

Un código civil de mínimos

Recensión a Ugo Mattei, *The European Codification Process. Cut and Paste*.
Kluwer Law International. The Hague, London New York, 2003

Pablo Salvador Coderch

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

267

El comparatista Ugo Mattei (Torino, 1961), catedrático de derecho internacional y comparado en la *University of California, Hastings College of Law* y de derecho civil en la *Università degli Studi di Torino, Facoltà di Giurisprudenza*, ha conseguido vivir en dos realidades distintas sin escindir su personalidad intelectual en las dos matrices culturales – El *Common Law* norteamericano y el *Civil Law* latino- en las que se desenvuelve desde hace una generación: esté donde esté y hable de lo que hable, Mattei es siempre Mattei, civilista de ingenio infinito -del temple de sus dos grandes maestros, Rodolfo Sacco y Rudolf Schlesinger-; progresista impenitente, pero también y casi paradójicamente, trabajador infatigable. Su cultura es tan vasta como la distancia que media entre ambas orillas del Atlántico Norte, un océano que cruza, al menos, un par de veces cada año para impartir sus clases un semestre en San Francisco y otro en Turín, lecciones en las que cristaliza este civilista europeo, académico de libro, *common lawyer* y abogado de todo género de causas, en su mayor parte buenas.

En *The European Codification Process. Cut and Paste*, Ugo Mattei reúne siete estudios escritos entre 1998 y 2003 en torno a una idea rectora: hay que elaborar un código civil europeo de mínimos que recoja el derecho imperativo –las *mandatory rules*- del derecho privado europeo de sus quince –ahora 25- estados miembros.

La tesis se fundamenta y desarrolla en los capítulos 4º (*Postmodern Legal Scholarship and the Codification Process*, pp. 81 y ss.) y, sobre todo, 5º (*Hard Code Now! A Critique and a Plea for responsibility in the European Debate over Codification*, pp. 107 y ss.), así como en el 6º (*Contracts, Schizophrenia and Beyond*, pp. 129 y ss.), que son, valga la redundancia, el auténtico núcleo duro del libro. Para Mattei, el código civil debe, en primer lugar, impedir que los agentes económicos desplacen a terceros su contabilidad de costes:

“The market [...] should be regulated to the extent necessary to make all actor pay for their social costs. [...] I suggest that the European hard code should be minimal, in the sense of containing only those fundamental principles that can readily be used by courts to force market actors to internalise social costs” (p. 123).

Pero un código de mínimos no debe limitarse a codificar el derecho de las obligaciones y contratos, sino que ha de abarcar las reglas imperativas básicas sobre los sujetos de derechos principales agentes económicos –mayormente, sociedades mercantiles-, así como la propiedad y los remedios (*remedies*):

“[N]evertheless, a minimal hard civil code should by no means limited to the law of contracts. Seen from the perspective of social sciences, economics in particular, private law is an integrated body of fundamental rules of the game. The law of contracts, torts, property, restitutions, and corporations [...] play a very similar role. They integrate and complete each other as private law rules introducing correct sets of incentives for a fair and open market” (pp. 123-124).

La primera parte de su tesis –un código de mínimos que recoja el derecho imperativo- trata de encontrar una salida a la dualidad clásica del derecho de contratos. En efecto, en el siglo XX algunos sistemas legales europeos, escribe Mattei (pp. 137 y ss.), abolieron parcialmente la dualidad tradicional del derecho privado, escindido en dos ramas, derecho civil y mercantil, y disponen de un sistema tendencialmente unitario de derecho de obligaciones y contratos. Tal fue el caso de Suiza (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 1907), Italia (*Codice Civile*, 1942) y, más recientemente, de Holanda (*Burgerlijk Wetboek*, 1947 ...). Sin embargo, otros –los más poderosos e influyentes– nunca han dado tal paso y han mantenido la dualidad de regímenes: Francia, Alemania e Inglaterra. Y esto mismo puede decirse de los Estados Unidos, con el *Uniform Commercial Code*¹, que, a su vez, ha influido poderosamente en los proyectos privados de la Comisión Lando² y de Unidroit³.

¿Y qué ha sucedido hasta ahora en la Unión Europea?

En el derecho comunitario, responde Mattei, el primer miembro de la dualidad derecho civil-derecho mercantil ha empezado a ser parcialmente sustituido por el derecho de los consumidores o, lo que es lo mismo, el régimen propuesto para los antiguos actos mixtos no es ni el derecho del código civil ni el del código de comercio aplicable, sino el del nuevo ordenamiento europeo del consumo, fraguado a golpe de directivas. Este derecho de protección de los consumidores, que serían la parte débil de la relación o, quizás más propiamente, la peor informada, constituye el germen del nuevo código civil europeo, pero habría de ceder el paso a un nuevo derecho, más homogéneo, mejor articulado técnicamente y redactado sólo después de un debate político claro y distinto. A su margen quedarían, por exclusión, las reglas sobre las relaciones jurídico civiles entre particulares o entre empresarios: el código civil europeo estaría pensado básicamente para sustituir al apedazado derecho de los consumidores.

El segundo miembro de la dicotomía tradicional, el derecho mercantil, es, en materia de contratos, un sistema de reglas o soluciones de defecto creadas por la práctica de los agentes económicos, sus abogados, sus organismos de resolución de conflictos y poco más:

“The ‘new Merchant’s law predominantly made of default rules, and the ‘new consumer’s law’ predominantly made of mandatory rules, compete in the attempt to attract within their philosophy the general contract law [...]”

The new Merchant law is to a large extent the product of a variety of private legislatures motivated by the technocratic ideal within a structure of incentives that *the facto* fosters the *status quo* and whose conservative agenda ends up having a relatively limited impact

¹ THE AMERICAN LAW INSTITUTE-ALI and THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS-NCCUSL (2004), *Uniform Commercial Code*, 2004 Edition.

² Ole LANDO & Hugh BEALE (eds.) (1995), *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, M. Nijhoff, Dordrecht/Boston; Ole LANDO & Hugh BEALE (eds.) (2000), *Principles of European Contract Law, Part I and II combined and revised*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston; Ole LANDO et al. (eds.) (2003), *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston.

³ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW-UNIDROIT (2004), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, UNIDROIT, Roma.

in the real life of the law. The new consumer's law is the product of a more traditional political process determined to a large extent by pressure groups whose agendas do not necessarily correspond to the largely 'progressive' rhetoric characterizing the new European consumer's law" (pp. 139-140).

Hay, prosigue el autor, una "tensión fundamental" entre lo que debería resultar imperativo y lo que debería ser dispositivo y ésta, prosigue, es, una actitud "esquizofrénica", pues concentra en la burocracia de la Comisión Europea la elaboración del derecho imperativo de contratos, esto es, del derecho de los consumidores, pero deja a los tribunales nacionales de los Estados miembros la depuración de las reglas de defecto, es decir, del derecho dispositivo de los distintos tipos contractuales.

Ello reflejaría, en opinión de Mattei, una división ideológica del trabajo académico: los profesores conservadores, de derechas, se ocupan del derecho mercantil, de los nuevos tipos contractuales y de la discusión y análisis de las reglas de defecto, mientras que los profesores de izquierdas se entregan al derecho de los consumidores (pp. 144 y 154). Y como la interacción entre ambos grupos es más bien escasa, la esquizofrenia denunciada se acentúa. Hasta qué punto la función de racionalizar las innovaciones que el tráfico económico aporta al derecho de obligaciones en forma de nuevos tipos y subtipos contractuales es una actividad que refleja una visión intrínsecamente conservadora del derecho privado es algo que el autor no pretende aclarar en este libro. Probablemente sucede aquí algo parecido a lo que el autor escribe que ocurre en el derecho de los consumidores: la retórica es progresista, pero que los contenidos efectivamente lo sean ya es otra cuestión. Lo mismo cabría decir del derecho académico de contratos: uno puede escribir sobre los nuevos tipos contractuales de la industria del seguro sin pretender ser empleado por las compañías aseguradoras ni en su defensa, del mismo modo que uno puede escribir sobre el feudalismo sin ser partidario de la servidumbre de la gleba: ser no es lo mismo que conocer.

Mattei cree posible romper la nueva dualidad con su propuesta de un código de reglas imperativas que recoja tanto las aplicables a las relaciones entre empresarios y consumidores, como a las que entablen aquéllos o éstos entre sí, siempre que, además, un sistema judicial europeo de jueces de primera instancia y tribunales de apelación asuma la competencia de aplicar el nuevo código:

"One could argue [...] for the introduction of a European system of courts, both trial and appellate, with decision making responsibility in competition with national courts in matters of European private law" (p. 156).

La propuesta, sugestiva y bien fundamentada, no es, con todo, autoevidente: alguno podría pensar que un código que recogiera simplemente las limitaciones de la autonomía privada es algo así como una sombra sin cuerpo, pues incorporaría únicamente las regulaciones imperativas y prohibitivas, dejando de lado las reglas básicas definidoras del contrato, es decir, aquella parte de la infraestructura del derecho privado que, en el derecho de obligaciones y contratos, se ordena en torno a las respuestas posibles a la pregunta sobre cuándo y bajo qué condiciones resulta judicialmente exigible el cumplimiento de una promesa. Para evitar que el código sea algo así como

las señales de tráfico de una vía o infraestructura común inexistente, la propuesta de Mattei debe ser entendida en su sentido cabal: *mandatory rules* son no solo las reglas sobre límites de la autonomía privada, sino también aquéllas que establecen las condiciones legales de validez y eficacia de las promesas contractuales. Incluyen, por tanto, la parte general del derecho de obligaciones y contratos.

La idea, luego, de que una codificación europea no puede autolimitarse al derecho de obligaciones, sino que ha de incluir la regulación básica tanto del derecho de propiedad como, muy probablemente, del derecho procesal civil, está presente, como hemos señalado en el libro, pero no es desarrollada en esta ocasión. Convendría hacerlo así en el futuro, pues una infraestructura común del derecho privado no puede reducirse a sus sujetos –básicamente, las sociedades mercantiles y los consumidores– y a los contratos que celebran, sino que debe extenderse a la regulación de los derechos de propiedad en sentido económico, esto es, de los *property rights*. Se trata de una tarea mucho más ambiciosa, pues implicaría ampliar los objetivos del derecho europeo desde el de la cobertura legal de la interacción voluntaria entre agentes económicos hasta el de las lesiones a los derechos de propiedad y su tutela material y procesal por tales o cuales remedios ejercitables ante las respectivas jurisdicciones nacionales o ante una jurisdicción propiamente europea.

Además de los capítulos, que hemos calificado como centrales, dedicados a la codificación europea, Mattei incluye otros de parecido interés sobre temas tan caros a la mejor tradición del comparatismo clásico como pueden ser, por ejemplo, la organización de las profesiones jurídicas en los Estados Unidos de América, Inglaterra, Alemania y Francia (*Chapter Two. The Professional Project: Practitioners*, pp. 29 y ss.) o la conveniencia de que Europa Continental codifique el *trust* (*Chapter Seven. Should Europe Codify Trust?*, pp. 161 y ss.). Si el primer tema pone de manifiesto las limitaciones socio-profesionales de cualquier proyecto que pretenda codificar el derecho europeo de contratos por el procedimiento de “cortar y pegar”, el segundo hace lo propio con una de las instituciones que mejor ejemplifican la persistencia de las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law*: que el continente europeo entienda el *trust* angloamericano puede ser el sueño del gran comparatista que es Ugo Mattei, pero, tal vez, podría ser también la pesadilla recurrente de más de un legislador europeo continental.

No podía faltar tampoco una consideración, por más que breve, al papel del mundo académico (*Chapter Three. The Professional Project. Scholars*, pp. 67 y ss.) que, en síntesis, es una crítica benévola, pero clara de lo que Mattei, siempre polemista, considera como la estrategia neoconservadora del *usus hodiernus pandectarum* que ve promocionado singularmente por la obra ya clásica de Reinhard Zimmermann (*The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996). Para Mattei, el neopandectismo no es una alternativa real a la codificación, sino sólo “a sort of a reactionary utopia”, pues, cree, el historicismo no es solución. Tal vez, pero la obra de Zimmermann cuenta, como reconoce el propio Mattei, con apoyos de peso en las culturas nacionales del *Civil Law* y, sobre todo, el alegato historicista y romanizante ha sido formulado por un jurista alemán de talla continental que es además y como el propio Mattei un magnífico conocedor perfecto de la cultura del *Common Law*. Grandes comparatistas, ambos, quizás se echa de menos el resto de eslabones de la cadena, es decir, los grandes juristas naciona-

les que consiguieron hacer fraguar los grandes códigos del siglo XX. Así, la discusión sugiere preguntar dónde están hoy, por ejemplo, los Eugen Huber (1849-1923), Eduard Maurits Meijers (1880-1954) o Kart Llewellyn (1893-1962) de nuestro tiempo. Quizás nos falta perspectiva para saberlos identificar. Mientras tanto, el nuevo *ius commune* de Zimmermann o la propuesta de un código de mínimos de Mattei parecen alternativas razonables -prudentes por necesariamente modestas-. Aunque no estoy muy seguro de que a sus proponentes les pareciera así, casi estoy seguro de que resultan complementarias.