

“El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 157-192.

EL DERECHO DE LOS CONTRATOS EN EL MARCO DE LA UNIFICACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Por José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Una hipotética tradición histórica común. II. Antecedentes de la labor unificadora. III. Hacia un Derecho contractual europeo armonizado. 1. Objetivos y alternativas en presencia. 2. Por un Derecho contractual europeo más coherente. IV. Comunitarización del Derecho de los contratos. 1. Dificultades en presencia. 2. Recurso a las técnicas del Derecho internacional privado. 3. Armonización del Derecho contractual. 4. Unificación a partir de principios comunes. V. El persistente recurso a los Códigos. 1. La obsesión por la seguridad jurídica. 2. Un Código europeo de contratos de carácter global. 3. Un Código europeo de contratos de carácter sectorial. VI. Recapitulación.

I. Una hipotética tradición histórica común

1. El marco general iniciado en materia de justicia y de interior en la UE¹, que pone a la persona en el centro de atención, tendrá previsiblemente una proyección constitucional. No en vano el art. 3 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución europea (Convención europea) de 2003, incluye dentro de los objetivos de

¹ Los Tratados de Roma no contenían disposición alguna sobre asuntos de justicia e interior, sólo el art. 293 (antiguo 220) del TCE recogía una disposición relativa a la cooperación judicial en el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales y laudos arbitrales. El Acta Única Europea estableció la constitución de un mercado interior lo que implicaba un espacio sin fronteras interiores que debería ir acompañado de las medidas necesarias para garantizar la seguridad en ese espacio sin controles. El interés por insertar las cuestiones referidas entre las responsabilidades y políticas de la UE se han venido manifestando en los últimos años paralelamente a la eliminación gradual de las fronteras entre los Estados miembros se han ido eliminando gradualmente (mercado interior, Convenio de Schengen, etc.). Inexorablemente la libre circulación de personas, bienes, capitales y servicios dentro de la UE requería un complemento en términos de libertad individual (derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión), seguridad (cooperación a nivel de la UE de los cuerpos ejecutivos) y justicia (acceso equitativo a la justicia en todo el territorio de la UE). En el Tratado de Maastricht (febrero de 1992), los Estados miembros acordaron iniciar una cooperación en este sector y muy tempranamente se evidenció que la una simple cooperación no sería suficiente sino tenía un carácter institucional y no se completaba a través de una acción conjunta. Por esta razón el Tratado de Amsterdam (octubre de 1997) modificó el Tratado de Maastricht y permitió a la UE desarrollar políticas comunes en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior. El Tratado de Amsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999 y la Comisión pasó a la siguiente etapa mediante la creación en su seno de una nueva Cartera de Justicia y Asuntos de Interior. El Consejo Europeo celebró una reunión extraordinaria en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999 para abordar específicamente las políticas de justicia y asuntos de interior y dar instrucciones que permitiesen convertir en realidad los objetivos establecidos en el Tratado de Amsterdam.

la Unión “un espacio de libertad, seguridad y justicia”, estableciendo una suerte de competencia compartida de la Unión con los Estados miembros (art. 13), mediante la adopción de leyes y leyes marco europeas tendentes a la aproximación de las legislaciones nacionales en la materia (art. 41), “atendiendo a las distintas tradiciones y sistemas jurídicos de los Estados miembros” (art. III-158.1º). Se trata, sin embargo, de declaraciones bastante vagas e imprecisas, toda vez que los objetivos fundamentales en el ámbito civil están basados en aspectos propios de la cooperación judicial: reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y extrajudiciales, notificación y traslado transfronterizos de documentos, compatibilidad de normas sobre conflictos de leyes y de jurisdicciones, cooperación en la obtención de pruebas, desarrollo de métodos alternativos de solución de litigios o apoyo a la formación de magistrados (art. III-170.2º). Se trata de un catálogo de materias abierto y no deja de ser significativa, la ausencia de una referencia expresa a la unificación del Derecho privado, limitándose el constituyente comunitario a incluir la materia dentro de la declaración genérica consistente en que la cooperación “judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza” (...) “podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros” (art. III-170.1º).

La lectura de estas disposiciones pone de relieve que en el texto está presidido por las soluciones clásicas de Derecho internacional privado y no por soluciones armonizadoras más acomodadas a las acciones comunitarias que vienen desarrollándose en los últimos tiempos y por todo un debate doctrinal incide en el un carácter esencialmente instrumental del Derecho privado, en tanto que mecanismo que coadyuva al proceso de unificación económico e incluso político².

2. En los últimos años se ha extendido una línea de pensamiento, que cada vez goza de mayor número adeptos, que se decanta por la unificación jurídica en Europa a partir de una labor previa de armonía de las diversas variedades jurídicas nacionales, basadas en una supuesta tradición histórica común, muchas veces muy forzada y carente de apoyatura, como aquellas posiciones que afirman que la *lex mercatoria* es consustancial en la creación del Derecho privado europeo³, y que incluso reclama un cierto grado de institucionalización⁴. Por eso en los últimos años se ha desatado una auténtica pasión por construir una historia del *ius commune* europeo vinculada con la polémica en torno a la conveniencia de la codificación y de la construcción de un Derecho privado europeo olvidando que una comparación entre ese *ius commune* y el actual Derecho europeo registra considerables divergencias, tanto en el espíritu que los anima como en el método que emplean; y ello sin desconocer que tal ordenamiento contaba con un instrumento fundamental de comunicación que era el latín como lengua de cultura común. Construcciones más o menos ingeniosas no faltan⁵ y de tomarse en consideración el *ius commune* se erigiría como una suerte de *droit savant* de mera

² A. Vaquer Aloy, “La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo, *La Ley*, D- 119, 2002-4, p. 1603-1615

³ Cf. desde el punto de vista crítico, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, pp. 9-10.

⁴ A. Chamboredon y C.U. Schmid, “Pour la création d’un ‘Institut Européen du Droit’. Entre une unification législative ou non législative, l’émergence d’une science juridique transnationale en Europe”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 53, 2001, pp. 685-708.

⁵ J. Casinos Mora, “De Bolonia a Bruselas? El Derecho romano ante la unificación del Derecho contractual europeo. Notas críticas”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, p. 71.

elaboración doctrinal al margen de cualquier intervención de la autoridad pública⁶. Sin entrar en tan compleja cuestión parece que la doctrina actual se inclina más hacia la indagación de ciertos rasgos comunes en la historia del continente⁷ que por construcciones manipuladas que no son otra cosa que la nostalgia de una unidad imaginaria, una suerte de paraíso perdido. En definitiva, el *ius commune* europeo no es un concepto intemporal y menos aún un modelo para un hipotético retorno a la etapa anterior a la codificación⁸.

El giro histórico de la nueva Europa, ha propiciado la admisión de un pluralismo jurídico, ha resaltado la importancia de las culturas en la producción y puesta en funcionamiento del Derecho y ha impulsado el reconocimiento de la pluralidad de las fuentes de jurídicas. Indiscutiblemente esta situación engendrará nuevas expresiones de conflicto y para ordenar tal realidad será menester profundizar en las razones de dichas contiendas. Cuando se habla de la complejidad estructural del Derecho europeo no se hace otra cosa que expresar un hecho global que podría resumirse como sigue: el Derecho europeo actual no tiene futuro porque habiendo sido concebido según los modelos del pasado, éste sólo puede conjugar en pasado. Las nuevas exigencias de la vida europea obligan a diseñar una nueva realidad jurídica que se deriva de los ideales y mitos que generó en su época moderna; es decir: la vida del nuevo Derecho europeo debe romper con el “carácter universal de las soluciones jurídicas” aunque todavía se carezca instrumentos para afrontar de manera racional, sistemática y satisfactoria la complejidad de las referidas situaciones jurídicas⁹.

3. Configurada la UE como una “Comunidad de Derecho” cada vez más homogénea, en la que coexisten con carácter interdependiente los Derechos nacionales y el propio Derecho comunitario¹⁰, el mayor desarrollo del Derecho privado europeo se ha producido hasta la fecha en el marco de la cooperación judicial civil abarcando al Derecho civil y al mercantil, con la excepción de aquéllos ámbitos ya regulados directamente por el Derecho comunitario, como es el caso de la protección de los consumidores o la propiedad industrial. Sea como fuere han estado presentes toda una serie de instrumentos, ya sea propiamente comunitarios ya sea fruto de convenios en virtud del antiguo art. 220 del TCE (art. 293 CE), que supusieron una unificación indudable en numerosos campos, especialmente el bancario, el bursátil, el de Derecho de sociedades, el de la propiedad industrial, el de la protección de consumidores o el del Derecho procesal¹¹. Si algo pone de manifiesto esta evolución es que el mercado único sigue estando necesitado de la unificación del Derecho privado. Dicho en otros

⁶ Cf. “B. Oppetit, “Droit commun et droit européen”, *Internationalisation du droit. Mélanges el l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 312-314.

⁷ Resulta imprescindible en este marco la lectura de las monografías de H Coing [*Derecho privado europeo* (traducción y apostillas de A. Pérez Martín), 2 vols., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, 862 y 854 pp.] y de R. Zimmermann [*Estudios de Derecho privado europeo* (trad. de A. Vaquel Aloy), Madrid, Civitas, 2000, 325 pp.].

⁸ Cf. J.L. Hapérin, “L’approche historique et la problématique du *jus commune*”, *Rev. int. dr. comp.*, 2000, pp. 730.

⁹ A. J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, París, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 288-294.

¹⁰ K.D. Kerameus, “Procedural Harmonization in Europe”, *AJCL*, 1995, pp. 401-416.

¹¹ J.W. Westenberg, “The Quest for Unification”, *Forty Years on the Evolution on Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 204 ss; M^a V. Cuartero Rubio, “Técnicas de unificación del Derecho internacional privado en la CEE”, *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, 1993, pp. 249 ss.

términos, la existencia de un espacio económico común debería contar, en la medida de lo posible, con un Derecho patrimonial privado común. Es evidente que resultados alcanzados hasta la fecha en la UE han sido decisivos, mas se trata de una unificación que, en cualquier caso, resulta insuficiente y ello pese a ciertos planteamientos caracterizados por una euforia europeísta que no sólo ponían de relieve el progresivo desarrollo del Derecho derivado en la formación de un Derecho privado europeo, sino que insistían en el papel desarrollado por la jurisprudencia del TJCE¹². Es cierto que hasta la fecha hemos asistido a una importante unificación normativa en ciertos sectores del Derecho privado en la UE, pero carecemos hasta la fecha un consenso acerca de la arquitectura de un Derecho privado europeo que suponga la supresión de los Códigos existentes en los Estados miembros. Frente a la referida euforia, estamos ante diferencias de estilo, de razonamiento y de formación jurídica verdaderamente diversas que no sólo se manifiestan en la diversidad entre el Derecho continental y el *common law*¹³, sino que son mucho más profundas y que se oponen frontalmente a la oposición de un texto común “desde arriba”¹⁴.

II. Antecedentes de la labor unificadora

4. El camino hacia la una unificación jurídica del Derecho privado de los Estados miembros arranca de una denominada “Primera” Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, relativa a un “esfuerzo de aproximación del Derecho privado de los Estados miembros”¹⁵ y adoptada estando en vigor todavía el Acta Unica europea. El entendimiento no era otro que la relevancia de la armonización de determinados sectores del Derecho privado para la realización del mercado interior. En la mencionada Resolución el Parlamento Europeo solicitaba la iniciación de los trabajos preparatorios necesarios para la elaboración de un Código europeo común de Derecho privado e invitaba a los Estados miembros a deliberar sobre la cuestión y a manifestarse en el sentido de si consideraban participar o no en la unificación pretendida; también pedía la constitución, tras consultas con los Estados miembros que hubiesen aceptado el principio de una unificación, de una Comisión compuesta por científicos cualificados, a la que competería la tarea de fijar las prioridades y organizar el conjunto de actividades necesarias para la unificación del Derecho privado de tales Estados; por último y en cuanto al fondo, solicitaba que se impulsasen los Centros de Estudios de Derecho comparado¹⁶ y, en general, los esfuerzos de codificación. Además, en esta Resolución, el Parlamento consideraba que la unificación de vastos sectores del Derecho privado constituiría el mejor reflejo de un esfuerzo de armonización por cubrir las necesidades jurídicas de la Comunidad en esta rama del Derecho, entendiendo que un Derecho privado común podría reforzar, directa o indirectamente, los lazos que la Comunidad

¹² T. Hartlief, “Towards a European Private Law?”, *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 166 ss.

¹³ M.L. Palazón Garrido, “Importancia de la tensión ‘civil law – common law’ en la elaboración de los Principios de Derecho contractual europeo”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 294-313.

¹⁴ Cf. A. Chamboredon y C.U. Schmid, “Pour la création d’un ‘Institut Européen du Droit’...”, *loc. cit.*, p. 691.

¹⁵ DOCE C 158, de 26.6.1989, p. 400.

¹⁶ K.P. Berger, “Harmonisation of European Contract Law: the Influence of Comparative Law”, *ICLQ*, vol.50, 2001, pp. 881-889.

mantiene con los países terceros, especialmente los iberoamericanos. Se contemplaba la unificación de sectores de Derecho privado esenciales para el desarrollo del mercado único, como el Derecho de obligaciones, toda vez que este sector constituye la columna vertebral de la actividad económica. Evidentemente las divergencias entre los Derechos nacionales repercuten negativamente en las transacciones transfronterizas y en el funcionamiento del mercado interior, pero su superación no resultó pacífica por existir numerosos partidarios de conservar los Derechos privados nacionales en su estado actual.

Otro hito importante en el proceso que se iniciaba fue, sin duda, el “Documento de trabajo sobre el acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros” presentado por K.-H. Lehne a la Comisión jurídica y del mercado interior del Parlamento Europeo el 6 de noviembre de 2000 y que fue estudiado en audiencia pública días después y que dio como resultado el “Informe sobre el acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”, de 6 de noviembre de 2001. En dicho informe se establecía un programa de codificación gradual a partir de las Directivas existentes (contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles, responsabilidad de hecho de los productos defectuosos, cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores, adquisición del derecho de uso parcial de bienes inmuebles, contratos a distancia en materia de servicios financieros y venta de bienes de consumo) para coordinar su contenido y eliminar los problemas derivados de su coexistencia con los Derechos nacionales. Con posterioridad se redactarían una serie de Reglamentos jurídicos homogéneos en otros ámbitos del Derecho patrimonial relacionados con el Mercado Interior, que sería el paso necesario para un futuro Código civil europeo.

5. En su reunión de 15 y 16 de octubre de 1999 celebrada en Tampere, el Consejo Europeo confirmó la necesidad de hacer de la Unión un espacio de libertad, seguridad y justicia explotando plenamente las posibilidades ofrecidas por el Tratado de Amsterdam y acordó una serie de orientaciones y de prioridades políticas, afirmando en particular que “en un auténtico Espacio Europeo de Justicia, no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derechos o las disuada de ejercerlos”. En este marco se incluyó un Capítulo VII dedicado a una “Mayor convergencia en Derecho civil”. Asimismo, el punto 39 de las conclusiones entendió que “Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles”. A primera vista, este objetivo parecía extremadamente ambicioso, toda vez que podría englobar todo el Derecho privado, incluido el Derecho de obligaciones, el Derecho de bienes, el Derecho de familia, el Derecho sucesorio, etc. No obstante hasta la fecha la mayoría de las reflexiones dedicadas a este tema se han centrado principalmente en la convergencia en materia de Derecho contractual, lo cual no deja de ser criticable. Téngase en cuenta que los problemas que se registran en la actualidad en relación con la celebración, la interpretación y la utilización de los contratos no pueden solucionarse sin abordar cuestiones relacionadas con los requisitos formales generales, con la responsabilidad extracontractual, con el enriquecimiento sin causa o situaciones jurídicas indebidas y con los contratos concluidos con objeto de constituir una garantía

real¹⁷. Con estos antecedentes el Consejo solicitó a la Comisión que procediese a un estudio general sobre Derecho contractual y que le comunicase los resultados obtenidos en un Libro Verde o en un Libro Blanco.

III. Hacia un Derecho contractual europeo armonizado

1. Objetivos y alternativas en presencia

6. A partir de estos presupuesto, el proceso de construcción de un Derecho privado común a todos los países de la UE recibió un importante impulso con la Comunicación de la Comisión Europea sobre Derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001, al Consejo y al Parlamento Europeo¹⁸, en la que se planteó cuál debía ser el futuro de un Derecho común europeo armonizado. Constituye un primer paso concreto para la realización del estudio general solicitado en las conclusiones de Tampere sobre la necesidad de aproximar la legislación de los Estados miembros en materia civil y confirma el papel pionero del Derecho contractual en una eventual política legislativa de la Comunidad en el ámbito del Derecho privado¹⁹. En esencia, la Comisión inquiría acerca de los objetivos a alcanzar a través de la regulación comunitaria de un sector concreto del Derecho patrimonial, el contractual, con exclusión de cualquier otro y lo hacía a través de un procedimiento de consulta pública suscitando dos bloques de cuestiones, susceptibles de desdoblarse en muchas otras: si la disparidad de ordenamientos jurídicos en el seno de la UE podían suscitar problemas y, en caso afirmativo, cuáles, y, en segundo lugar, cuál debería la política a seguir en materia de armonización de legislaciones. En lo que al primer punto se refiere, ya antes se ha insistido en la importancia económica de la unificación para el mercado interior; desde un punto de vista sociológico, no menos necesaria es la unificación jurídica para crear una identidad común que proporcione credibilidad al proceso de europeización. En lo concerniente a la segunda cuestión, y después de recordar que la técnica de regulación “caso por caso”, sin coherencia interna y sistemática alguna, es insuficiente para conseguir una aplicación general, uniforme y coherente en todos los Estados, y que, además, la misma dificulta la aplicación analógica, la Comisión planteó cuatro alternativas, todas ellas necesariamente subordinadas a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que deben regir cualquier actuación de las instituciones de la UE.

7. Las opciones propuestas, formuladas sin ánimo de exhaustividad y que permitían ser combinadas entre sí, eran las siguientes: 1) No realizar ninguna acción comunitaria en la materia dejando al mercado la tarea de aproximación de las legislaciones (en base al principio *pacta sunt servanda* y el de libertad contractual), lo cual también incluye, como forma de armonización descentralizada, la competencia entre ordenamientos en la búsqueda de la mejor solución posible. 2) Redactar principios comunes a todas las legislaciones, no vinculantes, que permitan reforzar la convergencia de los Derechos

¹⁷ Vid. el documento de trabajo de la Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo titulado “Estudio sobre el Derecho privado en la Unión Europea con relación a las discriminaciones y a la creación de un Código civil europeo”, Serie Asuntos Jurídicos JURI 103.

¹⁸ COM(2001) 398 –C5-0471/2001, DOCE C 255, de 13.9.2001, p. 1.

¹⁹ E. Arroyo i Amayuelas y A. Vaquer Aloy, “Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo”, *La Ley*, 2002-2, D-50, p. 1788-1795.

nacionales. 3) Mejorar la calidad de la legislación existente, siguiendo la política iniciada con el proyecto de Simplificación Legislativa y Administrativa en el ámbito del Mercado Interior. 4) Promulgar nueva legislación comunitaria, que cubra exhaustivamente todos los ámbitos planteándose entonces el problema de determinar cuál debe ser su grado de vinculación.

En todo caso, la Comisión era decidida partidaria de excluir *a priori* la hipótesis de celebración de convenios internacionales entre los países miembros de la UE (*ex art.* 293 y 300 TCE).

Junto a las opciones planteadas, este importante documento permite observar cuál es la propia posición de la Comisión al incluir una valoración pormenorizada de las ventajas y de los inconvenientes de cada una de ellas y al sugerir soluciones concretas sobre la base de las construcciones doctrinales en presencia. Y no menos importante es el hecho de que el texto incorpora tres apéndices finales donde se recoge legislación existente en materia de Derecho privado (Directivas y Convenios) y se selecciona normativa comunitaria, no sólo en función del concreto ámbito sectorial de aplicación (consumo, servicios financieros, agentes comerciales, derecho del trabajo, etc.), sino, lo que es más llamativo, también agrupada en torno a la regulación de conceptos claves (concepto de contrato, derecho de rescisión, responsabilidad por incumplimiento, deber de información del consumidor, etc.).

8. La Comunicación consiguió sus propósitos en orden a forzar un debate en torno al Derecho contractual europeo, como evidencia en amplio contenido de las respuestas recibidas de operadores jurídicos procedentes de sectores muy diversos. Un balance de las respuestas registra que la primera de las opciones no consiguió ningún respaldo, al igual que la cuarta (al menos a medio plazo), que la segunda recibió apoyos muy firmes pero no generalizados y que la tercera ha sido la gran triunfadora, pese a que no contó, como era de esperar, con el beneplácito de los juristas pertenecientes al *common law*. Entre las respuestas que merecen ser destacadas está la del profesor H. Sonnenberger²⁰, que propugna la elaboración de un Derecho uniforme de conflictos normativos en el ámbito del Derecho contractual bajo forma de un Reglamento junto a la elaboración de una “parte general” de un Derecho material contractual de la UE, aunque es consciente de que no existe, o al menos es muy dudosa, la competencia comunitaria para crear un Derecho contractual europeo. Más originales resultan las reflexiones del profesor A. Furrer quien viendo ventajas en todas las opciones y poniendo el acento en las bondades de la *lex mercatoria* propone una “quinta opción” consistente en la elaboración de un Derecho europeo sobre conflictos normativos que ofrezca al operador jurídico indicaciones precisas de cómo resolver un conflicto normativo en un caso concreto; y dentro de esta originalidad el profesor O. Remien aboga por la identificación del Derecho contractual de otros Estados miembros en el marco de la cooperación judicial en materia civil que ofrecen los arts. 64 y 65 TCE, creando un sistema en virtud del cual el Tribunal de un Estado miembro comunique al Tribunal de otro cómo debe ser abordado un problema jurídico según su propia legislación.

En todo caso, a lectura de la documentación que contiene las respuestas a la Comunicación de la Comisión de 2001 resulta de gran amenidad por permitir

²⁰ H.J. Sonnenberger, “L’harmonisation ou l’uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles? Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002, pp. 405-433.

comprobar la disparidad derivada de la reflexión colectiva, los intereses en presencia de las instituciones concernidas en las eventuales acciones comunitarias, el marcado carácter académico de muchas intervenciones y los intereses nacionales subyacentes. Más que clarificar, los resultados de la encuesta conducen a la confusión, pero muestran una reticencia generalizada hacia una “respuesta global” y una necesidad de profundizar en los estudios preparatorios tanto si se opta por la opción basada en los principios o en la opción partidaria de una solución codificadora más clásica.

9. Con estos precedentes el 15 de noviembre de 2001, el Parlamento Europeo aprobó la “Tercera” Resolución “relativa al acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”, donde se lamentaba que la Comisión se hubiese limitado al estudio de la unificación del Derecho privado contractual y que no hubiese explorado otras posibilidades, en la línea de lo acordado en el Consejo Europeo de Tampere. Pese a ello instaba a la continuación de los trabajos de la armonización del Derecho contractual, prestando especial atención a las cuestiones relacionadas a las condiciones generales de forma, la responsabilidad extracontractual y a los contratos firmados con el fin de constituir una garantía real, que deberían ir paralelos a la revisión de las Directivas relativas a la protección de los consumidores.

La prueba es que esta iniciativa ha contado con un cierto desarrollo al aprobar el Pleno del Consejo Económico y Social el 18 de julio de 2002 por 114 votos a favor, 3 votos en contra y 3 abstenciones un Dictamen sobre Derecho contractual donde se parte de que la construcción de un Código mercantil internacional, de aplicación universal o regional, sigue siendo un mito y donde se verifican los escasos índices de ratificación de los instrumentos internacionales relativos a cuestiones de Derecho contractual material. Mas el dictamen reconoce la necesidad para los operadores internacionales de contar un instrumento legal “útil, estable y previsible, que fomente la seguridad y la legalidad de las operaciones, así como el respeto de las disposiciones y principios correspondientes del orden público internacional, recogidos en los principales convenios internacionales y en el Derecho consuetudinario (principios generales del Derecho, garantías de procedimiento, principio de lealtad en los contratos, respeto de los derechos humanos y de las normas laborales fundamentales). Un *jus commune* de este tipo sería ciertamente coherente con la internacionalización de los negocios y de los contratos asociados a los mismos”²¹.

Aunque en el espacio económico comunitario, con la existencia de una moneda única en la mayoría de los países y su mercado único, constituye un terreno favorable para la creación de un Derecho contractual uniforme, la Comisión se plantea la cuestión de la viabilidad y pertinencia de una iniciativa comunitaria que afectará a esta rama fundamental del Derecho mercantil internacional, el cual, por otro lado y para ser coherentes, convendría ampliar para convertirlo en un Derecho europeo en materia de obligaciones contractuales (con posibles elementos de responsabilidad civil y penal, independientemente de la responsabilidad contractual, para ciertos casos de incumplimiento o ejecución defectuosa del contrato, o de cláusulas contrarias al orden público). Mas el examen de la práctica contemporánea permite avanzar que las posibilidades de una “europeización” del Derecho patrimonial desde la perspectiva codificadora es escasamente realista y que el proceso ha caminado hasta la fecha de la

²¹ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo”(COM(2001) 398 final)(2002/C 241/01), DOCE n° C 241/1, de 7.10.2002.

mano de las Directivas y en la actualidad se está desarrollando a través de Reglamento. Junto a esto se empieza a desarrollar un cierto clima que, apartándose de las técnicas normativas apuntadas, pone el acento en el auge, a través de la doctrina, de la práctica y de la jurisprudencia de unos principios generales comunes que pretenden ser no sólo un fundamento para el desarrollo futuro de acciones legislativas y armonizadoras, sino un conjunto de reglas que podrían consolidarse dentro de una suerte de *lex mercatoria*²².

2. *Por un Derecho contractual europeo más coherente*

10. Con el título “Un Derecho contractual europeo más coherente” fue presentado por la Comisión el 12 de febrero de 2003, un plan de acción que estuvo precedido por la referida consulta pública realizada el año anterior, y ésta a su vez de la Comunicación, de julio de 2001, relativa a una eventual armonización del Derecho contractual europeo²³. El plan continúa con el carácter consultivo de anteriores iniciativas proponiendo una combinación de medidas reguladoras y no reguladoras para resolver los problemas que se individualizaron en los resultados de la encuesta anterior. Dichos problemas se han sistematizado dentro de dos grandes rúbricas. La primera aborda la aplicación uniforme de la legislación comunitaria, en un intento de evitar que las Directivas otorguen soluciones divergentes a la misma situación comercial que den lugar a resultados contradictorios, y existan enfoque legislativos diversos en una misma Directiva; por descontado en este contexto se persigue una armonización terminológica y la precisión de determinados conceptos expresados de manera vaga o imprecisa. La segunda trata de las implicaciones de un ordenamiento contractual comunitario para el mercado interior, incluyendo los obstáculos y los factores disuasorios de las transacciones transfronterizas que se desprenden de la diversidad de los Derechos contractuales de los Estados miembros, por ejemplo, las reglamentaciones divergentes en materia de representación de empresas extranjeras y sus consecuencias para la validez o el reconocimiento de los documentos, en materia de formalización de los contratos, en materia de inclusión y aplicación de las cláusulas tipo de los contratos y con respecto a qué cláusulas contractuales se consideran inaceptables por los Tribunales, o la regulación diferente de la reserva de propiedad.

Asimismo el Plan de 2003 incluye medidas para aumentar la coherencia y la calidad del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, promover la elaboración de cláusulas contractuales de carácter general a nivel comunitario y estudiar si determinadas cuestiones propias de dicho Derecho pueden requerir soluciones de carácter no sectorial. Se trata, en definitiva de construir un “marco común de referencia” que incluya principios y terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo.

IV. Comunitarización del Derecho de los contratos

1. *Dificultades en presencia*

²² P.C. Müller.Graff, “Private Law Unification by Means other than of Codification”, *Towards a European Civil Code*, Nimega, 1994, pp. 19-29.

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “El Derecho contractual europeo más coherente: Plan de acción” (2003/C 63/01), *DOCE*, C 63, 15.3.2003.

11. La inseguridad jurídica que se produce con frecuencia en el tráfico diario de los contratos internacionales constituye un serio obstáculo para la expansión del comercio internacional, ya que en el ámbito de la UE coexisten multitud de normas autónomas y de otras fuentes normativas en materia contractual, lo que supone un freno para el comercio intracomunitario. Se trata de una legislación caracterizada por su naturaleza coyuntural y poco coherente que reclama una coordinación eficaz, como elemento constitutivo de un mercado único²⁴. Por eso, uno de los objetivos armonizadores de la UE es frenar tal dispersión y atomización normativa en esta materia y, en esta dirección, en los últimos años se ha ido produciendo una cierta armonización en el Derecho contractual²⁵, pero sólo de forma parcial ya que la diversidad de leyes dificulta la adaptación²⁶; cabe hablar desde esta perspectiva de una auténtica tendencia hacia la “comunitarización” del Derecho de los contratos²⁷. Parece evidente que un Derecho contractual europeo debería regular la fase precontractual, la formación del contrato, las condiciones de validez, la ejecución o el incumplimiento de las obligaciones, las modalidades de pago, etc.. Su existencia supondría una referencia obligada para las futuras propuestas legislativas que incidiesen de una u otra forma en cuestiones contractuales y, en todo caso, tendría el efecto de aportar la necesaria certidumbre en la contratación amén de reducir los costes de la transacción²⁸.

Además, la inminente incorporación de los nuevos Estados miembros engendrará un notable crecimiento de sistemas en presencia Derecho privado y, por ende, de la complicación que sus controversias provocan generan en las transacciones transfronterizas dentro del mercado interior. El aumento del particularismo normativo puede suponer un serio obstáculo para la integración de los distintos mercados nacionales en un auténtico mercado común y puede dificultar que las empresas se beneficien de una competencia justa en igualdad de condiciones. Por eso se reclama que en los ámbitos del Derecho privado en los que basa la actividad empresarial de la UE exista un *corpus* uniforme de normas. Al margen de los eventuales beneficios económicos, sin duda unos principios de Derecho patrimonial aplicables a las transacciones diarias de empresas y de los consumidores podrán contribuir a un mayor compromiso de los operadores económicos con el proyecto de integración europea.

2. Recurso a las técnicas del Derecho internacional privado

12. Por el momento los avances más notables de la unificación jurídica europea se han producido en el marco del Derecho internacional privado patrimonial, pues está

²⁴ J. Basedow, “Un droit commun des contrats pour le marché commun”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 50, 1998, pp. 17-20.

²⁵ Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (2001/C 255/01), *DOCE*, C 255, de 13,9.2201.

²⁶ C. Vattier Fuenzalida, “Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea”, *RDP*, nº 78, 1994, pp. 223-230; M^a P. García Rubio, “Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea”, *XIV Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 237-258; J. Vicent Chuliá, “La unificación del Derecho de obligaciones”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº 2, pp. 21-52.

²⁷ J. Basedow, “A Common Contract Law for the Common Market”, *Common Market L. Rev.*, vol. 33, 1996, pp. 1169-1195; G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea: fonti, modelli, regole*, Pádua, 1998, p. 9.

²⁸ J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado Español, 2003, nº 289.

claramente acreditado que los objetivos de armonización se materializaron a través de procedimientos normativos de especial relevancia para ese ordenamiento²⁹. De ahí que se haya sostenido con razón que la UE, en tanto que resultado de la integración de los Estados miembros, no podía sino estimular de forma enérgica el desarrollo coordinado del Derecho internacional privado de dichos Estados³⁰. En este marco de la cooperación civil y mercantil hasta la fecha la vía utilizada ha sido la de los convenios internacionales³¹ al responder a la puesta en práctica y promoción de la propia política integradora. Entre estos Convenios, se distinguía aquéllos que derivaban directa o indirectamente de las previsiones contenidas en el art. 293 TCE y del art. K.3 del TUE (Convenios CPE) anterior a la modificación producida por el Tratado de Amsterdam, de mayor interés para el Derecho internacional privado, de aquellos otros Convenios internacionales inscritos en la política comercial común de la Comunidad, que suelen incluir reglas de Derecho internacional privado, de forma semejante a las que se incluyen en los contratos entre Estados y empresas privadas. Huelga decir el papel estelar que en el Derecho internacional privado comunitario han ocupado tanto la Convención de Bruselas de 1968, para la competencia judicial y el reconocimiento de decisiones, como la de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como los textos y proyectos elaborados en materias tales como la propiedad industrial, quiebra y concursos, sociedades, asistencia judicial internacional o supresión de legalizaciones.

Dentro de los modelos efectivos de la unificación figura, en efecto, la Convención de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales³². Se trata de un importante instrumento internacional de eficacia universal destinado al logro de la uniformidad legislativa en el sector de las obligaciones contractuales. Dicho carácter universal, su aplicación obligatoria y la amplitud de su ámbito material dentro del Derecho patrimonial, evidencia las pretensiones de sus redactores de convertirlo en un instrumento básico para las transacciones comerciales internacionales que refuerce, a partir de su carácter armonizador, la seguridad jurídica en sectores de inmensa transcendencia económica; seguridad que se intenta conseguir solucionando los problemas derivados de la disparidad de normas jurídicas existentes entre los Estados miembros³³. Sin embargo, este instrumento no ha quedado exento de críticas, toda vez que los operadores jurídicos intentan soslayar en la práctica diaria los conflictos de leyes. De ahí la bondad de las acciones preventivas a través de la unificación de normas sustantivas en materia de contratos, no exenta de problemas pero factible, ya que los valores legales que poseen son los mismos, teniendo en cuenta que la raíz de los Derechos en Europa es común, que las condiciones sociales y económicas son también similares, por ser en todos ellos una economía de mercado del Estado industrial y, en último lugar, porque la ideología y comportamiento de los Jueces son similares. No hay

²⁹ Vid., por todos, P. de Miguel Asensio, "Integración europea y Derecho internacional privado", *RDCE*, nº 1, 1997, pp. 413-445.

³⁰ Cf. A.V.M. Stuycken, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *R. des C.*, t. 232, 1992, p. 284.

³¹ M. Fallon, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne", *R. des C.*, t. 253, 1995, p. 9-282.

³² S. Sánchez Lorenzo, "La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *La unificación jurídica europea (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 139-164.

³³ P. Lagarde, "Le nouveau droit international des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287 ss.

que olvidar que la Convención de Roma de 1980 es, en sí misma, un mecanismo de conflicto de leyes, un importante avance sí, pero en el terreno no material o sustantivo. Y ello pese a lo que hay en él de substrato de cultura jurídica común.

13. Dentro de las acciones que deben emprenderse a fin de alcanzar un mayor grado de compatibilidad entre los ordenamientos jurídicos europeos figura expresamente la revisión de la Convención de Roma de 1980. A este respecto la Comisión Europea presentó a finales de 2002 un “Libro Verde” relativo a la cuestión de si conviene transformar dicho texto en un instrumento comunitario propiamente dicho (Reglamento o Directiva), y modernizarlo en cuanto al fondo. Al efecto el Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea (CCBE) creó un Grupo de Trabajo, cuya labor consiste en redactar las respuestas a las 20 cuestiones de diversa índole: que planteó la Comisión. Algunas de estas cuestiones hacen referencia a la conveniencia y necesidad de transformar el la Convención Roma en instrumento comunitario, otras son de carácter más técnico, relativas a la evaluación de las normas actuales sobre la protección del consumidor y a la necesidad de normas de conflicto aplicables al arbitraje, al desplazamiento temporal, a la compensación legal, a los pagos subrogatorios, y a la oponibilidad. El plazo para el envío de observaciones finalizó en septiembre de 2003. Durante el primer encuentro, celebrado el pasado 13 de junio, el Grupo de Trabajo se mostró conforme con la propuesta de la Comisión Europea para transformar la Convención de Roma en instrumento comunitario, y en particular, para transformarlo en un Reglamento, lo que permitiría al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretar las disposiciones del mismo.

Ciertas de sus disposiciones son, en efecto, de difícil interpretación; por ejemplo, la noción “de manera cierta” recogida en el art. 3.1º, o el término “disposiciones imperativas” recogido en el mismo art. 3.3º así como en el art. 5.2º, lo que ha llevado a los actores económicos a ignorar la Convención o a los Tribunales a aplicarla de manera incorrecta basándose en sus propias normas nacionales de Derecho internacional privado. Los miembros del Grupo acordaron apoyar la actualización global del Convenio en base al principio de libre elección. Asimismo, se mostraron a favor de modificar la redacción del art. 4.2º con el objetivo de fortalecer la presunción según la cual el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual. Con el fin de incrementar la coherencia en el proceso general de armonización de la legislación y los procesos legales en la UE, el Grupo propondrá tomar en cuenta las definiciones ya existentes en el acervo comunitario, por ejemplo, a la hora de definir el desplazamiento temporal del asalariado al que hace referencia el art. 6 del Convenio. Asimismo, se ha mostrado a favor de que las disposiciones relativas a la protección del consumidor se apliquen a la legislación sobre contratos de seguros.

3. Armonización del Derecho contractual

14. Uno de los objetivos armonizadores de la UE es frenar la dispersión y la atomización normativa en esta materia y, en esta dirección, en los últimos años se ha ido produciendo una cierta armonización en el Derecho contractual³⁴, pero sólo de forma

³⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (2001/C 255/01), *DOCE*, C 255, de 13.9.2001.

parcial ya que la diversidad de leyes dificulta la adaptación³⁵; cabe hablar desde esta perspectiva de una auténtica tendencia hacia la “comunitarización” del Derecho de los contratos³⁶. En medios comunitarios hay una conciencia generalizada que la existencia de los Códigos civiles estatales y la propia existencia del Derecho internacional privado conforman una importante barrera hacia la integración. De ahí que las acciones comunitarias no deban quedar limitadas como en el pasado a resolver los problemas suscitados por las relaciones transfronterizas. La voluntad de superar una nueva etapa forjando un Derecho común de obligaciones tendría su origen en el carácter fragmentario de la armonización europea. Indudablemente las disposiciones de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y las de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 podrían constituir en el futuro un fundamento jurídico común; sin embargo por sí mismas no podrían resolver por completo el problema de las relaciones jurídicas transfronterizas en el sector contractual. Pueden sin embargo encontrarse en el acervo comunitario instrumentos cuyo carácter “puntual” es sólo aparente. Hasta la fecha la Comunidad Europea ha aprobado numerosas directivas para la unificación de problemas concretos en el ámbito del Derecho privado, que tenían en la mayoría de los casos como objetivo, simultáneamente, la protección de los consumidores y la unificación de las condiciones de la competencia de los empresarios: Directiva sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (85/577/CEE); Directiva sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE); Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (93/13/CEE), modificada por la Directiva 1999/34/CE, de 10 de mayo de 1999³⁷; Directiva sobre los derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (94/47/CE); Directiva sobre contratos en venta a distancia (97/7/CE); Directiva sobre la venta y las garantías de bienes de consumo (1999/44/CE)³⁸; Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior (2000/31/CE)³⁹; Directiva sobre la morosidad en las operaciones comerciales

³⁵ C. Vattier Fuenzalida, “Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea”, *RDP*, nº 78, 1994, pp. 223-230; M^a P. García Rubio, “Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea”, *XIV Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, 1995, pp. 237-258; J. Vicent Chuliá, “La unificación del Derecho de obligaciones”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº 2, pp. 21-52.

³⁶ J. Basedow, “A Common Contract Law for the Common Market”, *Common Market L. Rev.*, vol. 33, 1996, pp. 1169-1195; G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea: fonti, modelli, regole*, Pádua, 1998, p. 9.

³⁷ Vid. C. Gómez Laplaza, “La responsabilidad civil causada por productos defectuosos en la Unión Europea. Presente y futuro”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 61, nº 2, 2000, pp. 96-126; A. Marín López, “La Directiva comunitaria 1999/34/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en cuestión de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 194, 2001, pp. 9-17; L. González Serrano, “Unificación europea de la responsabilidad civil: la responsabilidad por productos defectuosos”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 347-380.

³⁸ M.C. Fernández de Vera Ruíz, “Directiva 1999/44, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo y su transposición al Derecho español”, *Estudios sobre consumo*, nº 60, 2002, pp. 123-133; M.J. Reyes López, “La idea de conformidad en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Directiva 1999/44/CE”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 321-338.

³⁹ M. Fallon y J. Meeusen, “Le commerce électronique, le directive 2000/3 et le droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002, pp. 435-490.

(2000/35/CE). Debe reconocerse el cuantioso alcance armonizador de estos instrumentos respecto de los Derechos nacionales, hasta el punto de conformar una especie de “Derecho común” en las materias citadas. Por esta razón en determinadas ramas del Derecho privado (y, en particular, el Derecho contractual) se han desarrollado normas comunes gracias a la armonización progresiva realizada a escala comunitaria. Parece evidente que un Derecho contractual europeo debería regular la fase precontractual, la formación del contrato, las condiciones de validez, la ejecución o el incumplimiento de las obligaciones, las modalidades de pago, etc.. Su existencia supondría una referencia obligada para las futuras propuestas legislativas que incidiesen de una u otra forma en cuestiones contractuales y, en todo caso, tendría el efecto de aportar la necesaria certidumbre en la contratación amén de reducir los costes de la transacción.

3. Unificación a partir de principios comunes

15. En los últimos años se registra un ambiente favorable a la construcción del Derecho privado a partir una supuesta tradición jurídica europea comúnmente aceptada⁴⁰ y de la existencia de una serie de instituciones y de principios jurídico-privados coincidentes en las legislaciones del área considerada⁴¹. La más antigua experiencia tendente a la unificación del Derecho de los contratos arranca en 1980 a partir de un grupo de profesores encabezados por O. Lando⁴², en que se detallan “principios comunes” en los países de la UE relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; al cumplimiento e incumplimiento y a algunas otras cuestiones concretas, como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes. La “Comisión Internacional del Derecho Contractual”, comúnmente conocida como “Comisión Lando” estaba compuesta por unos 20 expertos entre los que destacan nombre como C. Von Bar, H. Beale, M.J. Bonell, U. Drobning, A. Hartkamp, E. Hondius, M.H. Sterme, D. Tallon, T. Wilhelmsson o R. Zimmermann, se dedicó a la elaboración de una serie de “normas comunes”, acompañadas de un comentario y de un análisis comparativo de cada una de ellas, que dieron lugar a los *Principles of European Contract Law* (PECL), que fueron presentados en 2001 en su versión completa.

Los PECL tienen distinto alcance. En primer lugar, incorporan reglas fundamentales y generales del Derecho contractual para Europa que deben aplicarse cuando las partes se refieran expresamente a ellos a la hora de elegir el Derecho aplicable (art. 1.101.2º), cuando no sometan el contrato a una determinada Ley estatal o, simplemente, cuando las partes acuerden que el contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o una expresión similar (art. 1.101.3º). En segundo lugar, pueden servir de modelo para futuras leyes nacionales que se elaboren en el ámbito europeo. Por último, su aplicación es pertinente para llenar las eventuales lagunas del Derecho aplicable (art. 1.101.4º). Con ello, como puede observarse, se supera la posición tradicional contraria a la *lex mercatoria* que se recoge en el art. 3 de la Convención de

⁴⁰ Vid., desde una posición muy crítica: “la inconveniencia de un Código civil europeo”, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo, op. cit.*, pp. 279 ss.

⁴¹ R. Schulze, “Le droit privé commun européen”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 47, 1995, pp.18 ss.

⁴² Que ha publicado ya dos partes de *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2000. Entre los defensores de esta iniciativa Vid. en la doctrina italiana, M.J. Bonell, “Verso un codice europeo dei contratti”, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 171 ss. En la doctrina española, Vid. L. Díez-Picazo, E. Roca y A.M. Morales, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

Roma de 1980, al menos según la interpretación clásica de este precepto, dando los principios una respuesta acertada a una incongruencia propia del sistema europeo que permitía el empleo de la *lex mercatoria* para la elección de fuero (art. 23 del Reglamento 44/2001) y no la admitía como Derecho aplicable⁴³.

Los Principios se estructuran por artículos a los que acompañan unos comentarios para su explicación; son amplios y deben interpretarse y desarrollarse atendiendo a su finalidad y nunca de forma restrictiva o rígida y su finalidad, es la de servir de boceto para un futuro Código Civil europeo, pero mientras éste no se lleve a cabo, pueden aplicarse como parte de la *lex mercatoria*, ya que ésta está compuesta por los usos y costumbres internacionales del comercio internacional; con ello estaríamos ante un Derecho común europeo para comerciantes y no comerciantes, haciendo desaparecer la dualidad entre Derecho civil y mercantil por considerarse que no existen problemas específicos en ambas materias⁴⁴. Bien entendido que su ámbito es exclusivamente europeo y por tanto rigen únicamente en aquellas relaciones contractuales que se susciten en el interior de la UE⁴⁵.

Además, se trata de una experiencia que se ajusta a los modernos planteamientos en orden a la reglamentación de los contratos y nos acerca a las soluciones adoptadas por el Unidroit (aunque los principios del Instituto rigen únicamente la actividad comercial y tienen carácter universal) y por los *Restatements* estadounidenses.

16. El *Restatement of Contracts* refleja perfectamente la tensión entre el Derecho contractual clásico del *common law*, representado por el *case law* y el criterio claramente innovador, a veces tradicional también, del Código de Comercio Uniforme norteamericano. Forma parte de los *Restatements of the Law* que se crearon por el *American Law Institute*⁴⁶ con la idea de sistematizar los principios generales del *common law*; si bien no tienen fuerza de ley gozan de un gran peso entre la doctrina y la jurisprudencia. La primera serie de *Restatements* (1923 a 1944) constituye una síntesis de principios rectores en ámbitos como los contratos, la propiedad, la representación, la responsabilidad delictual, los conflictos de leyes, etc. Con posterioridad a la segunda guerra mundial apareció una nueva serie de *Restatements* que incluyen comentarios a cada principio y decisiones jurisprudenciales y que evidencian la manera en que son aplicados por los jueces. La tercera serie de inició en 1987 y ha puesto el acento, entre otras materias, en el Derecho económico internacional. Tras diversas modificaciones, el texto actual del *Restatement of Contracts*, que se acompaña de comentarios y ejemplos, se publicó en 1981⁴⁷. Se trata de un instrumento que tiene la virtud de clarificar,

⁴³ Cf. S. Sánchez Lorenzo, “La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, p. 380.

⁴⁴ O. Lando, “El Derecho contractual europeo en el tercer milenio”, *Derecho de los negocios*, nº 116, 2000, pp. 1-20; I. Sánchez Ruíz de Valdivia, “La unificación del Derecho privado europeo: los Principios de Derecho contractual europeo de la Comisión Lando”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 258-259.

⁴⁵ Acerca de su eventual extensión *Vid.* M.M. Méndez Serrano, “Ámbito espacial de los Principios de Derecho contractual europeo...”, *loc. cit.*, pp. 275-291.

⁴⁶ Este Instituto, creado en 1923, agrupa cientos de jueces, abogados y otros profesionales del Derecho y está dedicada al estudio de las soluciones que eviten la compleja situación existente en el ordenamiento estadounidense. Para ello promueve la clarificación y la simplificación del Derecho y su adaptación a las necesidades sociales y trata de asegurar una mejor administración de la justicia al tiempo que elabora trabajos jurídicos específicos (*Restatements*) y modelos de Leyes uniformes.

⁴⁷ *Restatement (Second) of the Law. Contracts*, 2ª ed. 2 vols., St. Paul, Minn., American Law

sistematizar y unificar la materia contractual en los EE UU que facilita la labor de los abogados en la búsqueda de los materiales jurisprudenciales y que permite a los jueces una mejor valoración de los precedentes que concurren en un caso concreto.

17. Sin duda la labor más relevante del Unidroit en los últimos años es la que dado lugar a los denominados “Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”. Es cierto que la Uncitral concluyó en 1980 la redacción de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías marcando un hito en el ya largo proceso de codificación internacional⁴⁸ por ser un instrumento que permitía contar por primera vez con un texto preparado para hacer frente a los problemas suscitados en este especial sector de la contratación internacional. Mas el texto nacía en un momento histórico pleno de potencialidad en el que comenzaban a investigarse vías de armonización alternativas al clásico proceso de codificación internacional, y en el que, quizás también como consecuencia del liberalismo imperante, se destacaba el papel regulador de determinados colectivos profesionales. Los Principios de Unidroit deben encuadrarse dentro de este proceso⁴⁹, toda vez que su objetivo era realizar un esquema similar pero de alcance internacional⁵⁰. El proyecto, inicialmente titulado en 1971 “Codificación progresiva del Derecho del comercio internacional”, pasó después a llamarse “Principios relativos a los contratos del comercio internacional”. El grupo de trabajo encargado de su redacción se constituyó en 1980 con miembros expertos en Derecho comparado y en Derecho del comercio internacional pertenecientes a los principales sistemas jurídicos y socioeconómicos de todo el mundo. Los Principios constituyen un sistema de reglas de Derecho de los contratos que se adaptan de forma específica a las necesidades de la práctica comercial moderna. Pueden ser elegidos por las partes como Derecho aplicable, servir de referencia a los jueces y árbitros, interpretar o completar otros instrumentos de Derecho internacional uniforme, como el Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y ser modelo para legisladores internacionales y nacionales. Esta última dimensión ya empieza a dar resultados⁵¹.

El texto de los Principios de Unidroit, publicado en 1994, comprende un Preámbulo y 119 artículos divididos en 7 capítulos (Disposiciones generales, formación, validez,

Institute Publishers, 1981.

⁴⁸ *Vid. infra*, nº 193-194.

⁴⁹ M^aP. Perales Viscasillas, “El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los principios Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones generales)”, *RDM*, nº 223, 1997, pp. 221-297.

⁵⁰ E.A. Farnsworth, “The American Provenance of the Unidroit Principles”, *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 397-404.

⁵¹ Un primer ejemplo lo encontramos en la nueva ley de arbitraje adoptada en Panamá (Decreto Ley nº 5 de 8 de julio de 1999), que establece el régimen general del arbitraje, la conciliación y la mediación y que se aplica también al arbitraje comercial internacional; según su art. 27, el tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que rige la relación contractual y tendrá en cuenta los usos, las prácticas del comercio y los Principios de Unidroit. Un segundo ejemplo aparece en el Contrato modelo de la CCI de intermediación ocasional (acuerdo de reserva y confidencialidad, ARC, Publicación CCI, nº 619, 2000), en cuyo art. 13.1º se establece que salvo estipulación en contrario, todas las cuestiones relacionadas con este acuerdo ARC se regirán por las reglas y principios de Derecho general reconocidas en el comercio internacional como aplicables a los contratos internacionales así como por los Principios de Unidroit. Y, finalmente, un tercer ejemplo, lo constituye el Contrato modelo de venta comercial internacional de bienes perecederos establecido por el Centro de comercio internacional Unctad/OMC (CCI) de 1999, en cuyo art. 14 (Reglas de Derecho aplicable) se dispone que para toda materia no cubierta por las cláusulas precedentes, el contrato se regirá por la Convención de Viena de 1980 y, en su defecto, por los Principios de Unidroit.

interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento). Cada artículo va acompañado por unos comentarios en los que se incluyen ejemplos y que forman parte integral de los Principios⁵². Tras el éxito alcanzado en este sector de la unificación internacional el Unidroit se encuentra en estos momentos preparando una segunda edición de los Principios, debido a la buena acogida que han tenido tanto en la práctica contractual como arbitral, como muestra el hecho de que en este trienio hayan aparecido las versiones en alemán, árabe y portugués, siendo ya doce las lenguas a las que han sido traducidos⁵³. Los Principios Comerciales Internacionales elaborados por el Unidroit han sido comparados con los *Restatements* americanos por su carácter de recomendaciones. Siguiendo este planteamiento puede afirmarse que estamos ante un mero estudio doctrinal comparado que muy difícilmente puede ser equiparado a una Ley modelo⁵⁴. Mas con independencia de cualquier consideración tradicional acerca de su naturaleza y al margen de la valoración que pueda darse a las funciones codificadoras del Unidroit no cabe duda que estamos ante un conjunto muy elaborado de reglas jurídicas que conforman una suerte de Código Uniforme en materia de contratos internacionales que ha recibido una influencia muy directa de la Convención de Viena de 1980 y de otras experiencias codificadoras en la materia. Su alcance y relevancia futura estará, pues, en función del empleo que de ellos hagan los operadores privados y los árbitros⁵⁵.

V. El persistente recurso a los Códigos

1. La obsesión por la seguridad jurídica

⁵² Vid. J.M. Abascal Zamora, “Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit”, *Derecho de los negocios*, nº 81, 1997, pp. 11-24; S. Leible, “El significado de los “Principios de Unidroit” para la seguridad jurídica en el comercio internacional”, *Derecho de los negocios*, nº 108, 1999, pp. 11-20.

⁵³ Los trabajos comenzaron en 1997 cuando el Consejo de Gobierno decidió que el grupo de trabajo que había preparado los Principios debía volverse a reunir para elaborar una segunda edición que incluyese nuevas materias como la agencia, la cesión de derechos y obligaciones contractuales, la limitación de acciones, los contratos en beneficio de terceros, la reducción del precio, la condición, la compensación y la renuncia. El grupo de trabajo vuelve a estar dirigido por el profesor Bonell y ya se han mantenido varias sesiones de trabajo, la primera y segunda en Italia, concretamente, en Roma en marzo de 1998 y en Bolzano en febrero de 1999, para la tercera se escogió Egipto, El Cairo en enero de 2000 y la última ha tenido lugar en Roma durante el verano de 2001. En estas sesiones han participado en calidad de observadores representantes de Uncitral, de la Corte de arbitraje de la Cámara de comercio internacional (CCI), de la Cámara de arbitraje italiana e internacional de Milán y de la Asociación suiza de arbitraje. El grupo de trabajo ha decidido centrarse primero en las materias referentes a la agencia, la prescripción, la cesión de derechos y obligaciones contractuales, los contratos en beneficio de terceros, la compensación y la renuncia; así mismo se han estudiado las adaptaciones posibles de los Principios al comercio electrónico. Durante este trienio también se ha elaborado una cláusula tipo que las partes pueden emplear para incorporar los Principios en sus contratos y se ha aprobado su incorporación en el Preámbulo, concretamente, como nota a pie de página del segundo párrafo.

⁵⁴ C. Kassedjian, “Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par Unidroit”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 647-656.

⁵⁵ Resulta obligada la referencia en este sector estudio de P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Dir. comm. int.*, vol. XII, 1998, pp. 859-883.

18. Un instrumento de estas características sería un material imprescindible para los jueces y los abogados en orden a la interpretación del Derecho contractual europeo común procedente tanto del Derecho comunitario como del Derecho de los Estados miembros⁵⁶. Y por si esto fuera poco existe una compatibilidad manifiesta de los PECL con los resultados de la unificación internacional del sector puestos de manifiesto, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. No obstante, esta iniciativa ha sido objeto de importantes críticas por los juristas de tradición romanista, para quienes la existencia de un “Código” justifica un cierta manera de pensar a la que no están dispuestos a renunciar⁵⁷ y supone la materialización de una vieja apetencia académica que siempre aspiró a explicar un texto único aplicable a todos los Estados de la UE⁵⁸. Por eso consideran que la formulación de una serie de “principios” en materia contractual es inoperante porque tales postulados únicamente tienen sentido dentro de un sistema consolidado y porque la diversidad de interpretaciones acerca de los mismos provoca grandes dosis de inseguridad jurídica desaparecería. Según esta concepción únicamente las normas, esto es, un “bloque normativo” coherente es susceptible de impedir, eficazmente, la arbitrariedad judicial. Por eso, al lado de la iniciativa “Lando” hayan surgido otras alternativas de diferente alcance.

19. Asimismo, los detractores del modelo descrito entienden que la elaboración de un conjunto de “principios” es una labor estéril porque tal instrumento solo tiene auténtico sentido dentro de un determinado “sistema” jurídico. También se apunta que su empleo implicaría la eliminación de la seguridad jurídica, disuelta en el arbitrio judicial, al que sólo puede poner límite una regla legal concreta, sencilla y clara, no algo tan difuso como pueden ser, en la práctica, los principios, aplicados por jueces de muy distinta formación y mentalidad, no sólo en consideración con los distintos sistemas, sino incluso dentro de un mismo sistema jurídico. De esta suerte, según esta construcción, solo las normas, es decir un “cuerpo normativo” de normas, son capaces de impedir, eficazmente, la arbitrariedad judicial.

No obstante no puede perderse de que la dinámica de la contratación en la UE se está elaborando a partir de parámetros universalmente aceptados, de modelos consolidados internacionalmente y sobre un acervo compuesto por Directivas que regulan aspectos contractuales concretos pero importantes. Además la compleja tarea de la unificación responde siempre a necesidades sociales y jurídicas. No es casualidad que, en su momento, se empezara por la compraventa internacional de mercaderías. Tampoco lo es que actualmente se piense en la unificación del Derecho contractual o incluso en el derecho de daños. Por contra, una unificación meramente dogmática, sin duda interesante, no es el fin perseguido por ahora. El objetivo del esfuerzo propiciado por la UE es la necesidad de garantizar y promover el máximo desarrollo del mercado interior único, precisado de normas homogéneas.

⁵⁶ O. Lando, “The Future Development of European Civil and Commercial Law”, “The Influence of the Principles of European Contract Law on Dutch Law”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 231-240.

⁵⁷ P. Legrand, “Sens et non-sens d’un Code civil européen”, *Rev. int. dr. comp.*, 1996, pp. 779-812.

⁵⁸ J. Plaza Penadés, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), 2003, Thomson/Aranzadi, p. 315.

2. Un Código europeo de contratos de carácter global

20. El denominado “*Study Group on European Civil Code*” fue creado con ocasión de la Conferencia internacional sobre el tema “hacia un Código civil europeo” que tuvo lugar en la Haya en 1997 bajo los auspicios del Ministro de Justicia holandés y está presidido por el profesor C. Von Bar. Se trata de una agrupación de carácter exclusivamente científico e independiente de los Estados miembros y financiado por una serie de entidades privadas y fundaciones, que toma como punto de partida la investigación jurídica de base en el Derecho comparado de los contratos, que trabaja en distintos niveles, destacando el “*Coordinating Group*” que integra 30 miembros y que es el responsable de la redacción de los distintos “*working teams*”. Pues bien a partir de una Resolución de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 1994 se encargó al Grupo, la realización de un trabajo que fue presentado en junio de 1999 bajo el título “Estudio de los sistemas de Derecho privado respecto a las discriminaciones y la elaboración de un Código civil europeo”, donde, destacaba la necesidad de armonizar todas esas materias y, además, la gestión de negocios ajenos, para crear mayor transparencia y remover obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales incluidos en el TCE. De acuerdo con el estudio el ámbito de la armonización se extiende al Derecho de obligaciones, en general, y también a algunos sectores de los derechos reales, entre los que están llamados a adquirir un especial protagonismo los derechos mobiliarios de garantía, y a figuras que pueden estar a caballo entre el derecho de obligaciones y los derechos reales, como es el caso del trust. En concreto enumera los siguientes campos: Derecho contractual general, Derecho de compraventa, Derecho de contratos de servicios, incluidos los servicios financieros y los contratos de seguros, Derecho de garantías personales y Derecho de obligaciones no contractuales, Derecho de transmisión de propiedades en el caso de bienes muebles, Derecho de garantías crediticias y bienes muebles, Derecho de *trust*. Para el Grupo los trabajos deben encaminarse a la elaboración de un Código Civil europeo comentado y completado por referencias detalladas de Derecho comparado. Entre sus acciones cabe destacar el “Seminario Internacional sobre Unificación del Derecho Contractual Europeo” al que siguió una reunión del Grupo que tuvo lugar en Valencia los días 11 a 15 de junio de 2002⁵⁹.

21. Sin embargo, entre las alternativas a la unificación destaca el “Anteproyecto de Código europeo de contratos” (Libro I) redactado por el grupo de la “Academia de Pavía”⁶⁰ creada en 1992 bajo la iniciativa y coordinación del profesor G. Gandolfi y presidida en la actualidad por J.L. de los Mozos, que representa un esfuerzo por encontrar un medio de integración, mediante la ayuda de la legislación, entre los distintos Derechos europeos, concurriendo con otros intentos que se hallan animados

⁵⁹ C. Von Bar, “From the General Law of Contract to Patrimonial Law. Some observations Prompted by the Valencia Meeting of the Study Group on a European Civil Code”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 19-26.

⁶⁰ *Code européen des contrats (Livre premier)*, Milán, 2001. J.L. de los Mozos, “El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *La Ley*, D-216, 2002-5, pp. 1768-1776; A. Valiño Arcos, “Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto ‘Galdolfi’: Hacia la consecución de un ‘Code européen des contrats’”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 383-402; C. Vattier Fuenzalida, “El Anteproyecto de Pavía”, *ibid.*, pp. 419-436.

por la misma finalidad. Se trata de una empresa de extraordinaria complejidad que ha tomado como punto de partida el Derecho comparado y ha tenido muy en cuenta los resultados alcanzados por el Derecho uniforme en el sector y, frente a otras experiencias ha optado por establecer un “Código de reglas” y no un “Código de principios”, considerando de que es una necesidad impuesta por el “mercado único”, a la que no se da respuesta con las normas de Derecho internacional privado y con la Convención de Viena de 1980⁶¹. Detrás de estos trabajos subyace una ideología que rechaza el avance del “Derecho económico” resultante de la lógica de los Tratados y de las actuaciones comunitarias porque da lugar, en opinión de sus partidarios, a un constante deterioro en la integración del Derecho privado⁶², como puso de relieve la S TJCE de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89: “Marleasing”⁶³. Bajo el lema de que la codificación es el mejor de los instrumentos para lograr la integración europea, el proyectado texto insiste en las bondades de las respuestas otorgadas por codificación tradicional, que no pueden suplirse otras técnicas alternativas, tales como el desarrollo espontáneo de la actividad mercantil a través de la labor de las organizaciones empresariales, la intensificación del sistema de Directivas comunitarias y, por último, la promoción de un conjunto de principios comunes en materia contractual. Para este sector la técnica basada en los principios va en contra de las tradiciones jurídicas que configuran un supuesto acervo europeo que descansa en las tradiciones jurídicas latinas y germánicas y que se entrega a las propias de *common law* que tienen un carácter minoritario.

El Anteproyecto fue presentado ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior del Parlamento Europeo en Bruselas, el 16 de octubre de 2000. Con posterioridad, a partir de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeos de 11 de julio de 2001 sobre “Derecho contractual europeo”, parece haberse entrado en una nueva fase. Los redactores conscientemente han adoptado la técnica de elaborar un “Código único” como solución más adecuada, pues la divergencia de los diversos ordenamientos crea una serie de obstáculos insuperables que, en su opinión, no se pueden solventar acudiendo a las normas del Derecho internacional privado. Al respecto señalan la inhabilidad de la Convención de Roma de 1980 para resolver las cuestiones contractuales y a una notable dosis de discrecionalidad en los jueces que es susceptible de producir importantes incertidumbres jurídicas. Hasta ahora se ha elaborado un Libro I que consta de 173 artículos que comprenden lo que, en la tradición culta del *civil law*, se conoce como “teoría general del contrato” y buena parte de lo que los Códigos tratan en lo que llamamos la “parte general del Derecho de obligaciones”, aunque, desde la sistemática externa, parezca que sólo se trata del contrato. Tal circunstancia viene impuesta por las exigencias propias de la integración, al tener que aceptar, ya lo he dicho anteriormente, un concepto lato de obligación, propio del *common law*. El Libro I se estructura en once títulos: I. Disposiciones preliminares. II.

⁶¹ M.L. Ruffini Gandolfi, “Problèmes d’unification du droit en Europe et le Code européen des contrats”, *Rev. int. dr. comp.*, 2002, pp. 1075-1103; M.A. Parra Lucán, “Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa ¿Es posible un Código civil europeo?”, *Actualidad Civil*, 2002-36, pp. 1163-1176.

⁶² J.L. de los Mozos, “Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común”, *RDP*, 1993, pp. 211 ss.

⁶³ Como afirmase el TJCE en el presente asunto “al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano nacional que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la Directiva”, *Rec.* 1990, p. 4135.

Formación del contrato. III. Contenido del contrato. IV. Forma del contrato. V. Interpretación del contrato. VI. Efectos del contrato. VII. Cumplimiento del contrato. VIII. Incumplimiento del contrato. IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. XI. Otras anomalías del contrato y (sus) remedios.

22. Entre otras iniciativas, debe hacerse referencia al “Grupo de estudio de un Código civil europeo” que dirige el profesor E. Hondius e integra esencialmente a profesores universitarios procedentes de quince países entre comunitarios y candidatos, cuyos trabajos versan sobre los contratos de compraventa, de servicios, a corto y a largo plazo, de las garantías, de las obligaciones extracontractuales o de la transmisión de la propiedad de bienes mobiliarios, e incluyen un estudio comparado destinado a facilitar la elaboración de un proyecto exhaustivo comentado, sobre los ámbitos en cuestión, añadiendo una abundante bibliografía⁶⁴. Se trata de una importante labor claramente inspirada en el nuevo Código civil holandés⁶⁵.

23. Pese a la defensa mostrada por los partidarios de esta experiencia⁶⁶, existen importantes detractores que sin descartar las soluciones clásicas del Derecho internacional privado abogan por la bondad de las soluciones basadas en los principios⁶⁷. Si partimos de la idea de que la propia especificidad europea reside no en la eliminación de las diferencias sino en la sabia administración de la diferencias mismas, llegaremos a la conclusión de que instrumentos tan obsoletos y simples como un “código” no serán los adecuados para la solución de las cuestiones complejas⁶⁸. En la doctrina española la posición de S. Sánchez Lorenzo, que suscribimos plenamente, es contundente al efecto, al insertar en un reciente estudio una rúbrica sumamente expresiva: “Contra un Código civil europeo”. Entre lo argumentos esgrimidos está el problema constitucional derivado de la falta de una competencia comunitaria que suministre base jurídica suficiente para emprender una tarea de este tipo. A su lado está el argumento derivado de los límites espaciales del Derecho privado europeo: el Derecho comunitario permite solamente la unificación de los Derechos nacionales, incluidas las relaciones internas “cuando la diversidad de legislaciones afecte de forma sensible a las condiciones de competencia en el mercado” excluyendo cualquier diversidad jurídica que pueda implicar una disfunción en el mercado interior. Por eso, siguiendo con el planteamiento de S. Sánchez Lorenzo, al margen de ser un instrumento político, de entrañar el riesgo de un déficit democrático y de ir en contra de la nueva cultura jurídica basada en la descodificación, un Código civil europeo “sería por

⁶⁴ E. Hondius, “European Private Law: Survey 2000-2002”, *European Review of Private Law*, vol. 10. 2002, pp. 865-900; *id.*, “The Influence of the Principles of European Contract Law on Dutch Law”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 201-221.

⁶⁵ *Towards a European Civil Code*, Nimega, Kluwer, 1994.

⁶⁶ C. Castronovo, “Il diritto europeo dello obbligazioni e dei contratti. Codice o Restatement?”, *Europa e diritto privato*, 1998-4, pp. 1019 ss.

⁶⁷ M.J. Bonell, “The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law”, *Europa e diritto privato*, 1998-1, pp. 171 ss.

⁶⁸ Cf. C. Geertz, “Local Knowledge: Fact and Law in Comparative in Comparative Perspective”, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Nueva York, 1983, pp. 215-216.

definición no sólo contrario a los postulados competenciales del Derecho comunitario, sino también a sus propios límites de aplicación espacial”⁶⁹.

3. *Un Código europeo de contratos de carácter sectorial*

24. La naturaleza propia de las competencias comunitarias en la elaboración de un Derecho privado europeo dificulta la adopción de medidas generales en el marco de una visión amplia y sistemática que no afecte el complejo mecanismo existente en los Estados miembros en esta materia. La justificación competencial para elaborar un Código Civil europeo, siquiera sea de alcance sectorial, se suele justificar en el art. 95 TCE⁷⁰. Mas la adopción de este cuerpo legal con base en el referido precepto exigiría justificar la vinculación directa de esta acción con las necesidades de establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior. Dicho en otros términos, el precepto no confiere una competencia general al legislador europeo; éste sólo puede legislar cuando existe un obstáculo probable a la libre circulación de mercancías y a la competencia, no cuando existe un mero riesgo abstracto. Además, el concepto de “mercado interior”, como se desprende del art. 14.2º TCE, se refiere básicamente a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Parece pues contradictorio que las diferencias entre los Derechos privados nacionales sobre el régimen de los contratos no se hayan considerado restricciones injustificadas a las libertades de circulación y que, a pesar de ello, el buen funcionamiento de tales libertades exija eliminar tales diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales⁷¹.

Tomando en consideración la situación de competencial descrita será difícil aprobar un Código Civil de la UE completo según el modelo de los Estados nacionales. Ello no impide identificar algunas áreas del Código civil relevantes para el mercado interior y actuar en esas áreas con el fundamento jurídico del art. 95. Ahora bien, si se resumieran las Directivas ya existentes en un texto unificado y a ese texto se le agregaran los asuntos relevantes para el mercado interior, que todavía faltan por regularizar, entonces ya se habría logrado un “núcleo común” y el “punto de cristalización” de un Código civil europeo. Este podría ser el enfoque más realista bajo las circunstancias actuales.

El posible contenido de un Código civil europeo se infiere de la Comunicación de la Comisión que se plantea la cuestión de si es necesario mejorar la calidad de la legislación ya en vigor y aporta también algunos elementos de respuesta. Hay un acuerdo creciente sobre la necesidad de mejorar la calidad y la coherencia de las directivas. Se observa especialmente que la legislación comunitaria en materia de Derecho contractual debe basarse en principios que garanticen la coherencia de las normas comunitarias y que aseguren una buena incorporación en los Derechos nacionales; debería procurarse una mayor coherencia entre los instrumentos que rigen los contratos celebrados por los consumidores, así como una mayor uniformidad de su terminología. Si existiera una verdadera voluntad política de contar con una normativa europea en este sector, tal voluntad quedaría afirmada por encima de cualquier cuestión de interpretación del régimen competencial comunitario.

⁶⁹ S. Sánchez Lorenzo, “Hacia un Código civil europeo”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 388-399.

⁷⁰ M.C. García Garnica, “El ámbito material de la unificación del Derecho privado europeo: ¿Una unificación global o sectorial?”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 263-274.

⁷¹ S TJCE de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98: “R.F. de Alemania / Parlamento y Consejo”.

Tal y como se indicó anteriormente, la cuestión de las competencias está ligada estrechamente al eventual contenido de un Código civil europeo y esta última cuestión se debería debatir en la Comisión con extrema prudencia. El punto de partida sería tomar como referencia las directivas existentes; esto afecta especialmente a: los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; los derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; la celebración de contratos en venta a distancia o, en su caso, la regulación futura sobre la venta a distancia de servicios financieros y la compra de bienes de consumo. Y en una fase posterior podría procederse a los contratos de seguros y las obligaciones contractuales, señaladamente, el Derecho relativo a responsabilidad civil⁷².

VI. Recapitulación

25. La puesta en práctica del mercado interior obliga a la eliminación progresiva del particularismo entre las legislaciones nacionales, más allá del régimen de los contratos, extendiéndose hacia otros muchos sectores del Derecho privado: responsabilidad extracontractual, derechos reales, sociedades, situaciones concursales, etc. No obstante en el estado actual del Derecho comunitario, la limitación de las competencias de la Comunidad Europea impide alcanzar este objetivo desde el Derecho privado comunitario; por eso en la hora actual este ordenamiento comunitario sólo puede aspirar a desarrollarse por el mismo cauce puntual y fragmentario por el que ha discurrido hasta ahora, aunque tampoco han faltado críticas a la legitimidad competencial de algunas Directivas. Y, a este respecto, es menester distinguir entre ámbitos en los que sería necesaria una armonización por razones de operabilidad del mercado interior y por la necesidad de facilitar los intercambios comerciales y asegurar la efectividad de las decisiones judiciales, y aquellos otros ámbitos en los que no sea posible proceder de esta forma. Únicamente en los supuestos que tengan implicaciones transfronterizas es pertinente una armonización en una primera etapa. En los demás casos, la armonización no es necesaria y en muchos casos tampoco factible.

La pervivencia de una determinada concepción de un “código” no sólo se debe a la inercia de una tradición jurídica, sino, sobre todo, obedece a una determinada visión establecida que está en la base de la cultura científica del mundo occidental europeo continental; así concebido, el ideal de Código quedaría conformado por la formulación de un conjunto de normas con vocación de resolver en su integridad todos los problemas que pudiesen presentarse en un concreto sector del ordenamiento jurídico. Mas este enfoque, basado en normas concretas y determinadas para cada caso, no puede en modo alguno desmerecer la labor realizada al otro lado del Atlántico que tanta repercusión ha tenido en las modernas actividades de la unificación jurídica internacional y, en particular, en la elaboración de los Principios de Unidroit sobre contratos. El éxito de este instrumento, que corresponde a la mayor de las economías mundiales, su proyección a su entorno jurídico más inmediato como es Canadá, su adaptación más acertada a las necesidades de los comerciantes y su enfoque

⁷² Parlamento Europeo. Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, “Documento de trabajo sobre el acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros” (Ponente K.-H. Lehne), 6 de noviembre de 2000.

eminentemente contractualista, ponen de relieve que la moderna codificación mercantil debe mirar a ese instrumento en vez de limitarse a recopilar materias especialmente dispersas. No en vano se ha dicho de este instrumento que es una de las aportaciones más importantes del Derecho mercantil del siglo XX⁷³.

Tampoco puede desdeñarse, dentro de las distintas opciones que en la actualidad se barajan en la UE para uniformar el Derecho de los contratos, la elaboración de contratos tipo propiamente comunitarios. Existe la conciencia de que el empleo de estos instrumentos facilita las transacciones económicas, ahorra que las partes tengan que renegociar los términos contractuales en cada nueva transacción y, además, proporcionan cierto nivel de certeza a las partes. De tal suerte que en la práctica llegan a tener categoría reglamentaria. Pero en los intercambios transfronterizos las ventajas señaladas pueden desaparecer resultando con frecuencia muy difícil celebrar un contrato con una parte de otro Estado miembro que no respeta los términos de los contratos tipo a los que la otra parte está acostumbrada. En otras palabras, las partes de Estados miembros diferentes pueden estar acostumbradas a cláusulas diversas utilizadas habitualmente en sus países respectivos. Y es aquí donde la solución comunitaria podría resolver satisfactoriamente estos problemas “si se elaboraran contratos tipo destinados a ser empleados en toda la CE”, fomentando la Comisión la elaboración de tales contratos por las partes interesadas⁷⁴.

⁷³ C.M. Shmitthoff, *Commercial Law in Changing Economic Climate*, 2ª ed., Londres, 1981, p. 13.

⁷⁴ “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo” de 11.07.2001COM(2001) 398 final.