

# ¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía? (En torno a la noción de contrato europeo) (\*)

**GABRIEL GARCÍA CANTERO**

Catedrático Emérito de Derecho civil

**SUMARIO:** PRELIMINAR: *Planteamiento general y aproximación a la noción de contrato que subyace en el Proyecto de Pavía:* 1. Justificación de las *Disposiciones preliminares*. 2. Sobre la oportunidad de una definición del contrato europeo.—PARTE PRIMERA: *La noción de contrato en el Proyecto de Pavía:* Libro primero: Título primero: *Disposiciones preliminares*. 3. Significado general del precepto. 4. Consideraciones comparativas en orden a la noción del contrato europeo. 5. El contrato formalizado por actos concluyentes. 6. Significado general del precepto. 7. La autonomía contractual. 8. Los límites de la autonomía contractual. 9. Los contratos atípicos. 10. Significado general del precepto. 11. El régimen general de los contratos en el Proyecto de Código europeo. 12. La categoría de los contratos nominados e innominados. 13. Regulación analógica de los contratos innominados. 14. Significado general del precepto. 15. El precedente del C.c. italiano de 1942. 16. Aplicación analógica a determinados actos unilaterales. 17. Significado general del precepto. 18. Consideraciones comparativas. 19. La discusión por los académicos. 20. Consecuencias de la supresión de la causa como requisito esencial del contrato. 21. Sobre otras novedades del artículo 5. 22. La capacidad para contratar. 23. El consentimiento o acuerdo de las partes. 24. El contenido del contrato. 25. La forma de los contratos. PARTE SEGUNDA: *¿Es aplicable al ordenamiento español el concepto de contrato del Proyecto de Pavía?:* 26. Sobre el concepto de contrato. 27. Sobre los actos concluyentes. 28. Sobre la eliminación de la causa entre los requisitos esenciales del contrato europeo.

---

(\*) Trabajo realizado en el Proyecto BJU 2000-2001, dirigido por el autor, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

## PRELIMINAR

**Planteamiento general y aproximación a la noción de contrato que subyace en el Proyecto de Pavía**

El enunciado del título es deliberadamente amplio, resulta por lo tanto impreciso, y requiere algunas explicaciones. En el panorama contractual europeo se han presentado, como se sabe, dos Proyectos de esta naturaleza, el *Proyecto Lando* y el *Proyecto Gandolfini* también conocido como *Proyecto de Pavía*<sup>1</sup>. Sólo este último ha asumido la veste de un Código continental al modo clásico, de modo que su Parte general, de la que se han publicado varias ediciones<sup>2</sup>, con traducciones oficiosas de la versión francesa oficial, al italiano, alemán, inglés y español<sup>3</sup>, ofrece una regulación completa de la institución contractual, comenzando en sus Disposiciones Generales por establecer, con alcance vinculante, la noción de contrato; cuestión que, ciertamente, retuvo prolongadamente la atención de los académicos. Sucede que, algún tiempo después, un consolidado equipo investigador radicado en la Universidad de Zaragoza lleva algunos años trabajando sobre los problemas que se derivarían de una hipotética aplicación en España del Proyecto de Pavía, y el primer capítulo de dicho trabajo versaría, precisamente, sobre la aplicabilidad a nuestro ordenamiento de la noción de contrato contenido en aquél, singularmente en los artículos 1 a 5 del Anteproyecto, tema al que se ha dedicado precisamente este trabajo. Parece bastante difundida la convicción de la necesidad –incluso urgencia– de una base europea contractual común a la UE ampliada, aunque sin ignorar las fuertes resistencias que suscita en

---

<sup>1</sup> Puede verse VV. AA.: «La traducción española de la Parte General del Código europeo de contratos», *RJN*, octubre-diciembre 2002, pp. 299-396, con una presentación de quien firma el presente estudio. En el presente trabajo utilizaré habitualmente esta versión española, sin perjuicio de explicar las posibles diferencias con otras versiones a que luego aludiré.

<sup>2</sup> En 1998 se publica la 1.ª edición que puede considerarse privada, por carecer de ISBN, revisada el mismo año con iguales características. En 2002 se publica la 2.ª edición ya con ISBN, advirtiéndose en ella que se trata de la tirada parcial y anticipada de la 3.ª edición, publicada en 2002. La 3.ª edición revisada, corregida y aumentada, también es del año 2002.

<sup>3</sup> En adelante, las referencias se harán a la siguiente edición: *Code Européen des Contrats. Avant Projet* (Coordinateur Giuseppe GANDOLFI). Livre premier 1. Milano, Dottore A. Giuffrè. Editore. 2002. En este volumen se incluyen las versiones alemana (pp. 605-709), inglesa (pp. 713-803), española (pp. 807-907) e italiana (pp. 909-1010). La versión española en él contenida se ha realizado bajo la supervisión de los profesores De los Mozos y Luna Serrano, habiendo sido publicado también en *RGLJ*, 2001, fasc. 4. Hay otra traducción española parcial en la revista argentina *La Ley*, 1999, 2.6. También se anuncia una versión húngara.

algunos países y sectores, todavía apenas exteriorizados; por otra parte ambos Proyectos han sido entregados oficiosamente a la Comisión Europea, sin que de momento ninguno de ellos haya alcanzado más valor intrínseco que el de un documento privado y el de la autoridad de quienes lo formaron. Ello no obsta para que quien ha intervenido en la elaboración de uno de ellos, lo estime más útil y apropiado que el otro para el fin común que ambos persiguen; dicho con toda humildad, pleno respeto a las opiniones discrepantes, y a la mejor voluntad de colaboración en la empresa común que me anima.

Mi investigación tendrá dos partes claramente diferenciadas: 1.<sup>a</sup>) Parece conveniente contestar claramente a la pregunta sobre si existe, y cuál es, la noción europea de contrato que se alberga entre los 173 artículos del Proyecto Gandolfi ¿Existe un concepto unitario de contrato en el que se inspira el Proyecto de Pavía? ¿cómo y bajo qué criterios dogmáticos ha sido elaborado? ¿qué características técnico-jurídicas presenta? 2.<sup>a</sup>) Si resultara contestada en sentido afirmativo la primera interrogante —como me apresuro ya a anticiparlo ahora—, queda la parte más ardua, a saber si la adopción de tal Proyecto, en el punto relativo a la noción de contrato, obligaría a realizar cambios tan fundamentales en nuestro Derecho contractual, que el sacrificio que ello requeriría, no compensaría acaso las posibles ventajas de su adopción; pero también cabe que pueda concluirse que se trate de algo actualmente asumible y, hasta cierto punto, avanzado ya por nuestra reciente doctrina civilista. Es sabido que en los últimos años del siglo pasado la materia contractual ha sido objeto, entre nosotros, de amplios desarrollos doctrinales, con aplicación constante y muchas veces acertado del método comparativo, por lo cual la novedad del Proyecto Pavía vendría a resultar, incluso, relativa<sup>4</sup>.

Si nos fijamos en la materia a que se dedican los cinco primeros artículos del Proyecto se impone la conclusión de que sus autores han ido directamente al grano, sin perderse en circunloquios innecesarios ni en cuestiones de menor entidad: a la vista de las opciones posibles (omitir el tema, adscribirse a alguna definición contenida en un Código europeo ya consagrado, o elaborar un concepto propio) se ha elegido esta última. En efecto, se trata en el título I dedicado a las *Disposiciones generales*, de la definición del contra-

---

<sup>4</sup> Empiezan a elaborarse entre nosotros tesis doctorales sobre materia contractual con atención, incluso intensa, a eso que convencional aunque incorrectamente suele calificarse de *Derecho civil o contractual europeo*. En algún caso se llega a confrontar, con acierto, las soluciones que al tema en cuestión ofrecen ambos Proyectos. Es, a mi juicio, el buen camino que, sería aconsejable, profundizar en el futuro.

to, del principio de la autonomía contractual, de las reglas generales y particulares aplicables a los contratos, de las reglas aplicables a los actos unilaterales y de la capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato. Digno de destacarse me parece, asimismo, la sobriedad con que la materia se regula; no debe olvidarse que parece estar lejana todavía la redacción de un futuro C.c. europeo<sup>5</sup>, de modo que era inevitablemente grande la tentación de comenzar aludiendo, de alguna manera, a esas cuestiones generales que a todos preocupan sobre los sujetos y la capacidad de obrar de las personas físicas y jurídicas incluidas en la Parte General. Sin perjuicio de hacer ulteriormente observaciones críticas, resulta evidente que, sin ánimo elusivo, se ha afrontado el riesgo de dar una noción o definición del contrato que, por antonomasia, podremos calificarlo de *contrato europeo*. Pero ello no dispensa de analizar las distintas fases que se han seguido.

## 1. JUSTIFICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES PRELIMINARES DEL PROYECTO

En este breve y conciso título del Proyecto Pavía<sup>6</sup>—en comparación con la extensión media de los restantes títulos—, se incluye la regulación de hasta cinco materias diferentes, cuya justificación y oportunidad no siempre resulta, sin embargo, igualmente uniforme ni coincidente. Parecía obligado, en primer término, ofrecer una definición del contrato (art. 1.1) (pese a la discusión que ello suscitó, y a la que luego aludiré), y no menor oportunidad parecía aconsejar el realizar una clara y definida declaración sobre el principio general de la autonomía contractual (art. 2.1). que, como era

---

<sup>5</sup> Se ha hecho clásica la obra colectiva de VV. AA.: *Towards a European Civil Law*, 2.ª edición (Nijmegen-The Hague-London-Boston 1998), con nutrida bibliografía sobre todo extranjera. Más completa es la perspectiva española que brinda CÁMARA LAPUENTE: «Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en el volumen colectivo que también coordina, *Derecho Privado Europeo* (Madrid 2003) pp. 47 ss., con información al día (p. 95-106, ¡también en lengua española!), y mayor amplitud del panorama contemplado de iniciativas europeas, todo ello le permiten unas conclusiones muy matizadas.

<sup>6</sup> Como se sabe, se trata de un Anteproyecto que—en el momento de dar la última redacción a este artículo (diciembre 2003)— sigue teniendo sólo valor privado, aunque ha sido presentado ya en las instancias comunitarias, las cuales lo han incorporado a su archivo informático. He optado, sin embargo, como digo en el texto, por calificarlo y referirme a él, a lo largo de este trabajo como *Proyecto europeo de contratos*, o, más brevemente, *Proyecto de Pavía*, o *Proyecto Gandolfi*, o, simplemente, Proyecto (Proy.) y ello tanto por razones de brevedad como por acomodarme al uso que se hace actualmente en la doctrina europea de la expresión *Proyecto Lando*, de parecidas características.

obligado, resulta inspirador y vertebrador de todo el Proyecto, dado que en este punto no se justificarían diferencias entre los Códigos nacionales hoy en vigor y el que se proyecta. Merece igualmente alabanza, en principio, la fuerza expansiva de la presente regulación contractual europea para reglamentar en el futuro ciertos supuestos de actos unilaterales (art. 4). En cambio, menos concluyente parece la inserción en este lugar de los restantes preceptos contenidos en los artículos 1.2, 2.2, y 5 del mismo título. A este respecto hay que reconocer que tampoco hay claridad en los Códigos, y en la doctrina, a la hora de perfilar las categorías de los contratos típicos y atípicos, nominados e innominados; de la primera categoría el Proyecto trata en el artículo 2.2, y de la segunda lo hace el artículo 3, siendo oportuno recordar que en el tráfico también hay contratos que, simultáneamente, son atípicos e innominados, y, asimismo, contratos nominados pero igualmente atípicos (por ejemplo, el de *factoring*). Pero quizá las mayores reservas doctrinales pueden proceder de la un tanto sorprendente inclusión de la capacidad y elementos esenciales del contrato dentro de las disposiciones preliminares, mientras que, no menos sorprendentemente, la forma de aquél se ha relegado nada menos que al título IV (cabría preguntar: la forma *ad substantiam* ¿no resulta igualmente elemento esencial del contrato? y, en el supuesto de serlo ¿bastaría con la mera alusión a la misma contenida en el artículo 5.4 del Proyecto?).

## 2. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE UNA DEFINICIÓN DEL CONTRATO EUROPEO

El tema fue objeto de amplio y profundo debate entre los académicos, cuya síntesis parece conveniente transcribir<sup>7</sup>:

«La oportunidad de una definición (del contrato) fue puesta en duda por algunos académicos mediante una serie de argumentos sustancialmente similares. El Grupo inglés considera como *circular* cualquier definición, remitiéndose al § 305 BGB, y sugiere la utilización eventual de la fórmula del artículo 1101 C.c. francés, subrayando que se trata de un acuerdo que compromete en el plano jurídico. Esto parece necesario en atención a la previsible y aceptable renuncia de la *consideration* (como requi-

---

<sup>7</sup> *Code européen des contrats. Avant-Projet* (Coordinateur G. Gandolfi), Livre premier, I, 3.ª edición (Milano 2001) pp. 115 ss. En adelante la cita se abreviará con el nombre del Coordinador y autor de los diferentes *Rapports introductifs* y la página correspondiente.

sito esencial del contrato), en la que los *common lawyers* ven una prueba de la seriedad de la intención de asumir compromisos jurídicos. Por el contrario, tal exigencia no aparece evidente a los ojos del Grupo español, para quien la *juridicidad* de la relación deriva implícitamente de la situación concreta, pues, después de todo, cabe deducirla de las expresiones utilizadas, del comportamiento de las partes y de las circunstancias: esto depende de la práctica social según la cual, a los acuerdos de este tipo, se conceden, o no consecuencias jurídicas. Por su parte Stranard y Vigneron afirman simplemente que formular una definición resulta estéril, mientras que el último autor citado invoca el famoso brocardo latino *omnis definitio periculosa est.*»

«Otros por el contrario optan por redactar una definición. Así Deskarolis muestra su preferencia por el texto del *Contract Code*, lo mismo que Antunes Varela, quien aprueba la alusión a la ley como fuente de efectos jurídicos (*which the law recognizes*) contenida en aquélla; sin embargo, se pregunta si no sería bueno elaborar el texto de la regla de modo que se evite que en tal noción se incluyan los acuerdos particulares entre cónyuges, de alcance patrimonial, que se utilizan actualmente de modo habitual por causa de las reformas nacionales del derecho de familia. El Grupo español prefiere el texto italiano, si bien propone añadir a la expresión *rapport juridique* la palabra *obligatoire*. En opinión de Sortais la definición de contrato dada por el Código McGregor parece aceptable a todos, salvo que se trata de una definición extensa y se aplica más bien a lo que, siguiendo una terminología más rigurosa, se denominaría *convention*; añade que el término *contrato* constituye una especie dentro del género *convención*, y, precisamente, lo propio del contrato es engendrar obligaciones.»

Por mi parte observo que mientras el contrato no se define en el BGB, ni en los Códigos que en el mismo se inspiran (CSO, C.c. griego de 1940, C.c. portugués de 1966) parece que el argumento de mayor peso para adoptar en el texto una definición de contrato, estriba en la necesidad práctica de evitar los sobreentendidos a la hora de aplicar las normas del nuevo Código en cada uno de los países de la U.E. En efecto, no es posible hacer *tabula rasa* de las concepciones doctrinales vigentes en cada territorio—hasta ahora criterio prevalente, en cada país, en materia contractual—, y aunque aquí nos enfrentaríamos a un importante problema *ex post* (es decir, el del método más adecuado para aplicar la normativa europea por juristas educados en distintas tradiciones jurídicas), no cabe pasar por alto la inicial reacción lógica de los Tribunales y de los operadores jurídicos de cada país, en presencia de lagunas en el nuevo Código europeo (con mayor razón si, por ejemplo las dudas recaen sobre la concepción del contrato), y que se resolverían casi inevitablemente con el recurso a la propia tradición jurídica, pese al riesgo de hacer fracasar el propósito

unificador<sup>8</sup>. Existe, por tanto, una razón pragmática, pero de peso, a la que pueden añadirse otras de tipo teórico: como se sabe, la dogmática de las obligaciones y contratos ha alcanzado en diversos países europeos, después de la Segunda Guerra Mundial, cotas apreciables, y los académicos no han sido insensibles a tal progreso.

Para profundizar en la primera parte de mi investigación me parece oportuno utilizar un riguroso método exegético.

## PARTE PRIMERA

### La noción de contrato en el Proyecto de Pavía

## LIBRO PRIMERO<sup>9</sup>

### TÍTULO PRIMERO

#### Disposiciones preliminares

#### ARTÍCULO 1. DEFINICIÓN

1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos incluso a cargo de una sola parte.

2. Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Es un argumento de GANDOLFI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>9</sup> La técnica utilizada en el Proyecto es la clásica y, además, resulta preferible a otras (por ejemplo, la seguida por el Nuevo C.c. holandés que parece tener seguidores entre nosotros). El libro se divide en títulos, conforme a criterios lógicos y dogmáticos habitualmente usados; cada título lleva su enunciado que, por lo general, responde a su contenido; en algún caso, debido a la extensión de la materia, el título se subdivide en secciones (como en el tít. VI). En cuanto a los artículos se ha seguido la difundida costumbre de añadir un *ladillo* o enunciado que describe brevemente el contenido.

<sup>10</sup> Indico a continuación las diferencias que presenta la versión española supervisada por De los Mozos-Luna con la que se sigue en el texto, que ha sido realizada por miembros del GIZ (Grupo de Investigación de Zaragoza) indicándose a continuación en subrayado las variantes y entre corchetes aquélla:

*Art. 1. Definición. 1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica de la que pueden derivarse [que puede com-*

### 3. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

Se trata de una norma básica o fundamental por ofrecer una verdadera definición –más que descripción– comprometida y comprometedora, de lo que el Grupo de Pavía entiende por contrato. El género próximo es el *acuerdo* y su finalidad consiste en crear, regular, modificar o extinguir una –o varias– relaciones jurídicas. A las personas intervinientes se les califica correctamente de *partes*, admitiéndose tanto el contrato bilateral como el plurilateral. Además de los efectos obligatorios se deja abierta la posibilidad de que el contrato produzca efectos reales, como ocurre en algunas legislaciones nacionales, y como en efecto prevé más adelante el artículo 46. El acuerdo contractual puede establecerse de modo expreso, y, sin duda, tácito; pero la novedad radica en la explícita aceptación del acuerdo obtenido a través de actos concluyentes, incluso omisivos, siempre que aparezcan respaldados por una voluntad precedentemente manifestada, por los usos o costumbres, o por la buena fe.

### 4. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS

Es opinión generalizada que este Proyecto debe mucho a la aplicación del método comparativo, lo que, sin duda, corresponde a la realidad de lo ocurrido en su elaboración, bastando la consulta de los diferentes *rappports introductifs* elaborados por el Coordinador Profesor Gandolfi para convencerse de ello. Advuértase que los países destinatarios de aquél pertenecen mayoritariamente a los sistemas del *Civil Law*, es decir al grupo de los países europeos romano-germánicos, si bien con una importante presencia (Gran Bretaña e Irlanda) de países del *Common Law*. De hecho el C.c. italiano de 1942 y el *Contract Code* de McGregor sirvieron de tex-

---

portar] obligaciones y otros efectos, *incluso a cargo de una sola parte* [aun a cargo de una sola de ellas] 2. *Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo puede establecerse* [se forma] *también mediante* [a través de los] *actos concluyentes, positivos u omisivos* [activos u omisivos], *siempre que sea conforme* [sean conformes] *a una voluntad precedentemente manifestada* [expresada], *a los usos o a la buena fe.*

Las diferencias son, por lo general, de expresión o de matiz, salvo la forma verbal *sea* en singular, del apartado 2, que en el texto original claramente se refiere al acuerdo y no a los actos concluyentes.

En cuanto a la expresión *actifs ou omissifs* del texto original ha parecido más elegante la versión no literal de *positivos u omisivos*, en vez de la literalidad de *activos u omisivos*.

tos-base en todas las discusiones. Parece conveniente confrontar el Proyecto con otros Códigos de nuestra área o sistema jurídico.

Invocado con frecuencia en las discusiones, resulta obligado mencionar aquí el art. 1101 C.c. francés:

*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*

La notoria influencia gala en el C.c. italiano de 1865 no se tradujo, sin embargo, en una mera reproducción de la definición o descripción del contrato en el artículo 1098:

*Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico.*

Tampoco fue mera reproducción de alguno de estos textos el artículo 1254 C.c. español que resulta, en cierto modo, más fiel al modelo francés que al italiano, aun salvando distancias respecto de ambos ya que renuncia a definir lo que es el contrato y se contenta con describirlo:

*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.*

Por su directa inspiración en el C.c. de Napoleón resulta interesante el artículo 1906 C.c. de la Louisiana, cuya versión actual es la siguiente:

*A contract is an agreement by two or more parties whereby obligations are created, modified or extinguished.*

El texto se ha revisado en 1984, eliminándose el final del artículo que traducía literalmente el mismo final del precepto francés.

Un modelo relevante a la hora de redactar el texto aprobado ha sido el artículo 1321 C.c. italiano de 1942, cuyo texto reza así:

*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.*

También se cita reiteradamente en el *rapport introductif* el *Contract Code*, cuyo artículo 1 dispone a este respecto:

*A contract is an agreement between two or more persons which the law recognises as creating, altering or extinguishing rights and duties.*

A mi juicio, conviene mencionar asimismo el artículo 2 del último texto, que constituye una aclaración o explicación de bajo qué requisitos el *agreement* constituye, o no, un contrato:

*Every agreement is a contract except where:*

- (a) *the terms of the agreement are too uncertain*
- (b) *the persons making the agreement do not intend to be legally bound by it, or*
- (c) *the agreement lacks the necessary formal characteristics*<sup>11</sup>.

Asimismo, las circunstancias concurrentes en su elaboración aconsejan prestar atención al artículo 213, título 5, libro 6, C.c. holandés de 1993, cuyas versiones oficiosas, francesa e inglesa, inserto a continuación:

*1. Le contrat s'entend au présent titre comme l'acte juridique multilatéral par lequel une ou plusieurs parties s'obligent envers une ou plusieurs autres.*

*(1. A contract in the sense of this title is a multilateral juridical act whereby one or more parties assume an obligation towards one or more other parties.)*

A la hora de redactar la definición del artículo 1.1 del Proyecto no se ha seguido la generosa sugerencia del Grupo inglés de tomar por base el artículo 1101 C.c. francés, pues –a mi juicio, con acierto–, se ha prescindido del término equívoco *convention* sustituyéndolo por *acuerdo*, término recogido, sin embargo, en el artículo 1321 C.c. italiano de 1942, e implícito en el *agreement* del *Contract Code*; asimismo no se ha caído en el error –en que incurre nuestro artículo 1254 C.c.– de confundir el objeto de la obligación (dar, hacer o no hacer alguna cosa), con el objeto del contrato cuya finalidad es crear, regular, modificar o extinguir una o varias relaciones jurídicas; en este sentido el artículo 1.1 Proyecto resulta preferible al artículo 213 C.c. holandés, demasiado vago y genérico al referirse meramente al hecho de obligarse o de asumir una obligación, y también exclusivamente ceñido al concepto galo de *acto jurídico*. También parece acertada la eliminación del carácter *patrimonial* de las relaciones u obligaciones que podrían surgir del contrato europeo, requisito que, sin embargo, subsiste como nota muy característica en el texto italiano.

---

<sup>11</sup> Ulteriores requisitos de validez de los contratos en Derecho inglés son explicados sumariamente por MCGREGOR en el breve comentario que acompaña a estos artículos en la obra *Contract Code* (Milano, 1993) pp. 1-3.

Por las razones expuestas, hay razones para emitir un inicial juicio favorable a la definición contenida en el artículo 1.1 del Proyecto de Pavía.

## 5. EL CONTRATO FORMALIZADO MEDIANTE ACTOS CONCLUYENTES

La formación del contrato en general no es objeto de este trabajo; aquí procede únicamente comentar el artículo 1.2 que contempla una modalidad de expresarse el acuerdo o consentimiento contractual, pero cuya ubicación podría considerarse, en cierto modo, desplazada. Sin embargo en el *rapport introductif* se encuentra para ello una explicación suficiente<sup>12</sup>:

«Por lo que se refiere al problema de la consistencia ontológica del contrato, a la vista de su actual fisonomía efectiva, parece oportuno tener en cuenta que la fórmula italiana (del contrato) está influida todavía por la idea tradicional del contrato como acuerdo que nace de una cooperación volitiva, como doble aportación psicológica a la configuración de la relación jurídica, e igualmente, y sobre todo, bajo la consideración de su contenido. La definición del *Contract Code* aparece como análoga, pero es seguida y completada por la precisión contenida en su artículo 11 sobre la manera de concluir el contrato. No podría ignorarse, por lo tanto –y en tal sentido hay una recomendación del Grupo inglés– que en la sociedad actual, y sin duda en medida cuantitativamente dominante, se han impuesto formas de conclusión del contrato en las que la posibilidad de elegir de una de las partes, a menudo la más débil, se ha reducido claramente hasta el punto de que los distintos legisladores se han visto incitados a adoptar disposiciones especiales para la tutela de tales sujetos, consumidores o usuarios. En tales supuestos, aunque no sólo en ellos, la perfección del contrato, en lugar de efectuarse a través de declaraciones, se realiza sobre la base de meros comportamientos. Parece por tanto necesario relacionar esta diferente manera de perfeccionar el contrato –atendidos los usos en vigor en la práctica– con las exigencias de la buena fe, salvaguardando los límites que impone esta última. Con esta precisión se pretende asimismo considerar la exigencia que deriva del artículo 11 del *Contract Code*.»

En realidad se hace aplicación de una idea antigua que el Coordinador había mantenido de modo reiterado a lo largo del proceso

---

<sup>12</sup> GANDOLFI *op. cit.*, pp. 119 ss.

de elaboración del Proyecto y que se había expresado en páginas anteriores<sup>13</sup>:

«En la hipótesis de considerarse oportuno definir el contrato, se había propuesto además en el *rappor introductif* al Coloquio de Pavía de 1993 (Gandolfi) que se tuviera en cuenta en la misma definición la manera en que hoy día se perfeccionan en la realidad gran número de contratos, es decir no a través de una doble participación volitiva mediante la cual ambas partes concurren para determinar el contenido, sino por simple adhesión –incluso a través de meros comportamientos–, respecto de ofertas, a menudo permanentes, dirigidas al público que se beneficia de ellas. A este propósito se ha observado (G.B. Ferri) que pueden considerarse celebrados acuerdos incluso a través de simples comportamientos, aunque sea de manera exclusivamente adhesiva, como ocurre en las *faktische Verträge*. Al menos conviene integrar en la definición misma del contrato una indicación en esta dirección (salvo lo relativo al silencio de lo que se tratará *infra*).»

A mi juicio, la importante novedad que supone el artículo 1 radica en la incorporación a la noción técnica de contrato, por vía indirecta, de las denominadas relaciones contractuales de hecho, aunque sometiénolas a determinados requisitos<sup>14</sup>. El tema se incardina en la fase de aceptación de una oferta contractual, sin que los hechos puedan estimarse como de aceptación tácita; pertenece al fenómeno de la contratación en masa y, probablemente, bajo condiciones generales impuestas por el oferente; supone además, que tal comportamiento tiene –de algún modo– carácter recepticio, por lo cual ha llegado –o ha podido llegar–, a conocimiento de aquél.

El artículo 1.2 es más bien restrictivo o, si se quiere, muy prudente, a la hora de aceptar esta innovación. Es una regla que deja a salvo las disposiciones en contrario del propio Proyecto; debe tratarse de *actos concluyentes*, es decir inequívocos, cuya interpretación no suscita duda alguna, si bien pueden consistir también en una conducta omisiva por parte del contratante a quien van a imputarse los efectos del contrato que se presume perfeccionado. A mi juicio, no basta con la concurrencia de los anteriores requisitos, sino que lo fundamental es que tales actos concluyentes se enmarquen en alguno de los tres escenarios que la norma describe: *una voluntad precedentemente expresada*, y tal voluntad tanto puede ser manifiesta como tácita (por ejemplo, el hecho de entrar en un supermercado y tomar un carrito

---

<sup>13</sup> GANDOLFI *op. cit.*, pp. 117 ss.

<sup>14</sup> Postura que contrasta con la de quienes reenvían el estudio de este caso a la teoría de las fuentes de las obligaciones (así Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 5.ª edición (Madrid, 1996) pp. 134 ss.

predispuesto para uso de los clientes; quien carga en el mismo mercancías que están ofrecidas al público, realiza una compraventa por actos concluyentes, sin necesidad de ninguna declaración, aunque hasta el momento de pasar por caja puede desistir según la legislación consumerista); *usos o costumbres*, de carácter normativo y que deben probarse en su caso; por último, se invoca la *buena fe* (se trata de la buena fe objetiva que impone reglas de conducta). El texto francés del Proyecto de Pavía resulta inequívoco: *l'accord se forme aussi*; es decir, en este caso la norma ordena que también hay contrato en sentido técnico, incluíble, por lo demás, en el supuesto descrito en el artículo 1.1<sup>15</sup>.

Por todo ello resulta pertinente la cita del artículo 11 del *Contract Code*, a cuyo tenor, y bajo el epígrafe *de method of making agreement*, se dice literalmente: *An agreement may be inferred from the written statements, the oral statements or the conduct of the parties, or from any combination of these*<sup>16</sup>. El consentimiento contractual, según esta regla, se infiere o se deduce del comportamiento de las partes, bien sea por sí solo, bien en relación con otros acuerdos verbales o escritos. En mi opinión, tal regla resulta oportuno desarrollarla, condicionarla y limitarla, tal como, efectivamente, se hace en el Proyecto de Pavía.

Queda en pie la cuestión de si la regla contenida en el artículo 1.2 del Proyecto está, en cierto modo, desplazada, debiendo incluirse más bien en el título II; efectivamente, el artículo 24 Proyecto trata específicamente de los actos concluyentes, dejando a salvo lo dispuesto en las disposiciones precedentes (o sea, el artículo 1.2). De suyo pertenece a las formas de expresarse el consentimiento contrac-

---

<sup>15</sup> No faltan autores españoles que han admitido la posibilidad de formación del contrato por actos concluyentes, aunque sea englobándolos dentro de la declaración tácita. Así RIVERO HERNÁNDEZ, en *Lacruz et alii, Elementos etc*, II-1.º, 3.ª edición Dykinson (Madrid, 2003) p. 389. escribe: «A diferencia de lo que ocurre en el caso de la declaración expresa, el comportamiento a través del que se puede expresar objetivamente la intención del establecimiento de una vinculación o, en general, de unos determinados efectos jurídicos no se lleva a cabo por su autor en función de su percepción por otras personas. – En puridad no cabría, por no tener carácter recepticio en cuanto tal, una exteriorización de la voluntad contractual, de carácter tácito, ya que en tal caso habría que deducir de los hechos que configuran el comportamiento (*facta concludentia*) la decisión del sujeto y no puede basarse en simples conjeturas la coincidencia de la voluntad de la otra parte contractual para llegar al acuerdo. Lo que ocurre es que hay ocasiones en que, *en cierto contexto relacional, un determinado modo de comportarse puede ser considerado socialmente como si se tratara realmente de una declaración contractual, aunque el sujeto del mismo ni sea consciente de esta valoración ni, desde luego, quiere hacer partícipes del mismo a otras personas*. Así ocurre a veces con ciertas actitudes o hechos concluyentes de las personas (S. de 28 febrero de 1990) y así puede ocurrir con el silencio.» Del texto transcrito (cuyo subrayado es mío) parece deducirse la aceptación de los hechos concluyentes como forma de perfeccionar un contrato, al menos cuando se deriva de usos o costumbres.

<sup>16</sup> Véase el breve comentario, casi una glosa, de MCGREGOR, *op. cit.*, p. 7.

tual, pero al tratarse de una auténtica novedad, y vistas las resistencias doctrinales a aceptar las denominadas relaciones contractuales fácticas, pienso que había razones objetivas que aconsejaban situarla en lugar destacado, como efectivamente se ha hecho.

## ARTÍCULO 2. AUTONOMÍA CONTRACTUAL

1. 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 Estados miembros de la Unión Europea, siempre que las partes no persigan únicamente el fin de dañar a otro<sup>17</sup>.

2. Dentro de los límites del apartado anterior, las partes pueden celebrar contratos no regulados en este Código, y, en particular, a través de la combinación de diferentes tipos legales, y la unión de varios actos<sup>18</sup>.

## 6. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

De los dos apartados que contiene el precepto, el primero representa una regla de alcance supracivil que está presente en todos los ordenamientos de los países occidentales sea cualquiera la norma que la cobija, mientras que el segundo supone una aplicación de aquélla en orden a la creación por los particulares de los contratos atípicos.

En cuanto al primer apartado, como es habitual en las legislaciones nacionales la norma declara un principio general y sus limitaciones, con una formulación que puede considerarse clásica. También se declaran vigentes las limitaciones a la autonomía contractual que derivan del Derecho comunitario y de los Derechos

<sup>17</sup> Se indican entre corchetes las diferencias con la versión de DE LOS MOZOS-LUNA: «1. Las partes pueden determinar libremente [libremente determinar] el contenido del contrato, dentro de [en] los límites impuestos por las normas [reglas] imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este [fijados en el presente] Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal [siempre] que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero [únicamente el fin da dañar a otro].» Las variaciones señaladas con el subrayado no son sustanciales sino meramente de estilo.

<sup>18</sup> La redacción que aquí se ha propuesto para el apartado 2 difiere formalmente, casi en su totalidad, en cuestiones accidentales y en algún punto sustanciales, por ello se reproduce entre corchetes la versión de DE LOS MOZOS-LUNA: [2. En los límites del párrafo precedente, las partes pueden concluir contratos que no se hallen sometidos a la regulación del presente Código, en particular a través de la combinación de tipos legales diferentes a la conexión entre diversos actos.]

nacionales; de ello resulta una acumulación o superposición de restricciones a la autonomía contractual, sin que se elimine ninguna; al mismo nivel se colocan los contratos celebrados en perjuicio de tercero, lo que, en cierto modo, podría considerarse como una novedad. En el segundo apartado se contempla una de las manifestaciones de aquella autonomía contractual, de singular alcance en el tráfico, consistente en la facultad de crear nuevos tipos contractuales al margen de los que prevé el Código.

## 7. LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

No es posible recoger aquí el gran debate doctrinal que se inició en el siglo XIX, ni las vicisitudes que experimentó dicho principio a lo largo del siglo XX, sea por causa de conflagraciones de alcance mundial o por revoluciones nacionales de efectos más o menos persistentes y extensos. La autonomía contractual es un principio jurídico que supera las fronteras del Derecho civil para incardinarse en las Constituciones—especialmente, las promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial—, y figurar últimamente en textos internacionales y en los Tratados fundacionales de la Unión Europea. La desaparición del régimen soviético, simbolizada en la caída del muro de Berlín, ha traído y reforzado, para la Europa unificada, renovados vientos de liberalización económica que no podían dejar de ser recogidos en el Proyecto<sup>19</sup>.

Quizá por ser obvio lo anterior, la discusión de este artículo por los académicos no fue demasiado amplia, reduciéndose, en realidad, a la comparación entre los siguientes textos legales:

Artículo 1322 C.c. italiano de 1942: *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti*

<sup>19</sup> Me parece certera la excelente cita que encuentro en RIVERO HERNÁNDEZ, en *Lacruz et alii, Elementos*, II-1.º, 3.ª edición Dykinson (Madrid, 2003) p. 338.

«La autonomía sigue siendo esencial porque la Ley o la Administración no podrían pretender regular los múltiples aspectos de la vida humana que se resuelven contractualmente, y en los que toda otra solución supondría una merma sustancial de la libertad; ni aun aquéllas conseguirían los resultados sociales o económicos que consigue, por término medio, la iniciativa individual. Con todas sus taras y necesidades de corrección, el contrato sigue siendo hoy el vehículo de la división del trabajo; la clave de la economía en los países de mayor nivel de vida; el instrumento príncipe de las relaciones económicas entre los hombres, las cuales se establecen en vista de la complementariedad de las economías individuales y de las exigencias del intercambio de bienes y servicios; el tejido conectivo de la vida de los negocios; el medio práctico de actuar las más variadas finalidades; el artificio indispensable para satisfacer las necesidades económicas del individuo o de la empresa, comprendiendo un complejo de intereses contrapuestos o al menos no coincidentes, y sirviendo en definitiva —*el contrato*: no cada contrato individual— a los intereses comunes. Es, sin duda, el último reducto de defensa del individuo, y cualquier régimen político que respete al individuo tendrá que respetarlo, en la medida en que ayuda al desarrollo de la individualidad.»

*dalla legge e dalle norme corporative.—Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.*

Artículo 1255 C.c. español: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

«De los Mozos mostró su preferencia por la redacción del texto español y propuso que sustituyera al primer apartado del texto italiano, formulando reservas, al igual que el Grupo español, sobre el segundo apartado. Carbonnier considera que debe reconocerse la competencia de cada Estado nacional para definir el orden público y las buenas costumbres. Oppo estima que debe encontrarse una fórmula que garantice la conformidad de los contratos con los valores ético-sociales en los que cada sistema se inspira, y en la que, al margen de la reprobación del fraude de ley y del fraude de los acreedores, se manifieste también una reprobación del acto de emulación; invoca el artículo 41.2 Constitución Italiana y propone que se precise que el contrato no sólo no debe contradecir las reglas imperativas del Código europeo, sino tampoco las del estado en donde el contrato se perfecciona y se cumple, y asimismo que no debe perjudicar ni a los terceros ni a los acreedores. Gandolfi reconoce que el artículo 1322 apartado 2 C.c. italiano responde a influencias del corporativismo de la época, y que el clima actual de libertad exige que la autonomía contractual no se sujete a control para verificar si los fines perseguidos por las partes merecen protección por la norma<sup>20</sup>.»

## 8. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

Resulta que la autonomía contractual, en cuanto principio general del Derecho contractual europeo, estará limitado: *a)* por las normas imperativas; *b)* por las buenas costumbres; y *c)* por el orden público; se entiende que tales límites pueden proceder, a su vez, 1) de este Código europeo; 2) del derecho comunitario; y 3) de las leyes nacionales de cada uno de los Estados miembros de la UE. No parece necesario profundizar aquí en el estudio pormenorizado de cada uno de ellas pues su concepto está generalmente admitido en la doctrina extranjera y española<sup>21</sup>; por otra parte, expresa el máximo respeto a la facultad de cada Estado de fijar, ahora y en el futuro, el contenido de su propio orden público económico.

<sup>20</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 121.

<sup>21</sup> Vid. por todos DIEZ-PICAZO, *op. et vol. cit.*, pp. 128 ss.

En cambio, requiere alguna explicación la limitación que deriva de la frase final del primer apartado. Parece que alude a los contratos exclusivamente celebrados en perjuicio o daño de tercero, no siendo suficiente que de la celebración de aquél resulten algunas consecuencias desfavorables para otros sujetos, no buscados ni queridos por ninguno de los contratantes. Esta regla deriva de una propuesta de Oppo con base en el artículo 41.2 Const. ital. según el cual *l'iniziativa economica privata [...] non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, [e] alla dignità umana*, texto que casi literalmente hace suyo Gandolfi<sup>22</sup>. En mi opinión podría configurarse como un supuesto de abuso del derecho a la autonomía contractual cuya sanción consistiría en la nulidad absoluta del contrato y en la indemnización de daños y perjuicios causados al tercero. Requeriría que ambas partes contractuales incorporasen a su acuerdo el propósito claro y directo de causar perjuicio a terceros, una categoría de los cuales –los acreedores– ya aparecen protegidos en este Proyecto de Pavía por el mecanismo de la inoponibilidad del artículo 154.1 letra c), si bien no resulta claro si tal remedio se aplicaría, asimismo, en los demás casos de perjuicios ocasionados a otra clase de personas, en lugar de la nulidad absoluta del contrato que he propuesto<sup>23</sup>.

## 9. LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Este segundo apartado del artículo 2 podría constituir un artículo independiente por su gran significado en la realidad económico-social de la Europa del siglo XXI. Sin embargo, la redacción elegida parece querer plasmar, en primer término, que se trata de una consecuencia del ejercicio por los particulares de la autonomía que les reconoce el apartado primero. En este contexto, Gandolfi<sup>24</sup> expresa su preocupación por favorecer la formación de nuevos esquemas contractuales útiles a las relaciones negociales. En la redacción de este apartado, se tuvieron presentes de modo especial el ya transcrito apartado 2 del artículo 1322 C.c. italiano

---

<sup>22</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 122.

<sup>23</sup> En nuestra doctrina puede verse el fundamental trabajo de GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, 1958, p. 111 ss. Últimamente DIEZ PICAZO, *op. et vol. cit.*, pp. 445 s.

<sup>24</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 122.

de 1942, y, a propuesta de Antunes Varela, el artículo 405 C.c. portugués de 1966, cuyo texto es el siguiente:

1. *Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.*

2. *As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.*

No plantea grandes problemas interpretativos el apartado del Proyecto que comento, ya que, además de recordar los límites generales de la libertad contractual enumerados en el primer apartado, se enuncia en términos de gran generalidad, el principio de libertad de creación de los contratos atípicos. No parece, sin embargo, que sean limitativas las dos formas ofrecidas al intérprete para determinar el régimen aplicable a tales contratos; creo más bien que se le brindan *ad exemplum* el de la combinación<sup>25</sup> y el de la absorción, pero resulta evidente que los tribunales y los operadores del derecho podrán utilizar otros métodos, como en cada país está ya utilizando la jurisprudencia<sup>26</sup>. En mi opinión, tampoco obstará aquella formulación para aceptar el concepto de *tipicidad social*, ampliamente difundido en nuestra doctrina, según el cual la práctica totalidad de contratos atípicos que funcionan en nuestra realidad aparece dotada previamente de una sólida tipicidad reconocida por la costumbre e, incluso, por la legislación fiscal o administrativa. Por otra parte, se alude a esta modalidad de tipicidad en el artículo 137.1 del Proyecto (refiriéndose a la *noción social de contrato*) al objeto de declarar la inexistencia contractual<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> En el artículo 215, libro 6, del nuevo C.c. holandés encontramos una norma favorable a esta teoría: *Lorsqu'un contrat se conforme à la description de plusieurs espèces particulières de contrats prévues par la loi, les dispositions relatives à chacune d'elles lui sont concurremment applicables, sauf dans la mesure où ces dispositions ne sont pas facilement conciliables ou que leur portée, en rapport avec la nature du contrat s'oppose à l'application.*

<sup>26</sup> En la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de nuestro T.S. se han identificado, entre otros, los siguientes contratos atípicos: distribución y exhibición de películas, corretaje, agencia, racionalización de empresa, promoción de ventas, información, ofertas y negociaciones (llamado también contrato de colaboración), reserva hotelera, colocación de aparatos automáticos, colaboración industrial, arrendamiento turístico, vitalicio, etc. (cfr. la referencia jurisprudencial de RIVERO HERNÁNDEZ en *Lacruz et alii*, 1994, *op. et vol. cit.* p. 513 n. 1; en la edición de 2003 [p. 496] los supuestos jurisprudenciales suben al texto, y se adicionan con algunos ejemplos más del año 1996, como apuestas, franquicia, solar por obra, aparcamiento –pero hoy está tipificado por ley–).

<sup>27</sup> En nuestra doctrina, puede verse: DUALDE, *La materia contractual única* (Homenaje a Clemente de Diego) (Madrid, 1940) pp. 25 ss. JORDANO BAREA, «Los contratos atípicos», *RGLJ*, 1953, II, p. 51 ss. CASTRO LUCINI, «Los negocios jurídicos atípicos», *RDN*,

### ARTÍCULO 3. REGLAS GENERALES Y PARTICULARES APLICABLES A LOS CONTRATOS

1. Los contratos, tengan o no una denominación propia en este Código, quedan sometidos a las reglas generales objeto del presente libro.

2. Las reglas relativas a los contratos que tienen denominación propia en el presente Código se aplican por analogía a los contratos que no la tienen<sup>28</sup>.

## 10. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

Probablemente y debido, en parte, a un arrastre histórico, se recoge en este artículo la referencia a la vieja categoría de los contratos nominados e innominados, al objeto de establecer el régimen aplicable a toda clase de contratos. En consecuencia, a todos ellos se les aplican las reglas generales establecidas en el Código Además, a los contratos innominados se les aplicarán, por analogía, las reglas establecidas para los nominados.

## 11. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO

La regla se inspira directamente en el artículo 1323 C.c. italiano de 1942, a cuyo tenor:

*Tutti i contratti, ancorchè non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo.*

El Proyecto contribuye así, mediante esta norma, a desempeñar una función que puede considerarse que ha sido decisiva durante los dos últimos siglos para el actual desarrollo de la economía europea; tarea, como es sabido, que fue iniciada por el Código de Napoleón, cuyos autores, con notable perspicacia, aprovecharon los estudios de Domat y Pothier sobre las fuentes romanas de los

---

núms. 85-86, pp. 7 ss.; DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967) p. 205 ss.; RIVERO HERNÁNDEZ en *Lacruz et alii*, edición 1994, *op. et vol. cit.*, pp. 481 ss.

<sup>28</sup> Hay práctica identidad en la versión española del presente artículo; en el primer apartado se suprime la expresión ... *que son* (objeto)...; en el segundo párrafo se añade *presente* (Código).

contratos, y elaboraron una doctrina o parte general de los contratos, que, con leves variantes, han mantenido los Códigos posteriores. Este Proyecto además ha tenido en cuenta que, de ser aprobado, sería la primera norma civil de alcance verdaderamente general aplicable a los países de la U.E., por lo cual ciertas instituciones (por ejemplo, el derecho de la persona)<sup>29</sup> que figuran ahora en la Parte General, o en el Libro I de los Códigos civiles en vigor, han de regularse íntegramente (por ejemplo, la prescripción y la caducidad: artículos 134 ss.) dentro de este Proyecto, o, al menos, por referencia o alusiones al mismo (así ocurre con la emancipación o la declaración de incapacidad: artículo 5). Ello justifica, sin duda, la afirmación de que esta Parte general de los contratos viene a representar, hoy en día, la formulación más completa de cuantas existen en el actual derecho europeo legislado. Basta con repasar el contenido del Proyecto:

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

Obsérvese el desarrollo sistemático de la materia que abarca desde el nacimiento del contrato, pasando por su contenido y forma, así como la importante fase interpretativa de aquél para fijar su significado real; es amplia la regulación de los efectos del contrato, tomando postura ante el debatidísimo tema sobre la admisión o no de los efectos reales del mismo; son igualmente amplias las reglas sobre cumplimiento e incumplimiento de los contratos, que permiten igualmente encontrar solución para la problemática que con mayor frecuencia se debate ante los tribunales; moderna es, asimis-

---

<sup>29</sup> Véanse los meritorios esfuerzos de M.<sup>a</sup> PAZ GARCÍA RUBIO, en sus colaboraciones sobre *Los sujetos de la relación jurídica privada en el Derecho Comunitario. La persona física, y Persona jurídica sin ánimo de lucro*, en VV. AA., *Derecho Privado Europeo* (coord. S. Cámara Lapuente), *cit.*, pp. 237 ss. y 261 ss., aunque olvida el Proyecto de Pavía.

mo, la postura que se sostiene a propósito de las diferentes formas de cesión del contrato y de las posiciones de acreedor y deudor; los dos últimos títulos se refieren a la extinción normal y anormal del contrato. Se trata, en su conjunto, de 173 artículos, el último de los cuales de modo significativo hace referencia al arbitraje, ya que uno de los principios inspiradores del mismo es el de salvar el contrato, evitando, en la medida de lo posible, acudir a los tribunales.

Todavía cabe hacer otra constatación: se han traído a esta Parte general de los contratos algunas cuestiones cuya regulación se realiza actualmente, en los Códigos en vigor, dentro de los contratos en particular (por ejemplo ciertos modos de determinar la cosa y el precio que, habitualmente, suelen incluirse en la venta); ello permitirá *descargar* en el futuro la regulación de tales contratos y, por otro lado, *revalorizar* dichas reglas cuya aplicación general podrá verse ahora con otra perspectiva.

## 12. LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

El artículo 3, bajo el epígrafe genérico de *reglas generales y particulares aplicables a los contratos*, presupone la distinción clásica entre contratos *nominados* e *innominados*. El concepto podría evidentemente sustituirse por el de *contratos típicos y atípicos*, sin que se alterara prácticamente el resultado final perseguido por la norma, aunque parece que, en la práctica, la gran mayoría de contratos atípicos gozan ya de una *tipicidad social* que, al menos, les proporciona en el tráfico un *nomen*.

El origen del artículo 3 del Proyecto parece situarse en el párrafo 1.º del artículo 1107 C.c. francés<sup>30</sup>, cuyo texto es el siguiente:

*Les contrats, soit qu'il aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales que sont l'objet du présent titre.*

El texto fue adoptado literalmente por el artículo 1103 párrafo 1.º C.c. italiano de 1865:

*I contratti, abbiano o no abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo.*

<sup>30</sup> A propuesta del Grupo español (GANDOLFI, *op. cit.*, p. 123).

Pero la dicción literal no pasó al vigente artículo 1323 C.c. italiano, como tampoco lo había asumido, en su momento, el C.c. español.

Como se sabe<sup>31</sup>, el tema de los contratos innominados es objeto actualmente de vivas discusiones reflejada en la abundante doctrina romanista producida en torno al mismo, y va unida a la ausencia en Roma de una categoría general de contrato. Sólo en la Compilación justiniana se sienta el principio de que si dos personas se ponen de acuerdo en orden a realizar una prestación a cambio de otra, y una de ellas realiza la suya, surge para la otra la obligación de cumplir la contraprestación. Los juristas clásicos tratan de amparar convenientemente el acuerdo no reconocido como tal contrato, y, para ello, buscan el marco de una figura contractual típica, de un contrato con *proprium nomen* o *propria appellatio*; famosas son las discusiones surgidas en torno a la permuta y a la *aestimatio*, figuras a las que se unen, en calidad de innominados en el Derecho justiniano, el precario y la transacción.

En la doctrina civilista española actual ha dejado de destacarse como categoría contractual propia la de los contratos nominados e innominados, equiparándola, en la práctica, a la de contratos típicos y atípicos<sup>32</sup>. Dado que la gran mayoría de los contratos atípicos están dotados, según se ha dicho, de *tipicidad social*, las dificultades de regulación pueden plantearse, en la práctica, respecto de los atípicos innominados<sup>33</sup>.

### 13. REGULACIÓN ANALÓGICA DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS

«No hubo en este punto coincidencia entre los académicos; para De los Mozos<sup>34</sup>, en el caso de un contrato innominado que deriva de dos o más contratos típicos, parece novedoso imponer el recurso a la analogía, cuya aplicación puede resultar imposible; en cambio Stranard<sup>35</sup> considera oportuno la sumisión de un contrato mixto al régimen del contrato nominado con el que se relaciona la

<sup>31</sup> Sigo a IGLESIAS, *Derecho romano*, 6.ª edición (Madrid, 1972), p. 451 ss.

<sup>32</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, *op.*, ed. *et vol. cit.* p. 484.

<sup>33</sup> Debe observarse, respecto de los contratos innominados que, con frecuencia, las partes atribuyen alguna denominación al acuerdo consensuado, si bien la doctrina jurisprudencial en fase interpretativa reitera que es irrelevante el *nomen* atribuido por las partes pues *los contratos son lo que son*; lo que, sin embargo, no obsta a que las partes hayan acertado en su calificación y a que ésta sea aceptada por los tribunales.

<sup>34</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 122.

<sup>35</sup> GANDOLFI, *op. et loc. cit.*

prestación en discusión; Gandolfi<sup>36</sup>, por su parte, llama la atención sobre el hecho de que la jurisprudencia italiana ha hecho uso del criterio analógico para regular las nuevas formas contractuales de origen extranjero.»

Del artículo 3 apartado 2 del Proyecto no se deriva, al parecer, una inicial obligación del intérprete de aplicar la analogía, sino que, más bien, su redacción parece apuntar, o al último criterio legal de regulación de estos contratos, o, al menos, a ser uno que puede utilizar el intérprete. En presencia de un contrato innominado y atípico, cabe proponer la siguiente jerarquía de normas: en primer lugar, además del régimen legal imperativo (artículo 3.1 Proyecto), habrá de aplicarse la *lex privata* o régimen pactado por los contratantes (como se sabe es frecuente que el pacto sólo contenga una normativa parcial); si el contrato innominado posee tipicidad social, será posible acudir, además, a usos y costumbres, o, incluso, a la normativa fiscal o administrativa; en último término se impondrá la analogía, en primer lugar la *analogía legis* y, en último término, la *analogía iuris*<sup>37</sup>. No resulta, por tanto, inadecuada la remisión a la analogía en este precepto, sobre todo si se tiene en cuenta, además, que el Proyecto carece de normas propias sobre aplicación del método analógico en general.

#### ARTÍCULO 4. REGLAS APLICABLES A LOS ACTOS UNILATERALES

Salvo disposición contraria de este Código, o comunitaria, o en vigor con carácter imperativo en los Estados miembros de la Unión Europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben aplicarse, en tanto sean compatibles, a los actos unilaterales realizados con vistas a la estipulación de un contrato o en el desarrollo de la relación que de aquél deriva, aunque tengan por finalidad provocar su extinción o invalidación<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 124.

<sup>37</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, *op.*, ed. *et vol. cit.* p. 486.

<sup>38</sup> Se indican entre corchetes las diferencias con la traducción de De los Mozos-Luna: *Salvo disposición contraria de este Código, o comunitaria, o en vigor con carácter [como regla] imperativo[a] en los Estados miembros de la Unión Europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben aplicarse [ser observadas] en tanto [en cuanto] sean [ellas] compatibles, respecto de [en relación a] los actos unilaterales realizados con vistas [que tengan lugar en orden] a la estipulación de un contrato, o en el desarrollo [curso] de la relación que de aquél [de él] deriva, aunque tengan por finalidad [aun cuando tengan por fin] provocar su extinción o invalidación.*

Las numerosas diferencias advertidas, como se observa, son, por lo general, de estilo.

#### 14. SENTIDO GENERAL DEL PRECEPTO

Este artículo muestra la fuerza expansiva, digna sin duda de loa, con la que se quiere dotar al presente Proyecto de modo que los actos unilaterales –por tanto, carentes de requisitos y, en consecuencia, no aptos para originar contratos por sí mismos– se regirán analógicamente por las reglas generales de los contratos. En ausencia de una Parte general de Obligaciones que contemplara esta hipótesis, se considera razonable que, con las debidas cautelas, se ordene aplicar a los mismos las reglas contractuales.

#### 15. EL PRECEDENTE DEL C.C. ITALIANO DE 1942

Su origen próximo aparece en el artículo 1324 C.c. vigente, cuyo texto, bajo el epígrafe de *Norme applicabili agli atti unilaterali*, dispone:

*Salvo diverse disposizioni di legge, le norme chi regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.*

«Hubo una enmienda de supresión del precepto. por parte de Antunes Varela<sup>39</sup>, basada en que los actos unilaterales poseen naturaleza y estructura diversa de los contratos (es sintomático el ejemplo de las promesas unilaterales), por lo cual resulta conveniente no incluir tal norma en un código de contratos, que no debería aplicarse a los actos unilaterales. En su lugar propone una regla similar a la del artículo 406 C.c. portugués de 1966. En cambio, el Grupo español y Stranard se pronuncian por su mantenimiento en el Proyecto; De los Mozos, invoca por su parte, el riesgo de que, al aceptar la norma, esta introducción del Códigopodría resultar demasiado pesada. Gandolfi opina que las objeciones desaparecen si sólo se toman en consideración los actos unilaterales que se insertan en un contrato en fase de cumplimiento o para su extinción; por otra parte invoca la corriente doctrinal que trata de encontrar apoyos normativos a la generalización del *Rechtsgeschäft*; en todo caso concluye que habría que eliminar la precisión contenida en el precepto italiano relativa a los *atti tra vivi aventi contenuto patrimoniale*.»

---

<sup>39</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 124.

## 16. APLICACIÓN ANALÓGICA A DETERMINADOS ACTOS UNILATERALES

La aplicación del régimen contractual a los actos unilaterales se rodea de prudentes cautelas, ya que aquéllos deben haber surgido con motivo u ocasión de la celebración de un contrato (por lo tanto, no cuando nacen de modo autónomo e independiente de cualquier relación contractual), o en el curso del desarrollo del mismo, incluso aunque su objeto sea extinguir o invalidar aquél. Por otra parte, en la doctrina y jurisprudencia italianas no parece que el artículo 1324 C.c. en vigor haya suscitado, hasta ahora, una abundante casuística<sup>40</sup>.

### ARTÍCULO 5. CAPACIDAD DE CONTRATAR Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

1. Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede ser concluido por una persona física que ha cumplido dieciocho años, o bien que esté emancipado y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.

2. El contrato celebrado por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz o que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de comprender o de querer, es susceptible de ser anulado conforme al artículo 150.

3. Los elementos esenciales del contrato son:

- a) El acuerdo de las partes.
- b) El contenido.

4. Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código<sup>41</sup>.

## 17. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

Con diversas formulaciones un precepto similar se reitera en todas las codificaciones europeas aunque con un contenido varia-

---

<sup>40</sup> Cfr. CENDON, *Codice annotato, civile II* (Torino, 1995) p. 456 ss.

<sup>41</sup> Se indicarán entre corchetes las diferencias que ofrece la versión de DE LOS MOZOS-LUNA:

1. *Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede celebrarse* [ser concluido] *por una persona física que ha cumplido* [tenga] *dieciocho años* [cumplidos], *o bien que esté* [haya sido] *emancipada* [o] *y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.*

2. *El contrato celebrado* [concluido] *por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz, o que, incluso con carácter* [aun a título] *transitorio, no*

do. Se trata de los llamados *requisitos esenciales*, o *condiciones exigidas para la validez*, que debe reunir el contrato europeo para producir efectos conforme a este Proyecto. Aparte de su colocación sistemática —que suscita algunas reservas según antes expuse—, destaca este precepto tanto por lo que expresa —y el modo de expresarlo— como sobre lo que omite; en particular por consagrar la eliminación del requisito de la causa y, paralelamente, de la *consideration* del derecho de la *common law*. No sin fundamento puede calificársele, por este motivo, de revolucionario.

## 18. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS

### A) Códigos que exigen la causa como requisito del contrato:

El punto de partida está representado por el artículo 1108 C.c. francés a cuyo tenor:

*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:*

*Le consentement de la part qui s'oblige;*

*Sa capacité de contracter;*

*Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;*

*Une cause licite dans l'obligation.*

El texto pasó, con algunas variantes, al artículo 1104 C.c.it. 1865:

*I requisiti essenziali per la validità di un contratto sono:*

*La capacità di contrattare;*

*Il consenso valido dei contraenti;*

*Un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione;*

*Una causa lecita per obbligarci.*

Con relación al francés, el texto italiano en el primer apartado sustituye *convention* por *contratto*; altera el orden de los dos primeros requisitos; modifica levemente *le consentement de la part qui s'oblige* por una fórmula más precisa: *il consenso valido dei contraenti*; en el tercer requisito traduce *engagement* por *convenzioni*, lo que quizá no resulta del todo correcto; tampoco es del todo exacto traducir *une cause licite dans l'obligation* por *una causa lecita*

---

está en condiciones [condición] de entender [comprender] o de querer, es susceptible de ser anulado conforme al [conforme lo dispone el] art. 150.

Hay identidad literal en el apartado 3.

4. *Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines incluidos en este Código.* [No es necesaria una forma particular más que en los casos y a los fines indicados en las reglas del presente Código.]

Ninguna de las modificaciones recogidas pueden considerarse esenciales.

*per l'obligarsi*. Estas diferencias redaccionales han contribuido no poco a alimentar, en buena parte, y por muchos años, la polémica causalista y anticausalista en los países romanistas europeos.

Todavía más rotundo en su formulación resulta ser el artículo 1261 C.c. español:

*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.*

Se aparta del modelo latino en el punto relativo a prescindir formalmente como requisito de la capacidad para contratar, si bien, en cuanto al resto, sigue con bastante fidelidad a ambos Códigos<sup>42</sup>.

En todo caso, el precepto que ha estado de modo especial muy presente en las discusiones del Grupo de Pavía, ha sido el artículo 1325 C.c. italiano de 1942:

*I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.*

Sabido es que en el Derecho inglés uno de los elementos esenciales del contrato es la *consideration*, que algunos autores continentales han aproximado y hasta parificado con la *causa* de los códigos latinos; aunque la doctrina más reciente muestra cautela ante tal equiparación; se dice que la noción de *consideration* incorpora dos ideas, la recompensa por un beneficio atribuido, y la tutela de la confianza<sup>43</sup>. En todo caso, en el *Contract Code* se propone su eliminación<sup>44</sup>.

B) *Códigos que no exigen la causa como requisito del contrato:*

Por regla general falta en estos cuerpos legales un artículo similar a los transcritos que enumeren los diferentes requisitos esencia-

---

<sup>42</sup> No es posible reseñar aquí puntualmente la discusión causalista en nuestra doctrina. Una descripción imparcial del estado actual en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, 16.ª edición (rev. por G. García Cantero) (Madrid, 1992) pp. 635-646. Una sugestiva visión crítica en Díez-PICAZO, *Fundamentos etc.*, cit. I, 5.ª edición (Madrid, 1995) pp. 215-245. Una exposición muy pormenorizada de RAMS ALBESA, en LACRUZ *et alii*, *Elementos*, II-1.º, 3.ª edición (Barcelona, 1994) pp. 440-478, y sustancialmente reproducida, sin atribución de autor, en edición de Dykinson, rev. por RIVERO HERNÁNDEZ (Madrid, 2003) pp. 414-450.

<sup>43</sup> Así últimamente *vid.* ALPA, *La «consideration»* en la obra colectiva *Atlas de Derecho privado comparado* (trad. esp. de Fernández Campos y Verdura Server) (Madrid, 2000), pp. 181 ss.

<sup>44</sup> MCGREGOR, *op. cit.*, p. 3.

les del contrato; lo normal es que la regulación se disperse en diversos preceptos, los cuales suelen tener en común la ausencia de causa como requisito esencial del contrato. Así ocurre en el All.BGB, en el BGB, en el CSO de 1911, en el C.c. griego de 1940, en el C.c. portugués de 1966 y en el nuevo C.c. holandés de 1993.

## 19. LA DISCUSIÓN ENTRE LOS ACADÉMICOS

El tema de la supresión o conservación del requisito de la causa ha dado origen a buen número de intervenciones por parte de los académicos de Pavía, que juzgo ilustrativo recordar<sup>45</sup>.

«En el *Rapport introductif* de Gandolfi, presentado en la reunión de octubre, 1993, ya se propuso su supresión, con aceptación mayoritaria. Posteriormente se adhirió el Grupo español, refiriéndose también al requisito de la *consideration* en el derecho inglés, dado que la proximidad de ambos conceptos y su razón de ser, pueden deducirse de antecedentes más o menos lejanos (por ejemplo, en los escolios de los Basilianos en los que la causa consiste en la *datio* o en el *factum* que originan la obligación de la contraparte), y la enunciación por Domat de la doctrina típicamente jusnaturalista de la *cause de l'obligation*. Por otro lado, se observa además que el objetivo, útil en sí mismo, perseguido mediante la doctrina de la *cause illicite* no exige necesariamente conservar el concepto mismo de causa, ya que puede enfrentarse el tema siguiendo otra vía, como lo demuestra el § 138 BGB. Por su parte Antunes Varela observa que si se conserva la causa entre los elementos esenciales del contrato, habrá que precisar que ésta consiste en “la función económico-social que el contrato está destinado a cumplir”, debiendo aprovecharse la ocasión para eliminar la confusión surgida a propósito de la *causa*, aludiendo unas veces a la causa de la obligación, otras a la causa del contrato, o, por último, a la causa de la atribución (*Vermögenszuwendung*) como en el caso del enriquecimiento sin causa (§ 812 BGB). En cuanto a la regla contenida en el artículo 1325 C.c. italiano de 1942, propone sustituir la expresión *condiciones requeridas*, por *elementos esenciales*, y añadir a la palabra *forma* el calificativo de *especial*.»

«Oppo en su ponencia individual estima no esencial la conservación del elemento de la *causa*, dado que es posible encontrar otra vía para asegurar la conformidad del contrato con los valores de base del contrato. No se trata de deducir a la luz de la tradición lo que constituye la causa tal como está recogida en el artículo 1325 C.c., sino más bien de verificar la función efectiva que ha cumplido y cubre actualmente en el sistema italiano,

<sup>45</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 126-131.

y las reacciones que suscita; ello permitiría evaluar su alcance y utilidad.»

«Por su parte Ferri invoca otras dos razones para prescindir del requisito de la causa en nuestro Proyecto. De una parte, porque en el C.c. vigente se ha separado de la idea de *causa de la obligación*, convirtiéndose sustancialmente en un elemento del contenido del contrato. Además, al expresar la función económica y social del contrato, ha terminado por crear en la doctrina italiana una inoportuna superposición con la temática del *tipo contractual*.»

«Giorgianni observa que el concepto objetivo de causa, por diversas razones, resulta hoy controvertido. Ha empleado algún tiempo en adquirir contornos precisos con base en el C.c. de 1942; no faltan autores que todavía siguen hablando de dos conceptos de causa (del contrato y de la obligación), mientras que la jurisprudencia, para resolver la exigencia de situaciones concretas, se ve precisada a referirse a causa del contrato, de la obligación o de la prestación. No pocas perplejidades emblemáticas subsisten sobre la utilidad de la noción objetiva de causa, entendida como función económico-social del contrato, adoptada con el fin de controlar la conformidad de la convención concreta respecto de las finalidades perseguidas por el sistema. Tal control puede ejercerse ya sobre el contenido concreto de los contratos sinalagmáticos; además, en los contratos unilaterales, dado que la prestación se caracteriza por el fin indicado por la parte que la ha prometido, la causa adquiere necesariamente una significación subjetiva, que deriva del fin perseguido por el sujeto, al margen de una significación objetiva, que deriva de la existencia de la relación que justifica la prestación misma. Estas consideraciones, entre otras, han reforzado la tesis anti-causalista, basada en la idea de ser necesario volver a la causa de la obligación, o de la prestación o de la atribución patrimonial. Resulta muy significativo que la *Corte di Cassazione* italiana en pleno, haya afirmado en 19 sentencias conformes de los años 70, emitidas el mismo día, que sin rechazar el concepto abstracto y objetivo de la causa, en tanto que función que deriva directamente de la ley para cada contrato-tipo, se debe admitir que, en este caso, la causa *debe tener una función concreta y objetiva, que corresponde a una de las funciones típica y abstractamente determinadas*.»

«Según Gandolfi<sup>46</sup> hay que considerar qué efectos concretos ha producido, o está en condiciones de producir, el concepto de causa. Así, en primer lugar, impide la existencia del contrato abstracto, y, a decir verdad, las aplicaciones más significativas del concepto, además de las relativas a la ilicitud del contrato y al fraude de ley, conciernen a los contratos en que la causa no aparece ni siquiera de modo implícito: como si se prevé que una de las partes “cede” a otra la propiedad de un bien, pero sin precisar si ello tiene lugar para realizar una donación, una venta, una permuta, una *datio in solutum*, etc. La consecuencia de la nulidad en

<sup>46</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 128 ss.

tal caso se justifica por la jurisprudencia porque la ausencia de una causa “no permite identificar el fin específico que cualifica la transferencia, impidiendo por ello el control de la licitud o ilicitud de la operación jurídica a la luz del sistema en vigor”. Se recuerda la interpretación que la Relación Ministerial sobre el C.c. ha realizado sobre el inciso final del artículo 1322 C.c. de 1942, en cuyos términos “un Código fascista, inspirado en las necesidades de solidaridad, no podría ignorar la noción de causa sin prescindir de lo que debe constituir el contenido socialmente útil del contrato”. Hoy se piensa que la referencia al adjetivo *fascista* lo era por un prurito de conformismo, no sentido en realidad. En todo caso, la verificación de si el contrato en concreto tiene el fin de realizar intereses que merecen ser protegidos por la ley, es demasiado vaga, y susceptible de permitir abusos y actos arbitrarios, por lo cual no puede imponerse a los operadores y a los ciudadanos de la Unión Europea un concepto tan poco determinado, carente de un parámetro cierto de referencia que justifique su conservación.»

Prosigue Gandolfi<sup>47</sup>:

«Ha lugar a plantearse si tal control sobre el hecho de saber si los intereses perseguidos por los contratantes merecen ser protegidos por la ley, no podrá llegar a constituir un límite *surnoise* a la autonomía privada, de alcance imprevisible de suerte que podría condicionar una eventual evolución de las técnicas y de los modos de actuar que los operadores económicos tienden a elaborar en sus relaciones de negocios. Si la ilicitud podría deducirse del contenido de un acto abstracto, no parece justificado no reconocer que éste es admisible. Ello puede equivaler al rechazo de la tradición romana clásica en la que la *stipulatio*, un contrato abstracto, constituye la figura más consistente de contrato, contemplado como instrumento propio para realizar los intereses más variados, y precisamente su forma verbal servía para protegerlo de los riesgos que podrían derivarse de su naturaleza abstracta. La estructura formal de la *stipulatio*, y al mismo tiempo su abstracción contribuían a que fueran aplicables a un número indefinido de hipótesis: promesas de dar, hacer o no hacer, de cualquier género; donación, constitución de dote; garantía personal; promesas de *usuræ*; una larga lista de acuerdos relativos al proceso. De este modo, en el mundo romano que había pasado de una economía agraria a una intensa economía mercantil, la *stipulatio* fue el tipo de *negotium* al que se acudía con mayor frecuencia, a causa de su estructura dúctil, que moderaba las consecuencias de la tipicidad, y cuya evolución postclásica no representó una crisis, sino una justa adaptación a necesidades diferentes.»

«Sea de ello lo que sea, y más allá de la eventualidad de que el *negotium* abstracto pueda en el futuro adquirir cierto relieve en los intercambios, puede observarse que el hecho de exigir a cada con-

<sup>47</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 129 ss.:

trato la presencia y, por tanto, la mención de una causa –si ello no obedece a verificar la licitud, ello puede hacerse por otras vías–, parece superfluo desde el momento en que, como lo ha observado la doctrina, todo contrato persigue necesariamente un fin, o, dicho de otro modo, tiene una función, y, en suma, una causa. Desde este punto de vista la regla del artículo 1120 C.c. italiano de 1865 según el cual *il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa*, aparece conforme a la lógica.»

«A la luz de todas las observaciones que preceden –concluye Gandolfi–, parece oportuno concluir en el sentido de eliminar la causa entre las condiciones requeridas, o, mejor, entre los elementos esenciales del contrato (conviene acoger así la sugerencia hecha por Antunes Varela). A modo de reciprocidad es preciso buscar otra vía para tener la posibilidad de verificar la licitud del contrato y su no oposición a las opciones jurídicas fundamentales.»

## 20. CONSECUENCIAS DE LA SUPRESIÓN DE LA CAUSA COMO REQUISITO ESENCIAL DEL CONTRATO EUROPEO

El debate transcrito *in extenso* permite valorar el alcance de la supresión de la causa. Cabe decir, en principio, que este aspecto entrañaría la novedad probablemente más llamativa –si se quiere, hasta la más «escandalosa»– en caso de que el Proyecto entrase en vigor en España, manteniendo dicha supresión<sup>48</sup>. Añadiré que ninguno de los civilistas españoles que aprobamos la solución del Proyecto nos proponíamos que, en el futuro, la contratación civil entre nosotros derivase mayoritariamente por cauces de inmoralidad o ilicitud. Disponemos hoy de una abundante bibliografía, en varios idiomas, sobre el significado de la causa en los contratos, y estamos convencidos no ya de que el Proyecto Gandolfi se ha afiliado, sin más, al bando anticausalista, sino de la necesidad de depurar y perfilar la función de la causa en los contratos, al objeto de que su imprescindible papel vaya a seguir cumpliéndose, aun-

<sup>48</sup> Ello significaría enfrentarse a una doctrina bien arraigada que aparece sólidamente fundamentada en DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967) pp. 257 ss.; hasta llegar a la rotunda negativa, a la admisibilidad del negocio abstracto en el Derecho español (así DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos etc., op. et vol. cit.* pp. 239 ss.; o la posición algo más matizada de RAMS ALBESA, en LACRUZ, *Elementos, op., et vol. cit.*, edición 1994, pp. 440 ss.; y, en el plano monográfico, la resuelta postura causalista de CLAVERÍA GOSALBEZ, *La causa del contrato* (Bolonía, 1998), p. 16, quien al explicar el destinatario de su obra llega a escribir: «¡Y debería valer (su lectura) para que los lectores de países cuyos Ordenamientos no sean causalistas lamenten tal hecho!».

que sea sustitutoriamente, en el futuro. Sobre ello hay base en el mismo texto, y así según el artículo 140.1, letra *a*), del Proyecto hay nulidad absoluta cuando el contrario resulta contrario al orden público, o a las buenas costumbres, o a una regla imperativa establecida para tutelar un interés general, o para salvaguardar situaciones de importancia social primaria; la formulación de la nulidad a través de varios conceptos jurídicos conscientemente indeterminados permite deducir razonablemente que cualquier ilicitud o inmoralidad contractual tendría en ellos acogida. Según el artículo 143.1 esta nulidad resulta no susceptible de confirmación, de aplicación de la nulidad parcial, ni de conversión; por tanto puede calificarse de nulidad insanable.

## 21. SOBRE OTRAS NOVEDADES DEL ARTÍCULO 5

Este precepto aparece dividido en cuatro apartados, los dos primeros relacionados con la capacidad de los contratantes, y los otros dos con los denominados elementos esenciales del contrato.

La regulación de la capacidad para contratar no forma parte de los elementos esenciales del contrato, aunque algunos Códigos se ocupan de esta materia dentro de la doctrina general del contrato. En el presente caso la cuestión resultaba más imperiosa, dado que, como he advertido, no existe a nivel europeo una regulación vinculante de la persona en general, ni de la mayoría de edad o de la emancipación. Los dos apartados del artículo 5 dedicados a esta materia son escuetos, pero, a mi juicio, suficientes.

La normativa de los elementos esenciales del contrato en el artículo 5 del Proyecto resulta singularmente concisa y simplificada, reduciéndolos —en último término— a sólo dos, el acuerdo y el contenido. La remisión que se hace a la forma esencial en los contratos podría considerarse criticable, ya que hace revivir las dudas anteriormente suscitadas sobre la oportunidad de la colocación sistemática del precepto ahora examinado. Obsérvese que el artículo 140.1.*b*) considera elemento esencial del contrato a la forma aludida en el artículo 5.4, sin que, en consecuencia, se adviertan las razones para no haberla regulado junto a los demás en el propio artículo 5. Por otro lado, tampoco encuentro una respuesta convincente que explique la inclusión de este último en el título de las disposiciones preliminares (salvo la razón puramente pragmática de agrupar en el título inicial las materias no fácilmente albergadas en otro).

## 22. LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR

Las reglas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 5 se relacionan de alguna manera con los artículos 137.2.a), 143.2, 144.2, 146.2, y, de modo especial, con el 150; este último en virtud de lo dispuesto en el apartado 2, del que pueden deducirse unas reglas generales sobre la capacidad contractual de los menores y las consecuencias jurídicas de su actuación, bajo el régimen del Proyecto.

Resulta concisa, aunque suficientemente adecuada, la explicación que sobre este punto ofrece el *Rapport introductif*<sup>49</sup>, argumentando que si bien la capacidad de contratar no constituye un elemento constitutivo del contrato, sino más bien una condición de validez (*presupposto*), resulta indispensable, como exigencia de certeza, consagrarle una mención en el Código (y este artículo parece el marco apropiado<sup>50</sup>). La finalidad es determinar una edad por encima de la cual tal capacidad corresponde sin ninguna duda a toda persona física, sin perjuicio de remitirse —conforme a las propuestas de los Grupos inglés, italiano y alemán, así como las de De los Mozos, García Cantero, Stranard y Vigneron— a la competencia de los Estados para admitir una edad inferior respecto de ciertas relaciones, y de regular la emancipación y la declaración de incapacidad.

En consecuencia, establece el Proyecto que pueden celebrar el contrato europeo: 1.º) Las personas físicas que han cumplido dieciocho años (adviértase que no alude a los *mayores de edad* probablemente en previsión de que en algún país comunitario la mayoría se fije a una edad superior), 2.º) Los menores emancipados que han obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional (hay que entender que se incluyen aquí tanto los contratos que se autoriza a realizar por sí misma a la persona emancipada como aquellos que requieren un complemento de capacidad de esta última). En cuanto a los menores no emancipados, así como los incapacitados y las personas que, por cualquier causa, incluso transitoria, carecen de la capacidad natural de entender y de querer, se rigen por los criterios bastante amplios del artículo 150, ya aludido. Sin entrar aquí en su comentario, obsérvese que la sanción de los contratos que infringen esta regla de capacidad consiste en la anulabilidad, sometida a un plazo de prescripción de tres años, que empieza a correr a partir del día en que ha cesado la incapacidad (art. 148.3); y que no se da anulabilidad si de este contrato sólo derivan ventajas para el incapaz (art. 150.1 *in fine*).

<sup>49</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 130.

<sup>50</sup> La indicación es de GANDOLFI. *Vid.*, sin embargo, las observaciones que hago en el párrafo anterior.

Obsérvese, por último, que esta norma de capacidad está pensada de modo inmediato y directo respecto de las personas físicas, aunque alguna norma, por vía de ejemplo, se refiere a la capacidad contractual de una sociedad anónima antes de su inscripción [art. 137.2. letra a)]. Es muy posible que los autores del Proyecto no hayan querido interferir, de modo lateral u oblicuo, en el régimen de las sociedades mercantiles.

### 23. EL CONSENTIMIENTO O ACUERDO DE LAS PARTES

En este punto no hay novedad, pues el consentimiento de los contratantes, es decir, como con terminología clásica, aunque ya superada, expresa nuestro artículo 1262 párrafo 1.º, *el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*, viene a constituir la esencia del contrato; el eje vertebral de todos los sistemas jurídicos que aceptan como uno de sus pilares el contrato, es el *accordo* o el *agreement*, es el resultado de intercambiar los consentimientos cuya coincidencia constituirá, más adelante, el objeto de la actividad interpretativa. Dado que el Título II trata ampliamente de la formación del contrato, de sus diferentes etapas y de los modos de alcanzarse aquél, no procede profundizar aquí en el tema, el cual, por lo demás, es objeto de amplio tratamiento en las diferentes doctrinas.

Aquí el *Rapport introductif* se contenta con una brevísima alusión<sup>51</sup>:

Por lo que hace referencia al *acuerdo de las partes*, parece que no se plantea ninguna cuestión controvertida después de la precisión realizada en los artículos 1.2 y 2.4.

### 24. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Se trata de una innovación formal de cierto interés dogmático, pues consiste en sustituir la habitual referencia al objeto por el contenido del contrato, lo cual se justifica en los siguientes términos<sup>52</sup>:

«En cuanto al *contenido*, basta decir que tal expresión es más apropiada que la expresión tradicional de *objeto*, que ha planteado

<sup>51</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 131.

<sup>52</sup> GANDOLFI, *op. et loc. ultim. cit.*

serias objeciones en la doctrina, sobre todo porque recurriendo a aquélla –como observa Carbonnier– se pone en relación con el contrato mismo, lo que en el fondo constituye el objeto de la obligación. Por otra parte, el legislador italiano ha recurrido al término *contenido* en el artículo 1322<sup>53</sup> para mencionar el objeto de las disposiciones *convencionales*. Como observa Bianca, hay que diferenciar de estas últimas las disposiciones *legales* que concurren para completar la relación contractual, y a las que alude el mismo precepto.»

El Proyecto ha sido rigurosamente fiel a esta enumeración de elementos esenciales del contrato, y así el Título III trata precisamente del *contenido del contrato* (arts. 25 a 33), regulando los requisitos del contenido (útil, posible, lícito, determinado o determinable), deteniéndose con especial detalle en el contenido lícito y no abusivo, determinado o determinable, además de las cláusulas implícitas y de una breve referencia a las condiciones generales de los contratos.

## 25. LA FORMA DE LOS CONTRATOS

Dice el artículo 5.4 del Proyecto que: *una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código*. La justificación de esta regla es la siguiente<sup>54</sup>:

«En cuanto a la *forma*, su mención por separado tiene en cuenta la observación de Antunes Varela, quien sugiere no incluirla en la lista de los elementos esenciales porque la forma solemne es un elemento excepcional y no normal. Por lo demás, resulta incontestable que la palabra *forma* es equívoca, ya que –como se dice tradicionalmente– todo contrato por el solo hecho de existir tiene una forma propia (conforme a cierto modo de interpretar el principio *forma dat esse rei*). Los diferentes problemas relacionados con la forma se examinan más tarde.»

En mi opinión, parece que se ha experimentado cierta vacilación a la hora de regular la forma de los contratos, pues si, por un lado, se alude a ella entre los elementos esenciales del contrato, y tal parece ser la concepción implícita del Proyecto, por otro, se hace una remisión al Título IV, que tiene precisamente por objeto exclusivo el de regularla. Aunque pudiera alegarse en su descargo

<sup>53</sup> *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.*

<sup>54</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 131.

que parecidas dudas parecen haber acometido también a los autores de los Códigos anteriores. En el C.c. francés la forma no se menciona entre los requisitos esenciales del contrato, y se trata de ella, en su caso, al regular cada uno de los contratos en particular. En el C.c. italiano de 1865, aunque se inspira en el francés, sin embargo el artículo 1314 (incluido en la prueba de las obligaciones), enumera, bajo pena de nulidad los contratos que deben redactarse en documento público o privado. El C.c. español, aunque tampoco incluye la forma entre los requisitos esenciales del contrato en el artículo 1261, dedica, sin embargo, tres importantes preceptos a la forma, los artículos 1278, 1279 y 1280, cuya interpretación doctrinal y jurisprudencial es de la máxima importancia práctica<sup>55</sup>. Los artículos 11 a 17 del CSO recogen una doctrina general sustantiva sobre la forma de los contratos en este país. Con rigurosa técnica, los artículos 1350 a 1352 C.c. italiano de 1942 tratan de la forma del contrato, a continuación de la regulación del contrato, debiendo subrayarse que el artículo 1325 sí que incluye a la forma entre los requisitos del contrato. En el *Contract Code*, el artículo 2 declara, significativamente, que *every agreement is a contract except where[...] c) the agreement lacks the necessary formal characteristics*; en consecuencia, el artículo 61 determina que *an agreement is not a contract where is not in the form which a statute or custom makes mandatory for a contract to come into existence but otherwise an agreement is a contract in what ever form it is made*<sup>56</sup>.

La conclusión de este *excursus* comparativo es que las vacilaciones antes señaladas se comprenden a la vista de la falta de unanimidad entre los distintos sistemas, aunque el Proyecto parece haberse encaminado, en esta materia, por una vía adecuada.

---

<sup>55</sup> Sobre la forma contractual *vid.* interesantes indicaciones históricas y bibliográficas en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral III* (16.ª edición al cuidado de GARCÍA CANTERO) (Madrid, 1992) pp. 584-594, y también una exposición ceñida al derecho positivo y a la jurisprudencia, en p. 646-548; también DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ, *et alii*, *op.*, vol. 3.º (Barcelona, 1994) pp. 428-435 (en la edición de Dykinson, Madrid, 2003, pp. 404-410, se reproduce sustancialmente el texto anterior, sin atribución de autoría y con actualizaciones bibliográficas, jurisprudenciales y legislativas, estando encomendada la rev. a RIVERO HERNÁNDEZ); DÍEZ-PICAZO, *op.*, vol. *et* edición cit. pp. 247-265, con amplio tratamiento sobre la documentación del contrato).

<sup>56</sup> MCGREGOR, *op. cit.*, pp. 31 ss., observa que en el moderno derecho inglés la regla general es la libertad de forma, justificándose los preceptos transcritos por el deseo inicial de acercarse al derecho escocés siguiendo el proyecto inicial, luego fracasado.

## PARTE SEGUNDA

**¿Es aplicable al ordenamiento español el concepto de contrato del Proyecto de Pavía?**

## 26. SOBRE EL CONCEPTO DE CONTRATO

En primer lugar, hay que pronunciarse sobre si el artículo 1.1 del Proyecto que define el contrato como *acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte*, sería asumible por nuestra doctrina. En principio, creo que sin grandes esfuerzos, encajaría sin dificultad en la concepción de Díez-Picazo<sup>57</sup>, aunque debe advertirse que, en general, la moderna doctrina civilista española, casi sin excepción, se ve abocada a realizar un *excursus* histórico más o menos amplio que arranca del Derecho romano, llega a la codificación y después de un análisis más bien escueto del artículo 1254 CC se complace en profundizar sobre las modificaciones que en la noción de contrato está produciendo la legislación intervencionista, singularmente la dictada para proteger a los consumidores. En este punto conviene advertir que el Proyecto de Pavía da por supuesta dicha legislación intervencionista (singularmente a través de los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea, no siempre coherentes entre sí, y, con frecuencia, objeto de derogaciones expresas o tácitas), y, asumiéndola, trata de recuperar el concepto de contrato resultante o emergente.

En todo caso, no puede decirse que predomine en nuestra doctrina una rígida concepción monolítica del contrato, no faltando autores que usan ampliamente el método comparativo<sup>58</sup>, diferenciando otros, a este respecto, como Castán Tobeñas<sup>59</sup>, las concepciones amplia (seguida por el BGB y el C.c.italiano de 1865),

---

<sup>57</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos, etc.*, cit. 5.ª edición (Madrid, 1996) pp. 121 ss. Lo que no obsta a que este autor subraye enérgicamente que el fenómeno contractual aparece por doquier e invade todas las zonas del ordenamiento jurídico, pudiendo calificarse de un *Oberbegriff* o supraconcepto, ostentando carácter general dentro del Derecho privado, si bien no desecha un concepto más restringido que lo reduzca a aquellos negocios jurídicos bilaterales que inciden sobre relaciones de carácter patrimonial.

<sup>58</sup> Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1.º (Barcelona, 1954) pp. 35 ss., y más brevemente en la 2.ª edición (Barcelona, 1978) pp. 31 ss. Cita expresamente los Códigos civiles de Francia, Italia, vigente, Chile, Argentina y Venezuela.

<sup>59</sup> CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 16.ª edición (rev. y puesta al día por G. García Cantero) (Madrid, 1992) pp. 515 ss.

estricta (que el autor ve recogida en el C.c. francés y en la antigua doctrina española) e intermedia (acogida a su juicio por el art. 1321 C.c. italiano de 1942) del contrato; aunque pueda registrarse cierta convergencia de opiniones actuales a favor del contrato como fuente de relaciones patrimoniales, nunca se trata de concepciones excluyentes, sin que falten las sensatas posturas escépticas que relativizan el valor de la propia distinción<sup>60</sup>.

Decir que el contrato europeo crea, regula, modifica o extingue relaciones jurídicas<sup>61</sup> no suscitaría, en mi opinión, serias reservas en la doctrina española, y menos todavía si se añade que tales relaciones jurídicas pueden consistir en obligaciones y *otros efectos* como serían en nuestro ordenamiento la transmisión de los derechos reales cuando se efectúa la *traditio*<sup>62</sup>.

## 27. SOBRE LOS ACTOS CONCLUYENTES

Sin embargo, no cabe afirmar lo mismo respecto del artículo 1.2; como sabemos, su existencia se debe a que, al redactar el Proyecto, se quiso realzar señaladamente una de las maneras de perfeccionar el contrato europeo mediante actos concluyentes, sin perjuicio, además de aludir a ello, de modo específico, en el Título II, Sección 2.<sup>a</sup>,

---

<sup>60</sup> Véase GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *op. vol. et ed. cit.* pp. 517 ss., recogiendo las opiniones de HERNÁNDEZ GIL, DÍEZ-PICAZO, ESPÍN, COSSÍO, ALBALADEJO, DORAL GARCÍA y M.<sup>a</sup> del CARMEN GETE-ALONSO CALERA.

<sup>61</sup> A este respecto, dice DÍEZ-PICAZO, *op. et vol. cit.* p. 123: La relación contractual no es el acto, ni la norma en que el contrato consiste, sino la situación en que las partes se colocan después de haber celebrado el contrato, es decir, la situación que crean, modifican o extinguen.

<sup>62</sup> Sorprende que en el Proyecto Lando no figure una clara definición de lo que en sus principios se entiende por contrato, con el evidente riesgo de que, a la hora de ser eventualmente aplicado por los Tribunales de cada país miembro de la UE, surjan dudas e incertidumbres que fácilmente desembocarían en aplicar por jueces y abogados como propia la concepción contractual de su específica tradición jurídica nacional. Con ello la unificación del Derecho contractual se alejaría en vez de acercarse. Probablemente lo más parecido a una definición –o, quizá, descripción en la línea de nuestro art. 1254– sea el artículo 2101 PECL, *Condiciones para la conclusión del contrato*, «(1) Se concluye un contrato si: a) Las partes tenían la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y, b) han alcanzado un acuerdo suficiente sin ningún otro requisito. (2) Un contrato ni necesita ser concluido o probado por escrito ni está sujeto a ningún otro requisito de forma. El contrato puede probarse por cualquier medio, incluida la prueba de testigos». Ello puede deberse a que la concepción del contrato que resulta del artículo 2101 PECL es mucho más anglosajona que europea continental, como afirma DÍEZ-PICAZO [DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y MORALES, *Los principios de derecho europeo de contratos* (Madrid, 2002), p. 128]. En las discusiones sobre el tema en relación con el Proyecto de Pavía, los juristas anglosajones se inclinaron por una definición del contrato siguiendo el modelo del C.c. francés. Cabe concluir, al menos, por el dudoso acierto y utilidad de imponer en su día a los países continentales un modelo contractual que les resulte, en general, históricamente ajeno.

al tratar de la celebración del contrato, artículo 24<sup>63</sup>, y así se ha desplazado una norma singular al artículo 1.2 estableciendo que *el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos, siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe*<sup>64</sup>.

En primer lugar, advierte Díez-Picazo<sup>65</sup> que la categoría de las *relaciones contractuales de hecho* es arbitraria; las producidas por un contacto social pertenecen en rigor a la problemática de la formación de los contratos y se trata de deberes generales de conducta impuestos por la buena fe entre las partes que realizan tratos sin que pueda darse en tal caso una verdadera relación contractual, si bien presenta alguna autonomía con la denominación de prestaciones del tráfico en masa, donde la obligación surge de un comportamiento que no puede valorarse como declaración de voluntad. En la misma dirección se hace notar, en sede de los modos de expresarse la voluntad contractual<sup>66</sup>, que si bien en puridad no cabría, por no tener carácter recepticio en cuanto tal, una exteriorización de la voluntad contractual de carácter tácito, ya que en tal caso habría que deducir de los hechos que configuran el comportamiento (*facta concludentia*) la decisión del sujeto y no puede basarse en simples conjeturas la coincidencia de la voluntad de la otra parte contractual para llegar al acuerdo; sin embargo, hay ocasiones en que, en cierto contexto relacional, un determinado modo de comportarse puede ser considerado socialmente como si se tratara realmente de una declaración contractual, aunque el sujeto del mismo ni sea consciente de esta valoración ni, desde luego, quiere hacer partícipes del mismo a otras personas; así ocurre con ciertas actitudes o hechos concluyentes de las personas (STS de 28 de febrero de 1990<sup>67</sup>), y así puede ocurrir con el

<sup>63</sup> Cuyo texto es el siguiente: *El contrato se perfecciona mediante actos concluyentes cuando todos los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas públicas, reglas legales, disposiciones reglamentarias y costumbres. La norma deja a salvo lo previsto en las disposiciones precedentes*, por lo tanto, también lo dispuesto en el artículo 1.2. Obsérvese que no hay total coincidencia entre este último y el transcrito artículo 14, pareciendo razonable integrar ambas normas. Por lo cual los actos concluyentes pueden resultar del silencio, siempre que la voluntad contractual se haya producido precedentemente, o derive de los usos o de la buena fe, a los que se adicionan los acuerdos y relaciones previas como puede ser el envío de catálogos.

<sup>64</sup> Como se dijo anteriormente, la *conformidad* (en singular) debe darse entre el acuerdo y alguno de los puntos de referencia que se indican, ya sea una voluntad precedentemente manifestada, los usos o la buena fe.

<sup>65</sup> Díez-PICAZO, *op. vol. et ed. cit.* p. 135.

<sup>66</sup> Así, RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ *et alii*, *Elementos, etc. cit.*, II-1.º pp. 389 ss.

<sup>67</sup> Se dice en el FD1.º: «Estamos ante unos actos concluyentes en el tráfico, y no sólo ante una simple apariencia, que afectan y vinculan a la Compañía aseguradora que no puede en consecuencia eludir sus responsabilidades, beneficiándose de lo favorable (abonos efectivos y no rechazados) y repudiando lo malo (desembolso por cobertura del siniestro)».

silencio. Siguiendo a Betti, afirman que un determinado comportamiento puede significar habitualmente en el ámbito social en que se desarrolla una toma de posición respecto de intereses económicos que afecten a la esfera jurídica ajena en su interferencia con la propia; en tales supuestos el comportamiento vale como declaración, puesto que genera la confianza ajena y su protagonista debe responsabilizarse del mismo<sup>68</sup>.

Cabe concluir que la regla contenida en el artículo 1.2 del Proyecto tiene algunos apoyos, no siempre claros, en la actual doctrina española y más ampliamente en la doctrina jurisprudencial. No podría decirse que constituye una regla absolutamente extraña a nuestro ordenamiento.

## 28. SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA CAUSA ENTRE LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO EUROPEO

Constituye, sin duda, como advertí antes, el *plato fuerte* en el *menú* confeccionado por la Academia de Jurisconsultos Europeos

---

tro)». En realidad se trata de un contrato de seguro de daños, de formación progresiva, en el que el asegurado había suscrito la proposición de seguro y junto con un talón nominativo lo había entregado al Agente de Seguro, quien lo entregó a su vez en la sucursal, ingresando el talón en la c.c. de la Compañía. Aunque la sentencia habla de actos concluyentes, en realidad se trata de actos expresos de manifestación de la voluntad contractual, a los que corresponde una conducta inequívoca de la aseguradora.

<sup>68</sup> En tal sentido, se mencionan las SSTS de 5 de julio de 1960, 25 de enero de 1961, 29 de enero de 1965, 13 de abril de 1982, 28 de enero de 1983, 28 de abril de 1986, 11 de junio y 22 de diciembre de 1992.

En el caso contemplado en la última s. se trataba de la acción resolutoria de un contrato de arrendamiento de local de negocio por cesión incontestada; la acción se desestima en ambas instancias y lo es, a su vez, el recurso de casación. El supuesto no es, propiamente, de nacimiento de un contrato por actos concluyentes, sino del consentimiento previo del arrendador a la cesión del contrato por el arrendatario; tal consentimiento es una declaración de voluntad no contractual pero similar a las contractuales, a la que el TS aplica la misma doctrina de los actos concluyentes. En el FD2.º se pasa del consentimiento tácito a los *facta concludentia*, estableciéndose una doctrina bastante clara: *En orden a la eficacia del consentimiento en relación con las cuestiones planteadas en este litigio tiene declarada la STS de 8 de febrero de 1984 que «fuera de aquellos casos en que la Ley exige una declaración expresa, el consentimiento en los negocios jurídicos puede ser prestado en forma tácita; pero en todo caso la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación, sino, por el contrario, reveladora del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho»; en tanto que la STS de 26 de mayo de 1986, con cita de otras varias, afirma que es «evidente que la reglamentación negocial de intereses puede exteriorizarse a través del comportamiento, y que existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta basada en los usos sociales y del tráfico, la cual ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna, en definitiva se trata de los hechos concluyentes (facta concludentia)*

de Pavía; a primera vista, de muy difícil digestión que obligaría, sin más, a arrojar la toalla y a reconocer que el artículo 5.3 del Proyecto cuando dispone que: *Los elementos esenciales del contrato son:* a) *el acuerdo de las partes*; b) *el contenido*, representa un obstáculo infranqueable para que lograra pacífica vigencia en el ordenamiento español. Ni en nuestra doctrina encontramos un autor contemporáneo significativo que acepte la eliminación de tal requisito esencial del contrato, tal como se deriva de los artículos 1261-3.º y 1274-1277 C.c. español, ni parece previsible que la Sala 1.ª del TS español cambie de orientación en este punto<sup>69</sup>. Se nos podría imputar, a quienes asentimos a la redacción actual del artículo 5.3 del Proyecto el haber optado por la solución más fácil (dado que en este punto los Códigos europeos no eran unánimes, y, por otro lado, nadie había aclarado autorizadamente las relaciones entre causa y *consideration*, se sorteaba el obstáculo eliminando el requisito de la causa, por lo demás sólo mantenida en los Códigos de filiación latina); y hasta tacharnos de oportunistas por aprovechar una aparente *bajada de guardia* por parte de los *common lawyers* para suprimir un requisito, hasta cierto punto embarazante en todas las legislaciones que lo exigen de modo expreso, o acaso de haberlo hecho poco meditadamente (la supresión no se ha discutido directamente y en profundidad, por separado, en cada uno de los países latinos).

Es verdad que sobre la causa de la obligación, la causa del contrato y la causa de la atribución se había dicho todo, o casi todo, en la doctrina europea continental<sup>70</sup> del siglo XX, tanto sobre su aparición en el Derecho Romano, con significado harto diferente del actual, como sobre su elaboración medieval hasta llegar a la doctrina del Derecho Natural y de la doctrina francesa representada por Domat y Pothier, bifurcándose en la codificación en dos sistemas, el latino representado por el *Code* y sus seguidores, que elevan la causa a requisito esencial del contrato, y el germánico del BGB, que omite hablar de la causa en el contrato y en el negocio jurídico, para relegarla a la teoría de la causa de la atribución. No parecería

---

dentia), y, como tales, inequívocos que sin ser medio directo del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el comportamiento puede ser tácito cuando al comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia».

<sup>69</sup> Véase el pormenorizado estudio de ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 9.ª edición (Barcelona, 1995) pp. 278 ss. En general, todos los autores se apoyan en la doctrina jurisprudencial y critican sus contradicciones.

<sup>70</sup> Con referencia a la fecha de su publicación, hay una selecta bibliografía europea no sólo sobre la causa en general sino sobre cada uno de sus aspectos en DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967) pp. 163 ss., 205, 217, 243 ss., 289, 314, 321 y 333. Fundamentalmente española es la citada por DIEZ-PICAZO, *op. ed. et vol. cit.*, pp. 215 ss.

inexacto decir que *de lege data* todo está ya investigado en materia de causa, siendo normal que la doctrina de cada país se reafirme en el sistema causal propio, legal y jurisprudencial, y aspire a que lo compartan los restantes, lo mismo que resulta comprensible cierto escepticismo<sup>71</sup> derivado del cansancio que nace de reiterar lo que se presenta como inconvencible, y hasta un relativismo que, en último término, contribuiría a superar el *impasse*<sup>72</sup>. Ha de reconocerse que mantener el requisito de la causa es un medio de tranquilizar la conciencia de los operadores del derecho que han visto siempre en ella un eficaz filtro que impide el acceso al tráfico de aquellos contratos que no merecen ser protegidos por el ordenamiento.

Lo que ocurre es que el escenario en el que se ha discutido el Proyecto de Pavía es *de lege ferenda*, y sus soluciones nos interpelean de otro modo a los juristas europeos que, como se planteaban en el siglo pasado: Si usted pudiera elegir para su país una nueva normativa contractual, ¿estaría dispuesto a prescindir de la causa?, ¿y si los demás países latinos renuncian igualmente a dicho requisito? Más todavía, ¿si Gran Bretaña e Irlanda *pro bono unitate* abandonan igualmente el requisito de la *consideration*? ¿Ha caído en la cuenta de que hace más de un siglo que el BGB y los Códigos que le han imitado no exigen la causa como elemento esencial del contrato, y en ninguno de esos países se ha resquebrajado su sistema jurídico contractual?

Por otra parte, no ha de olvidarse que el artículo 5.3 ha de ponerse en relación con múltiples normas del Proyecto que, de alguna manera, cumplen la función de la causa en las legislaciones latinas<sup>73</sup>. Ciertamente, ningún precepto expreso de

<sup>71</sup> Hace más de treinta años que SANCHO REBULLIDA, «Notas sobre la causa de la obligación», en el C.c. *RGLJ*, noviembre 1971, p. 663, escribió: «El concepto de causa ha sido una de las inversiones más pródigas de la doctrina civil; en relación con él, todo está oscuro y todo es discutido: desde su existencia como elemento independiente hasta su utilidad práctica; desde su referencia —el negocio jurídico, el contrato, la atribución patrimonial, la obligación— hasta su carácter subjetivo u objetivo; se discute su consistencia, su ámbito, su función, etc. Hay autores para quienes la causa, junto con la declaración de voluntad, son los dos únicos elementos esenciales del negocio jurídico; y hay tesis anticausalistas, autores que niegan la existencia del elemento (separado del objeto o del consentimiento) y, por tanto, la utilidad del concepto».

<sup>72</sup> «Si examinamos las reglas generales del contrato —y, en su caso, las del negocio jurídico— en el C.c. alemán o en el suizo, observaremos que ni entre los requisitos del contrato ni entre sus elementos se menciona éste de la causa. ¿Es que hay dos distintos conceptos del contrato, uno para los Derechos alemán y suizo, como acuerdo de consentimientos sobre un objeto, y otro en los ordenamientos latinos, incluyendo esa exigencia adicional de la causa?» [LACRUZ *et alii*, *Elementos etc.*, cit. II-1.º, 3.ª ed. rev. por RIVERO HERNÁNDEZ (Madrid, 2003), p. 414. El texto se reiteraba en la edición de 1994, cuya revisión se atribuyó a RAMS ALBESA, p. 440].

<sup>73</sup> Sigo a DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 166 ss., cuando analiza las funciones atribuidas a la causa, tanto respecto al negocio jurídico como a la relación negocial; asimismo a DÍEZ-PICAZO *Fundamentos etc.* vol. y edición cit. pp. 215 ss. cuando habla de la

aquél veda o, por el contrario, reconoce expresamente el negocio jurídico abstracto en sentido puro; en mi opinión personal sería difícil que tal contrato atravesara el control del artículo 137.1 en materia de inexistencia<sup>74</sup>; pero, de franquearlo, tal negocio abstracto tendría que superar los obstáculos derivados de la nulidad absoluta del artículo 140, y, en particular, los representados por el artículo 140.1.a)<sup>75</sup>. En último término, el Proyecto llega a prever una colisión entre el Derecho estatal y el europeo en materia muy específica aplicable probablemente a este caso, y su solución –dando la primacía al primero– viene dada por el artículo 140.3: *En caso de conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros, prevalecerán estas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados*<sup>76</sup>. La regulación de los contratos atípicos está, por otro lado, prevista expresamente en el artículo 2.2 del Proyecto sin invocación expresa de la causa. En cuanto a los negocios con causa inmoral o ilícita, estimo que pueden someterse a los artículos 30 sobre el contenido lícito y no abusivo del contrato, al artículo 53 sobre las condiciones ilícitas y al artículo 140 sobre la nulidad absoluta por contrariedad a las buenas costumbres. La simulación recibe un tratamiento, a mi juicio exhaustivo, en los artículos 153.2.a) y 155; el desequilibrio de las prestaciones tiene un interesante régimen en el artículo 30.3, la lesión, lo encuentra por su parte en el artículo 156, etc.

En resumen, la fórmula técnica ideada por el Proyecto de Pavía para que la doctrina no siga, en el futuro, embarrancada en interminables discusiones a propósito del requisito de la causa contractual me parece ingeniosa y defendible. Como se ha visto, en los casos extremos el negocio sin causa podría

---

pluralidad de conflictos típicos de intereses que en la teoría de la causa tienen el centro de gravedad de su solución normativa (así, la admisión del negocio abstracto, la tipicidad y atipicidad de los contratos, los contratos con causa inmoral e ilícita, la simulación como problema causal, la aplicación de la regla *causa data causa non secuta*, y otras cuestiones tales como el equilibrio de las prestaciones, la lesión, rescisión, base del negocio, etc.)

<sup>74</sup> Norma, sin duda, original que dispone: *No hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato.*

<sup>75</sup> *Cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria.*

<sup>76</sup> La norma ofrece una barroca redacción aunque no cabe excluir que se aplique a la nulidad absoluta del contrato puramente abstracto conforme a una legislación estatal.

regirse por la ley codicial estatal, y, en los demás, las soluciones alternativas vienen a cumplir la función que aquélla cumple en las legislaciones latinas. Desde una perspectiva española el inicial rechazo al Proyecto en este punto debiera dar paso a una serena reflexión<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> No he utilizado en esta exposición como argumento favorable el hecho de que tampoco el *Proyecto Lando* requiere una causa como requisito esencial del contrato. Así lo he hecho porque, en mi opinión, cada proyecto contractual europeo debe fundarse en sus méritos intrínsecos y no en la coincidencia o similitud con el otro (que podría estar igualmente equivocado). Una postura más bien favorable al *Proyecto Lando* en este punto se encuentra en FAJARDO FERNÁNDEZ, *Forma, objeto y causa (Consideration)* en VV. AA. *Derecho privado europeo* (coord. Cámara Lapuente) (Madrid 2003) p. p. 410 ss. Este autor se limita a mencionar de pasada el artículo 5.3 del Proyecto de Pavía, sin profundizar en su análisis. Véase la amplia explicación de DIEZ-PICAZO *et alii*, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, *op. cit.*, pp. 174-177.