene notables excepciones cuando la documentación ha de ser constitutivamente en escritura pública, como es el caso del testamento notarial, la donación de bienes inmuebles, las capitulaciones matrimoniales, la hipoteca, el censo enfiteútico o la sociedad civil a la que se aporten inmuebles, la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal y algún caso más.

El Proyecto europeo dedica a la forma del contrato todo el Título IV - arts. 34 a 38 - y exige una forma particular sólo en los casos y para los fines indicados en las reglas del Código. Lo curioso es que el Código europeo NO incluye la forma negocial entre los elementos esenciales del contrato, al entender que la forma es un elemento excepcional y no normal. Y es un acierto, porque la forma o el formalismo en los contratos no es elemento esencial para su validez, como lo son el consentimiento, el objeto y la causa, sino una razón empírica, una función social que cumple en determinados casos una función de certidumbre.

El Proyecto europeo no incluye la forma entre los elementos esenciales del negocio conforme con la orientación tradicional en el Derecho continental, a lo que se opusieron los anglosajones, bien a pesar de la tesis de que se consagrara de manera expresa, lo que habría sido mejor. En un precepto la libertad de forma y en otros los casos que se pueden considerar excepcionales, algo así como nuestro artº. 1278 que establece la regla general de libertad negocial. Sin embargo debo decir que visto el Proyecto europeo con tranquilidad, lo cierto es que TAMBIEN CONSAGRA EL QUE PODEMOS LLAMAR PRINCIPIO VOLUNTARISTA DEL CONTRATO, tan propio de los Códigos del siglo XIX, como el nuestro.

### **EL CASO DE LA DONACIÓN DE INMUEBLES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO**

Voy a dedicar unas líneas finales al caso de la donación de bienes inmuebles. La exigencia de escritura pública en la donación de bienes inmuebles está impuesta en el artº. 633 de nuestro C.c. Yo he pensado muchas veces que era conveniente reformar el Código en este punto, por aplicación del artº. 3, 1 del C.c., pues la realidad de la vida actual lo pide, sin que ello suponga disminuir la seguridad jurídica. Una pregunta: ¿es posible llevar a cabo la donación de un bien inmueble en documento privado? Con el artº. 633 del C.c. vigente parece que no es posible. Sin embargo un par de sentencias del Tribunal Supremo parece ser que, muy simplonamente, dan otra idea, sin dejar de reconocer que el criterio reiterado de la Sala Primera del TS es la de sujetar la donación de inmuebles a escritura pública. Pero la verdad es que el vigente artº. 633 del C.c. tiene precedentes en Las Partidas y en el artº. 1590 del Proyecto de 1836 al Código

civil y esos antecedentes legislativos permiten dar otras explicaciones al vigente artº. 633 C.c. y si bien se pide escritura pública, creo que es para el caso de su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad; es decir, cuando se pretenden conseguir efectos reales frente a terceros, pero no queriendo que la documentación pública sea exigencia constitutiva del negocio de donación. La donación meramente obligacional no está prohibida.

Nunca me han convencido las justificaciones que se dan para mantener la exigencia de la escritura pública (certidumbre y mayor seguridad; poner dificultades a un caso de donación que es contrato transmisivo de la propiedad gratuito; evitar los posibles perjuicios para el donante e incluso sus familiares; captación de voluntad del donante que el Notario evita (? ¿) , Ectr. La protección al donante y a su patrimonio se consigue por el camino del art. 634 y si se trata de acreedores con el artº. 1111 del propio C.c. El tema exige mayor espacio. Pero lo dejo con la siguiente pregunta: ¿Cómo es que yo puedo donar un óleo del Greco, Velázquez o de Picasso sin necesidad de ni siquiera documentarlo, al menos como exigencia civil, y sí para donar una casucha de mala muerte? Pienso que la rigurosa tipicidad causal que se sigue pidiendo en la donación de inmuebles es hora de revisarla y si se mantiene, pues que se pida igualmente para los bienes muebles de especial valor como hace el Proyecto de Código europeo.

El Proyecto europeo mantiene la forma solemne para la donación de bienes inmuebles, PERO LA EXIGE TAMBIEN PARA LAS COSAS MUEBLES DE IMPORTANCIA, SALVO SI ESAS COSAS MUEBLES TIENEN UN VALOR MODICO, habida cuenta las condiciones económicas del donante. Artº. 35 del Proyecto. El Proyecto europeo mantiene la tesis tradicional de exigir solemnidad en la donación de inmuebles, que en cierto modo se remonta a la Lex Cincia “*de donis et numeribus*” en el Derecho de Roma. Pero con buen sentido de la realidad económica lo hace extensivo a las cosas muebles de valor.

Con independencia de mi personal modo de ver este punto y de otras posibles y mejores fundadas opiniones, creo que es importante comprometer a todos para que se camine en esa tendencia de aproximación o refundición del derecho de Contratos y Obligaciones europeo, la parte del Derecho Privado de la que se puede decir que es una de las más brillantes obras de la cultura jurídica de todos los tiempos, desde Roma hasta nuestros días, como pusieron de manifiesto DOMAT y POTHIER en Francia o los Pandectistas alemanes, como Bernardo WINCHEIDS, PUCTHA, BRINZ o mas tarde el gran SAVIGNY.