

HACIA UN DERECHO CIVIL INTERNACIONAL E UNIFORME

Francisco Oliva Blázquez
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

INDICE

1. Planteamiento del problema	3
2. El objeto de la investigación.....	6
3. Objetivos perseguidos con la investigación	7
4. Metodología jurídica.....	8
5. Estructura de la investigación	11
6. Propuesta de índice	17
7. Fuentes de la investigación	
7.1. Revistas jurídicas especializadas	22
7.2. Sitios especializados de Internet	22
7.3. Bibliografía.....	24
8. Primer borrador	36

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La idea del Derecho civil históricamente ha estado asociada a la imagen de la nación y de sus ciudadanos. Siempre se ha pensado (o mejor, se ha querido pensar) que el Derecho civil era el sector del ordenamiento jurídico en el que se reflejaba la idiosincrasia jurídica de un pueblo a través de sus propias instituciones, decantadas a lo largo de siglos de singular experiencia jurídica. Un Código civil, una cultura jurídica común y un lenguaje único: esos eran los componentes que permitían forjar una auténtica identidad nacional. Sin embargo, el mito de la asociación “Derecho civil-Nación” (pues en realidad siempre ha sido eso, un simple mito, una leyenda) recibe en la actualidad los embates de un proceso que, a nivel fundamentalmente europeo, aunque también a escala global, pretende la uniformización o armonización de determinados sectores del mismo, especialmente del Derecho de los contratos y las obligaciones. El mero planteamiento intelectual de un proceso como éste constituye un paso de una enorme trascendencia que en sí mismo redefine los perfiles clásicos del Derecho civil. No obstante, debe aclararse y precisarse a qué nos estamos refiriendo.

Como es bien sabido, todo comenzó con la incorporación de España a las Comunidades Europeas y la consiguiente cesión de soberanía del Estado, que ha dado lugar a la penetración paulatina del Derecho comunitario en unas estructuras jurídicas que habían vivido en la más completa autarquía durante el último medio siglo. El ingente acervo comunitario vigente en la actualidad en nuestro país atestigua la importancia de este proceso legislativo que tiene su origen en una organización supranacional. Hoy la doctrina jurídica no duda en señalar la existencia de un “Derecho civil comunitario”, formado por el conjunto de reglamentos y directivas que regulan de manera puntual (y, desgraciadamente, de forma desorganizada y confusa) cuestiones de naturaleza jurídico-privada, fundamentalmente ligadas a la figura del consumidor, aunque no únicamente.

Sin embargo, las instituciones europeas han considerado que lo realizado hasta este momento es insuficiente y manifiestamente mejorable, razón por la cual han decidido impulsar una línea de trabajo mucho más ambiciosa que nos

coloca directamente en el sendero que pretende conducir a una unificación jurídica cuya forma y límites están aún por definir. En este sentido, actualmente se está trabajando en la creación del llamado “Marco Común de Referencia”, cuya finalidad es la de establecer unos principios comunes del Derecho contractual así como una terminología compartida que sirva para superar las conocidas aporías técnicas de las directivas. Junto a esta iniciativa oficial existen numerosos trabajos de corte académico y privado, como los “Principios de Derecho de los Contratos Europeos”, el “Anteproyecto de Código civil Europeo”, los “Principios del Derecho de Daños” o, finalmente, los “Principios de Derecho de Familia sobre Divorcio y alimentos entre esposos divorciados”. Además, se está preparando un gran “Código civil de Derecho Patrimonial Europeo”, bajo la dirección del profesor alemán VON BAR, al que algunos acusan de cierta megalomanía y delirios de grandeza. La agitación intelectual que provoca todo este movimiento es enorme; por doquier se publican artículos y análisis, a favor o en contra, del proceso que se está llevando a cabo; se celebran congresos, encuentros y decenas de reuniones de estudio de aspectos concretos de la armonización jurídica; surgen revistas jurídicas especializadas en el Derecho privado europeo, monografías, tratados jurídicos, etc. No exagera Encarna ROCA al afirmar que nos encontramos ante un momento histórico, puesto que un importante período creativo está teniendo lugar en la actualidad en Europa en el campo del Derecho privado¹. Como civilistas no podemos permanecer impávidos, impertérritos y mantenernos al margen, en una actitud a la par soberbia e insensata, mientras juristas de otros países deciden nuestros destinos.

Pero este proceso no se acaba en las fronteras de la Unión Europea, al contrario, las desborda, si bien, debe reconocerse, de manera más limitada y modesta. Efectivamente, el fenómeno de la globalización también alcanza al Derecho privado contractual, que está siendo objeto de uniformización desde los años setenta del siglo XX por la célebre Comisión de las Naciones Unidas conocida por el acrónimo de UNCITRAL. A ella debemos la Convención de

¹ Encarna ROCA I TRÍAS, “Codification in Catalonia and in Europe. The Civil Code as instrument for legal policy”, en, Guillermo PALAO MORENO, Lorenzo PRATS ALBENTOSA, M^a José REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2003, p. 340.

Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que actualmente es el texto uniforme que más éxito y aceptación ha tenido en la comunidad internacional, o la reciente Convención de 2005 sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, que está destinada a jugar un papel crucial en el futuro de los contratos comerciales electrónicos. Incluso, se empieza a debatir sobre la necesidad de crear un Código de Comercio Transnacional².

A nivel estrictamente particular, no oficial, UNIDROIT lleva muchos años trabajando en la unificación del Derecho privado. Sus textos jurídicos siempre han sido tan numerosos como poco conocidos, hasta el punto de que mayoritariamente han pasado desapercibidos, incluso dentro del mundo académico (con la excepción de las malogradas Leyes Uniformes de la Haya de 1964). No obstante, el instituto romano tuvo la audacia de preparar los llamados “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, que han tenido sin duda una acogida muy diferente. El sector empresarial los ha considerado como un texto moderno y apropiado para responder a los problemas que plantea el comercio en la actualidad, mientras que la doctrina jurídica los ha convertido en objeto de sus concienzudos estudios (numerosísimos), en cuanto han sido percibidos como una especie de punta de lanza o vanguardia de una legislación venidera en la que la *lex mercatoria*, el derecho creado por la práctica empresarial, sustituye y moderniza a las clásicas instituciones del Derecho privado.

A pesar de que todos estos eventos son conocidos por la mayoría de los juristas, son numerosos los interrogantes que se plantean en la actualidad. ¿Son todos estos textos e iniciativas compatibles entre sí, o se excluyen mutuamente? ¿Puede crearse en Europa un Código civil que sustituya a los códigos nacionales? ¿Cuál es el papel que están jugando los juristas en este momento? ¿Qué pretenden realmente las instituciones europeas? ¿Se creará un Código o una suerte de *Restatement*? ¿Existe un déficit democrático en todo este proceso, calificado por algunos como tecnocrático? ¿Qué valor jurídico tendrá un futuro texto regulador de la contratación europea? ¿Es

² Michael Joachim BONELL, “Do We Need a Global Commercial Code?”, *Uniform Law Review*, 2000, pp. 469-481

posible la unificación en otros sectores diferentes del estrictamente patrimonial? ¿Qué utilidad tienen los trabajos que ya se han concluido?, etc. Estas cuestiones, o más bien, este arsenal de dudas acumuladas por el que esto escribe es el elemento desencadenante del presente proyecto de investigación, a través del cual pretendemos penetrar en la esencia del proceso de uniformización para así estar en condiciones de responder a las preguntas planteadas.

2. EL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El proyecto de investigación que presento al concurso de acceso de funcionarios docentes de Universidad, y que pretendo desarrollar caso de obtener la plaza, se titula “**Hacia un Derecho civil internacional e uniforme**”. El título escogido refleja la preocupación principal que guiará la investigación, y que no es otra que la demostración de que se está construyendo, a nivel europeo y en menor medida mundial, un Derecho civil de carácter supranacional y uniforme, que acabará, de una forma u otra, influyendo en la legislación nacional de todos los países involucrados en dicho proceso.

Así pues, el objeto de esta investigación es precisamente el proceso de armonización jurídico-privado descrito sucintamente en el anterior epígrafe. No obstante, el jurista e investigador debe analizar los datos de forma crítica y racional. Por ello, no podemos limitarnos a describir, de manera aséptica y objetiva, como si fuéramos simples cronistas de la realidad, cuáles son las vías que se han abierto para alcanzar el objetivo de la unificación, presentando a sus protagonistas, sus resultados, *modus operandi*, etc. Junto a esta tarea, imprescindible como punto de partida metodológico, convive la de estudiar y enjuiciar de manera analítica y lógica el contenido de todo este proceso. Por ello, tendremos que empezar por preguntarnos si es o no necesario unificar el Derecho Europeo, si es imprescindible dar un paso más que supere el margen armonizador que actualmente viene representado por las directivas. Afrontaremos igualmente las distintas cuestiones de metodología jurídica que se plantean para poder llevar esta tarea, desmesurada y casi faraónica a poco que uno piense en ello. Y por supuesto nos adentraremos en el análisis de los

resultados materiales que se han alcanzado hasta el momento, puesto que aquí radica la importancia de todo el proceso de armonización: en determinar de qué forma va a cambiar nuestras normas jurídicas, nuestras leyes y, en definitiva, la resolución de los distintos problemas que se plantean en nuestra sociedad, pues eso y nada más es el Derecho. En este momento descubriremos que el Derecho civil cultivado en nuestro país puede cambiar (está cambiando) de manera especialmente notable, y esos cambios tendrán su origen en un proceso de internacionalización y armonización que hoy en día está teniendo lugar.

3. OBJETIVOS PERSEGUIDOS CON LA INVESTIGACIÓN

- Mostrar y clarificar en la medida de lo posible el progresivo proceso de armonización del Derecho civil en el marco de la construcción europea y de la globalización.
- Poner de manifiesto las insuficiencias que imposibilitan al Derecho privado comunitario como instrumento de armonización.
- Destacar la importancia de constitucionalizar la construcción del Derecho privado europeo, introduciendo la cuestión de la justicia social en la agenda de los trabajos a realizar.
- Exponer ordenadamente los trabajos que se están llevando a cabo, así como sus resultados.
- Analizar críticamente la propia necesidad y la viabilidad del proyecto de construcción de un Derecho civil uniforme.
- Demostrar como la aproximación epistemológica de los sistemas del *civil law* y el *common law* es completamente posible.
- Advertir de que actualmente nos encontramos ante un proceso de armonización descentralizada en virtud del cual los principios jurídicos de *soft law* penetran paulatinamente en los ordenamientos jurídicos nacionales.

- Señalar que los textos que se han ido desarrollando son una expresión muy avanzada de un Derecho común y el embrión de una futura legislación que de una forma u otra acabará integrándose en los Estados de la Unión Europea.
- Destacar la importancia de la nueva *lex mercatoria* como fuente de soluciones jurídicas modernas y adaptadas a la nueva realidad social.
- Demostrar, finalmente, que nos encontramos ante una fase más de la llamada discontinuidad histórica del Derecho civil.

4. METODOLOGÍA JURÍDICA

La metodología jurídica implica fijar un conjunto ordenado de reglas que permitan guiar al conocimiento para conseguir un determinado saber teórico con garantías de objetividad y validez (se ha dicho que es ciencia de la ciencia en reflexión de sí misma como objeto de investigación). La idea del método en el Derecho ha sido objeto de graves discusiones que, en muchas ocasiones, han girado en torno a la propia oportunidad de su existencia. Así, mientras PUGLIATTI consideró que se trataba de un instrumento indispensable y proceso de autoconstrucción de la ciencia³, RADBRUCH manifestaba su aversión a la idea del método cuando afirmaba que “las ciencias que tienen que ocuparse de su propia metodología son ciencias enfermas”⁴. Habría que añadir que, como suele decirse, el método en el Derecho pasa por caminar y abrir camino. No obstante, es indudable que el método jurídico nos sirve para determinar la investigación, y en ese sentido es necesario realizar algunas precisiones sobre la metodología jurídica a emplear en el desenvolvimiento del presente proyecto.

³ Salvatore PUGLIATTI, “Nota su continuo e discontinuo”, en PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 294, citado por Vincenzo SCALISI, “Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento”, en Vincenzo SCALISI, *Categorie e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 6.

⁴ Gustav RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1969, 12^a ed, p. 253. Citado por Konrad ZWEIGERT, Hein KÖTZ, “Introducción al derecho comparado”, México D.F., Oxford University Press, 2002.

Por de pronto, abandonamos la idea de cualquier formalismo rígido, o si se quiere, de un conceptualismo puro que implique un abuso de la dogmática jurídica. El conceptualismo, a lo sumo, debe ser teleológico, puesto que los conceptos no son previos al Derecho, al contrario, le sirven a éste para solventar los problemas que se presentan en la realidad social. Sólo en este sentido pueden los conceptos vivir y aguantar los golpes que le llegan desde ciertos sectores del postmodernismo jurídico que proponen la construcción de un Derecho sin fundamentos estables.

Por otro lado, en la teoría de la metodología jurídica suele distinguirse entre el “textualismo” (especialmente en el seno del Derecho comparado), o análisis basado en la letra del texto jurídico (literalidad), en la regla jurídica (*rule of law*), y el “contextualismo”, que es un análisis basado en las distintas circunstancias políticas, económicas y sociales que condicionan o influyen en la aplicación del texto. Estas categorías no son más que otra forma de expresar la oposición entre la interpretación exegética y los diferentes métodos superadores del positivismo jurídico formalista. En cualquier caso, me parece evidente que la interpretación contextual es la única válida, so pena de incurrir en el conceptualismo abstracto y estéril del que nos acabamos de alejar expresamente. En otras palabras, no pretendo hacer un mero ejercicio de recopilación de “legislación comparada” (a ello conduce el textualismo), sino un ejercicio crítico basado en la interpretación multidisciplinar. Se trata, en definitiva, de la metodología pluralista, que inaugura para el Derecho la “era del pensamiento del molteplice”⁵, y que considero básica en una sociedad globalizada en la que el proceso de pluralización de la realidad social, en su infinita variedad, no hace más que crecer y aumentar.

Teniendo en cuenta estos dos parámetros de actuación, y especialmente la idea de la metodología pluralista, las líneas metodológicas que emplearemos serán las siguientes: metodología comparada, histórica, sociológica y, finalmente, análisis económico del Derecho.

⁵ SCALISI, “Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento”...*op. cit.*, p. 34.

El punto de partida de toda la metodología comparada es la idea de que todas las sociedades tienen problemas similares, de que pueden aplicar aparentemente diferentes soluciones pero, al final, llegan a resultados bastantes parecidos (*praesumptio similitudinis*). Arrancando de este silogismo, la labor del comparatista pasa por estudiar, de una manera analítica, problemas o instituciones legales similares o que cumplan una misma función (principio de *equivalencia funcional*), contraponiendo las soluciones aportadas para, finalmente, formular una teoría general. No obstante, ese momento, amén de constituir la razón de ser del método comparatista, es extraordinariamente delicado, pues el comparatista debe formular un sistema o una teoría con vocación de universalidad. El investigador cuenta, desde un punto de vista metodológico, con las siguientes opciones:

- Escoger una solución de un determinado sistema: teoría de los *legal transplants* de WATSON.
- Extraer una solución común a todos los sistemas: *common law approach* (término que debe su nombre al proyecto del Profesor Rudolf SCHLESSINGER continuado actualmente por el Grupo de Trento).
- Proponer o ingeniar una nueva solución: *better law approach* (sistema empleado por los PECL o los Principios de UNIDROIT).

Con independencia de lo que pueda decirse más específicamente en su lugar, es evidente que esta última solución es la más adecuada a los fines del Derecho. Además, tendremos la oportunidad de analizar una nueva dimensión de la teoría de los trasplantes legales: el tránsito de sistemas legales se produce desde los principios de *soft law* (normas no imperativas y descentralizadas) hacia los ordenamientos jurídicos nacionales.

El análisis histórico debe tenerse en cuenta en todo momento. La ciencia jurídica, afirmaba el citado PUGLIATTI, nace de la historia, un flujo perenne que se encuentra en la consciencia humana del jurista con el sistema rígido y aparentemente inmóvil de los conceptos. Comparatistas de la talla de GORDLEY, ZIMMERMANN o STEIN han basado sus investigaciones en una visión histórica. La historia nos ayudará a comprender el actual proceso de armonización o unificación jurídica en toda su dimensión, y nos permitirá

formarnos una actitud crítica ante dicho proceso (la insuficiente democratización, el ideal economicista, el debilitamiento del principio de justicia social, etc.)

La metodología sociológica del Derecho es otro pilar fundamental: se trata de indagar en la realidad social del objeto de la investigación (la sociedad europea y sus instituciones en el actual proceso de armonización e integración), penetrando en la esencialidad de los problemas de nuestro tiempo, tal y como pusieron de manifiesto los estudios de SALLEILES, LAMBERT o, más recientemente, SACCO, que encuadran sus análisis comparatistas desde un punto de vista sociológico.

Finalmente, las relaciones de la economía con el Derecho son irrefutables, y por ello el jurista, con todas las prevenciones que el principio de la prudencia le exige en su condición de investigador, debe recurrir al análisis económico del Derecho, que otorga la posibilidad de interpretar y explicar las normas jurídicas de forma que los postulados de las leyes económicas puedan cumplirse mejor. En un proceso como el actual, en el que se plantea la oportunidad de armonizar el Derecho privado europeo, habrá que tomar en consideración si los objetivos de bienestar social y máxima riqueza pueden o no conseguirse a través de este *modus operandi*.

5. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

La estructura de la investigación es una parte esencial de cualquier proyecto investigador, puesto que mediante la misma el investigador pone de manifiesto de qué manera pretende aproximarse al problema planteado y cómo desea desenvolver su tarea analítica e indagadora.

Ante todo, y como punto de partida, he optado por llevar a cabo una serie de delimitaciones previas o preliminares que, en el fondo, revelan una opción conceptual determinada que me servirá para estructurar toda la investigación. Efectivamente, el centro neurálgico del trabajo reside en la distinción entre tres ideas o nociones básicas: Derecho comunitario europeo, Derecho privado europeo y Unificación global del Derecho de la contratación. Aunque los tres

conceptos tienen en común las notas de la internacionalidad y de la aspiración a una cierta armonización, se diferencian claramente entre sí, y por ello entendemos que no deben confundirse en ningún caso. El primero es un Derecho vigente e imperativo que rige en el territorio de la Unión Europea y que ha sido creado por las instituciones comunitarias para resolver problemas concretos relacionados con el Derecho privado. El segundo no es un Derecho propiamente dicho; a lo más, se trata de un conjunto de normas de rango inferior, puesto que no goza de la naturaleza de Derecho necesario (*soft law*). Bajo el concepto de Derecho Privado Europeo ubicamos a todos los textos jurídicos que se han creado por los diferentes grupos académicos europeos, así como la elaboración actual del Marco Común de Referencia bajo los auspicios de Bruselas. Puede decirse que mientras aquél es el presente y, en cierto modo, a la vez el pasado, este es el futuro. Finalmente, a nivel global se están creando textos de naturaleza legal, imperativos en tanto que se incorporan a convenciones internacionales, bajo la égida de UNCITRAL, que denominamos Derecho privado supranacional o internacional, y cuyo ámbito de aplicación es mucho más reducido y modesto que el de los anteriores desde un punto de vista material u objetivo. Partiendo de estas categorías esenciales, el proyecto ha sido estructurado de la forma que a continuación se expondrá.

El primer bloque del estudio está dedicado a la llamada “europeización del Derecho civil”. Tras exponer a qué nos referimos con dicha expresión, comenzaremos analizando el Derecho privado comunitario, empezando por su propio concepto y continuando con su contenido específico. Así, se expondrán de forma sucinta y sistemáticamente ordenadas en bloques temáticos las distintas directivas que han legislado sobre materias de Derecho privado en el sentido amplio de la palabra, esto es, incluyendo al Derecho civil, mercantil e internacional privado (excluyendo no obstante al Derecho del Trabajo). El estudio del Derecho privado comunitario se concluye con una reflexión crítica en torno a la labor que han desempeñado las directivas como instrumento de armonización jurídica en la Unión Europea. Comprobaremos en tal momento que este mecanismo legislativo se ha mostrado como ineficaz, por razones de la más variada etiología que serán analizadas con todo detalle, para conseguir

el objetivo de la seguridad jurídica y estabilidad de las normas europeas de Derecho privado.

Precisamente el fracaso o las insuficiencias de las directivas son la causa última de que se empezara a hablar de la necesidad de construir un Derecho privado europeo más coherente y seguro que el comunitario. Por ello, la creación de dicho Derecho será el centro de estudio de esta segunda fase del proyecto de investigación. A efectos sistemáticos o estructurales, procederemos de la siguiente forma:

a) El punto de partida de todo el Derecho privado es precisamente la persona, en cuanto destinataria y protagonista de las relaciones jurídico-privadas. Sin embargo, todos los trabajos de unificación han ignorado por completo la cuestión de determinar el concepto de persona, entre otras cosas porque dicho concepto se encuentra recogido de manera insuficiente, fragmentaria y confusa en el Derecho derivado comunitario. No obstante, la Constitución Europea, a través de la incorporación en su segundo Título de la Carta de Niza, enumera los derechos y deberes de los ciudadanos de la Unión, estableciendo de tal manera un estatuto jurídico de la persona. Así pues, debemos empezar por analizar la incidencia que tendrá (si es que algún día llega a tenerla) la Constitución Europea en la construcción del Derecho privado europeo al proporcionar o permitir construir un concepto de persona. Por otro lado, desde que el “Study Group on Social Justice in European Private Law” publicara su conocido manifiesto a favor de una mayor implicación de la idea de justicia social en la construcción del Derecho europeo de los contratos, los trabajos sobre esta cuestión se han multiplicado en la doctrina jurídica. Por ello, tendremos que detenernos en una cuestión que, en principio, será apuntada, para ser objeto de desarrollo más adelante: la constitucionalización del Derecho europeo de los contratos.

b) A continuación describiremos, de la forma más clara posible, los hechos, esto es, la realidad de los acontecimientos que han conducido al proceso de construcción del Derecho privado europeo. Para ello, distinguiremos entre lo que tradicionalmente viene siendo conocido como “impulsos oficiales e impulsos académicos”. Así pues, analizaremos la labor de las instituciones

comunitarias, centrándonos en el estudio teleológico de las distintas resoluciones del Parlamento Europeo y de las comunicaciones del Consejo. Igualmente, llevaremos a cabo una exposición de los grupos académicos más relevantes, explicando su origen, composición y aportaciones más relevantes al proyecto unificador.

c) Una vez conocidos los hechos, la incontestable realidad de los acontecimientos vividos en Europa, llega el momento de reflexionar sobre los mismos. ¿Está justificada la generación de un Derecho privado europeo? Es cierto que podríamos empezar el trabajo planteándonos esta pregunta, pero entiendo que el proceso de unificación es una realidad que no puede ser ignorada, y por ello, a efectos metodológicos, considero más conveniente comenzar, como he dicho antes, por exponer los hechos, para luego someterlos a una crítica razonada. En cualquier caso, son muchos los argumentos a favor y en contra de la armonización jurídica que se manejan, y todos ellos serán objeto de pausado análisis. Desde un punto de vista metodológico este momento del proyecto de investigación es crucial, pues de la respuesta que demos a la pregunta formulada dependerá el desarrollo del resto del trabajo investigador.

d) A continuación abordaremos las cuestiones metodológicas. La unificación plantea una serie de retos metodológicos nada desdeñables que deben ser resueltos. En consecuencia, hay que detenerse brevemente en explicar el método comparatista y las opciones que el mismo proporciona, optando expresamente por alguna de ellas. Igualmente, hay que determinar qué tipo de texto legal quiere crearse, un código propiamente dicho, con todo lo que la técnica codificadora implica, o un *restatement*, una suerte de *soft law* carente de fuerza imperativa. Finalmente, haré alguna referencia a un curioso debate que se ha iniciado en el seno de la doctrina jurídica europea entre aquellos que, no se sabe si consciente o inconscientemente, han querido rescatar la célebre polémica que sostuvieron Savigny y Thibaut en torno a la necesidad de crear un Código civil para Alemania, trasladándola sin más al escenario de la unificación del Derecho privado europeo.

e) Finalmente, hay que analizar cuál ha sido (o está siendo) el objeto material de los trabajos de unificación que se están llevando a cabo. Estructuraremos dicho estudio en torno a cinco campos: Derecho de obligaciones y contratos, Derecho de daños, otras cuestiones de Derecho patrimonial privado, Derecho de familia y Derecho de sucesiones. El estudio que se llevará en este punto no busca explicar, precepto a precepto, el contenido normativo de cada uno de los textos creados, pues tal tarea excedería con creces los límites de esta investigación. Más bien pretendo indagar en dichos textos con la finalidad de exponer las líneas básicas de la regulación propuesta, destacando o haciendo especial hincapié en aquellas opciones técnicas que resulten más importantes y novedosas desde un punto de vista jurídico. Así, habrá que explicar la desaparición de la causa del contrato, la unificación del régimen de incumplimiento, el sistema de responsabilidad por daños, las causas de divorcio, etc. A modo de conclusión, se hará alguna reflexión sobre el lugar en el que queda el Derecho de consumo dentro de todo el proceso unificador.

f) En este momento estaremos en condiciones de alcanzar algunas conclusiones que nos permitan delimitar cuál es el valor o el alcance real de todos los trabajos de unificación llevados a cabo. Y en este sentido habremos de centrarnos en el hecho de que los diferentes textos normativos son, de momento, un referente muy importante para la actualización y modernización de la legislación nacional. La teoría de los *legal transplants*, de WATSON, celeberrima en el campo del Derecho comparado, ha modificado los términos de su formulación, en el sentido de ya no es un modelo nacional el que se exporta hacia otro sistema legal, sino un modelo armonizante, como el de los PECL, el que penetra en el Derecho nacional. Así lo ha puesto de manifiesto la reforma del régimen de obligaciones y contratos del BGB, uno de los acontecimientos más trascendentales que han ocurrido en el Derecho civil europeo en los últimos años. Esta función es la que queremos destacar, ya que debe hacerse saber a la doctrina jurídica y al legislador español que esta es la vía más adecuada para modernizar un Derecho civil que en algunos puntos se muestra especialmente ineficaz por su arcaísmo y por la escasa funcionalidad de sus soluciones.

g) El segundo bloque del proyecto está dedicado al estudio de la “Unificación internacional del Derecho de la contratación”. En este momento se abordan los efectos que la globalización ha tenido sobre el sector de la contratación, que ha sido unificado con un éxito sin precedentes a través de la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. Pero también hay que analizar los *Principios de los Contratos Comerciales Internacionales*, en cuanto expresión contemporánea de la llamada nueva *Lex Mercatoria*. Tal y como dijimos anteriormente, la importancia de los mismos no reside solamente en el hecho de que hayan tenido una buena acogida por parte de los empresarios, sino en que se trata de un texto que recoge, de forma ordenada y sistematizada, los principios y el *modus operandi* del Derecho comercial, convirtiéndose de esta forma en el depositario de unas normas modernas que modifican los perfiles del clásico Derecho civil. Es en este aspecto en el que nos detendremos especialmente, para ilustrar un nuevo giro del fenómeno de la discontinuidad histórica del Derecho civil.

6. PROPUESTA DE ÍNDICE

I. PLANTEAMIENTO

II. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

1. Previo: Derecho privado comunitario y Derecho privado europeo

2. El Derecho privado comunitario

2.1. La formación de un “derecho privado comunitario”: concepto

2.2. Contenido del derecho privado comunitario

2.2.1. Derecho civil comunitario

A) Derecho de la persona.

B) Derecho de las obligaciones y contratos: el consumidor europeo

C) Derecho de daños

D) Derecho de la propiedad intelectual e industrial.

E) Garantías reales mobiliarias: la fracasada aventura de la reserva de dominio

2.2.2. Derecho mercantil comunitario

2.2.3. Derecho internacional privado comunitario

A) El florecimiento del instrumento conflictual en la Unión Europea

B) Los proyectos Roma I y Roma II

2.3. Conclusión: las insuficiencias de las directivas como instrumento de armonización

3. El Derecho Privado Europeo

3.1. Constitución Europea y Derecho privado europeo.

3.1.1. Introducción.

3.1.2. Carta de Niza y ciudadano europeo.

3.1.2. La necesidad de constitucionalizar el Derecho europeo de los contratos.

3.2. La construcción del Derecho privado europeo

3.2.1. Impulsos políticos de las instituciones comunitarias

- A) La génesis parlamentaria
- B) El impulso dado por la Comunicación de la Comisión de 11 de julio de 2001
- C) El Plan de Acción de la Comisión (Comunicación al Parlamento y al Consejo de 12 de febrero de 2003)
- D) Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro:
 - 1) Comunicación al Parlamento y al Consejo de 11 de octubre de 2004
 - 2) La Red Conjunta sobre Derecho Privado Europeo y los “Principios comunes del Derecho Europeo de Contratos” (CoPECL)
- E) El último impulso del Parlamento: la Resolución de 23 de marzo de 2006
- F) Conclusión: La utopía del Código civil Europeo y la armonización sectorial del derecho contractual como estadio actual del proceso emprendido

3.2.2. El papel relevante de los estudios académicos

- A) El Grupo de Pavía.
- B) “Common Core” de Trento
- C) La Comisión de Derecho contractual europeo o Comisión LANDO
- D) Grupo de Estudios para el Código Civil Europeo o Grupo VON BAR
- E) El Grupo del Acquis communautaire o “Acquis Group”

- F) Grupo Europeo en Derecho de daños
- G) Comisión sobre Derecho de Familia europeo
- H) Otros Institutos y Academias

3.3. Sobre la necesidad de unificar el Derecho civil europeo

3.3.1. Argumentos en contra: la oposición vehemente de LEGRAND y el problema competencial de la UE

3.3.2. Argumentos a favor

- A) Razones políticas y económicas
- B) Argumentos históricos
- C) *Common law* versus *civil law*: una dualidad superable
- D) La manifiesta insuficiencia de la unificación de las normas de derecho internacional privado
- E) Otros argumentos

3.4. Cuestiones metodológicas

3.4.1. El renacimiento del método comparatista: Derecho comparado y armonización

3.4.2. Un falso debate: THIBAUT (codificadores) versus SAVIGNY (cultivadores) en la unificación del derecho privado europeo

3.4.3. ¿Codificación (*hard law*) o *restatement* (*soft law*)?

- A) Unificación desde arriba (codificación) o desde abajo (*restatement*)
- B) La opción de la Comisión Europea por el “marco común de referencia” y el “nuevo instrumento facultativo”: hacia el *restatement* europeo

3.5. El ámbito objetivo de la unificación

3.5.1. Derecho de obligaciones y contratos

- A) El protagonismo de la unificación del derecho de obligaciones y contratos en los trabajos académicos.

B) Breve consideración de las opciones técnicas más importantes

- i) La desaparición del “Derecho de obligaciones”
- ii) La eliminación de la distinción entre contratos civiles y mercantiles
- iii) ¿Hacia un derecho de los contratos *sine causa*?
- iv) La unificación del régimen del incumplimiento y sus remedios

C) Las líneas básicas del régimen de los PECL

3.5.2. Justicia Social y Derecho contractual europeo

A) Justicia y equilibrio contractual

B) La prohibición de discriminación en las relaciones contractuales privadas: hacia una teoría general europea sobre la *Drittwirkung der Grundrechte*

3.5.3. Derecho patrimonial privado

A) La conveniencia de unificar otros aspectos del Derecho Patrimonial Privado.

B) La unificación del Derecho de daños: los *Principles of European Tort Law*

C) Otras cuestiones de Derecho patrimonial privado: el trabajo del Grupo sobre un Código civil europeo.

3.5.4. Derecho de familia y Derecho de Sucesiones

A) Introducción

B) Los Principios de Derecho de Familia sobre divorcio y alimentos entre esposos divorciados

C) Derecho de sucesiones.

D) Conclusiones

3.5.5. La cuestión del Derecho del consumo europeo

3.6. Conclusión: el valor actual de los trabajos de unificación

A) El proceso de armonización como referente para la actualización y modernización de la legislación nacional (armonización descentralizada)

B) El ejemplo de la reforma del BGB en materia de Derecho de contratos y obligaciones

3.7. Epílogo: La necesidad de alcanzar la unificación jurisprudencial

III. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN

1. La globalización y el Derecho uniforme

2. La unificación del Derecho conflictual

3. La unificación del Derecho material

3.1. UNCITRAL y la unificación del Derecho privado

3.2. La CISG como Derecho de la contratación internacional

3.3. La Convención de Naciones Unidas sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

4. La nueva *lex mercatoria*.

4.1. Los Principios de los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT como expresión de la *nueva lex mercatoria*.

4.2. La discontinuidad histórica del Derecho civil y la *nueva lex mercatoria*.

7. FUENTES

7.1. Revistas Jurídicas Especializadas

- *Europa e Diritto Privato*,
- *Electronic Journal of Comparative Law* (<http://www.ejcl.org>),
- *European Community Private Law Review*
- *European Law Journal*, <http://www.europeanlawjournal.com>.
- *European Review of Contract Law*, http://www.degruyter.de/rs/280_7944_ENU_h.htm.
- *European Review of Private Law*.
- *Newsletter European Private Law* (<http://www.jura.uni-freiburg.de/newsletter/NEPL/>).
- *Rivista di Diritto della Famiglia e delle Sucessioni in Europa*
- *Schweizerische Zeitschnft für internationales und europäisches Recht*.
- *The Journal of Comparative Law*, <http://www.wildy.co.uk/jcl/>
- *Uniform Law Review*

7.2. Sitios especializados de Internet

- Acquis Group. European Research Group on Existing EC Private Law, <http://www.acquis-group.org/>
- Arbeitsgruppe "Kreditsicherheiten in den Ländern der EU", <http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/Kreditsicherheiten.html>
- British Institute of International and Comparative Law, <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>
- CISG Data base. Pace Law School. <http://www.cisg.law.pace.edu/>
- Commission on European Contract Law http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html
- Commission on European Family Law, <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>
- Corterier's Commentary on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://www.ccisg.org/>
- The Database Group (on case law), http://icd.recherche.jm.u-psud.fr/php/search.php?PLACE=ASK_SEARH_METHOD&LANGUE=2;
<http://www.jm.u-psud.fr/icd/>
- ERA. Academy of European Law, <http://www.era.int/web/en/html/index.htm>
- European and Comparative Private Law Page, <http://civil.udg.es/epclp/>

- European Contract Law (Sitio oficial UE sobre unificación Derecho contractual),
http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm
- European Group on Tort Law, <http://civil.udg.es/tort/>
- European Legal Studies Institute, <http://www.elsi.uos.de/>
- European Private Law, <http://www.eulaw.soton.ac.uk/europriv/>
- Fundamental Rights und Private Law, <http://www.fundamentalrights.uni-bremen.de/>
- Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, <http://www.law.kuleuven.ac.be/casebook/procedural.php>
- IUSCOMP. The Comparative Law Society, <http://www.iuscomp.org/>
- Joint Network on European Private Law, <http://www.copecl.org/>
- Project Group "Restatement of European Insurance Contract Law" <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/>
- Rome Convention.org. http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_es.htm
- SECOLA, <http://www.secola.org/>
- Study Group on a European Civil Code, http://www.sgecc.net/index.php?subsite=subsite_4&id=5
- The Common Core of European Private Law. <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>
- The European Legal Development Project, <http://eld.law.cam.ac.uk/>
- The Working Team on Gratuitous Contracts, www.elsi.uos.de/privatelaw/schmidt-kessel.
- The Working Team on Loan Agreements, www.jur.uva.nl.
- The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, or "Economic Impact Group" <http://www.tilburguniversity.nl/tilec/>
- UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/>
- UNIDROIT, <http://www.unidroit.org/>
- UNILEX, <http://www.unilex.info/>

7.3. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R., “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2001, 209, pp. 10 y ss.

ALPA, Guido, “La Comunicazione N. 398/2001/CE sulla armonizzazione del diritto privato. Una premessa al dibattito”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001/2, 425-426

- “European Community Resolutions and the Codification of Private Law”, *ERPL*, 2000/2, p. 327.
- “Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción”, *Revista de Derecho Privado*, Marzo-Abril 2003, pp. 210 a 214.

ALPA, Guido, Emilio Nicola BUCCINO (dirs.), *Il Codice Civile Europeo. Materiali dei seminari 1999-2000. Raccolti da Guido alpa, Emilio Nicola Buccino*, Giuffrè, Milano, 2001.

ALPA, G., M.J. BONELL, LD. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma, 1999,

ARROYO I AMAYUELAS, Esther, Antoni VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, *La Ley*, nº 5482, 14.02.2002, pp. 1-6

BANAKAS, Stathis, “European Tort Law: is it Possible?”, *ERPL*, 2002, 3, pp. 366, 376 y 377.

BARRÉS BENLLOCH, M^a P., J. EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *Principios de Derecho contractual Europeo. Los Trabajos de la Comisión Lando*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003.

BASEDOW, Jürgen, “Il diritto privato europeo. Chimera o realtà?”, en *Studi in onore di Pietro Rescigno, I. Teoria Generale e Storia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 140.

- “Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid”, *ERPL*, 2001, p. 46, núm. 25.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995

BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2001; Nicola LIPARI, *Diritto privato europeo*, I y II, Padova, 1997.

BERGER, Klaus Peter, “The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new lex mercatoria”, *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 153 a 170.

- “The Principles of European Contract Law and the Concept of the “Creeping Codification of the law”, *ERPL*, 2001, pp. 34 y ss.

BERNARD, N., “The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity”, *CMLR*, vol. 33, 1996, pp. 640-641.

BOELE-WOELKI, Katharina, “Principles and Private International Law- The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of

European Contract Law. How to apply Them to International Contracts, *Uniform Law Review*, 1996, p. 652.

- "The Road towards a European Family Law", *EJCL*, 1.1. November 1997.
- "The Principles of European Family Law", *Utrecht Law Review*, Volume 1, issue 2, 2005, pp. 160 y ss.

BOELE-WOELKI, Katharina y otros, "Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses", Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004.

BONELL, M.J., "Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts", *The American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 618.

- *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*. Giuffrè Editore. Milano. 1995.
- "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", *Uniform Law Review*, 1996.
- *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Second Enlarged Edition, Transnational Juris Publication. Inc., Inverness, New York, 1997.

BONELL, Michael Joachim e Franco BONELLI, *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, Giuffrè Editore, Milano, 1997.

BRACCIA, Umberto, "Morte e resurrezione della causa: la tutela", *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 241 y ss

BUSSANI, Mario y Ugo MATTEI "Alla ricerca del nucleo comune del diritto privato europeo", en *Studi in onore di Pietro Rescigno, I. Teoria Generale e Storia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 187.

- *Making European Law: Essays on the 'Common Core' Project*. Università di Trento, Trento, 2000
- *The Common Core of European Private Law. Essays on the Project*. Kluwer. The Hague/London/New York. 2002

BUSCH, Danny, Ewoud H. HONDIUS, Hugo J. Van KOOTEN, Harriet N. SCHELHAAS, Wendy M. SCHRAMA, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, London-Boston-New York, 2002.

CALVO-CARAVACA, Alfonso Luis y Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, COLEX, 2003.

CAMARA LAPUENTE, Sergio, "Hacia un código civil europeo: ¿realidad o quimera?", (1999), *La Ley 1668-1675*.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

- "¿Derecho Europeo de Sucesiones" Un apunte", en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 1185 a 1193.

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “El Derecho contractual europeo en el marco de la globalización”, en Alfonso Luis CALVO-CARAVACA y Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, COLEX, 2003, p. 79

CAPPELLETTI, M. (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 1978, pp. 284 a 288.

CASTRONOVO, Carlo, “Contract and the idea of Codification in the Principles of European Contract Law”, en *Festschrift til Ole Lando*, Copenhagen, 1997, p. 109-124.

- “Il Diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?”, *Europa e Diritto privato*, 1998/4, p. 1024
- “Savigny i moderni e la codificazione europea”, *Europa e diritto privato*, 2001, p. 231.
- *Principi di Diritto Europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2001.

CHARBIT, Nicolas, “L’esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats”, *La Semaine Juridique*, nº1, 2 janvier 2003, p. 14.

COLLINS, H., “European Private Law and the Cultural Identity of States”, *ERPL*, 1995, p. 355

CORRAL GARCÍA, “El ¿desistimiento? Unilateral de algunos contratos con consumidores”, en *Libro Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Almería, 2000, págs. 419 y ss.

DE LA MATA, Almudena, “Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo. Comunicación de la Comisión de 15 de marzo de 2003 sobre un derecho contractual europeo más coherente”, *Aranzadi Civil*, nº 7-8, julio 2003, p. 20.

DE LOS MOZOS, José Luis, “Integración europea, derecho comunitario y derecho común”, *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 211-225.

- “La propuesta de un Código europeo de contratos del *convegno di Pavia*, visto desde España”, en *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 1994, págs. 181 y ss.
- “La exigencia de la buena fe en el tráfico negocial moderno”, en *Librohomenaje al Profesor A.A.Alterini*, Buenos Aires, 1997, pp. 879 y ss.
- “El Anteproyecto de Código europeo de Contratos”, en José GARCÍA COLLANTES (Dir.), *La unificación jurídica europea*, Semanario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, Civitas, Madrid, 1999, pp. 263 y ss.
- “La regulación del contrato y el problema de la causa”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, nº 41, pp. 208 y ss.

DE MIGUEL ASENSIO, P., “Integración europea y Derecho internacional privado”, *RDCE*, 1997/2, p. 424

DI MAJO, Adolfo, "Il contratto e l'obbligazione nei Principi", *Europa e diritto privato*, 2002/4, pp. 883 a 895.

DÍAZ ALABART, Silvia, "La recodificación en España: un futuro incierto", en Guido ALPA, Emilio Nicola BUCCINO (dirs.), *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 183 y ss.

DÍAZ-AMBRONA-BARDAJÍ, M., *Derecho civil comunitario*, Madrid, COLEX, 2001

DÍEZ-PICAZO, Luis, "Codificación, descodificación y recodificación", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, II, p. 476.

- *Reforma de los Códigos y Derecho Europeo*, en *Jornades de Dret Català a Tossa. Segona Ponència. La reforma dels Codis civils en un context d'aproximació europea*, <http://civil.udg.es/tossa/2002>.
- "Reforma de los Códigos y Derecho Europeo", *ADC*, 2003, pp. 1565 a 1574.
- "Un Codice civile europeo?", en Guido ALPA, Emilio Nicola BUCCINO (dirs.), *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 63 a 67.

DÍEZ-PICAZO, Luis, Encarna ROCA TRÍAS, Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M., "Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en, L.M. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2000.

DROBNIG, Ulrich, "Scope and General Rules of a European Civil Code", *ERPL*, 1997, 5, pp. 492.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La codificación del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo», 14 (2000), *Derecho Privado y Constitución* 63-127;

ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003.

FARNSWORTH, Allan, "Problems of the Unification of Sales Law from the Standpoint of the Common Law Countries", en *Problems of Unification of International Sales Law*, I.A.L.S. Colloquium Postdam, 21.-24.8.1979, Oceana, New York/London/Rome, 1982, p. 3 a 25.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Certezas, falsedades y horizontes del Derecho privado europeo", *Europa e Diritto privato*, 2003-2, pp. 272 a 275

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, "Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)", *Actualidad Civil*, nº 34, semana del 15 al 21 de septiembre de 2003

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados", en *La unificación jurídica europea...op. cit.*, pp. 30 y ss.

FERRARI, F. (A cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il Costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001.

FERRI, Giovanni B., "L'invisibile presenza della causa del contratto", *Europa e diritto privato*, 2002/4, p. 899

GAGGERO, P. G., "Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del grupo di lavoro pavese", *Rivista di Diritto Civile*, 1997, pp. 113 y ss

GANDOLFI, Giuseppe, "Per un Codice europeo dei contratti", *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1995, p. 782

- "Il progetto "pavese" di codice europeo dei contratti", *Rivista di Diritto Civile*, 2001, pp. 455 y ss.
- *Code Européen des Contrats/Avant-projet, Livre premier*, Giuffrè, Milano, 2001.

GARCÍA AMIGO, "El contrato en la perspectiva comunitaria", *Actualidad Civil*, núm. 4, 1992, págs. 35 y ss.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, "¿Derecho de familia europeo?", en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado Europeo...op. cit.*, p. 1175.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo", *Aranzadi Civil*, 7-8, 2002, pp. 15 a 37.

GARCÍA RUBIO, María Paz, "Presente y futuro del derecho privado en el proceso de integración europea", en A.A.V.V., *La constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, Vol. I.1, pp. 239-258

GERVEN, Van, "Casebook for the common law on Europe: Presentation of the project", *ERPL*, 1996, pp. 67 y ss

- "A common Law of Europe: the future meeting the past", *ERPL*, 2001, pp. 14 y ss.
- "Codifying European Private Law", http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm, p. 13.

GOODE, Roy, "The Codification of Commercial Law", *Monash Law Review*, 1986, 14, p. 135.

GORDLEY, J. (Dir.), *Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001

GORLA, Gino, "Unificazione "legislativa" e unificazione "giurisprudenziale". L'esperienza del diritto comune", *Estratto da Il Foro Italiano*. Vol C-Fasc.4. 1977, pp. 1 y ss.

GRUNDMANN/STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, La Haya, 2002. Vid., <http://www.secola.org/>

HERINGA, A.W. y L. VERHEY, "The EU Charter: Text and Structure", *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 2001.

HONDIUS, Ewoud, "Condizioni generali di contratto e calusole vessatorie: verso un codice civile europeo", *Quaderni di diritto privato europeo*, 1997/1, p. 44

- "Finding the law in a new millenium. Prospects for the development of civil law in the European Union", en *D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Paris, 1999, pp. 101 y ss.
- "The Common Core of European Private Law. Trento 15-17 July 1999", *ERPL*, 1, 2000, p. 249.
- "Consumer Law and Private Law-The Case for integration", en W. HEUSEL (dir.), *New European Contract Law and Consumer Protection-The concepts involved in Community regulations and their consequences for domestic civil law*, ERA, Bundesanzeiger, Köln, 1999, pp. 19 y ss.

INFANTE RUIZ, Francisco José, "Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002-1, nº. 8, pp. 157 y 171

JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, "El efecto directo de las Directivas de la Comunidad Económica Europea", en *Revista de Administración Pública*, 1986, págs. 119 y ss.;

LAMARCA MARQUÈS, "La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB", *Indret*, 2/2001, Barcelona, abril 2001, www.indret.com.

- "Entra en vigor la ley modernización del derecho alemán de obligaciones", *Indret*, 2002/1, Barcelona, enero 2002, www.indret.com.

LANDO, Ole, "European Contract Law", *The American Journal of Contract Law*, 1983, p. 653.

- "Is Codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch Law", *ERPL*, 1993, pp. 157-170.
- *Some feautres of the Law of Contract in the Third Millennium*, www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando1.doc.
- "El derecho contractual europeo en el tercer milenio", 2000, nº 116, *Derecho de los negocios*, pp. 1 y ss.

LANDO, Ole, Christiam VON BAR "Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", *Europa e Diritto Privato*, 2002,

LEGRAND, Pierre, «Sens et non-sens d'un Code civil européen», *RIDC*, 1996, pp. 780 y ss.

- «European legal systems are not converging», *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, pp. 52 y ss.
- «Against a European civil code», *Modern Law Review*, 1997, pp. 44 y ss.
- "Antivonbar", *European Review of Comparative Law*, 2005.

LEIBLE, Stefan, "Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht -- Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?", *Europäisches Wirtschafts -- und Steuerrecht*, 2001, 478 y ss

LEQUETTE, "Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar", *Dalloz* (28 julio 2002), pp. 2202 a 2214.

LIPARI, N., *Diritto Privato Europeo*, CEDAM, 1997

HARTKAMP, Arthur, Martijn W. HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Carla JOUSTRA y Edgar Du PERRON *Towards a European Civil Code*, Tercera edición, Ars Aequi Libri – Nijmegen – Kluwer International, The Hague/London/Boston, 2004.

HESSELINK, Martijn W., *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002.

HOECKE Van y OST, *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Portland, Oregon, 2000

KOCH, Bernhard A., "La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la responsabilidad objetiva", 2003/02, Barcelona, abril de 2003, www.indret.com.

KOZIOL, Helmut, Barbara C. STEININGER (eds.), *European tort law*, Springer, 2002.

MAITLAND, Frederic Willian, "Why the history of English Law is not written", en H.A.L. FISHER (Ed.), *The Collected Papers of Frederic Willian Maitland*, vol. I, p. 489.

MAGNUS, Ulrich and Jaap SPIER, *European tort law: liber amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000

MALAURIE, "Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte", *Sem. Jur.*, nº. 6, 6 febrero 2002, p. 284.

MANGAS MARTÍN, A. y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed. Madrid, Mc Graw Hill, 1999, pp. 213 y ss.

MARRELLA, Fabrizio, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, CEDAM, Milano, 2003.

MARKESINIS, "Why a code is not the best way to advance the course of European legal unity", *ERPL*, 1997, pp. 522 a 524.

MARTÍN CASALS, Miquel, "Els principis del Dret contractual europeu i la Codificació del Dret Català", en *1er. Congrés de Dret civil català: el Dret patrimonial en el futur Codi civil de Catalunya*, *La Notaria*, 11-12, 2001, p. 55

MARTINY, Dieter, "Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?", en *Towards a European Civil Code...op. cit.* pp. 158 a 161.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *Derecho comunitario y protección de los consumidores. Introducción jurídica a una política comunitaria*, Actualidad Editorial, Madrid, 1990

MASELIS, "Legislative Harmonization and the Integration of Harmonized Legislation into the National Legal Systems, within the European Community", *ERPL*, 1993, pp. 149-150.

MATTEI, Ugo, "A Transaction Cost Approach to the European Code", *ERPL*, 1997, 5, pp. 12 y ss.

- *The european codification process: cut and paste*
The Hague, Kluwer Law International, 2003.

MAYER-MALY, "Unificazione normativa e possibili tappe", *Foro Padano*, 1992, C. 51.

MCGREGOR, Harvey, *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*. (Traducción y nota preliminar por J.M.de la Cuesta Saenz y C.Vattier Fuenzalida). JM Bosch Editor, Barcelona 1996.

MENGONI, Luigi, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 7, Roma, 1993, pp. 3 y 4.

MILLÁN MORO, "Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia" *Revista de Instituciones Europeas*, 1984, págs. 454 y ss.

MOCCIA, Luigi, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993; V. SCALISI, *Codice di diritto privato europeo*, Padova, 2002.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la compraventa*, en Jornades de Dret Català a Tossa. Segona Ponència. La reforma dels Codis civils en un context d'aproximació europea, <http://civil.udg.es/tossa/2002/textos/pon/2/amm.htm>.

- "Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa", *ADC*, 2003, LVI (IV), Oct-Dec, pp. 1609 a 1651.

MORÁN BOVIO (ed.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MÜLLER- GRAFF, P.C., *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2ª ed. Baden-Baden, 1991, p. 27.

NIGLIA, Leone, "The Non-Europeanisation of Private Law", *ERPL*, 2001/4, p. 597.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *Compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. ISBN 84-8442-486-3.

- "La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CEE (LCEUR 2000, 2084) y en la ley 3/2004 (RCL 2004, 2678)". *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, nº 16. pp. 93 a 119.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, "UNCITRAL: Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI", *RDM*, 1993, pp. 16 y ss.

OPPETIT, B., "Droit commun et droit européen?", *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 311 a 319.

PALAO MORENO, Guillermo, Lorenzo PRATS ALBENTOSA, M^a José REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2003.

PARRA LUCÁN, M^a Angeles, “Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo?”, *Actualidad Civil*, n^o 36, 30 septiembre al 6 de octubre de 2002, p. 1167.

PARRA RODRÍGUEZ, C., *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, Bosch, 2001, pgs. 105 y ss.

PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar, “El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los Principios de UNIDROIT”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1997, pp. 221 a 297 (<http://www.cisg.law.pace.edu>).

POCAR, F., *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione Europea*, Padova, 2001.

QUINN G. y L. FLYNN, *The UE Charter on Fundamental Rights. Issues and Perspectives*, Oxford, 2001.

REICH, N., “Competititon between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law”, *CMLR*, 1992, pp. 861 y ss.

RESCIGNO, “Per un restatement europeo in materia di contratti”, en L. MOCCIA, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Giuffré, Milano, 1993, p. 135.

RIEDE, K., «The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint”, *ERPL*, 2000, pp. 79 y ss.

RISCHIO, Raffaele, “I Principi di diritto europeo e la causa del contratto”, *Europa e diritto privato*, 2003-2, p. 259.

ROTH, Wulf-Henning, “Europäischer Verbraucherschutz und BGB”, *JZ*, 2001, pp. 477 y ss.

- “Transposing “Pointillist” EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences”, *ERPL*, 2002/6, pp. 761-776.

RUFFINI GANDOLFI, Letizia, “Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1991, p. 687.

SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín Luis, “El nuevo marco competencial judicial en materia civil y mercantil en el Derecho comunitario”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n^o 545, pp. 1 a 5.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz, “Distorsiones operadas en el derecho contractual como consecuencia de la transposición del derecho comunitario *pro consumatore*”, *Actualidad Civil*, n^o 35, semana del 22 al 28 de septiembre de 2003

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002;

SCHLESIGER, Rudolf, *Formation of Contract- A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York-London, 1968.

SCHMIDLIN, B. (Ed.), *Vers un droit privé européen comun?*, Basel, 1994.

SCHMITTHOFF, Clive M., "The Codification of the International Trade", en Chia-Jui CHENG, *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Martinus Nithoff Publishers/Graham&Trotman, Dordrecht/Boston/London, pp. 243 y ss.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, „Ein Vertragsrecht für Europa?“, *JZ*, 2001, 917 y ss.

- *The Commission's Action Plan on European Contract Law and the Research of the Acquis Group*, http://www.acquis-group.org/4_Others/ERA.pdf, p. 4.

SCHULZE, Reiner, "A century of the *Bürgerliches Gesetzbuch*: German legal uniformity and European private law", *Columbia Journal of European Law*, 1999, p. 467.

SMITS, Jan, "A European private law as a mixed legal system", *Maastricht Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 335 y ss.

SPIER y Olav A. HAAZEN, "The European group on tort law (Tilburg Group) and the European principles of tort law", *ZeUP*, 1999, pp. 469 y ss.

STAUDENMAYER, Dirk, «Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht» (2001), *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 485 y ss

- "The Commission Communication on European Contract Law: What future for European Contract Law?", *ERPL*, 2002, 2, pp. 256 y 257.

STEIN, P., *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti*, Milán, Giuffrè, 1993.

- "Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea", *Rivista di diritto e procedura civile*, 1989, pP. 1037 y ss.
- "Pour un code européen des contrats", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, pP. 707 y ss;
- "Sul progetto di un codice europeo dei contratti", *Rassegna di diritto civile*, 1996, pP. 105 y ss.

TALLON, Denis, "Codification and Consolidation of the Law at the Present Time", *Israel Law Review*, 1979, 14 , pp. 1 y ss.

TEDESCHI, Vittorio, Guido ALPA (dir.), *Il contratto nel diritto nord-americano. Appunti e materiali*, Giuffrè, Milano, 1980.

TILMANN, W., "The Legal Basis for a European Civil Code", *ERPL*, 1997, pp. 471-473.

TILLMANN, Winfried y Walter VAN GERVEN, "The competence of the EU to create a uniform European law of obligations and property and the potencial legal basis", en, *The private law systems in the EU. Discrimination on Grounds...op. cit.*, p. 186 (párrafo 12).

TIZZIANO, A., *Il Diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2000.

URBAN, N., "One Legal Language and the Maintenance of Cultural and Linguistic Diversity? A Comment", *ERPL*, 2000, 8, pp. 51 a 57.

VAN ERP, Sjef, "Ius Commune: A European Civil Code?", *EJCL*, Vol. 4.4, December 2000.

- "Codifying European Civil Law: From a General Hard Law to a Sector-Specific Soft Law Project? *EJCL*, Vol. 7.1, March 2003, <http://www.ejcl.org/71/editor71.html>

VAQUER ALOY, Antoni, "La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo", *Revista Jurídica Española La Ley*, 2002-4, D-119, p. 1605.

VAQUER ALOY, Antoni (Coord.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "Para la unificación internacional del derecho de obligaciones en la Comunidad Europea", *Revista de Derecho Privado*, 1994, pp. 223-230.

- "La propuesta de un futuro código uniforme de obligaciones y contratos en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, 1996, p. 105.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, José M^a DE LA CUESTA, José M^a CABALLERO, *Código europeo de contratos : comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos: Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, Madrid, Dykinson, 2003.

VON BAR, "A Common European Law of Torts", Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 7, Roma, 1996

- «Die Study Group on a European Civil Code», en Peter GOTTWALD, Erik JAYME y Dieter SCHWAB (eds.), *Festschrift für Dieter Henrich*, Bielefeld, 2000, pág. 1 y ss.
- «Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht», *ZeUP*, 2001, 799 y ss.
- «Le group d'études sur un Code civil européen», *RIDC*, 2001, pp. 126 y ss.
- "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", en PALAO MORENO/PRATS ALBENTOSA/REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo, op. cit.*, en p. 15 y 26.

VRAKEN, M., *Fundamentals of European civil law*, Londres, Blackstone, 1997;

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "Le basi costituzionali di un diritto privato europeo", *Europa e Diritto Privato*, 2003, p. 31

ZIMMERMANN, Reinhard, "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", *JZ*, 1992, 8 y ss.

- "Civil Code and Civil Law", *Columbia Journal of European Law*, 1994/95, p. 63.
- "Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science", *Law Quarterly Review*, 1996, 112, p. 576.

- “Estudios de Derecho privado Europeo”, traducidos por Antoni Vaquer Aloy, Civitas, Madrid, 2000.
- “Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi”, *Rivista di diritto civile*, 2001, pp. 707 y 708.
- *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, edición de Reiner SCHULZE y Reinhard ZIMMERMANN, con un estudio preliminar a cargo de Esther ARROYO I AMAYUELAS Marcial Pons, Madrid, 2002.
- *Comparative foundations of a european law of set-off and prescription*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

“No hay ninguna verdadera cultura en el mundo que pueda atrincherarse en el estudio de un único derecho nacional” (Von IHERING)⁶

“An isolated system cannot explain itself, still less explain its history” (MAITLAND)⁷.

I. PLANTEAMIENTO

II. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

1. Previo: Derecho privado comunitario y Derecho privado europeo

La europeización del Derecho civil es una cuestión que ha venido presidiendo las preocupaciones de la doctrina jurídica europea más relevante de los últimos años, especialmente en países como Alemania, Holanda, Italia y, quizás en menor medida, Francia. La actividad de ciertos sectores académicos puede incluso calificarse de realmente frenética, y se ha traducido en la aparición de revistas especializadas⁸, de estudios monográficos especialmente

⁶ Se trata de una frase atribuida al gran jurista Rudolph IHERING. Citada por, Ole LANDO, *Some features of the Law of Contract in the Third Millennium*, www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando1.doc, p. 361. El autor, a su vez, afirma haberla leído de René DAVID, el cual nunca dijo en qué lugar IHERING llevó a cabo tal aseveración.

⁷ Frederic Willian MAITLAND, “Why the history of English Law is not written”, en H.A.L. FISHER (Ed.), *The Collected Papers of Frederic Willian Maitland*, vol. I, p. 489.

⁸ Así, pueden destacarse las siguientes revistas especializadas: *Europa e Diritto Privato*, *European Review of Private Law*, *Electronic Journal of Comparative Law* (<http://www.ejcl.org>), *Newsletter European Private Law* (<http://www.jura.uni-freiburg.de/newsletter/NEPL/>), *Schweizerische Zeitschnft für internationales und europäisches Recht*.

importantes⁹ y en la formulación de una serie de principios comunes en diferentes sectores del Derecho privado¹⁰. No en vano, Encarna ROCA ha afirmado que nos encontramos ante un momento histórico, y que un importante período creativo en el campo del Derecho privado está teniendo lugar en la actualidad en Europa¹¹.

En España, si bien tardíamente¹², el debate ha irrumpido también con vigorosa fuerza, especialmente en los últimos años, en los que se han celebrado congresos¹³, encuentros¹⁴, y han aparecido, amén de numerosos

⁹ La bibliografía extranjera sobre la cuestión resulta prácticamente inabarcable. Quizás el trabajo más emblemático sea el *Towards a European Civil Code*, dirigido por Arthur HARTKAMP, Martijn W. HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Carla JOUSTRA y Edgar Du PERRON (Segunda edición de 1998, Ars Aequi Libri – Nijmegen – Kluwer International, The Hague/London/Boston). Especialmente interesante resulta la obra de Martijn W. HESSELINK, titulada *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002. En la doctrina italiana hay numerosas obras: BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2001; Nicola LIPARI, *Diritto privato europeo*, I y II, Padova, 1997; Luigi MOCCIA, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993; V. SCALISI, *Codice di diritto privato europeo*, Padova, 2002. Otras obras importantes son: BUSH, HONDIUS, Van KOOTEN, SCHELHAAS, SCHRAMA, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, London-Boston-New York, 2002; Van HOECKE y OST, *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Portland, Oregon, 2000; M. VRAKEN, *Fundamentals of European civil law*, Londres, Blackstone, 1997; B. SCMDLIN (Ed.), *Vers un droit privé européen commun?*, Basel, 1994. Finalmente, también hay que referirse a los “Estudios de Derecho privado Europeo”, de Reinhard ZIMMERMANN, traducidos por Antoni VAQUER ALOY y publicados por Civitas (Madrid) en 2000. Igualmente, hay que destacar los *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, edición de Reiner SCHULZE y Reinhard ZIMMERMANN, con un estudio preliminar a cargo de Esther ARROYO I AMAYUELAS (Marcial Pons, Madrid, 2002).

¹⁰ *Vid., infra*, 3.1.2. *El papel relevante de los estudios académicos.*

¹¹ Encarna ROCA I TRÍAS, “Codification in Catalonia and in Europe. The Civil Code as instrument for legal policy”, en, Guillermo PALAO MORENO, Lorenzo PRATS ALBENTOSA, M^a José REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2003, p. 340.

¹² No obstante, DÍEZ-PICAZO ya se refería en 1959 a la necesidad de proseguir la tarea iniciada de “universalización y unificación del Derecho privado de occidente”, DÍEZ-PICAZO, *El sentido histórico del Derecho civil...op. cit.*, p. 62.

¹³ Por ejemplo, el II Congreso Internacional «Bases de un derecho contractual europeo» (Lleida, 9 y 10 de mayo de 2002, *vid.*, Jürgen ADAM, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2001, p. 987). El curso “Los principios del Derecho europeo de contratos”, bajo la dirección de Luis DIEZ PICAZO y de Antonio Manuel MORALES MORENO, referido al estudio de los principios Lando, que tuvo lugar en Santander los días 3-7 de septiembre de 2001. En la ciudad de Valencia se celebró durante los días 11 a 15 de junio de 2002 el “Seminario Internacional sobre la unificación del Derecho contractual europeo”, al que siguió la reunión del *Study Group on a European Civil Code*. Finalmente, en el mes de junio de 2006 tuvo lugar en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla un congreso, organizado por quien escribe estas páginas y dirigido por la Profesora Rosario VALPUESTA, en el que participaron destacados profesores expertos en la materia.

artículos doctrinales en revistas científicas¹⁵, una serie de monografías y estudios generales¹⁶ que han acabado por incorporar a nuestra comunidad jurídica en el centro de la nueva cuestión europea¹⁷. Así pues, puede decirse, sin incurrir en expresiones grandilocuentes y vacuas, que nos encontramos ante una nueva frontera del Derecho civil, ante un desafío que puede modificar seriamente los contornos actuales de esta disciplina. Todo ello, es obvio señalarlo, justifica sobradamente la necesidad de adentrarse en el estudio de esta nueva veta que se abre para el Derecho civil del siglo XXI¹⁸. Tal y como

¹⁴ El 7 de abril de 2003 tuvo lugar en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla un “Seminario de Derecho Privado Europeo”, organizado por el Profesor César Hornero Méndez (coordinador del Seminario Permanente de Cultura Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide) e impartido por el Profesor Guido ALPA, de la *Università di Roma “La Sapienza”*, y por el Profesor Francisco CAPILLA RONCERO, de la Universidad de Sevilla.

¹⁵ Pueden citarse como más destacadas las siguientes contribuciones: Esther ARROYO I AMAYUELAS, “Estudio preliminar: las perspectivas de un derecho privado europeo”, en SCHULZE/ZIMMERMANN, *op. cit.*; Esther ARROYO I AMAYUELAS/ Antoni VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, *La Ley*, nº 5482, 14.02.2002, pp. 1-6; Sergio CAMARA LAPUENTE, “Hacia un código civil europeo: ¿realidad o quimera?”, (1999), *La Ley* 1668-1675; José Luis DE LOS MOZOS, “Integración europea, derecho comunitario y derecho común”, *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 211-225; Santiago ESPIAU ESPIAU, «La codificación del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo», 14 (2000), *Derecho Privado y Constitución* 63-127; María del Carmen GARCÍA GARNICA, “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo”, *Aranzadi Civil*, 7-8, 2002, pp. 15 a 37; María Paz GARCÍA RUBIO, “Presente y futuro del derecho privado en el proceso de integración europea”, en A.A.V.V., *La constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, Vol. I.1, pp. 239-258; Carlos VATTIER FUENZALIDA, “Para la unificación internacional del derecho de obligaciones en la Comunidad Europea”, *Revista de Derecho Privado*, 1994, pp. 223-230.

¹⁶ Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003; M. DÍAZ-AMBRONA-BARDAJÍ, *Derecho civil comunitario*, Madrid, COLEX, 2001; Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS, Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002; Guillermo PALAO MORENO, Lorenzo PRATS ALBENTOSA, M^a José REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2003; Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002; Antoni VAQUER ALOY (Coord.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; Carlos VATTIER FUENZALIDA, José M^a DE LA CUESTA, José M^a CABALLERO, *Código europeo de contratos : comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos: Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, Madrid, Dykinson, 2003.

¹⁷ En este sentido, VAQUER ALOY, tras señalar que España parece al margen de la prolífica y fructífera corriente europea, destaca que “no es menos cierto que en los últimos tiempos parece que la situación puede hacer un giro copernicano”, Antoni VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2002-4, D-119, p. 1605.

¹⁸ Pero es más, como veremos más adelante, la Resolución de 15 de noviembre de 2001 del Parlamento Europeo plantea la necesidad de promover los estudios de Derecho comparado e implantar la enseñanza de un *Derecho privado europeo*, todavía en construcción, abordando la elaboración de conceptos jurídicos y terminología comunes. Sobre el concepto de derecho privado europeo, *vid.*, Guido ALPA, “Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción”, *Revista de Derecho Privado*, Marzo-Abril 2003, pp. 210 a 214.

ha señalado ORDUÑA, la armonización del Derecho civil patrimonial “responde no sólo a un mero acicate intelectual sino a un necesario presupuesto metodológico que debe guiar el futuro de la civilística española en los años venideros”¹⁹.

Ahora bien, el problema de la europeización del Derecho civil conviene observarlo con bastante prudencia y, sobre todo, con cierto rigor y claridad científica. Empezando por lo segundo, hay que señalar que el debate puede oscurecerse especialmente si se confunden conceptos e ideas diferentes, como armonización, unificación, codificación, principios, etc. Efectivamente, por de pronto, debe señalarse que la armonización de los Derechos privados de los Estados miembros de la Unión Europea ya es una realidad (imperfecta y parcial, pero realidad al fin y al cabo) que ha venido produciéndose a través de la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de numerosas directivas que regulaban ámbitos concretos del Derecho privado²⁰. Y esta realidad tangible no conviene confundirla con la empresa más o menos lejana y hasta cierto punto quimérica de crear un completo Código civil europeo o, con mayor prudencia y posibilidades de éxito, de armonizar ciertos sectores del derecho privado en Europa. Así pues, conviene distinguir con nitidez “Derecho privado comunitario” y “Derecho privado europeo”, como expresiones distintas que presenta la europeización del Derecho civil²¹. Además, hemos señalado que hay que actuar con prudencia, porque no es conveniente que los análisis científicos sean guiados ni por un nihilista “euroescepticismo” que se traduzca en una frontal e irracional oposición a todo lo que huele a unificación, ni, al contrario, por un excesivo “euroentusiasmo”, que impida comprender que nos encontramos ante un proyecto de futuro al que le queda un largo camino que recorrer, por muy sólido y deseado que pueda llegar a ser.

¹⁹ Francisco Javier ORDUÑA MORENO, “La codificación como técnica de unificación del Derecho privado europeo”, en PALAO MORENO/PRATS ALBENTOSA/REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo*, op. cit., p. 270.

²⁰ No en vano, LANDO afirma que ya existe una cierta europeización del Derecho privado, especialmente del derecho de los contratos, realizado a través de las Directivas, LANDO, *Some features of the Law of Contract in the Third Millennium*, op. cit., p. 346.

²¹ Esta distinción la realiza, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, op. cit., pp. XIX y XX.

2. El Derecho privado comunitario

2.1. La formación de un derecho privado comunitario: concepto

La incorporación de España a la anteriormente conocida como Comunidad Económica Europea ha tenido una enorme importancia en todo nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo, claro está, en el Derecho civil, que en algunos puntos se ha visto realmente transformado. Efectivamente, la actual Unión Europea (UE) tiene competencias para aproximar las legislaciones de los Estados miembros con el objeto de eliminar las trabas al mercado interior único que garanticen una mejor operatividad del mismo [art. 3h Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)]²². Para poder llevar a la práctica este objetivo la UE cuenta con diferentes instrumentos legislativos, como la Directiva, el Reglamento, la Recomendación y los convenios entre los Estados miembros. De todos ellos, sin lugar a dudas el mecanismo estrella ha sido la Directiva, que, como es sabido, obliga a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección tanto de la forma como de los medios (actual art. 249.III TCE)²³. Además, hay que tener en cuenta que existen una serie de mecanismos de eficacia e imposición del Derecho comunitario que coadyuvan a la consecución del objetivo de la armonización, como la eficacia directa vertical de las

²² Por su parte, al actual artículo 95 TCE (anterior art. 100A), establece que el Consejo adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

²³ Los Reglamentos, en contraposición con las Directivas, son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro. Aunque en menor medida que las propias Directivas, también han sido empleadas en el ámbito del Derecho Privado, para posibilitar la creación de determinadas instituciones con eficacia en el ámbito de la UE, como la Sociedad Anónima Europea, la Agrupación de Interés Económico Europea, la marca comunitaria, el diseño comunitario, etc. También se han empleado para configurar un régimen jurídico uniforme, como en materia de responsabilidad de las compañías aéreas (1997), o el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo, del Consejo, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes (LCEur 2000, 1558). Por otro lado, se ha señalado que tras, la formulación del artículo 100.A por el Tratado de Maastrich (actual art. 95) y del Título IV TCE por el Tratado de Amsterdam, el Reglamento está cobrando una nueva importancia en la uniformización de varios ámbitos del Derecho privado. (Sergio CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 54). Sobre el empleo del Reglamento en el Derecho privado, *vid.*, I. MASELIS, "Legislative Harmonization and the Integration of Harmonized Legislation into the National Legal Systems, within the European Community", *ERPL*, 1993, pp. 149-150.

Directivas²⁴, la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de la obligación de transponer la Directivas o por transposición defectuosa²⁵, o el principio de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho comunitario²⁶.

Es cierto que, al menos en un principio, las intervenciones comunitarias realizadas se limitaban a las directivas de armonización del llamado derecho público de la economía, en cuanto que se entendía que era la mejor vía para alcanzar la instauración del mercado común²⁷. El Derecho civil, por su carácter nacional, por su menor repercusión en el objetivo de la eliminación de las trabas al tráfico interno en Europa, y, sobre todo, por el hecho de que los Tratados constitutivos no atribuyesen expresamente competencias a la Comunidad en materia de Derecho privado, fue apartado inicialmente de los

²⁴ Implica la posibilidad que tienen los particulares de invocar las Directivas no transpuestas en el plazo previsto al ordenamiento jurídico nacional frente al Estado incumplidor siempre y cuando se den dos requisitos: que las disposiciones definan derechos que los particulares puedan alegar contra el Estado, así como que sean suficientemente claras y precisas [SSTJCE, de 4 diciembre 1974 (As. 41/74 *Van Dyum*), 19 enero 1983 (As. 8/81 *Ursula Becker v. Finanzamt münster-Innstadt*)]. Respecto a la llamada “eficacia horizontal”, consistente en la invocación *inter privatos* de una Directiva no transpuesta, la sentencia *Faccini* considera que este tipo de efecto horizontal no se encuentra permitido [STJCE de 14 de julio de 1994 (asunto 91/92, del Pleno del Tribunal); STJCE de 7 marzo 1996, Asunto C-192/94, *El Corte Inglés*]; salvo que el Estado actúe como un particular, STJCE, de 26 febrero 1986 (as. 152/84, *Marshall*). Vid., A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed. Madrid, Mc Graw Hill, 1999, pp. 213 y ss; MILLÁN MORO, “Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” *Revista de Instituciones Europeas*, 1984, págs. 454 y ss; JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “El efecto directo de las Directivas de la Comunidad Económica Europea”, en *Revista de Administración Pública*, 1986, págs. 119 y ss.;

²⁵ Los retrasos, que constituyen incumplimientos en sí mismos susceptibles de ser condenados por el propio TJCE, pueden incluso generar la obligación de los Estados incumplidores de indemnizar a los ciudadanos que se sientan perjudicados por la falta de aplicación de unas normas que deberían encontrarse vigentes en un determinado ordenamiento jurídico. Así ocurrido recientemente en nuestro país, donde una sentencia de la Audiencia Nacional ha condenado al Estado a indemnizar a una serie de ciudadanos de la UE por los daños derivados de haber transpuesto tardíamente al ordenamiento español la Directiva 94/47/CE, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Vid., con cita de la jurisprudencia comunitaria existente al respecto, Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, “Responsabilidad patrimonial del Estado español frente a particulares por incumplimiento de la obligación de transposición de la Directiva 94/57/CEE”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 11 (en prensa).

²⁶ Significa que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de interpretar el propio Derecho local de acuerdo con las Directivas, aun cuando no hayan sido transpuestas. Vid., SSTJCE de 10 abril 1984 (As. C-14/83, *Van Colson y Kamann* y As. C-79-83, *Harz*).

²⁷ Con relación al concepto de “derecho económico”, vid., SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, op. cit., p. 6.

planes armonizadores de la UE²⁸. Sin embargo, a partir de los años ochenta se observa un cambio de tendencia, ya que se comienza a legislar sobre materias típicas del Derecho privado económico-patrimonial²⁹, que han dado lugar a la consolidación de un “acervo comunitario” de derecho privado³⁰, constituido por toda la actividad normativa de la UE, cuyo estudio, como señala la Comunicación de 22 de noviembre de 2001 (COM [2001] 645 final), resulta fundamental en la futura unificación del Derecho comunitario. En definitiva, puede hablarse de la existencia de un *Derecho privado comunitario*, que, como anticipamos en el epígrafe anterior, es más limitado y restringido que el concepto de *Derecho privado europeo*.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por Derecho Privado Comunitario? Según MÜLLER-GRAFF, probablemente uno de los primeros autores en proporcionar una definición concreta, por Derecho privado comunitario (*Gemeinschaftsprivatrecht*)³¹ hay que entender al “Derecho comunitario vigente que contiene reglas de Derecho privado vinculantes para los Estados miembros de la Comunidad Europea”³². Con mayor precisión señala SÁNCHEZ LORENZO que se trata del derecho positivo en vigor en los países de la UE, y que incluye tanto la “integración positiva” (formado por las disposiciones contenidas en el Derecho comunitario constitucional u originario y en el Derecho derivado) como la “integración negativa” (reglas jurisprudenciales que decantan los límites a los Derechos privados nacionales impuestos por el juego

²⁸ “Nei primi decenni della Comunità gli atti di armonizzazioni basati sull’art. 100 riguardavano raramente il diritto privato”, Jürgen BASEDOW, “Il diritto privato europeo. Chimera o realtà?”, en *Studi in onore di Pietro Rescigno, I. Teoria Generale e Storia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 140.

²⁹ Quizás, la única laguna sería sea la de los contratos de servicios y la responsabilidad de los prestadores de servicios, Javier PLAZA PENADÉS, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, en PALAO MORENO/PRATS ALBENTOSA/REYES LÓPEZ, *op. cit.*, p. 308.

³⁰ Sobre el concepto de acervo comunitario, *vid.*, con detalle, Guido ALPA, “Derecho privado europeo: bases establecidas y planes de acción”, *Revista de Derecho Privado*, Marzo-Abril 2003, pp. 224 y ss.

³¹ Peter-Christian MÜLLER-GRAFF, “Private Law Unification by Means other than of Codification”, en, A.S. HARTKAMP, M.W. HESSELINK, E.H. HONDIUS, C.E. du PERRON, J.B.M. VRANKEN, *Towards a European Civil Code*, 1ª.ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, p. 20.

³² P.C., MÜLLER- GRAFF, *Privatrecht und Eropäisches Gemeinschaftsrecht*, 2ª ed. Baden-Baden, 1991, p. 27.

del mercado interior y las libertades de circulación)³³. Finalmente, en nuestro país DÍAZ-AMBRONA hace gravitar el concepto de derecho privado europeo en torno a la persona, que “no sólo es su fin, sino su causa”³⁴, algo que no parece convincente, ya que, como acertadamente ha señalado Encarna ROCA, el Derecho privado comunitario se basa fundamentalmente en el mercado interno y en la libertad de movimientos³⁵, y se centra en lo que identificamos como Derecho civil patrimonial. En cualquier caso, puede decirse que se trata del conjunto de normas que emanan de las instituciones comunitarias y que, siendo vinculantes para los Estados miembros, regulan relaciones típicamente jurídico-privadas.

2.2. Contenido del Derecho privado comunitario

El Derecho privado comunitario contemporáneo está formado por un gran número de directivas y reglamentos referidas a aspectos muy diferentes³⁶. A continuación realizaremos una breve exposición sistemática de las materias abordadas en el seno de lo que sería propiamente el Derecho civil comunitario, para terminar haciendo una sucinta referencia a la legislación existente en el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado comunitario.

2.2.1. Derecho civil comunitario

A) Derecho de la persona

La regulación del derecho comunitario en torno a la persona física ha sido muy parca, con la excepción de algunas directivas en materia de protección del derecho de la intimidad, como la referente al tratamiento de los

³³ SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo, op. cit.*, pp. 4 y 5 (sobre el concepto de integración positiva y negativa, *vid.*, del mismo autor, pp. 12 y ss.). *Vid.*, igualmente, N. LIPARI, *Diritto Privato Europeo*, CEDAM, 1997; A. TIZZIANO, *Il Diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2000.

³⁴ M. DÍAZ-AMBRONA- BARDAJÍ, *Derecho civil comunitario, op. cit.*, p. 27.

³⁵ ROCA, “Codification in Catalonia and in Europe”...*op. cit.*, p. 347, nota a pie 19.

³⁶ *Vid.*, una completa exposición en el Anexo I de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual Europeo de 11 de julio de 2001 (COM 2001, 398 final).

datos personales y su circulación³⁷, o la relativa a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas³⁸. Además, se ha dictado el Reglamento CE 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de esos datos³⁹. Por otro lado, el Parlamento Europeo se ha preocupado de forma puntual de otras cuestiones relacionadas con el derecho de la persona, como en la Resolución de 8 de febrero de 1994, sobre paridad de derechos de los homosexuales en el seno de la UE, o en la de 14 de marzo de 1989, sobre bioética y biotecnología. Finalmente, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre cuestiones relacionadas con la publicación en los Registros Civiles de los Estados miembros de datos relativos a las personas y a su estado civil⁴⁰.

Por lo que respecta a la persona jurídica, hay que decir que ésta sí que ha gozado de una privilegiada atención, especialmente, habida cuenta de la finalidad y estructura economicista de la CEE, en el campo del Derecho societario, esto es, de las sociedades capitalistas, consideradas como un elemento básico para la consecución del objetivo del mercado único y de la libertad de establecimiento. Sin embargo, la preocupación del legislador en esta materia contrasta con el escaso interés mostrado por las personas jurídicas sin ánimo de lucro, a pesar de que, tal y como reconoce la propia

³⁷ Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos (DOCE, L 281, 23 de noviembre de 1995); Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (DOCE L 24, de 30 de enero de 1998). Por otro lado, la protección de los datos de carácter personal se ha consagrado como un derecho en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales (*vid., infra*).

³⁸ Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DOCE, L. 201. de 31 de julio de 2002).

³⁹ DOCE, L 008, de 12 de enero de 2001.

⁴⁰ Especialmente importante es la STJCE *Konstantinidis*, de 30 de marzo de 1993. *Vid.*, María Paz GARCÍA RUBIO, "Los sujetos de la relación jurídica privada en el Derecho comunitario. La persona física", en CÁMARA LAPUENTE, *op cit.*, p. 240; A. LARA AGUADO, *El nombre en derecho internacional privado*, Comares, Granada, 1998; Igualmente, M., REQUEJO ISIDRO, "Libertades comunitarias y Registro Civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución", *Libro Homenaje al Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2002.

Comisión en su Comunicación sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones⁴¹, asumen en Europa una destacable importancia económica en distintos sectores, como la salud, el ocio, la cultura, o el medio ambiente, siendo unos cien millones de personas las que pertenecen a las asociaciones en el seno de la Unión. En cualquier caso, hay que destacar que en 1992 la Comisión presentó tres propuestas⁴², modificadas en 1993 tomando en consideración las opiniones del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social⁴³, de Estatutos para la creación de la Cooperativa Europea, la Sociedad Mutua Europea y la Asociación Europea, siguiendo el modelo de la Sociedad Anónima Europea y de la Agrupación Europea de Interés Económico. Dichos Estatutos se componen de un Reglamento, cuyo objetivo es el de facilitar el desarrollo de actividades transfronterizas a dichas entidades, así como de una Directiva, que trata de asegurar unas normas mínimas para involucrar a los trabajadores en la toma de decisiones de tales organizaciones⁴⁴. Entre otras muchas cuestiones, resulta digno de señalar el hecho de que el Reglamento de la Asociación Europea otorga a la inscripción naturaleza constitutiva, esto es, al contrario que en nuestra Ley Orgánica de Asociaciones (arts. 5.1 y 10.1), supedita el reconocimiento de la personalidad jurídica a su inscripción en el registro del Estado miembro del domicilio que éste designe (art. 2.1).

B) Derecho de las obligaciones y contratos: el consumidor europeo

La protección del consumidor se ha convertido en una auténtica obsesión para el legislador comunitario⁴⁵ que, como indica CÁMARA

⁴¹ Comunicación de la Comisión sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa, presentada en junio de 1997 (COM, 97, 241 final).

⁴² DOCE, C 99, de 21 de abril de 1992.

⁴³ DOCE, C 236, de 31 de agosto de 1993.

⁴⁴ Un análisis en profundidad de estos trabajos puede encontrarse en, María Paz GARCÍA RUBIO, "Persona jurídica sin ánimo de lucro", en CÁMARA LAPUENTE, *op cit.*, pp. 261 y ss.; igualmente, S. DE SALAS MURILLO, "Notas sobre el Estatuto de la Asociación Europea", *AC*, 9 (1997), pp. 183-201; D. COMBRUGGHE, "La future réglementation communautaire sur le statut de l'association, de la coopérative et de la mutualité européennes", *RMCUE*, 1, 1993, PP. 127 –150.

⁴⁵ Sobre la política de protección de los consumidores desarrollada desde el seno comunitario, *vid.*, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Derecho comunitario y protección de los consumidores. Introducción jurídica a una política comunitaria*, Actualidad Editorial, Madrid,

LAPUENTE, a través de una abrumadora batería de directivas ha perseguido limitar la libertad contractual, esto es, restringir el ámbito de la autonomía de la voluntad como medida más eficaz para superar la debilidad del consumidor en sus relaciones patrimoniales y dotarle de un mínimo de protección⁴⁶. De esa forma, el consumidor, entendido como todo aquél ajeno a la actividad empresarial o profesional que dirige su actuación a la satisfacción de necesidades propias, familiares o domésticas, aparece como un sujeto de derecho protagonista del ordenamiento jurídico europeo⁴⁷. Es más, la reserva de competencia expresa en materia de protección de los consumidores a partir de Maastrich y especialmente con la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam en el TCE (arts. 153 y 95.3), ha supuesto una clara potenciación de la normativa comunitaria sobre consumidores⁴⁸, hasta el punto de que la protección de los consumidores posee rango de una Política propia de la Comunidad Europea⁴⁹.

El elenco de materias tratadas es de una gran trascendencia, ya que se han regulado sectores tan importantes como los siguientes: viajes combinados⁵⁰, aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles⁵¹, crédito al

1990; Fernando ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003.

⁴⁶ CÁMARA LAPUENTE, «Un código civil europeo: ¿realidad o quimera?», *op. cit.*, p. 1669). *Vid.*, sobre la cuestión de la limitación de la autonomía de voluntad, PASQUAU LIAÑO, *Código civil y ordenamiento jurídico (Una reflexión sobre el devenir del Derecho civil)*, Granada, 1994, pp. 71 y ss.

⁴⁷ No obstante, se ha criticado el hecho de que la noción de consumidor empleada por las directivas no haya sido siempre uniforme, ALPA, “Derecho privado europeo...”, *op. cit.*, p. 216. Sobre el concepto uniforme de consumidor, *vid.*, Carla JOUSTRA, “Consumer Law”, en *Towards a European Civil Code*, *op. cit.*, pp. 143 a 146.

⁴⁸ CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento”, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁹ Javier LETE ACHIRICA, “Contratos celebrados con consumidores”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 614.

⁵⁰ Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990 (LCEur 1990, 614), relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE 158/1990, de 23 de junio, pg. 59).

⁵¹ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994 (LCEur 1994, 3610), relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE L 280 de 29 de octubre de 1994, pg. 83).

consumo⁵², cláusulas abusivas⁵³ y formas de contratación que ponen en peligro la libre formación de la voluntad del consumidor, como los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil⁵⁴ o los celebrados a distancia⁵⁵, garantías en la compraventa de bienes al consumo⁵⁶, firma electrónica⁵⁷, comercio electrónico⁵⁸, acciones de cesación⁵⁹, precio de productos⁶⁰, garantía financiera⁶¹ y comercialización a distancia de servicios financieros⁶². En general, estas regulaciones contemplan la obligación de que los contratos

⁵² Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986 (LCEur 1987, 471) , relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DOCE L 42, de 12 de febrero de 1987, pg. 48), modificada por las Directivas 90/88 (LCEur 1990, 175) (DOCE L 61, de 10 de marzo de 1990, pg. 14) y 98/7 (LCEur 1998, 1006) (DOCE L 101, de 1 de abril de 1998, pg. 17).

⁵³ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993, 1071) , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DOCE L 95, de 21 de abril de 1993, pg. 29).

⁵⁴ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985 (LCEur 1985, 1350) , referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE L 372, de 31 de diciembre de 1985, pg. 31).

⁵⁵ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 (LCEur 1997, 1493), relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE L 144, de 4 de junio de 1997, pg. 19).

⁵⁶ Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo de 1999 (LCEur 1999, 1654) (DOCE L 171 de 7 de julio de 1999, pg. 12).

⁵⁷ Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre (LCEur 2000, 85) , por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L 13 de 19 de enero de 2000, pg. 12).

⁵⁸ Directiva 2000/31/CE, 8 junio 2000 (LCEur 2000, 1838) , relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (al comercio electrónico) (DOCE 17 de julio de 2000).

⁵⁹ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998 (LCEur 1998, 1788) , relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOCE L 166, de 11 de junio de 1998, pg. 51). La Ley 39/2002, de 28 de octubre (RCL 2002, 2482), ha llevado a cabo la transposición de la citada directiva al ordenamiento jurídico español, modificando los artículos 6, 11, 15, 52, 221, 249, 250, 711 y 728 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁰ Directiva 1998/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores.

⁶¹ Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.

⁶² Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

se redacten en términos claros y comprensibles⁶³, de que observen la forma escrita en algunos casos⁶⁴, de que se suministre información al consumidor por escrito⁶⁵ con la finalidad de formarse un consentimiento realmente informado, la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas predispuestas en el contrato⁶⁶, el respeto a las exigencias de la buena fe⁶⁷, etc.

Pero, además, este conjunto de directivas ha acabado por otorgar de manera indirecta una nueva configuración al Derecho de las obligaciones y contratos de la UE⁶⁸, hasta el punto de que se empieza a hablar de un “derecho comunitario de los contratos”⁶⁹. Efectivamente, por la vía indirecta de la protección del consumidor se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico-civil importantes categorías jurídicas relativas a la fase preparatoria del contrato (deberes precontractuales de información⁷⁰), a la formación del

⁶³ Art. 5 Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas; art. 3.2. Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados; art. 6.2., Directiva 1999/44/CEE, sobre la venta de bienes de consumo; art. 4.2. Directiva 97/7/CEE, sobre contratos a distancia.

⁶⁴ Art. 4.2. b) Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados; arts. 4 y 6.1. Directiva 87/102/CEE, sobre el crédito al consumo; art. 4 Directiva 94/47CE, sobre el régimen de tiempo compartido.

⁶⁵ Art. 4 Directiva 85/577/CEE, sobre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales; arts. 4 y 6.1. Directiva 87/102/CEE, sobre el crédito al consumo; arts. 4.1.a y b) Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados; art. 3.1. y 2.4 Directiva 94/47CE, sobre el régimen de tiempo compartido; art. 5 Directiva 97/7/CEE, sobre contratos a distancia; art. 3, Directiva 2002/65/CE sobre comercialización a distancia de servicios financieros.

⁶⁶ Art. 6.1 Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas.

⁶⁷ La buena fe se recoge como criterio básico para delimitar el concepto de cláusula abusiva en el art. 3.1 Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas. Igualmente, el artículo 4 de la Directiva 97/7/CEE, sobre contratos a distancia, se refiere a la buena fe precontractual, y exige que la información suministrada al consumidor respete “el principio de buena fe en materia de transacciones comerciales”. Finalmente, la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta de bienes de consumo, hace referencia en varios preceptos (art.2, 2.3. y 2.4) a la “razonabilidad” y a otros conceptos relacionados con la buena fe. Sobre esta última cuestión, *vid.*, Fernando MARTÍNEZ SANZ, “Buena fe”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 495 y 496.

⁶⁸ *Vid.*, M.^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Distorsiones operadas en el derecho contractual como consecuencia de la transposición del derecho comunitario *pro consumatore*”, *Actualidad Civil*, nº 35, semana del 22 al 28 de septiembre de 2003; igualmente, Manuel GARCÍA AMIGO, “El contrato en la perspectiva comunitaria”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 1992, págs. 35 y ss.

⁶⁹ G. CHINÈ, “Il diritto comunitario dei contratti”, en Antonio TIZZIANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, T. I., Torino, 2000, pp. 607 a 667.

⁷⁰ Por ejemplo, el artículo 3.1 de la Directiva 94/47/CE relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; arts. 3 y 4 Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

contrato (forma escrita⁷¹ y perfección del contrato electrónico⁷²), al contenido y eficacia del contrato⁷³, a su interpretación⁷⁴, al incumplimiento y a sus consecuencias –destaca el concepto de falta de conformidad (ajeno a nuestro ordenamiento jurídico)⁷⁵, a los remedios disponibles por el comprador frente al vendedor por dicha falta de conformidad (que vienen a sustituir los clásicos remedios del saneamiento por vicios ocultos)⁷⁶, a la rescisión unilateral y *ad nutum*⁷⁷, o, entre otros muchos, a los contratos conexos⁷⁸.

⁷¹ Por ejemplo, art. 4 Directiva 85/577/CEE sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; art. 4 Directiva 87/102/CEE, sobre crédito al consumo.

⁷² Se trata de la Directiva 2000/31, sobre la sociedad de la información y el comercio electrónico. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, ha modificado de hecho el artículo 1262 del Código civil relativo a la formación del contrato, estableciendo que en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

⁷³ No en vano, se afirma que la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, “constituye la referencia normativa más importante (en realidad casi única) del Derecho positivo europeo relativo al contenido y eficacia del contrato, y constituye una pieza esencial para la construcción del Derecho contractual europeo”, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Contenido y efectos del contrato”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 444.

⁷⁴ El artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, establece una regla interpretativa *pro consumatore* que, tal y como se ha indicado, supone una formulación específica de la tradicional regla *contra proferentem*. El artículo 4.1 también recoge una regla interpretativa dirigida a apreciar el carácter abusivo o no de una cláusula, María de los Angeles PARRA LUCÁN, “Interpretación del contrato”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 475.

⁷⁵ El concepto de falta de conformidad, que aparece en la Convención de Viena (CISG) sobre compraventa internacional de mercaderías (arts. 34 y 35), ha sido recogido en la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta de bienes de consumo, en sus artículos 2 y 3. Esta directiva ha sido objeto de reciente transposición al ordenamiento jurídico español mediante la Ley de Garantía en la venta de bienes de consumo, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 26 de junio de 2003.

⁷⁶ Los remedios o derechos que tiene el comprador por la falta de conformidad de los bienes ha sido regulados de manera exhaustiva en el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta de bienes de consumo, que contempla la reparación, sustitución, reducción del precio y resolución (siguiendo los pasos de los artículos 46 a 52 CISG). La Directiva 90/314/CEE, sobre los viajes combinados, también contempla la reducción del precio. Finalmente, fuera del ámbito del derecho del consumo, la Directiva 2000/35/CEE, sobre la morosidad en los pagos, prevé en su artículo 4 la reserva de la propiedad antes de la entrega de los bienes.

⁷⁷ Así, la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, reconoce en su artículo 6.1 que el consumidor puede, en un plazo de catorce días, ejercer su derecho de rescisión, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. La Directiva 94/47/CE, sobre el régimen de tiempo compartido, también reconoce en el artículo 5 este derecho siempre que sea ejercitado en el plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato. En la Directiva 97/7/CE, sobre contratos a distancia, el consumidor puede desvincularse del contrato “sin penalización alguna y sin indicación de los motivos” (art. 6). Finalmente, la Directiva 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, indica en su artículo 5 que el consumidor puede renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días a partir del momento en el que el consumidor haya recibido la información completa. *Vid.*, , CORRAL

No obstante, como reconoce expresamente la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, existen vacíos en las directivas comunitarias relativas al Derecho contractual, ya que “adolecen de referencias a la elaboración de un contrato y a las sanciones aplicables en caso de vulneración de las obligaciones de información precontractual establecidas en las directivas”⁷⁹. Precisamente estas lagunas han impulsado el debate sobre la necesidad de crear un Código europeo de los contratos.

C) Derecho de daños

En materia de responsabilidad civil extracontractual hay que partir de la emblemática Directiva sobre responsabilidad civil por productos defectuosos⁸⁰, a la que ha seguido recientemente otra sobre seguridad de los productos⁸¹. También debe tenerse en cuenta el Reglamento del Consejo 2027/1997, de 9 de octubre, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, reformado por el Reglamento 889/2002, de 13 de mayo, que, con la finalidad de evitar duplicidades innecesarias, realiza una remisión general al

GARCÍA, “El ¿desistimiento? Unilateral de algunos contratos con consumidores”, en *Libro Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Almería, 2000, págs. 419 y ss.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 208, 1993, págs. 589 y ss.

⁷⁸ Directiva 87/102/CEE, sobre crédito al consumo.

⁷⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual Europeo de 11 de julio de 2001 (COM 2001, 398 final).

⁸⁰ Directiva 85/374/CE (LCEur 1985, 712), en materia de responsabilidad por productos defectuosos de 1985 (DOCE L 210). Miquel MARTÍN CASALS, Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de directivas”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 921 y ss. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”, *Estudios de consumo*, 12, 1998. Guillermo ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990. J.J. MARÍN LÓPEZ, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, Madrid, 2001.

⁸¹ Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre (LCEur 2002, 32), sobre seguridad general de los productos (DOCE L 11, 15 de enero de 2002), en vigor desde el 15 de enero de 2002 y que deberá ser transpuesta antes del 15 de enero de 2004.

Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, sobre unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, firmado por la Unión Europea⁸².

Por otro lado, la Comisión Europea elaboró un Libro Blanco sobre Responsabilidad Medioambiental (COM 2000, 66 final, de 9 de febrero de 2000) cuyo objeto era analizar la forma de aplicar el principio de “quien contamina, paga” al efecto de realizar la política medioambiental de la Comunidad⁸³, y a raíz del mismo se decidió que el régimen comunitario de la responsabilidad civil medioambiental debía articularse mediante una directiva. Actualmente existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales (COM (2002) 17 final, de 23 de enero de 2002)⁸⁴, en la que se regulan cuestiones tan importantes como la pluralidad de causantes del daño, las medidas de prevención, se distingue entre un régimen de responsabilidad objetiva y subjetiva, etc⁸⁵.

D) Derecho de la propiedad intelectual e industrial

La tarea armonizadora de la UE en el campo de la propiedad intelectual ha sido muy notable, y se ha traducida en un número importante de directivas que a lo largo del tiempo han ido modificando de alguna forma la configuración del llamado derecho de autor en nuestro vigente Texto Refundido de la Propiedad Intelectual⁸⁶. Señala MARCO MOLINA que la materia de la

⁸² Lo cierto es que tal Convenio no ha entrado en vigor, por lo que sigue vigente el Reglamento 2027/97, que, al entrar en conflicto con el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, obliga a los Estados miembros a incumplir las obligaciones internacionales que asumieron con éste último (caso *The Queen v. The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte IATA*, de 21 de abril de 1999, en el que el juez JOWITT ha considerado que el Reglamento debe estar en suspenso mientras no se eliminen las incompatibilidades). Sobre estas complejas cuestiones, *vid.*, con detalle, María Jesús GUERRERO LEBRÓN, “La normativa aplicable en Europa en materia de responsabilidad de las compañías aéreas por daños en los pasajeros”, *Derecho de los negocios*, Marzo, 2003, pp. 3 a 7.

⁸³ *Vid.*, El Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental” (DOCE. Serie C, de 19 de septiembre de 2000).

⁸⁴ *Vid.*, <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l28120.htm>

⁸⁵ El 13 de junio de 2003 el Consejo de Ministros de Medio Ambiente de la UE aprobó el texto de la futura directiva, *vid.*, <http://www.iurislex.net/article.php?sid=1080>.

⁸⁶ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, TECNOS, Madrid, 1997.

propiedad intelectual siempre ha estado vinculada a los progresos técnicos, a los cambios tecnológicos, y en función de los mismos pueden señalarse dos etapas claves en el proceso de armonización comunitaria⁸⁷: una primera etapa en la que se pretendió adaptar la regulación del derecho de autor al impacto de la televisión por cable y por satélite, así como a la tecnología informática⁸⁸, y una segunda fase inaugurada por la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, propiciada por el desarrollo de la tecnología digital y los sistemas de comunicación interactiva o *a la carta*⁸⁹.

Por lo que respecta a la propiedad industrial, se ha afirmado que, sin temor a exagerar, se trata de uno de los campos del derecho privado europeo en los que existe mayor uniformidad⁹⁰, tanto que hay quien incluso sostiene que la superflua pervivencia de los derechos nacionales aconseja su supresión⁹¹. Así, desde 1977 existe la Patente Europea, se ha aprobado una Propuesta de Reglamento del Consejo relativa a la Patente Comunitaria, una Directiva regula las invenciones biotecnológicas, un reglamento hace lo propio

⁸⁷ Juana MARCO MOLINA, "La armonización de la legislación sobre propiedad intelectual en las Directivas comunitarias", en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1010 y 1111.

⁸⁸ Directiva 91/250, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador (DOCE, L 122, de 17 de mayo de 1991); Directiva 92/100, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DOCE, L 346, de 27 de noviembre de 1992); Directiva 93/83, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y distribución por cable (DOCE, L 248, de 6 de octubre de 1993); Directiva 93/98, de 29 de octubre de 1993, sobre armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DOCE, L 290, de 24 de noviembre de 1993); Directiva 96/9, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DOCE, L 77, de 27 de marzo de 1996).

⁸⁹ DOCE, L 167, de 22 de junio. Sobre esta Directiva *vid.*, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El Derecho de autor en Internet: la directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2001; J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, "La propuesta de directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información: nuevas perspectivas para el derecho de autor", *Pe. I. Revista de Propiedad Intelectual*, 1999, pp. 79-98.

⁹⁰ Angel GARCÍA VIDAL, "El Derecho europeo de la propiedad industrial", en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1065.

⁹¹ H. LADDIE, "National I.P. Rights: A Moribund Anachronism in a Federal Europe?", *European Intellectual Property Review*, 2001, p. 402 y ss.

con las obtenciones vegetales⁹², se ha armonizado tanto la materia de los modelos y dibujos industriales (“dibujos y modelos comunitarios”)⁹³ y de las marcas (“marca comunitaria”)⁹⁴, y, finalmente, se encuentra en tramitación una Directiva sobre modelos de utilidad⁹⁵.

D) Garantías reales mobiliarias: la fracasada aventura de la reserva de dominio

La Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOCE 200/2000, de 8 de agosto de 2000), prevé en su artículo 4 la posibilidad de que los Estados miembros dispongan que “el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes”. La norma final es una regla de transacción, una solución de consenso obtenida tras un pacto político entre el Parlamento Europeo y el Consejo sobre la conveniencia de regular la cláusula de reserva de dominio que no ha conseguido satisfacer absolutamente a nadie. Efectivamente, a lo largo de su tramitación el artículo 4 ha experimentado una notoria reducción y aligeramiento de su contenido que, inexorablemente, impide poder hablar de que el objetivo de la armonización legislativa de la cláusula de reserva de dominio ha sido alcanzado en el ámbito de la Unión, y pone de manifiesto un

⁹² Reglamento 2100/94, del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales (DOCE, L 227, de 1.9.1994).

⁹³ Directiva 98/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (DOCE, L 289, de 29.10.1998). *Vid.*, Javier PLAZA PENADÉS, “Directiva 98/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos,” *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001-2, nº 7, pp. 127 a 138. Igualmente, Reglamento nº 6/2000, del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios (DOCE L 3, de 5.1.2003).

⁹⁴ Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DOCE, L 40, de 11.2.1989). Reglamento 40/94, del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria (DOCE L 11, de 14.1.1994). Reglamento 2868/1995, de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento núm. 40/1994 (DOCE L 303, de 15.12. 1995).

⁹⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de los regímenes jurídicos de protección de las invenciones mediante modelos de utilidad (*vid.*, Propuesta modificada de 25 de junio de 1999, DOCE, C 248 E, de 29.8.2000).

sonoro fracaso de las instituciones comunitarias para afrontar la unificación de una forma de garantía mobiliaria cuya importancia en el tráfico intracomunitario nadie niega⁹⁶. Tanto o más decepcionante ha sido la trasposición de esta regla al ordenamiento jurídico español mediante el artículo 10 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁹⁷.

2.2.2. Derecho mercantil comunitario

El Derecho mercantil, por su importancia en la consolidación de un reglas mercado interno basado en la libertad de circulación de mercancías y capitales, se ha visto desde un principio especialmente influenciada por el derecho de origen comunitario⁹⁸. Así, en el campo del derecho de sociedades el número de directivas dictadas es apabullante⁹⁹, e incluso la Unión Europea ha impulsado un proceso ambicioso para armonizar la legislación de los

⁹⁶ La trasposición de tal pacto de reserva de dominio, señala RIVERA FERNÁNDEZ, presentado en su concepción clásica, obligará a reflexionar sobre el sistema de transmisión de los derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico. Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, "Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Diario Oficial nº L 200, de 8 de agosto de 2000)", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001, pp. 524 y 525. Con relación a las dificultades existentes para unificar la reserva de dominio a nivel europeo, por las diferencias constatables en torno a su naturaleza jurídica y a su distinta regulación por los ordenamientos jurídicos nacionales, *vid.*, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, "Derechos de garantía sobre bienes muebles", en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 973 a 975. Por otro lado, se trata de una materia que trata de unificar la Cámara de Comercio Internacional.

⁹⁷ Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, «La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CEE (LCEUR 2000, 2084) y en la ley 3/2004 (RCL 2004, 2678)». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, nº 16. pp. 93 a 119.

⁹⁸ *Vid.*, Manuel OLIVENCIA RUIZ, "Concepto del Derecho Mercantil", en Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 54 a 56.

⁹⁹ Directiva de 9 de marzo de 1968, sobre publicidad, validez de los compromisos sociales y las nulidades [LCEur 1968, 14]; Directiva 77/91, de 13 de diciembre de 1976, sobre capital social; Directiva 78/855, de 9 de octubre de 1978, sobre fusiones de sociedades anónimas [LCEur 1978, 344]; Directiva 78/660, de 25 de julio de 1978, sobre cuentas anuales de ciertas sociedades [LCEur 1978, 266]; Directiva 82/891, de 17 de diciembre de 1982, sobre escisión de sociedades [LCEur 1982, 617]; Directiva 83/349, de 13 de junio de 1983, sobre cuentas consolidadas [LCEur 1983, 337]; Directiva 84/253, de 10 de abril de 1984, sobre habilitación de personas encargadas del control legal de documentos contables [LCEur 1984, 250]; Directiva 666/1989, de 21 de diciembre de 1989, sobre publicidad de sucursales creadas en un Estado miembro por ciertas sociedades de otros Estados miembros [LCEur 1989, 1896]; Directiva 667/1989, de 21 de diciembre de 1989, sobre sociedades de responsabilidad limitada con un solo socio [LCEur 1989, 1897]; la Directiva de 101/1992, de 23 de noviembre de 1992 [LCEur 1992, 3594]).

Estados miembros en materia de sociedades mercantiles¹⁰⁰. Por otro lado, se han creado por la vía reglamentaria órganos o grupos de carácter y dimensión europea, como la Agrupación Europea de Interés Económico¹⁰¹ o, más recientemente, la Sociedad Anónima Europea¹⁰². En el ámbito de la contratación mercantil destaca la regulación del agente comercial independiente¹⁰³, los contratos de transporte¹⁰⁴, la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales entre empresas o entre empresas y entes públicos¹⁰⁵, y la tarea armonizadora llevada a cabo en el campo de los seguros privados¹⁰⁶. Finalmente, la armonización comunitaria también ha alcanzado al

¹⁰⁰ Vid., A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derecho Europeo de Sociedades", en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 315, y la abundante bibliografía que cita en la nota a pie de página nº 36.

¹⁰¹ Reglamento 2137/85, de 25 julio 1985, DOCE, L 199, de 31 julio 1985.

¹⁰² Reglamento 2157/2001, de 8 octubre 2001, DOCE, L 294, de 10 noviembre 2001.

¹⁰³ Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DOCE, L 382/17, de 31 de diciembre de 1986. Vid., Rafael LARA GONZÁLEZ, "El contrato de agencia", en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 669 y ss.

¹⁰⁴ Una enumeración exhaustiva de los reglamentos y directivas en materia de contrato de transportes puede encontrarse en, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo, op. cit.*, pp. 48 y 49.

¹⁰⁵ Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio (LCEur 2000, 2084), sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOCE 200/2000, de 8 de agosto de 2000). Esta Directiva acoge el criterio de la mora automática, sin que sea necesario que el acreedor lleva a cabo la intimación para que el deudor incurra en mora. Vid., Antoni VAQUER ALOY, "Incumplimiento del contrato y remedios", en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 536 y ss. RIVERA FERNÁNDEZ, "Directiva 2000/35/CE...", *op. cit.*, pp. 519-525. También debe tenerse en cuenta la Directiva 97/5/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas, y la Directiva 98/26/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y liquidación de valores.

¹⁰⁶ Directiva 73/239/CEE, de 24 de julio de 1973, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y su ejercicio; Directiva 79/267/CEE, de 5 de marzo de 1979, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida y su ejercicio; Directiva 357/1988, de 22 de junio de 1988, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones relativas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE [LCEur 1988, 792]; Directiva 618/1990, de 8 de noviembre de 1990 [LCEur 1990, 1308]; Directiva 619/1990, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones relativas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE [LCEur 1990, 1309]; Directiva 232/1990, de 14 de mayo de 1990 [LCEur 1990, 450]; Directiva 96/1992, de 10 de noviembre de 1992, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de vida y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE y 90/619 CEE [LCEur 1992, 3741]; Directiva 49/1992, de 18 de junio de 1992,

Derecho bursátil¹⁰⁷ y bancario¹⁰⁸, a la publicidad engañosa y comparativa¹⁰⁹ y al derecho de la competencia¹¹⁰.

sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro distinto del seguro de vida y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE y 88/357/CEE [LCEur 1992, 2682]. Sobre estas directivas, *vid.*, Juan BATALLER GRAU, “Un mercado europeo del seguro: claves para una re-visión”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 741 y ss. Más recientemente, la Directiva 2000/26/CE, de 16 de mayo de 2000, aborda la cuestión de la protección de las víctimas de accidentes de circulación acaecidos en un Estado del Espacio Económico Europeo distinto al de su residencia. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, con la finalidad de adaptar la legislación española a la citada directiva ha modificado el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, incorporando a tal efecto un Título III que figura bajo la rúbrica *De los siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado, en relación con el aseguramiento obligatorio*. Entre otras cosas, se introduce la figura del representante para la tramitación y liquidación, designado por las entidades aseguradoras domiciliadas en España y las sucursales de terceros países establecidas en territorio español, cuya finalidad es la de tramitar en el Estado de residencia del perjudicado la pertinente reclamación (art. 21.1). En general, sobre la reforma que ha supuesto la introducción de la Directiva en el Derecho español, *vid.*, Fernando REGLERO CAMPOS, “La reforma del sistema de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor” (I) y (II), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 7 y 14 de noviembre de 2002, números 552 y 553.

¹⁰⁷ Directiva 80/390/CEE, del Consejo de 17 de marzo de 1980; Directiva 89/298/CEE, del Consejo de 17 de abril de 1989; Directiva 93/22/CEE, del Consejo de 10 de mayo de 1993; Directiva 93/6/CEE, del Consejo de 15 de marzo de 1993.

¹⁰⁸ Directiva 89/117/CEE, del Consejo de 13 de febrero de 1989; Directiva 93/6/CEE, del Consejo de 15 de marzo de 1993; Directiva 96/10/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de marzo de 1996; Directiva 2000/12/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000; Directiva 2000/46/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de septiembre de 2000, sobre dinero electrónico (*vid.*, Javier PLAZA PENADÉS, “La Directiva 2000/46/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de septiembre de 2000, sobre dinero electrónico”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001-2, nº 7, pp. 139-148).

¹⁰⁹ Directiva 84/459/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DOCE, L. 250, de 19 de septiembre de 1984). Esta directiva fue objeto de modificación por la Directiva 97/55/CE, del Parlamento y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, con el fin de incluir a la publicidad comparativa, adoptando el título de “Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”. La Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, ha introducido en nuestro ordenamiento tanto esta directiva como la relativa a la acción colectiva de cesación en materia de publicidad ilícita (Directiva 98/27/CE). *Vid.*, Rafael LARA GONZÁLEZ, “La publicidad engañosa y comparativa”, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 691 y ss.

¹¹⁰ Con relación al Derecho europeo de la competencia, *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho europeo de la competencia”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 781 y ss. Debe recordarse que el artículo 81 TCE prohíbe expresamente los acuerdos, contratos y prácticas colusorias que falsean o restringen la libre competencia. *Vid.*, los reglamentos dictados en desarrollo de tal precepto constitucional, en SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo, op. cit.*, pp. 60 a 62.

2.2.3. Derecho internacional privado comunitario

A) El florecimiento del instrumento conflictual en la Unión Europea

En un principio, el Derecho internacional privado comunitario se reducía a una serie de instrumentos supranacionales, como el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia mercantil civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968, el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales¹¹¹, de 19 de junio de 1980, y el Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de 16 de septiembre de 1988¹¹².

Ahora bien, el Tratado de Amsterdam, al introducir una nueva competencia comunitaria, ha convulsionado el panorama vigente, abriendo un período de creación legal realmente sorprendente. Efectivamente, dicho Tratado ha introducido un Título IV en el TCE, y dentro del mismo los artículos 61c) y 65 se refieren a la necesidad de que el Consejo, a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, adopte “medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65”¹¹³. Pues bien, desde el 1 de mayo de 1999, fecha en que entraron en vigor los preceptos citados, la actividad legislativa comunitaria ha sido ciertamente incesante: Reglamento CE 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia¹¹⁴; Reglamento CE 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la

¹¹¹ Actualmente se estudia la posibilidad de transformar la Convención en un Reglamento comunitario, *vid. Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización*, de 14 de enero de 2003, COM (2002) 654 final.

¹¹² ÁLVAREZ GONZÁLEZ se refiere a este período como una fase intergubernamental en la que el Derecho Internacional Privado estaba al margen de la producción jurídica del Derecho derivado y en manos del llamado “Derecho complementario”, Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 161 y 162.

¹¹³ Señala SÁNCHEZ LORENZO que “el Título IV comunitariza la cooperación judicial en materia civil, incluyendo en el art. 65 CE una serie de competencias estrictamente relacionadas con cuestiones de Derecho internacional privado, en concreto en los ámbitos de la asistencia judicial internacional [art. 65 a)], competencia judicial internacional y conflictos de leyes [art. 65 b)]. Añade asimismo una acción destinada a compatibilizar el Derecho procesal civil de los Estados miembros [art. 65 c)], redactada en unos términos muy prudentes”, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, p. 197.

¹¹⁴ DOCE L 160, de 30 de junio de 2000.

competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes¹¹⁵; Reglamento CE 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil¹¹⁶; Reglamento CE 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹¹⁷; Reglamento CE 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil¹¹⁸.

B) Los proyectos Roma I y Roma II

Actualmente hay dos propuestas de Reglamentos en materia de (YA SON REGLAMENTOS) Derecho Internacional Privado muy importantes. La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) [COM (2005) 650 fina]. El futuro reglamento, en palabras de las instituciones comunitarias, se propone modernizar el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales así como transformarlo en un instrumento comunitario, otorgando así una competencia de interpretación al Tribunal de Justicia. Además, este procedimiento facilitará la aplicación de normas uniformes de conflicto de leyes en los nuevos Estados miembros.

En el ámbito del Derecho de daños debe destacarse la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de febrero de 2006,

¹¹⁵ DOCE L 160, de 30 de junio de 2000. *Vid.*, Mónica HERRANZ BALLESTEROS, "Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002", *La Ley*, Año XXIV. Número 5715. Lunes, 10 de febrero de 2003 .

¹¹⁶ DOCE L 160, de 30 de junio de 2000.

¹¹⁷ DOCE L 12, de 16 de enero de 2001. Con relación al mismo, *vid.*, Joaquín Luis SÁNCHEZ CARRIÓN, "El nuevo marco competencial judicial en materia civil y mercantil en el Derecho comunitario", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 545, pp. 1 a 5.

¹¹⁸ DOCE L 174, de 27 de junio de 2001.

relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») [COM (2006) 83]¹¹⁹. A la hora de determinar la ley aplicable a la responsabilidad por hecho ilícito, flexibiliza la tradicional regla de la “lex loci delicti” e introduce el elemento de la autonomía de la voluntad, aunque sometida a una serie de condicionamientos (artículo 11.1)¹²⁰. Igualmente, se plantea la necesidad de

2.3. Conclusión: las insuficiencias de las directivas como instrumento de armonización

A la vista de los datos aportados, queda claro que las Directivas (y, en menor medida, los reglamentos) han contribuido a la creación de un Derecho privado comunitario, esto es, de un conjunto de normas jurídicas civiles que tienen su origen en un organismo supranacional como la UE y que, de una forma u otra, se encuentran en vigor en todos y cada uno de sus Estados miembros¹²¹. Es más, la tarea del legislador comunitario puede considerarse especialmente digna y encomiable en el área concreta del Derecho del consumo, ya que su continua actuación y vigilia ha obligado a los Estados a acomodar sus ordenamientos jurídicos nacionales a la necesidad de proteger al consumidor. Ahora bien, de manera reiterada han sido puestos de manifiesta la graves aporías e insuficiencias que presentan las directivas como instrumento legal para alcanzar la deseada armonización jurídica¹²², y que pueden resumirse de la siguiente forma:

¹¹⁹ http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/consultation/index_es.htm.

¹²⁰ Vid., Enrique FERNÁNDEZ MASIÁ, “Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Actualidad Civil*, nº 34, semana del 15 al 21 de septiembre de 2003; Guillermo PALAO MORENO, “Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (Una visión crítica del Anteproyecto de Propuesta de Reglamento *Roma II*)”, en PALAO MORENO/PRATS ALBENTOSA/REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo*, op. cit., pp. 271 y ss.

¹²¹ Con relación a los “méritos” de las directivas, especialmente frente a los Tratados y los *Restatements* como medios de armonización, vid. P.C., MÜLLER- GRAFF, “E.C. Directives as a Means of Private Law Unification”, en *Towards a European Civil Code*, op. cit., pp. 77 a 80.

¹²² Sobre la insuficiencia de los instrumentos de unificación tradicionalmente utilizados, C. PARRA RODRÍGUEZ, *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, Bosch, 2001, pgs. 105 y ss.

a) Por de pronto, el principal inconveniente que presentan es el que no son un instrumento jurídico directamente aplicable y vinculante, sino que deben ser transpuestas a los ordenamientos jurídicos nacionales¹²³, lo que provoca innumerables retrasos¹²⁴, inexactitudes¹²⁵, divergencias e incrementa la inflación legislativa, en contra de su buen conocimiento y aplicación por los operadores jurídicos¹²⁶.

b) Al no existir un cuerpo de principios o conceptos generales del Derecho privado comunitario, se plantean numerosos problemas derivados de la necesidad de interpretar normas comunitarias con principios nacionales¹²⁷. Incluso, NIGLIA ha demostrado en un brillante estudio que los tribunales nacionales no han llegado de hecho a aplicar las Directivas comunitarias, preservando en todo caso su tradicional cuerpo de preceptos legales¹²⁸.

¹²³ Se ha dicho que la Directiva es la versión moderna del senadoconsulto, que debía ser desarrollado por el Pretor en su edicto en función de los consejos que recibía de la *auctoritas* de los senadores Emilio VALIÑO DEL RÍO, "Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística", en PALAO MORENO/PRATS ALBENTOSA/REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo*, *op. cit.*, p. 406.

¹²⁴ Retrasos que pueden dar lugar a condenas indemnizatorias estatales frente a los particulares, como vimos anteriormente. *Vid., supra*, 2.1.1. *Introducción: la formación de un "derecho privado comunitario"*.

¹²⁵ Para empezar, existen distintas "culturas de transposición", que hacen que, por ejemplo, los *statutes* británicos sean mucho más detallistas y precisos que las leyes continentales, *vid.*, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, *op. cit.*, p. 37. Por otro lado, las Directivas, permiten que los Estados puedan incluir o excluir determinadas materias en la legislación de transposición, lo cual genera dispersión e inseguridad jurídica, PLAZA PENADÉS, "Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo", *op. cit.*, p. 309. Con relación a las diferencias introducidas por las normas de transposición nacionales de la Directiva 85/374, en materia de responsabilidad por productos defectuosos, *vid.*, MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, "La responsabilidad por productos defectuosos...", *op. cit.*, pp. 940 a 947.

¹²⁶ CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho privado o un Código civil para Europa...", *op. cit.*, p. 55.

¹²⁷ Las principales divergencias se producen por el empleo de conceptos abstractos e indeterminados que provocan problemas interpretativos. *Vid.*, la Sentencia TJCE de 12 marzo 2002, sobre las diferencias producidas entre el Derecho austríaco y el alemán en la transposición de la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, en, Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, "El Derecho contractual europeo en el marco de la globalización", en Alfonso Luis CALVO-CARAVACA y Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, COLEX, 2003, p. 79). R. Zimmermann, *Civil Code and Civil Law*, 1 Columbia Journal of European Law (1994/95) 63, 73 and H. Kötz, *Rechtsvereinheitlichung, Nutzen, Kosten, Methoden.*, 50 *Rabels Zeitschrift* (1986) 3. *Vid.*, un estudio detallado de estos problemas en, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, *op. cit.*, 172 a 182.

¹²⁸ Leone NIGLIA, "The Non-Europeanisation of Private Law", *ERPL*, 2001/4, p. 597.

c) Además, la regulación de las directivas suele ser superficial, incompleta¹²⁹, sectorial y fragmentaria, hasta el punto de que SÁNCHEZ LORENZO ha afirmado muy elocuentemente que la situación actual del derecho privado comunitario se compara con un estilo pictórico impresionista, el puntillismo¹³⁰.

d) Por otro lado, desde un punto de vista jurídico, las directivas son poco precisas y de escasa calidad técnica¹³¹, lo cual provoca innumerables problemas conceptuales¹³². Incluso, el contenido de las directivas aparece falto de sistemática, estructura y coordinación, haciendo que algunas ocasiones una misma materia reciba un tratamiento dispar e injustificado en distintas directivas¹³³, o que sea posible aplicar más de una Directiva¹³⁴.

¹²⁹ A pesar de que las directivas cada vez son más detalladas y parecidas a los reglamentos. Incluso, se habla de “la perversión de la fórmula de la directiva y su paulatina aproximación a los caracteres reales del reglamento”, SÁNCHEZ LORENZO, *ult. op. cit.*, p. 4.

¹³⁰ No obstante, el autor reconoce que la expresión es del alemán KÖTZ, *vid.*, SÁNCHEZ LORENZO, *ult. op. cit.*, pp. 164 y 165, nota a pie de página nº 27. *Vid.*, igualmente, ROTH, WULF-HENNING, “Transposing “Pointillist” EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences”, *ERPL*, 2002/6, pp. 761-776.

¹³¹ Por eso se habla de la “vulgarización del Derecho privado comunitaria” *vid.*, SÁNCHEZ LORENZO, *ult. op. cit.*, p. 169.

¹³² A pesar de que las Directivas suelen acompañarse de un elenco de conceptos que tratan de acotar su interpretación con el fin de evitar que las divergencias terminológicas impidan la consecución del objetivo armonizador, suelen aparecer contradicciones producto de la falta de precisión de los conceptos y términos empleados. Un claro ejemplo es lo que ocurre con la figura de la rescisión unilateral, ya que mientras algunas directivas hablan de rescisión (Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, y Directiva 94/47/CE, sobre el régimen de tiempo compartido), otras hablan de desvinculación (Directiva 97/7/CE, sobre contratos a distancia) o de renuncia (Directiva 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales). (*vid.*, Comunicación de la comisión, pp. 56 y 59; y p. 620, nota 30, del libro de CÁMARA LAPUENTE).

¹³³ Por ejemplo, en relación a los deberes de información en la contratación en las directivas sobre contratación a distancia, aprovechamiento por turnos y contratación electrónica, *vid.*, PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, p. 310.

¹³⁴ D. STAUDENMAYER, “*The Commission Communication on European Contract Law: What future for European Contract Law?*” pp. 256 y 257 (ERPL, 2002, 2). Según SÁNCHEZ GONZÁLEZ, el ejemplo más claro de concurrencia de distintas normas sobre un mismo supuesto de hecho se encuentra en la Ley 34/2002, reguladora de los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que en su artículo 23, relativo a la validez y eficacia de los contratos, señala que éstos “se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Distorsiones operadas en el derecho contractual como consecuencia de la transposición del derecho comunitario *pro consumatore*”...*op. cit.*, p. 9.

e) Resulta paradójico que las Directivas destinadas a regular problemas considerados como de Derecho privado únicamente tengan eficacia vertical, y no horizontal o *inter privatos*¹³⁵.

f) Finalmente, se ha señalado que en ocasiones se introducen de forma agresiva y sorpresiva conceptos completamente extraños en los ordenamientos jurídicos nacionales, como ocurre con el concepto de buena fe en el Reino Unido¹³⁶.

Así pues, parafraseando a CÁMARA LAPUENTE, puede decirse que la armonización por medio de directivas está dando lugar a un mero “conglomerado” de normas, en lugar de a un “ordenamiento” propiamente dicho¹³⁷, y la construcción de la Europa de los actuales sueños políticos exige algo más¹³⁸, tal y como reconoce el propio Parlamento Europeo en una Resolución de 15 de noviembre de 2001 en la que afirma sin tapujos que la técnica de las directivas no ha dado los frutos esperados¹³⁹.

¹³⁵ SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo, op. cit.*, p. 38.

¹³⁶ ROCA I TRÍAS, “Codification in Catalonia and in Europe...”, p. 350.

¹³⁷ CÁMARA LAPUENTE, “Hacia un código civil europeo: ¿Realidad o quimera?...*op. cit.*”, p. 1669, nº. 28. En el mismo sentido, PARRA LUCÁN afirma que “no existe un cuerpo coherente de derecho privado comunitario, sino un conjunto fragmentado e inarmónico de normas que se insertan en los derechos nacionales, dando lugar, además, a una complejidad normativa que comporta grandes dosis de inseguridad jurídica”, M^a Angeles PARRA LUCÁN, “Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo?”, *Actualidad Civil*, nº 36, 30 septiembre al 6 de octubre de 2002, p. 1167.

¹³⁸ Afortunadamente, afirma DE LOS MOZOS, ya nadie imagina que por el sistema de las directivas se pueda resolver la diversidad existente entre los diversos ordenamientos comunitarios, José Luis DE LOS MOZOS, “El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *Actualidad Civil*, 9 de octubre de 2002.

¹³⁹ «[L]as mencionadas directivas comunitarias no están plenamente coordinadas», «la aplicación coordinada de las mencionadas directivas y de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de Derecho civil también genera, en parte, problemas». Incluso, sugiere que la Comisión «revis[e] las actuales directivas sobre protección de los consumidores relativas al Derecho contractual para suprimir las cláusulas de armonización mínima que han impedido el establecimiento de una normativa uniforme a nivel de la UE en detrimento de la protección de los consumidores y de un funcionamiento adecuado del mercado interior» (par. 12).

3. EL DERECHO PRIVADO EUROPEO

3.1. Constitución y Derecho privado europeo

3.1.1. Introducción

Ha señalado ALPA que el Derecho Privado Europeo se encuentra afectado por una circunstancia que acontece en el plano del Derecho público pero que interfiere en su evolución: la aprobación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y su relación con la Constitución Europea, cuyo futuro sigue siendo muy incierto¹⁴⁰. En el mismo sentido, ZENO-ZENCOVICH afirmaba que el proceso constituyente europeo “podrá tener significativas repercusiones sobre el futuro del Derecho privado europeo y sobre el contexto en el cual deberá operar”¹⁴¹. Estas declaraciones ponen de manifiesto que la irrupción tanto de la Carta Europea de Derechos Fundamentales como de la Constitución Europea en el debate sobre la construcción política y jurídica de la UE tiene que ocupar también un lugar central en el ámbito del Derecho civil.

Pueden traerse a colación las similitudes que se han encontrado entre el actual proceso europeo con el experimentado a partir de 1789 en la Francia revolucionaria¹⁴². Efectivamente, en este país, a raíz de la Revolución burguesa, se realizó la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano el 28 de agosto de 1789, que apareció como un documento político, mientras que la Constitución, como norma cuya finalidad era la de configurar la estructura constitucional del Estado, sólo surgió de forma posterior, concretamente el 3 de septiembre de 1791. Pues bien, algo parecido puede haber ocurrido en la UE, ya que en primer lugar ha irrumpido en escena la Carta de Niza como texto político que consagra los derechos y libertades de los ciudadanos de la Unión Europea, y posteriormente, apareció la Constitución Europea, encargada de configurar la estructura de la UE. A lo que podría añadirse el hecho de que, al igual que aconteció con la codificación decimonónica, el proyecto de creación de un Código civil europeo se ve acompañado de un proceso constituyente y de una futura constitución. En

¹⁴⁰ ALPA, “Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción”, *op. cit.*, p. 215.

¹⁴¹ ZENO-ZENCOVICH, “Le basi costituzionali di un diritto privato europeo”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴² ALPA, “Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción”, *op. cit.*, p. 215.

definitiva, una vez más, se observan en el proceso de construcción jurídica de Europa analogías con el pasado.

3.1.2. Carta de Niza y ciudadano europeo

La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea¹⁴³, firmada y proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, recoge a lo largo de seis capítulos los derechos civiles, políticos y sociales tanto de los ciudadanos europeos como de los que viven en la Unión¹⁴⁴. Así pues, puede decirse que nos encontramos ante un texto capital para el “Derecho de la persona europeo” –no obstante, también se incluyen disposiciones relativas al Derecho patrimonial privado¹⁴⁵, al Derecho de familia¹⁴⁶ e incluso, si bien de forma casi testimonial, al Derecho de sucesiones¹⁴⁷ - en cuanto que recoge una serie de derechos fundamentales de naturaleza iusprivatista (derechos de la personalidad). En este sentido, su importancia ha sido calificada como de primer orden, ya que muestra que la Unión Europea va más allá de la inicial consideración del individuo como mero factor de producción¹⁴⁸, y se acerca progresivamente a una noción amplia de *ciudadano europeo*¹⁴⁹. El elenco de los derechos recogidos, que se basa en las tradiciones constitucionales

¹⁴³ DOCE 2000/C/364/01, 18.12.200. *Vid.*, L.M. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en, L.M. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2000. F. FERRARI (A cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il Costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; A.W. HERINGA y L. VERHEY, “The EU Charter: Text and Structure”, *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 2001. F. POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione Europea*, Padova, 2001; G. QUINN y L. FLYNN, *The UE Charter on Fundamental Rights. Issues and Perspectives*, Oxford, 2001.

¹⁴⁴ No obstante, debe recordarse que el artículo 6.2 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (modificado por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre ddddde 1997) ya incorporaba al acervo comunitario el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950).

¹⁴⁵ Artículos 16, 17, 38, 52. *Vid.*, *infra*.

¹⁴⁶ Artículos 9, 23 y 24. *Vid.*, *infra*.

¹⁴⁷ Artículo 17, que reconoce el derecho a legar los bienes adquiridos legalmente.

¹⁴⁸ R. ALONSO GARCÍA, “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2001, 209, pp. 10 y 11.

¹⁴⁹ ALPA, “Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción”, *op. cit.*, p. 216.

comunes de los Estados miembros¹⁵⁰, puede exponerse, por lo que interesa al Derecho civil europeo, de la siguiente forma:

A) Comienza la Carta con un Capítulo primero que figura bajo la rúbrica de "Dignidad", recogiendo en su artículo 1 a la dignidad humana como "base misma de los derechos fundamentales"¹⁵¹. A continuación se hace referencia al derecho a la vida (art. 2), a la prohibición de la tortura (art. 4) y de la esclavitud (art. 5). Especialmente interesante resulta el reconocimiento al derecho a la integridad de la persona (art. 3)¹⁵², ya que en el marco de la biología, de la medicina y de la biotecnología -ámbito especialmente delicado habida cuenta de la confluencia de valores éticos, religiosos, sociales y jurídicos- se hace referencia a:

- La necesidad de respetar el consentimiento libre e informado¹⁵³;
- La prohibición de las prácticas eugenésicas y de las que tienen por finalidad la selección de las personas. El precepto se refiere a los programas de selección que incluyan campañas de esterilización, embarazos forzados, matrimonios obligatorios según criterios étnicos, etc... Todos ellos, aclara el comentario a la Carta, considerados como crímenes internacionales con arreglo al Estatuto de la Corte Penal Internacional [art. 7.1 g)].
- La prohibición de disponer con el cuerpo humano o sus partes como fuente de lucro.
- La prohibición de la clonación reproductiva de seres humanos, lo cual, deja en un principio las puertas abiertas para la admisión, si se considera procedente, de la clonación terapéutica¹⁵⁴.

¹⁵⁰ La Carta, tal y como expresa su Preámbulo, también se basa en el Tratado de la Unión y en los Tratados Comunitarios, en el Convenio Europeo de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁵¹ Así se declara en las explicaciones oficiales a la Carta (CHARTE 4487/00 CONVENT 50).

¹⁵² El precepto se basa en el Convenio Relativo a los derechos humanos y a la biomedicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa (STE 164 y Protocolo Adicional STE 168).

¹⁵³ En nuestro país, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

B) El Capítulo II se dedica a las libertades: respeto a la vida privada y familiar (art. 7); protección de datos de carácter personal (art. 8); libertad de pensamiento (art. 10); libertad de expresión e información (art. 11)¹⁵⁵; libertad de investigación científica (art. 13).

Por su importancia, resulta destacable el artículo 9 que, bajo la rúbrica de “Derecho a contraer matrimonio y Derecho a fundar una familia”, declara que “se garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. La Carta no se refiere, como hace la Constitución Española (art. 32) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 12), al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, sino que reconoce de forma genérica tal derecho, con la finalidad de abarcar a aquellas legislaciones nacionales que reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia¹⁵⁶. Es indudable que el precepto está llamado a gozar de una trascendencia innegable en el debate sobre la posibilidad constitucional del matrimonio entre homosexuales¹⁵⁷, aunque, el comentario a la Carta, con el objetivo de no levantar ampollas, aclara que “este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”.

C) Al Derecho a la igualdad viene consagrado el Capítulo III, que reconoce la igualdad ante la ley (art. 20), la prohibición de discriminación (art. 21), el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22), la igualdad entre hombres y mujeres, incluyendo la posibilidad de adoptar

¹⁵⁴ En las explicaciones oficiales a la Carta se señala que “Ni autoriza ni prohíbe las demás formas de clonación. Por lo tanto, no impide al legislador prohibir otras formas de clonación”. (CHARTE 4487/00 CONVENT 50).

¹⁵⁵ Mientras el apartado 1 se refiere genéricamente a la libertad de expresión de las personas, el apartado 2 del artículo 11 contempla el supuesto exclusivo de los medios de comunicación, y establece que “se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”. El precepto se basa en la jurisprudencia del TJCE relativa a la televisión (Sentencia de 25 julio 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros*), en la Directiva 89/552/CEE y en el Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros.

¹⁵⁶ *Vid.*, comentario oficial a la Carta (CHARTE 4487/00 CONVENT 50).

¹⁵⁷ Así lo han considerado, ZENO-ZENCOVICH, *ult. op. cit.*, p. 22; GARCÍA RUBIO, “Los sujetos de la relación jurídica privada en el Derecho comunitario...”, *op. cit.*, p. 244.

medidas de acción positiva (art. 23)¹⁵⁸, los derechos del menor, basados en el principio del “interés superior del menor” como consideración primordial (art. 24)¹⁵⁹, los derechos de las personas mayores (art. 25), y la integración de los discapacitados (art. 26).

D) Con relación al Derecho patrimonial privado, interesan las siguientes cuestiones:

- Libertad de empresa (art. 16) y, consecuentemente, “libertad de contratación”¹⁶⁰.

- Derecho de propiedad, que incluye el derecho a disfrutar, usar, disponer y legar los bienes adquiridos legalmente (art. 17.1)¹⁶¹. Además de establecerse que nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y a cambio de una justa indemnización “en un tiempo razonable”, debido a su creciente importancia se hace una mención explícita a la propiedad intelectual (art. 17.2), que abarca la propiedad literaria, el derecho de patentes y marcas y los derechos conexos.

- Protección de los consumidores (art. 38)¹⁶² y el principio de proporcionalidad (art. 52), que alcanza al Derecho privado.

E) La Carta finaliza con el artículo 54, que prohíbe de forma genérica el abuso de derecho.

¹⁵⁸ Aunque la igualdad entre hombres y mujeres suele plantearse en torno a la cuestión de la equiparación a afectos laborales, este derecho tiene implicaciones iusprivatistas, como por ejemplo con relación a la transmisión del apellido de la madre a los hijos, ZENO-ZENCOVICH, *ult. op. cit.*, p. 24.

¹⁵⁹ Las normas contenidas en el artículo 24, señala GARCÍA RUBIO, tienen una importantísima dimensión privada, ya que reconocen que los menores son personas capaces que van adquiriendo autonomía progresivamente, lo cual restringe de manera evidente el campo de la representación legal. GARCÍA RUBIO, “Los sujetos de la relación jurídica privada en el Derecho comunitario...”, *op. cit.*, p. 256.

¹⁶⁰ El comentario a la Carta reconoce que este artículo se basa, entre otros elementos, en la jurisprudencia del TJCE relativa a la “libertad de contratación” (Sentencia de 5 de octubre de 1999, España contra la Comisión, y sentencia *Sukkerfabriken Nykoebing*, asunto 151/78, Rec 1979).

¹⁶¹ La redacción se basa en la empleada por el artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH. en el Sobre este precepto *vid.*, con mayor detalle, Pedro De PABLO CONTRERAS, “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 951 a 953.

¹⁶² Aquí, la Carta de Niza se limita a constitucionalizar en cierta forma el *acquis communautaire*, ZENO ZENCOVICH, *ult. op. cit.*, p. 24.

Una vez analizado el contenido iusprivatístico de la Carta, hay que tomar en seria consideración la eficacia actual del instrumento en cuestión, ya que en un principio apareció como un documento de valor político, según las propias declaraciones de sus ponentes¹⁶³. Esto es, actualmente la Carta carece de valor vinculante¹⁶⁴ o, como se ha indicado, tiene un carácter formalmente no normativo¹⁶⁵, a pesar de que tanto el TJCE como algunos jueces nacionales asumieron que se trataba de una ley de naturaleza judicial apta para resolver disputas de naturaleza legal¹⁶⁶, o de que se haya afirmado que la Carta es preceptiva para los órganos europeos ex art. 51.1 y 52 TCE¹⁶⁷. Así pues, en principio nos encontramos con un texto de enorme valor simbólico y político, pero de escasa transcendencia jurídico-legal, salvo que los derechos que reconoce sean aplicables en virtud de la *direkte unmittelbare Drittwirkung*, tal y como se ha propuesto¹⁶⁸.

¹⁶³ Jacques Chirac, Presidente del Consejo Europeo, "En Niza hemos proclamado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este texto posee un gran valor político; en el futuro se apreciará todo su alcance. Rindo homenaje a esta Asamblea, que ha contribuido en gran medida a su elaboración" (*Estrasburgo, 12 de diciembre de 2000*).

¹⁶⁴ En un principio, en el Consejo Europeo de Colonia (de 3 y 4 de junio de 1999, que otorgó a una Convención el mandato de redactar un proyecto de Carta de derechos fundamentales) se planteó la posibilidad de otorgarle carácter vinculante mediante su incorporación en el Tratado de la Unión Europea. Incluso, la Convención redactó el proyecto de Carta desde la perspectiva de la posible incorporación de la misma en el Tratado y el Parlamento Europeo se manifestó a favor de dicha incorporación. Sin embargo, el Consejo Europeo de Niza decidió examinar la cuestión del estatuto jurídico de la Carta en el contexto del debate sobre el futuro de la Unión Europea, que se inició el 1 de enero de 2001.

¹⁶⁵ De PABLO CONTRERAS, *ult. op. cit.*, p. 951.

¹⁶⁶ Contantino MORTATI habla de "un nuevo fenómeno de constitución material a nivel comunitario", en el que la Carta actúa como una lista de valores, como una estructura de principios generales, como un plan de acción para la Unión como si también tuviera una naturaleza legal, *vid.*, ALPA, "Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción", *op. cit.*, p. 217.

¹⁶⁷ ZENO-ZENCOVICH, *ult. op. cit.*, pp. 26 y 27. Las declaraciones políticas vertidas con ocasión de la aprobación de la Carta también parecen apuntar en esa dirección: Nicole Fontaine, Presidenta del Parlamento Europeo: "Firmar es comprometerse (...). Que todas las ciudadanas y los ciudadanos de la Unión sepan que, desde ahora (...), la Carta será la ley de esta Asamblea (...). En adelante, la Carta será nuestra referencia para todos los actos del Parlamento Europeo que afecten directa o indirectamente a los ciudadanos de toda la Unión". (*Niza, 7 de diciembre de 2000*); Sr. Romano Prodi, Presidente de la Comisión "Para la Comisión, la proclamación marca el momento en que las Instituciones se comprometen a respetar la Carta en todas las acciones y políticas de la Unión (...). Los ciudadanos y las ciudadanas pueden contar con la Comisión para hacer que se respete (...)" (*Niza, 7 de diciembre de 2000*).

¹⁶⁸ STANZIONE, "Diritti essenziali della persona, tutela delle minorità e *drittwirkung* nell'esperienza europea"...*op. cit.*, p. 59; HESSELINK, "The horizontal effect of social rights in European Contract Law"...*op. cit.*, p. 10.

Desde el momento en el que se iniciaron los trabajos de la Comisión Europea constituyente presidida por Válerly Giscard d'Estaing, surgió la cuestión de la relación entre la Carta de Niza y el frustrado Tratado Constitucional, proponiéndose varias alternativas al respecto¹⁶⁹. Finalmente, el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europea reconoció explícitamente los derechos reconocidos en la Carta de Niza, que se reproducían íntegramente en la Parte II del texto constitucional. De esa forma, quedaba resuelta tanto la cuestión de la eficacia de la Carta como la de su relación con la futura Constitución Europea. De hecho, en la Declaración de Roma, el Presidente de la Comisión Europea afirmaba que el Proyecto de Tratado “consagra los derechos de los ciudadanos al incorporar la Carta Europea de los Derechos Fundamentales”¹⁷⁰. El fracaso del programa constituyente dejó a la Carta en el limbo jurídico, hasta que el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 incorporó nuevamente a la Carta de Derechos Fundamentales en su texto, dotándole de plena eficacia jurídica.

3.1.3. La necesidad de constitucionalizar el Derecho europeo de los contratos

Ha irrumpido con mucha fuerza en Europa el debate en torno a la necesidad de introducir lo que se ha convenido en llamar “justicia social” en la construcción del Derecho contractual europeo, especialmente a raíz de la publicación de un manifiesto firmado por prominentes nombres de la doctrina jurídica europea reunidos en torno al “Study Group on Social Justice in European Private Law”¹⁷¹.

¹⁶⁹ En el artículo 6 del Anteproyecto de Tratado Constitucional ya se mencionaban algunas alternativas para conciliar la futura Constitución con la Carta: hacerse referencia a la Carta, establecerse el principio de integración de la Carta, incorporando el artículo de ésta en otra parte del Tratado o un protocolo especial anejo a la Constitución. *Vid.*, <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/cv00/00369es2.pdf>.

¹⁷⁰ *Vid.*, Declaración de Roma, http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/Rome_ES.pdf.

¹⁷¹ “Social Justice in European Contract Law: a Manifiesto”, *European Law Journal*, Vol. 10, nº 6, 2004, pp. 653 a 674. Este manifiesto ha sido firmado y apoyado por juristas como Ugo MATTEI, Horatio MUIR WATT, Hugh COLLINS, Mauro BUSSANI, Guido ALPA, Martijn

En este manifiesto se denuncia el enfoque exclusivamente economicista que se ha dado a los trabajos de unificación del Derecho contractual (en cuanto eliminación de las barreras a la libre circulación de las mercaderías) así como la excesiva tecnocratización y el correlativo déficit democrático de todo el proceso. Frente a este planteamiento, se propone redefinir o reorientar el curso de los acontecimientos, partiendo por la necesidad de señalar que un sistema común de Derecho de los contratos significa una aspiración hacia una identidad europea compartida e implica la construcción de una unión de valores fundamentales relativos a las relaciones sociales y económicas entre los ciudadanos recogidos en los distintos textos constitucionales. No puede generarse una regulación contractual que ignore las demandas de justicia social que el Derecho de los contratos debe aspirar a conseguir, mediante la contraposición entre el principio de la libertad contractual y la idea de solidaridad social (expresada a través de reglas generales, como buena fe, buenas costumbres, orden público, etc.) A modo de conclusión, el manifiesto sostiene que la agenda próxima del Derecho europeo de contratos ha de tomar en consideración los siguientes puntos: debe ampararse el principio de justicia contractual; debe alcanzarse la constitucionalización del Derecho Contractual Europeo; finalmente, el proceso ha de legitimarse mediante una progresiva democratización. Así pues, la necesidad de cohesionar Derecho de la contratación y Constitución se ha convertido en uno de los retos más importantes que asume el actual estadio de construcción del Derecho privado europeo. Más adelante estudiaremos una respuesta concreta a dicho reto: la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o, más concretamente, la regulación por el *Acquis Group* del principio de no discriminación en las relaciones contractuales privadas.

3.2. La construcción del Derecho privado europeo

La sensación generalizada de que el camino (considerable y encomiable) recorrido en la creación del Derecho Privado Comunitario es manifiestamente insuficiente ha desencadenado la búsqueda de vías alternativas. Esto es, las

HESSELINK, Brigitta LURGER o Stefan GRUNDMANN, por citar a algunos de los más conocidos.

patentes carencias que las directivas presentan para conseguir una armonización fiable, segura y coherente dejan el camino expedito al debate jurídico y político sobre la necesidad de encontrar otros medios de unificación legal del Derecho Privado Europeo. Y esta nueva tarea, que ha dado lugar a un incesante flujo de ideas y comentarios a nivel europeo, ha sido desempeñada tanto desde las instituciones comunitarias como desde los círculos académicos y universitarios. En nuestra opinión no debe desdeñarse en absoluto el impulso político que está recibiendo la idea unificadora desde el seno de la UE. Por mucho que los proyectos unificadores o armonizadores siempre hayan estado presentes en el espíritu de numerosos juristas e instituciones académicas¹⁷², la diferencia es que en este momento nuestros gobernantes y representantes comunitarios son proclives a tal idea, lo cual debe servir de aviso para navegantes “euroescépticos”. Analicemos separadamente los impulsos políticos y académicos.

3.2.1. Impulsos políticos de las instituciones comunitarias

A) La génesis parlamentaria

El Parlamento Europeo ha asumido desde un principio un protagonismo indiscutible en el proceso de construcción del Derecho Privado Europeo. Puede decirse que sin lugar a dudas ha sido su motor esencial y la institución más entusiasta y proclive a la tarea de la unificación jurídica a través del instrumento legal de los códigos. Efectivamente, históricamente el punto de partida del ideal

¹⁷² La idea de la unificación internacional del Derecho Privado ya fue apuntada por E. LAMBERT en su trabajo “Una reforma necesaria de los estudios de Derecho civil” (citado por, CAMARA LAPUENTE, “Hacia un código civil europeo: ¿realidad o quimera?”...*op. cit.*, p. 1672, nota a pie de página nº 1). También debe destacarse la tarea desempeñada por UNIDROIT, donde destaca el gran jurista alemán Ernst RABEL, que redactó en 1929 su “*Informe sobre el Derecho comparado en materia de venta*”, auténtico antecedente de los trabajos de unificación de la compraventa internacional. A nivel estrictamente europeo destaca el “Proyecto italo-francés de Código de las Obligaciones y de los Contratos”, de 1926 en el que participaron juristas de la talla de Vittorio SCIALOJA, igualmente vinculado a UNIDROIT (con relación a la tarea desempeñada por esta institución, *vid.*, M. J. BONELL, *The UNIDROIT initiative for the progressive codification of international trade law*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1978, pp. 413 a 441). Finalmente, en el curso de un simposium que tuvo lugar en el *European University Institute* sobre “New Perspectives for a Common Law of Europe” (1976), Ole LANDO propuso por vez primera la idea de crear un Código de Comercio Uniforme Europeo o, al menos, un *Restatement* del Derecho de los Contratos. Sobre esta cuestión, *vid.*, Ole LANDO, “Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code”, en M. CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 1978, pp. 284 a 288.

codificador europeo hay que situarlo en la Resolución del Parlamento Europeo de 26 mayo 1989 (LCEur 1989, 2921), “sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho Privado de los Estados miembros”, la cual señalaba que la cobertura jurídica de temas concretos no resultaba suficiente para las necesidades y aspiraciones de un mercado único y sin fronteras, por lo que sugería se iniciaran los trabajos preparatorios para la elaboración de, nada menos que un «Código europeo común de Derecho privado»¹⁷³. Posteriormente, otra resolución del Parlamento Europeo de 6 mayo 1994 (LCEur 1994, 3975), sobre la armonización de determinados sectores del derecho privado de los Estados miembros, solicitaba expresamente que se diera comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un Código europeo común de Derecho privado¹⁷⁴. Además, en junio de 1999 se presentó, previa solicitud de la Dirección de Investigación del Parlamento Europeo, un estudio de derecho comparado donde se analizaba el ámbito que podía tener el código civil, la necesidad de su elaboración así como la competencia de la Unión Europea para redactarlo. El documento se titulaba “Los sistemas de derecho privado en la UE: discriminación sobre la base de la nacionalidad y la necesidad de un Código Civil Europeo”¹⁷⁵, en su redacción participaron los miembros de la Comisión LANDO y debía servir de base para la elaboración de una nueva Resolución.

B) El impulso dado por la Comunicación de la Comisión de 11 de julio de 2001

¹⁷³ Esta resolución ha sido criticada, ya que la institución parlamentaria, al hablar de “Código” europeo, quizá ha empleado la expresión de una manera demasiado genérica, al menos desde el punto de vista técnico. Es más, la citada resolución del Parlamento Europeo emplea indistintamente los términos “armonización” y “unificación”, poniendo de manifiesto la ambigüedad y el carácter confuso que presenta su contenido por su excesiva ambigüedad, *vid.*, Luigi MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 7, Roma, 1993, pp. 3 y 4.

¹⁷⁴ El documento, además, hacía un llamamiento a los Estados miembros “para que manifiesten, después de las elaboraciones correspondientes, si desean participar en la unificación propuesta como objetivo”, *DOCE* núm. C-205, de 25 de julio de 1994, pág. 518.

¹⁷⁵ Directorate General for Research, *The private Law systems in EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the need for a European Civil Code*, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN.

Ahora bien, un hito básico desde el punto de vista político se da cuando el Consejo Europeo, en la cumbre celebrada en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999, solicitó en la conclusión 39 (dentro del apartado VIII, “Mayor convergencia en Derecho civil”) 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”¹⁷⁶. La Comisión Europea, ante el reto lanzado por el Consejo de Tampere, publicó el día 11 de julio de 2001¹⁷⁷ una *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo* con el propósito, según puede leerse, de “ampliar el debate sobre Derecho contractual europeo”¹⁷⁸ entre las instituciones políticas de la Unión y los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia¹⁷⁹. Este documento, que ha sido contestado y comentado de forma masiva por hasta 181 instituciones y

¹⁷⁶ Esta resolución fue confirmada en el Consejo Europeo de Laeken, celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2001. En dicho Consejo se planteó la cuestión de la necesidad de ampliar la competencia de la UE para poder aproximar con mayor seguridad y legitimación la legislación europea de Derecho priva, así como la inidoneidad de las directivas como instrumento armonizador, *Anexo I, Declaración de Laecken sobre el futuro de la UE*, pág. 34 y 35.

¹⁷⁷ Entre tanto, la resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa legislativo de la Comisión reiteraba que en el mercado interior era esencial una mayor armonización en el ámbito del Derecho civil, por lo que debía elaborarse un estudio al respecto. *Vid.*, D. STAUDENMAYER, “The Commission Communication on European Contract Law: What future for European Contract Law”, *European Review of Private Law*, 2002, 2, p. 251.

¹⁷⁸ Aunque la Comunicación haga referencia exclusiva al Derecho contractual, en el párrafo 13 de la misma se señala que, teniendo en cuenta el contexto económico, también podrían incluirse las garantías de crédito relativas a bienes inmobiliarios, el enriquecimiento injusto y la responsabilidad civil. *Vid.*, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo* (COM 2001, 398 final), p. 7.

¹⁷⁹ La comunicación ha sido objeto de diversos comentarios: Dirk STAUDENMAYER, «Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht» (2001), *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 485 y ss.; Christian VON BAR, «Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragrecht» (2001), *ZeUP* 799 y ss.; Stefan LEIBLE, «Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht -- Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?» (2001), *Europäisches Wirtschafts -- und Steuerrecht* 478 y ss.; Ansgar STAUDINGER, «Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht» (2001), *Verbraucher und Recht* 353 y ss.; Hans SCHULTE-NÖLKE, «Ein Vertragsrecht für Europa?»(2001), *JZ* 917 y ss.; Guido ALPA, «La Comunicazione N. 398/2001/CE sulla armonizzazione del diritto privato. Una premessa al dibattito» (2001/2), *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 425-426. En nuestra doctrina destaca el excelente trabajo de Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, “¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?”, *Anuario de Derecho Europeo*, 2002, 2, pp. 54 a 65.

organismos de todo tipo¹⁸⁰, es un destacadísimo impulso para la construcción del derecho privado europeo, y en él la Comisión plantea cuatro posibilidades respecto a la política a seguir en materia de armonización:

a) Abandonar al mercado la tarea de aproximación de las legislaciones mediante la competencia (Opción I). Se trataría, como advierte ALPA, de confiar en la evolución natural de las relaciones económicas sin involucrar ninguna intervención comunitaria¹⁸¹. Esta especie de revitalización jurídica del *laissez faire laissez passer* de Adam SMITH ha sido abrumadoramente rechazada por las asociaciones de consumidores, por numerosos juristas e incluso por los Estados. No obstante, esta opción ha recibido algunos apoyos por parte del mundo empresarial más poderoso así como por la abogacía inglesa y galesa, que entiende que cualquier intervención sería perjudicial para sus bufetes, en tanto que en la sustitución del Derecho inglés por el europeo acabarían ganando desde un punto de vista económico los americanos¹⁸².

b) La Opción III es la de redactar principios comunes no vinculantes a todas las legislaciones (*soft-law*), a través de una previa investigación de Derecho comparado y con la colaboración de académicos y profesionales de la justicia. Se trataría de principios de aplicación voluntaria, que podrían incluirse en la

¹⁸⁰ Un extenso resumen de todas las intervenciones puede encontrarse en un documento en castellano titulado "Respuestas a la Comunicación sobre Derecho Contractual Europeo", http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/su_mmaries/sum_es.pdf. A nivel académico destacan especialmente las respuesta conjunta de las comisiones LANDO y VON BAR (Ole LANDO y Christiam VON BAR "Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", *Europa e Diritto Privato*, 2002, 1) y la del Grupo de Pavía (Giuseppe GANDOLFI y José Luis DE LOS MOZOS, Respuesta a la comunicación en nombre del Grupo de Pavía). Pero hay muchas otras, como los Ministerios de Justicia de algunos de los Estados miembros, de entidades como la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Europea de Libre Comercio, la Unión Europea de PYMES, el Comité Europeo de Seguros, los Servicios financieros y de inversiones de entidades aseguradoras y de crédito de ámbito europeo, el Consejo de la prensa europea, agrupaciones y colegios de abogados, asociaciones de banca, asociaciones profesionales y empresariales (entre las que se encuentran desde la Conferencia de los Notarios de la Unión Europea a las asociaciones que agrupan a los ingenieros civiles, a los creadores musicales, a las empresas eléctricas, a las navieras, o a los productores y distribuidores de películas, programas de televisión, vídeos y DVD), asociaciones y federaciones de consumidores y usuarios, etc... Citados por, PARRA LUCÁN, "Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa"...*op. cit.*, p. 1164.

¹⁸¹ ALPA, "Derecho privado europeo. Bases establecidas"...*op. cit.*, p. 215.

¹⁸² Esta respuesta, formulada por el *Law Reform Committee of the General Bar Council of England and Gales*, la explica, CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho privado o un Código civil para europa", *op. cit.*, p. 48, nota 2; CAMPUZANO DÍAZ, "El Derecho contractual europeo en el marco de la globalización", *op. cit.* p. 80.

redacción de los contratos o incluso servir ante los tribunales y cortes de arbitraje enfrentadas a un conflicto transfronterizo, y debería ser respetados por los Estados en su tarea legislativa, en la medida de lo posible. Esta ha sido la opción con más acogida, exceptuando a las asociaciones de consumidores y usuarios, que consideran que la legislación de consumo debe ser imperativa, por lo que la formulación de principios de aplicación voluntaria no les parece adecuada.

c) 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 (Informe Provisional de la Comisión Europea al Consejo Europeo de Estocolmo, de 7 de marzo de 2001), reduciendo el volumen de instrumentos reglamentarios, corrigiendo las incoherencias y contradicciones que puedan observarse, reforzando el control de la transposición de Directivas, revisando la redacción para lograr una formulación clara y sencilla, e incluso realizando acciones de consolidación, codificación, refundición o simplificación de los instrumentos existentes. Esta Opción III también ha sido aceptada como *desideratum* lógico, sobre todo porque resulta compatible con el resto de opciones.

d) Promulgar nueva legislación comunitaria (que, en función del grado de vinculación, podría ser una directiva, reglamento o recomendación) que cubra cuestiones generales sobre derecho de la contratación y contratos específicos. Este texto, que podría incluso sustituir a la normativa nacional, puede ser de aplicación opcional o automática. Esta opción ha sido considerada como excesiva, desproporcionada y demasiado ambiciosa¹⁸³, con la excepción de las asociaciones de consumidores, como el *Bureau Européen des Unions de Consommateurs*, que la consideran preferible¹⁸⁴. Incluso, se duda que haya base legal para llevarla a cabo, pues no está clara la suficiencia del artículo 95 TCE.

¹⁸³ Así ha sido calificada por la *London Investment Banking Association* o por la *The Law Society of England and Wales*, *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho privado o un Código civil para europa", *op. cit.*, p. 61, nota 35.

¹⁸⁴ ARROYO I AMAYUELAS/VAQUER ALOY, "Un nuevo impulso para el derecho privado europeo", nota a pie de página nº 34.

A modo de conclusión, puede decirse que las opciones que tienen más posibilidades de prosperar son la 2ª y la 3ª, esto es, la promoción de estudios de derecho comparado para establecer una serie de principios comunes de carácter dispositivo y, por otro lado, la mejora del acervo comunitario. Así pues, parece descartarse *ab initio* la formulación de un Código Civil europeo, al menos hasta que se establezcan las bases necesarias para abordar en una segunda fase más ambiciosa su creación¹⁸⁵.

C) El Plan de Acción de la Comisión (Comunicación al Parlamento y al Consejo de 12 de febrero de 2003)

Posteriormente, la resolución del Parlamento Europeo de 15 noviembre 2001 “Sobre la aproximación del Derecho civil y Mercantil de los Estados miembros”¹⁸⁶, en respuesta a la Comunicación de la Comisión, criticó abiertamente el hecho de que ésta hubiera decidido limitar el ámbito de la posible unificación a la materia contractual, vulnerando en cierto modo el espíritu de Tampere. Pero además, solicita a la Comisión que, tras la oportuna consulta científica, elaborara un Plan de acción en el proceso de armonización del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros. Esta resolución incluso propone un calendario optimista con medidas a corto, medio y largo plazo.

- Hasta finales de 2004, compilar en una base de datos en todas las lenguas de la UE la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual, promover los estudios de Derecho comparado y la cooperación académica y profesional, presentar anualmente informes al Parlamento Europeo sobre los progresos en los estudios, elaborar propuestas legislativas con vistas a la consolidación de las directivas en vigor y, finalmente, examinar si existe la necesidad de nueva normativa comunitaria para garantizar el funcionamiento del mercado interior, teniendo en cuenta el previsto aumento del comercio electrónico.

¹⁸⁵ En este sentido, CAMPUZANO DÍAZ, “El Derecho contractual europeo en el marco de la globalización”, *op. cit.* p. 84. En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa”, *op. cit.*, p. 61.

¹⁸⁶ COM (2001) 398. www.europarl.eu.int/plenary/default_en.html.

- A principios de 2005, publicar los análisis comparativos y de los conceptos jurídicos comunes formulados, y a partir de ese año fomentar dichos análisis en el marco de la formación académica y de los planes de estudio universitarios, así como su difusión entre los círculos académicos y profesionales. En definitiva, se propone incorporar a los planes de estudio asignaturas dotadas de un espíritu comparativista y transnacional, con el fin de formar juristas verdaderamente europeos. A partir de 2005, utilización de esos conceptos y de una terminología común por todas las instituciones de la UE que participan en los procedimientos legislativos.

- A partir de 2006, debería instaurarse una legislación europea que prescriba la utilización de los principios y de la terminología comunes en las relaciones contractuales transfronterizas, y, para principios de 2008 está prevista la verificación de los resultados prácticos obtenidos en el uso de los principios jurídicos y de la terminología jurídica comunes, y de la necesidad de disposiciones uniformes europeas al respecto. Finalmente, elaborar a partir de 2010 un *corpus* de reglas sobre el Derecho contractual de la UE.

Posteriormente ha habido otros acontecimiento reseñables, como el “Informe sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil”, emitido el 16 de noviembre de 2001 por el Consejo de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil de la UE, en el que se solicita a la Comisión que analice los resultados de la consulta y los expusiese en forma de Libro Verde o Blanco antes del 31 de diciembre de 2001¹⁸⁷. Por otro lado, el 17 de julio de 2002 el Comité Económico y Social emitió un “Dictamen sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo” en el que se muestra a favor del desarrollo del derecho contractual uniforme por vía de reglamento¹⁸⁸.

Ahora bien, la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 12 de febrero de 2003, titulada “Un derecho contractual más coherente: Plan de

¹⁸⁷ <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/01/st12/12735es1.pdf>

¹⁸⁸ La partes podrían elegir a medio plazo este instrumento (*opt-in solution*) que, a largo plazo, podría convertirse en un instrumento común que las partes podrían soslayar cuando prefieran una específica solución nacional (*op-out solution*) DO C 241 de 7.10.2002.

acción”¹⁸⁹, constituye el último impulso de considerable magnitud llevado a cabo por parte de las instituciones europeas. Incluso, se ha afirmado que con la citada comunicación se ha dado “un paso de gigante en la creación de un nuevo derecho contractual europeo”¹⁹⁰. Sin llegar a compartir el entusiasmo de quien pronuncia esas palabras, lo cierto es que el documento constituye un paso más en un proceso que, cada vez con mayor intensidad, adquiere el aspecto de ser completamente irreversible¹⁹¹. El texto presentado por la Comisión parte de las 181 respuestas y contribuciones recibidas a raíz de la publicación de la anterior comunicación de julio de 2001, y en él se señala que las opciones II y III fueron las mayoritariamente apoyadas, siendo rechazada en un principio la posibilidad de adoptar un nuevo instrumento comunitario en materia contractual (opción IV). Pues bien, en función de estas conclusiones la Comisión deduce que no hay necesidad de abandonar el enfoque sectorial actual, y prepara un plan de acción presidido por tres medidas:

a) Aumentar la coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, examinando la calidad de las formulaciones, simplificando y clarificando la legislación existente, eliminando las incoherencias, colmando las lagunas y adaptando la legislación vigente a la evolución de la economía y el comercio. Tal tarea puede exigir la consolidación, codificación o refundición de los instrumentos legislativos existentes. En cualquier caso, la mejora de la calidad del *acquis communautaire* deberá llevarse a cabo a través de la creación de un *Common Frame of Reference* (CFR) o “marco común de referencia”, cuya finalidad es la establecer los principios comunes del derecho contractual así como una terminología común. Dicho marco de referencia, que se pondrá en su momento a disposición del público, se llevará a cabo por la Comisión - que financiará la realización de trabajos de investigación-, en colaboración con

¹⁸⁹ Bruselas 12 de febrero de 2003 (COM 2003, 68 final). Vid., http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_es.pdf

¹⁹⁰ Almudena DE LA MATA, “Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo. Comunicación de la Comisión de 15 de marzo de 2003 sobre un derecho contractual europeo más coherente”, *Aranzadi Civil*, nº 7-8, julio 2003, p. 20.

¹⁹¹ Los días 16 y 23 de junio de 2003 se celebró un seminario en el que se analizó la puesta en marcha del Plan de Acción recogido en la Comunicación de la Comisión: Vid., http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/oper_results_en.htm.

las instituciones que actualmente trabajan en este campo¹⁹². Incluso, se aconseja en el punto 67 extender la investigación a otros ámbitos relacionados con el Derecho estrictamente contractual, como el Derecho de la propiedad o de la responsabilidad civil. Pero, además de contribuir a mejorar la calidad de la legislación comunitaria, el marco común de referencia tiene un segundo objetivo más ambicioso, que es el de constituir una base para una futura reflexión sobre un *instrumento facultativo* en el ámbito del Derecho contractual europeo. Incluso, considera CAPILLA que podría ser aceptado también por los legisladores de los Estados miembros y de los terceros Estados que tengan estrechas relaciones con la UE, en caso de que dicten nuevas normas o modifiquen su Derecho contractual nacional¹⁹³.

b) Promover la elaboración de cláusulas contractuales de carácter general a nivel comunitario, al entender que el empleo de estas cláusulas o condiciones uniformes puede eliminar la incertidumbre e inseguridad jurídica e incentivar los intercambios comerciales europeos. Para ello, la Comisión tendrá en cuenta las iniciativas existentes y dictará una serie de directrices u orientaciones que establezcan los límites jurídicos.

c) Finalmente, analizar si algunos problemas relativos al derecho contractual europeo pueden exigir soluciones no sectoriales, tales como un instrumento facultativo. Tal instrumento, que podría adoptar la forma de reglamento o recomendación traducida a todas las lenguas comunitarias, ofrecería a las partes contratantes una serie de reglas modernas y adaptadas a las necesidades del tráfico transfronterizo interior, y podría ser elegido por las partes para regular sus transacciones (*opt-in*). No obstante, también debiera preverse que tales normas de aplicación voluntaria pudieran contener disposiciones imperativas, como por ejemplo las destinadas a proteger al consumidor.

¹⁹² Incluso se prevé crear una página web que funcione como foro de intercambio de información.

¹⁹³ Francisco CAPILLA RONCERO, en la Conferencia (inédita) impartida en el “Seminario de Derecho Privado Europeo” de la Universidad Pablo de Olavide (*vid., supra*).

D) Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro

1. Comunicación al Parlamento y al Consejo de 11 de octubre de 2004

La última Comunicación de la Comisión es de 11 de octubre de 2004 y se titula “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro”. La finalidad de la misma, a grandes trazos, es la siguiente:

- i) Garantizar el seguimiento de la Comisión del Plan de Acción de 2003, tal y como estaba previsto
- ii) Indicar cómo se elabora el Marco Común de Referencia (MCR) para mejorar la coherencia del acervo actual y futuro (Primera medida del Plan de Acción).

La Comunicación dedica una parte muy importante de su contenido a resolver o, más bien, a dar indicaciones o líneas generales de actuación que permitan poner en marcha el proyecto del MCR. Comienza afirmando la necesidad de adoptar una decisión política de modificación de las Directivas vigentes, a partir del MCR, que definirá términos jurídicos, principios fundamentales y presentará modelos coherentes de Derecho contractual. Además, se señalan otras posibles funciones que podría asumir el MCR:

- Instrumento a emplear en la transposición de nuevas Directivas.
- Inspiración de la legislación nacional.
- Empleo en casos de arbitraje,
- Base de desarrollo de un instrumento facultativo (IF),
- Creación de cláusulas contractuales para los profesionales del derecho, empleo por el TJCE, etc.

La naturaleza jurídica de este instrumento resulta muy discutida en estos momentos, pues sigue dudándose sobre si presentarlo como instrumento no vinculante aprobado por la Comisión o como acto jurídico vinculante del Consejo y el Parlamento.

Por lo que respecta a la organización creada para construir progresivamente el MCR, se basa fundamentalmente en la participación de todas las partes interesadas, y por ello se estructura en dos grandes niveles o grupos de trabajo:

Primer nivel: está constituido por una red de expertos representantes de las partes interesadas que realizarán contribuciones técnicas; contarán con un propio sitio web (Intranet).

Segundo nivel: habrá de realizar las consideraciones políticas necesarias así como llevar a cabo una revisión técnica. La Comisión ha creado un grupo de expertos de los Estados miembros.

En cuanto a la estructura y contenido del MCR, se propone su división en tres partes: principios fundamentales de Derecho contractual (Capítulo I); definiciones de los términos jurídicos más importantes (Capítulo II); normas tipo del Derecho de contratos (Capítulo III). Las opciones técnicas que terminen adoptándose estarán inspiradas en el acervo comunitario, en las mejores soluciones de Derecho comparado europeo (*better law approach*) y en la Convención de Viena. Finalmente, se advierte de que se tomarán en cuenta los problemas que plantea la interacción entre el Derecho contractual y el Derecho de propiedad.

Finalmente, se ha elaborado un calendario de trabajo cuyas fechas esenciales son las siguientes:

- En 2007 los investigadores, financiados por el sexto programa marco UE, presentarán un informe final para que la Comisión elabore el MCR.
- El MCR será sometido previamente a un “ensayo de practicabilidad” sobre la base de ejemplos concretos.
- El MCR se someterá por último a una consulta final, en la que participarán las instituciones comunitarias y Estados miembros, así como a una consulta abierta de seis meses que adoptará la forma de Libro Blanco.
- La Comisión adoptará el MCR en 2009.

- iii) Por otro lado, además del MCR, la Comunicación establece planes específicos para los elementos del acervo relativos a la protección de consumidores.
- Elaboración de una base de datos sobre legislación de consumidores y su aplicación.
 - Creación de un grupo permanente de trabajo encargado de analizar el acervo.
 - Elaboración de informes sobre ciertas Directivas de consumo.
- iv) La Comunicación describe las actividades previstas para promover otro proyecto aún pendiente: las cláusulas contractuales tipo de ámbito comunitario (Segunda medida del Plan de Acción).
- Incentivar al sector privado (B2B) a desarrollar cláusulas y condiciones tipo aplicables a toda la UE.
 - Creación de un sitio web para fomentar el desarrollo y uso de las cláusulas y condiciones tipo comunitarias.
 - Identificación de los obstáculos legislativos para el empleo de estas cláusulas.
- v) Finalmente, la Comunicación deja abierta la reflexión sobre la cuestión del Instrumento Facultativo:
- La Comisión propiciará un diálogo sobre la oportunidad de adoptar el IF, y aclara que no pretende proponer un Código civil europeo.
 - La Comisión tendrá en cuenta, *inter alia*, la necesidad de respetar la cultura jurídica y administrativa de cada Estado.

2. La Red Conjunta sobre Derecho Privado Europeo y los “Principios comunes del Derecho Europeo de Contratos” (CoPECL)

En el primer Informe anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo (Bruselas, 23 de septiembre de 2005), se informa de que ya se han iniciado los trabajos de revisión del acervo en materia de consumo, comenzándose un examen de la aplicación de las directivas en los Estados miembros, incluyendo la jurisprudencia nacional y las decisiones administrativas. Los resultados se esperan para el otoño de 2006.

Además, en mayo de 2005 se creó la Red Conjunta sobre Derecho Privado Europeo, formada por numerosos grupos de expertos, universidades y organizaciones de todo tipo (así, el Grupo de Von Bar, el Grupo Acquis, la Academia de Derecho Europeo, etc.) cuya finalidad es precisamente la de trabajar en la redacción del MCR. Los resultados serán presentados en forma de Principios, los “Principios comunes del Derecho Europeo de Contratos” (CoPECL), y comprenderá definiciones, conceptos jurídicos y normas legales. Se prevé que para finales de 2008 esté preparado el proyecto final.

E) El último impulso del Parlamento: la Resolución de 23 de marzo de 2006

Finalmente, hay que destacar la Resolución de 23 de marzo de 2006 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro”. En esta Resolución se destaca que:

- El proyecto iniciado es lo más importante que se ha llevado a cabo “en el ámbito del Derecho civil” y, a pesar de las reticencias de la Comisión, se considera que, con voluntad política, podría acabar siendo un Código Europeo de Obligaciones, o incluso un Código civil.
- Se insta a la Comisión a emplear los resultados de la Red MCR y de los grupos de expertos para revisar el acervo de Derecho civil y desarrollar el Derecho civil comunitario.

- Con relación a las cuestiones jurídicas sustantivas se pide que:
 - Se tengan en cuenta las relaciones de consumo, el modelo social europeo y los diferentes sistemas y tradiciones jurídicas.
 - Apoya la adopción de reglamentaciones genéricas, que otorguen a los tribunales un margen de discreción.
 - Pide que se realice una evaluación jurídica y económica del impacto de las medidas adoptadas.
- Contempla ciertas cuestiones de procedimiento, como la preparación de un plan legislativo claro para aplicar los resultados de la Red MCR, la clarificación del proceso de examen y consultas de las partes interesadas, la emisión de informes de resultados trimestrales al Parlamento, la creación de un grupo de trabajo permanente en el Parlamento, etc.

F) Conclusión: la utopía del Código civil Europeo y la codificación sectorial del derecho contractual como estadio actual del proceso de armonización jurídica emprendido

Ahora bien, ¿qué ha quedado del ideal codificador? ¿Qué ha sido de las resoluciones del Parlamento Europeo requiriendo la creación de un Código civil europeo? ¿No existe un Anteproyecto de Código de los contratos elaborado por el Grupo de Pavía? ¿No han declarado CASTRONOVO y LANDO que los PECL son un embrión de un futuro Código civil? ¿Qué pretende el potente Grupo de VON BAR sino la creación de un Código civil?

Ante todo, hay que decir que la idea de un Código civil en el sentido clásico de la palabra, esto es, como un texto omnicomprensivo y completo regulador de la totalidad de las relaciones jurídico-civiles, debe quedar descartada, al menos a medio plazo, pues ciertos sectores, como el Derecho de familia, de sucesiones o de la persona, han quedado de momento descartados de la tarea unificadora más inmediata. En este sentido, DÍEZ-

PICAZO ha declarado que “pensar en un Código europeo que regule todas las materias *civiles* parece imposible e innecesario”¹⁹⁴.

Ahora bien, si pensamos, como sugieren MENGONI¹⁹⁵, TALLON¹⁹⁶ o CASTRONOVO¹⁹⁷, en el sentido más restringido del término “código”, esto es, limitado al establecimiento de un conjunto de normas coherentes y sistemáticas en el campo estricto de las obligaciones y contratos, el proyecto no resulta tan descabellado¹⁹⁸. Es necesario recorrer aún un largo camino hasta redactar un Código contractual europeo, formado por normas predominantemente dispositivas¹⁹⁹ y aplicables, al menos en un principio, a las relaciones transfronterizas²⁰⁰, pero sin descartar que con el tiempo pueda llegar a sustituir al derecho local en las transacciones puramente domésticas²⁰¹. Y aunque sea

¹⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, “Un Codice civile europeo?”... *op. cit.*, p. 60.

¹⁹⁵ Luigi MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 7, Roma, 1993, p. 2.

¹⁹⁶ Denis TALLON, “Codification and Consolidation of the Law at the Present Time”, *Israel Law Review*, 1979, 14, p. 3.

¹⁹⁷ Carlo CASTRONOVO, “Contract and the idea of Codification in the Principles of European Contract Law”, en *Festschrift til Ole Lando*, Copenhagen, 1997, p. 109-124.

¹⁹⁸ En este mismo sentido, CAMPUZANO DÍAZ, “El Derecho contractual europeo en el marco de la globalización...”, *op. cit.*, p. 84. La autora aporta una serie de declaraciones de las instituciones comunitarias en las que se reconoce la lejanía del proyecto.

¹⁹⁹ Puesto que las normas de derecho contractual son una manifestación de los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos (*vid.*, PLAZA PENADÉS, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”...*op. cit.*, p. 318). Salvo, claro está, las normas de *ius cogens* destinadas a la protección de los consumidores y usuarios (*Vid.*, *infra*, 3.4.4. *La cuestión del Derecho del consumo europeo*). También debería considerarse como derecho imperativo a las reglas sobre la formación de la voluntad (vicios), o los principios esenciales como la buena fe o el abuso de derecho (en este sentido, CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento”, pp. 79 y 80). En este mismo sentido, se afirma que los PECL contienen algunas *mandatory rules*, como la necesidad de observar la buena fe y la lealtad en la contratación, *vid.*, DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos...op. cit.*, p. 90.

²⁰⁰ DROBNIG sostiene que esta es la solución más adecuada, ya que la necesidad unificadora sólo ha surgido en el ámbito de las transacciones internacionales y, por otro lado, porque son de esperar numerosas reticencias de los Estados, contrarios a desprenderse de su Derecho nacional, Ulrich DROBNIG, “Scope and General Rules of a European Civil Code”, *ERPL*, 1997, 5, p. 492.

²⁰¹ CÁMARA LAPUENTE se muestra a favor de la aplicación doméstica por varias razones: la coexistencia de tres tipos de reglas tiene la complicación de delimitar y justificar sus áreas de aplicación; la coexistencia del Código europeo junto a los códigos nacionales no ayudaría a reducir los costes; se perdería la oportunidad de modernizar el Derecho privado con un estudio comparatista sin precedentes; el mantenimiento de la dicotomía es contrario a la idea de mercado interior, CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento”, pp. 89 y 90. En el mismo sentido, VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil”...*op. cit.*, p. 1607. Con relación a implantación por etapas, en un principio a las

cierto que aún queda muchísima tarea por desempeñar para que la fruta de la codificación llegue a madurar lo suficiente, ¿alguien duda de que a una organización regional como la Unión Europea, que ha llegado a dotarse de una moneda única y que pretende adoptar en breve una Constitución²⁰², no le temblará excesivamente el pulso a la hora de tomar la decisión de implantar algo de menor trascendencia –que lo anterior- como es un Código contractual uniforme?²⁰³

Y una vez que se haya tomado la hipotética decisión de codificar el Derecho contractual vigente surgiría la siguiente cuestión: ¿qué forma jurídica habrá que escoger para aprobar tal código? Siguiendo en el orden expositivo a CÁMARA LAPUENTE²⁰⁴, pueden destacarse hasta seis posibilidades diferentes:

a) Celebración de un Convenio internacional, siguiendo el modelo empleado para aprobar la CISG, sin lugar a dudas el texto supranacional de Derecho uniforme que más éxito ha tenido²⁰⁵. Aunque la técnica de las convenciones corresponde al mayor grado de unificación posible²⁰⁶, se ha dicho que el problema de este instrumento reside en que debe ser ratificado e incorporado por los Estados en sus respectivos ordenamientos para poder gozar de virtualidad²⁰⁷, lo que hace que los intentos unificadores acaben

transacciones internacionales y finalmente a las domésticas, *vid., infra, e)* en este mismo epígrafe, la solución propuesta por la *Joint Response LANDO/VON BAR*.

²⁰² No debe olvidarse que la adopción de una Constitución Europea se enfrenta con un formidable problema cultural: el Reino Unido desconoce la Constitución escrita. Tanto es así que el ordenamiento inglés ha tardado casi medio siglo en adaptar su ordenamiento a la Convención Europea de los derechos del hombre de 1950, a través del *Human Right Act* de 1998. Además, en general se considera que la Constitución es también expresión de lo más sagrado de la soberanía nacional, *Vid., ZENO-ZENCOVICH, "Le basi costituzionali di un diritto privato europeo", op. cit., p. 31.*

²⁰³ El futuro es imprevisible, pero hay casi una certeza de que la unificación del Derecho europeo de los contratos antes o después vendrá, DÍEZ-PICAZO, "Un Codice civile europeo?"... *op. cit.*, pp. 69 y 70.

²⁰⁴ CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento", pp. 90 a 93.

²⁰⁵ A favor de este método, Walter VAN GERVEN, "A common Law of Europe: the future meeting the past", *ERPL*, 2001, pp. 489 y ss.

²⁰⁶ Manuel OLIVENCIA RUIZ, "UNCITRAL: Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI", *RDM*, 1993, p. 16.

²⁰⁷ Este argumento lo maneja VAQUER ALOY, "La vocación europea del Derecho civil"...*op. cit.*, p. 1607.

generando en muchas ocasiones textos que BONELL califica de “letra muerta”²⁰⁸. Ahora bien, hemos de suponer que las naciones europeas sólo decidirán celebrar tal convenio cuando la idea de la imposición de un texto uniforme haya madurado lo suficiente como para ser al menos mayoritariamente aceptada. Y en caso contrario, ¿no se pretenderá imponer un código de los contratos a un Estado que lo rechaza?

b) SCHMID propone adoptar el Código como una medida de cooperación reforzada entre los Estados miembros interesados en el marco de los artículos 43-45 TUE y 11 TCE²⁰⁹. Sin embargo, VAQUER ALOY señala que la cooperación propuesta debe permanecer dentro de los límites de las competencias atribuidas a la comunidad [ex art. 11. 1.d)], por lo que vuelve a aparecer el espinoso problema competencial²¹⁰.

c) Una tercera posibilidad pasa por la aprobación de un Reglamento en el que se contuviese el Código²¹¹, como incluso sugiere el Parlamento en su resolución de noviembre de 2001²¹². Desde luego, habida cuenta de su aplicabilidad directa e inmediata, hay que reconocer que es una vía muy apropiada para lograr una armonización completa libre de divergencias²¹³.

²⁰⁸ *La Convención de Ginebra sobre el transporte internacional multimodal de mercaderías de 1980, o la Convención de Ginebra sobre representación en la compraventa internacional de bienes muebles de 1983*, han sido citadas por el profesor BONELL como ejemplos de convenciones que “rischiano di restare poco più che lettera morta...”, Michael Joachim BONELL, *Un “Codice” Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*. Giuffrè Editore. Milano. 1995, p. 13.

²⁰⁹ SCHMID, *Legitimacy conditions for a European civil code*, pp. 11-12 (response a la comunicación de la Comisión).

²¹⁰ VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 1608.

²¹¹ A favor, PLAZA PENADÉS, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”...*op. cit.*, p. 31; BASEDOW, “Codification of Private Law in the European Union”, ...*op. cit.*, p. 47.

²¹² El Parlamento indica a la Comisión que examine si no sería más eficaz y pertinente recurrir al Reglamento como instrumento jurídico (párrafo 20).

²¹³ Así lo ha entendido el Comité Económico y Social, que en su Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión señala su preferencia por el Reglamento “para evitar las divergencias”. “Dictamen del CES sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo”, *Derecho de los negocios*, Enero 2003, p. 129.

d) Adoptar el Código europeo como “ley modelo”²¹⁴. Se trata de una técnica indirecta de uniformización que, en palabras de OLIVENCIA, carece de valor normativo en sí misma, ya que su finalidad es la de ser destinado a los legisladores nacionales con la recomendación de que lo adopten²¹⁵. Así pues, los Estados pueden decidir tanto adoptarlo íntegramente, como parcialmente e incluso modificarlo, por lo que la uniformidad no está garantizada. Es el modelo elegido por el *Uniform Commercial Code*, que fue ofrecido a las Asambleas legislativas estatales por sus creadores, la *American Bar Association* en colaboración con el *American Law Institute*²¹⁶.

e) La respuesta conjunta de la Comisión LANDO y del Grupo de Estudios de VON BAR propone, tal y como adelantamos con anterioridad, una implementación por etapas²¹⁷. El primer paso, consistiría en promover la adopción de un texto no vinculante, similar a los “restatements” angloamericanos, y fomentar el conocimiento y difusión del mismo; en una segunda fase, el “restatement” sería adoptado legislativamente como derecho dispositivo, aplicable a voluntad de las partes (*opt-in*); en tercer lugar, se adoptaría como derecho dispositivo, pero aplicable salvo exclusión expresa (*opt-out*); en cuarto lugar y como etapa prescindible, se podría erigir en derecho imperativo para las relaciones transnacionales; y finalmente, se podría llegar a adoptar como derecho obligatorio para todas las relaciones, tanto internacionales como nacionales.

f) CÁMARA LAPUENTE propone una alternativa de promulgación o formación gradual similar a la que se ha empleado en la aprobación del Código civil holandés. En su opinión, los textos de *soft law* que han sido creados podrían ser, bajo la coordinación del Instituto de Derecho Europeo, aprobados

²¹⁴ Algún autor ha afirmado que la Opción II de la Comisión implica “une sorte de *loi modèle* empruntant au droit nord-américain”, Nicolas CHARBIT, “L’esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats”, *La Semaine Juridique*, nº1, 2 janvier 2003, p. 14.

²¹⁵ Manuel OLIVENCIA RUIZ, “UNCITRAL: Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI”, *RDM*, 1993, p. 16.

²¹⁶ Actualmente ha sido adoptado por todos los Estados, con la excepción de Louisiana y Puerto Rico, *Vid.*, DíEZ-PICAZO, “Un Codice civile europeo?”... *op. cit.*, p. 70.

²¹⁷ *Joint response LANDO/VON BAR*, *op. cit.*

como Directivas sectoriales para, en una segunda fase, ser refundidas y reelaboradas por un Reglamento (o Ley Modelo en su caso) que tendría eficacia en toda la Unión Europea²¹⁸.

Finalmente, se ha señalado (y nosotros lo compartimos) que hasta que no llegue el día en que podamos tocar con nuestras propia manos un ejemplar del “Código de los contratos europeo”, podríamos, amparándonos en los criterios hermenéuticos sociológico y teológico (art. 3.1 CC), comenzar a “interpretar el Derecho interno de acuerdo con los principios imperantes en los derechos nacionales europeos y, especialmente, con el *soft law*, con el fin de coadyuvar a una comprensión y a una aplicación “europeizante” de nuestro derecho civil”²¹⁹. Estoy convencido de que los PECL, al igual que la CISG²²⁰, son instrumentos que, habida cuenta de su calidad e idoneidad para responder a los problemas actuales, deberían emplearse desde este mismo momento para aclarar y completar las lagunas que presentan algunas de nuestras reglas jurídicas en materia de contratación. De esa forma, además de mejorar la calidad de nuestras soluciones legales, iríamos progresivamente avanzando en el proceso de armonización y convergencia jurídica europea.

3.2.2. El papel relevante de los estudios académicos

La doctrina jurídica y los trabajos e investigaciones académicas han asumido una papel básico en el proceso de construcción del Derecho Privado Europeo, acompañando y complementando en todo momento a los impulsos políticos que se han ido asumiendo desde la Unión Europea. Nos encontramos, afirma CÁMARA LAPUENTE, ante el renacimiento de la función creadora del Derecho que corresponde a la doctrina y a la ciencia jurídica mediante la

²¹⁸ CÁMARA LAPUENTE, “Hacia un código civil europeo.... cit., p. 93.

²¹⁹ VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 1607.

²²⁰ Nosotros nos hemos pronunciado a favor de que las reglas de la CISG relativas a la transmisión del riesgo fueran aplicadas por nuestros jueces y tribunales, en cuanto derecho interno, a las compraventas locales, siempre que sea necesario para resolver de forma adecuada los problemas ignorados por nuestro ordenamiento, Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 265.

autoridad y racionalidad de sus proposiciones y reglas²²¹. Es indudable que, aun sin compartir estrictamente esta visión sobre el papel del jurista en el proceso de unificación comunitaria, los esfuerzos de la doctrina se han concentrado en los últimos años en esta materia, siendo destacables los siguientes grupos o círculos académicos:

A) El Grupo de Pavía

El llamado Grupo de Pavía, Academia de Pavía o Academia de Privatistas Europeos, tiene como objetivo el estudiar la posibilidad de llevar a cabo una codificación en materia de obligaciones y contratos, como medio más eficaz de contribuir al desarrollo jurídico del mercado único europeo²²². Este Grupo, formado por juristas de enorme talla como C.M. BIANCA, P. RESCIGNO, C. W. CANARIS, GARCÍA CANTERO, Lord WOOLF, A. TUNC, P. STEIN, DE LOS MOZOS (actual Presidente), F. WIEACKER, A. TRABUCCHI y G. GANDOLFI (coordinador y alma mater del proyecto)²²³ parte en sus estudios de dos fuentes básicas, el Código civil italiano de 1942²²⁴ y del Proyecto Mc Gregor²²⁵.

²²¹ CAPILLA RONCERO, en la Conferencia en el "Seminario de Derecho Privado Europeo" (*vid., supra*).

²²² *Vid.*, en general, José Luis DE LOS MOZOS, "Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común", en *Revista de Derecho Privado*, 1993, págs. 211 y ss.; idem, "La propuesta de un Código europeo de contratos del *convegno di Pavia*, visto desde España", en *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 1994, págs. 181 y ss.; P. STEIN, *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti*, Milán (ed. Giuffrè), 1993; «Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea», en *Rivista di diritto e procedura civile*, 1989, págs. 1037 y ss.; y «Pour un code européen des contrats», en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, págs. 707 y ss.; «Sul progetto di un codice europeo dei contratti», en *Rassegna di diritto civile*, 1996, págs. 105 y ss. P. G. GAGGERO, "Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del grupo di lavoro pavese", *Rivista di Diritto Civile*, 1997, pp. 113 y ss.; Giuseppe GANDOLFI, "Il progetto "pavese" di codice europeo dei contratti", *Rivista di Diritto Civile*, 2001, pp. 455 y ss.

²²³ *Vid.*, sobre la personalidad jurídica de GANDOLFI, Gabriel GARCÍA CANTERO, "El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía", en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

²²⁴ La idea de acudir al Código civil se basa en que se trata de un Código moderno, a mitad de camino del *Civil Code* (emblema de la codificación) y BGB (emblema del pandectismo del siglo XIX), que regula todo el derecho contractual prescindiendo de la dicotomía civil-mercantil, y que, además, fue redactado siguiendo muy de cerca el *Proyecto franco italiano de obligaciones y contratos* de 1931, DE LOS MOZOS, "El anteproyecto de Código europeo de contratos...", *op. cit.*, . Al parecer, F. WIEACKER ya había propuesto el recurso al Código civil italiano en la primera edición *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952).

²²⁵ Curiosamente, uno de los primeros trabajos que centró su atención en la unificación del derecho contractual tuvo su origen en el Reino Unido y fue redactado por un jurista del *common law*, Harvey McGREGOR, anteriormente Rector del *New College* de Oxford. Se trata del *Proyecto de Código de contratos (Contract Code)*, elaborado en los años sesenta bajo el

Los trabajos de este Grupo han visto la luz recientemente con la publicación del “Anteproyecto de Código Europeo de contratos” (ACEC)²²⁶, formado por 173 artículos organizados en 11 títulos²²⁷. Tal y como indicado otro de los célebres miembros de este Grupo, Jean CARBONNIER, “nous avons un code. Non pas de simples linéaments, mais un code avec la complétude que implique le mot”²²⁸. Por otro lado, hay intención de completar la obra iniciada con una parte dedicada a regular la disciplina completa de las principales figuras contractuales.

B) “Common Core” de Trento

En segundo lugar hay que citar al *Common Core of European Private Law* o “Núcleo común del Derecho privado europeo”, un ambicioso²²⁹ proyecto de investigación que pretende, en palabras de los profesores que lideran el mismo, Ugo MATTEI y Mario BUSSANI, trazar una cartografía jurídica en la que se aprecie el núcleo común de los diferentes ordenamientos jurídicos de la UE²³⁰. Esto es, la finalidad de la investigación no es la de “codificar” el derecho

impulso de la *English Law Commission* del Parlamento británico, que deseaba avanzar en la tarea de una codificación del Derecho inglés y escocés (de cuño romano o sistema mixto) de los contratos, siendo precisamente ese intento de conciliar el *common law* con el *civil law* lo que dota de interés al trabajo. A pesar de que la obra fue concluida en 1972, no fue publicada hasta 1993, a raíz del interés que suscitó entre los asistentes al Congreso de Pavía de 1990 sobre la unificación del Derecho europeo de los contratos (*Vid.*, Harvey McGregor: *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*. (Traducción y nota preliminar por J.M.de la Cuesta Saenz y C.Vattier Fuenzalida). JM Bosch Editor, Barcelona 1996).

²²⁶ *Vid.*, Giuseppe Gandolfi (ed.), *Code Européen des Contrats/Avant-projet, Livre premier*, Giuffrè, Milano, 2001; el texto puede consultarse en italiano en la revista *Europa e Diritto Privato* (2002-2, pp. 275 ss.), y, en castellano, se ha publicado una versión española de José Luis de los Mozos y Agustín Luna en la *RGLJ*, 2001/4, pp. 713-804.

²²⁷ Con relación a su contenido, *vid.*, *infra*, 3.4. *El ámbito objetivo de la unificación. A) Derecho de las obligaciones y contratos*.

²²⁸ Jean CARBONNIER, “Reflexions marginales”, en *Code Européen des Contrats, Livre Premier*, Milano, 2001, p. XIV.

²²⁹ Así lo reconocen sus propios fundadores, Mario BUSSANI y Ugo MATTEI “Alla ricerca del nucleo comune del diritto privato europeo”, en *Studi in onore di Pietro Rescigno, I. Teoria Generale e Storia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 187.

²³⁰ *Vid.*, Mario BUSSANI y Ugo MATTEI (eds.): *Making European Law: Essays on the ‘Common Core’ Project*. Università di Trento, Trento, 2000; *idem*, *The Common Core of European Private Law. Essays on the Project*. Kluwer. The Hague/London/New York. 2002; *idem*, “Le fonds commun du droit privé européen” (2000), *RIDC* 29 y ss; *idem*, “Alla ricerca del nucleo comune del diritto privato europeo”, *op. cit.*, p. 186. James GORDLEY, «Mapping the law», en Mauro BUSSANI y Ugo MATTEI, *Making European Law. Essays on the common core Project*, Trento, 2000, págs. 27 y ss. Nicholas Kasirer: “The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles”, en *ERPL*, 2002/3, 417-437.

privado europeo o formular principios a modo de *soft law*, sino la de buscar las analogías existentes entre los diferentes ordenamientos jurídicos con la intención de generar una auténtica cultura jurídica europea común. También es conocido con el nombre de “Proyecto de Trento”, por haber nacido en 1995 en la Universidad de Trento, y se divide en tres secciones, dedicadas respectivamente al derecho contractual, de daños y a la propiedad. En su metodología destaca el empleo de la técnica aplicada por el profesor Rudolf SCHLESINGER en la Universidad de Cornell²³¹, consistente en el establecimiento de una serie de cuestionarios en los que se plantean casos prácticos (aproximación fáctica) que deben contestar los expertos nacionales, teniendo en cuenta todas las reglas operativas de cada sistema jurídico, esto es, incluyendo a la doctrina y la jurisprudencia (se trata del *legal formants* acuñado por Rodolfo SACCO)²³². En la actualidad se han publicado algunas obras fruto del trabajo llevado a cabo en los últimos años en cuestiones como la buena fe, la compensación y la prescripción, etc..²³³.

C) La Comisión de Derecho contractual europeo o Comisión LANDO

A principios de los años ochenta, gracias a la iniciativa de Ole LANDO, profesor en la *Business School* de Copenhagen, se creó la “Comisión del Derecho europeo de contratos”, conocida como “Comisión Lando”, en honor a su célebre presidente y fundador²³⁴. Este organismo no gubernamental,

²³¹ Vid., Rudolf SCHLESINGER, *Formation of Contract- A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York-London, 1968. Vid., BUSSANI/MATTEI, “Alla ricerca del nucleo comune del diritto privato europeo”, *op. cit.*, p. 187. Ewoud HONDIUS, “The Common Core of European Private Law. Trento 15-17 July 1999”, *ERPL*, 1, 2000, p. 249.

²³² Con relación a la metodología del Grupo de Trento, *vid.*, con mayor detalle, BUSSANI/MATTEI, “Alla ricerca del nucleo comune del diritto privato europeo”, *op. cit.*, pp. 192 a 197; igualmente, Sergio CÁMARA LAPUENTE, “El núcleo del Derecho Privado Europeo (Proyecto de Trento)”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 229 a 232;

²³³ Reinhard ZIMMERMANN, Simon WHITTAKER (dirs.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; J. GORDLEY (Dir.), *Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Reinhard ZIMMERMANN, *Comparative foundations of a european law of set-off and prescription*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

²³⁴ Respecto al origen histórico, *vid.*, DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos...op. cit.*, p. 75.

formado por juristas de los distintos países miembros de la Unión Europea²³⁵, ha consagrado sus esfuerzos hacia la creación de unos principios o reglas comunes y generales del Derecho contractual europeo (*praesumptio similitudinis*)²³⁶ que conduzcan a la armonización sistemática de este sector del Derecho privado²³⁷. No obstante, el propio LANDO va más allá y reconoce que el principal propósito de los Principios es “servir como un primer borrador de una parte del Código civil europeo”²³⁸.

La Comisión, que ha trabajado a través de tres comisiones cronológicamente sucesivas, ha publicado en tres partes los llamados “Principios de Derecho Europeo de los Contratos”²³⁹. El producto final²⁴⁰, que recuerda por su estructura y espíritu al modelo de los *Restatement*

²³⁵ Christian von BAR, Hugh BEALE; Michael C. BRIDGE; Carlo CASTRONOVO; Carlos FERREIRA DE ALMEIDA; Roy GOODE; Arthur S. HARTKAMP; E.H. HONDIUS; Konstantinos D. KERAMEUS; H.L. Mc QUEEN; Willibald POSCH; John RAMBERG; M. E. STORME, Denis TALLON, Thomas WILHELMSSON, Richard ZIMMERMANN. También ha habido representación española: Alberto BERCOVITZ (primera comisión); Pablo SALVADOR CODERCH (segunda comisión); Fernando MARTÍNEZ SANZ (tercera comisión).

²³⁶ Metodológicamente, la *praesumptio similitudinis* implica la búsqueda de las similitudes existentes entre los ordenamientos jurídicos, no de las diferencias. Una vez halladas las similitudes, la Comisión LANDO realizó lo que se denomina como *aproximación funcional*, consistente en establecer las reglas en función de las soluciones que se dan a los problemas, en vez de buscar una aproximación de los planteamientos dogmáticos o de las instituciones jurídicas, *vid.*, DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos...op. cit.*, pp. 79 y 80.

²³⁷ Ole LANDO, “European Contract Law”, *The American Journal of Contract Law*, 1983, p. 653.

²³⁸ “The main purpose of the Principles is to serve as a first draft of a part of a European Civil Code”, Ole LANDO, *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando1.doc, p. 363. En el mismo sentido, ARROYO y VAQUER indican que “los PECL pretenden constituir un primer paso en la codificación europea en materia contractual y constituyen el fruto de una ingente actividad comparativista, que se traduce en la formulación de una serie de preceptos de nuevo cuño independientes del Derecho de cada uno de los Estados miembros”, ARROYO I AMAYUELAS/VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, p. .

²³⁹ *Vid.*, Ole LANDO and Hugh BEALE (ed.), *Principles of european contract law : parts I and II : combined and revised*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International , 2000; Ole LANDO and Hugh BEALE (ed.), *Principles of european contract law: part III* , The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2003. También existe una versión italiana preparada por Carlo CASTRONOVO (*Principi di Diritto Europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2001. Por lo que respecta al castellano, M^a P. BARRÉS BENLLOCH ha realizado una traducción de los Principios que puede encontrarse en la obra de SCHULZE y ZIMMERMANN *Textos básicos de Derecho Privado Europeo (op. cit.*, pp. 449 y ss.). Además, debe recordarse que los profesores DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA y MORALES MORENO han publicado un importante estudio sobre *Los principios del derecho europeo de contratos*.

²⁴⁰ Con relación a su contenido, *vid.*, *infra*, 3.4. *El ámbito objetivo de la unificación. A) Derecho de las obligaciones y contratos*.

norteamericanos²⁴¹, se presenta con unos artículos, seguidos de un comentario a modo de interpretación auténtica, y acompañados finalmente de unas Notas nacionales en las que se hacen referencias de derecho comparado europeo²⁴². Es importante destacar que, aunque la denominación empleada pudiera llevar a creer que se trata de un texto en el que se recogen principios generales del derecho que posteriormente deberán concretarse, lo cierto es que contiene numerosas reglas que afrontan problemas determinados.

Sin lugar a dudas, se trata del trabajo que más éxito y difusión ha tenido hasta el momento, tal y como lo acredita la ya prácticamente inabarcable bibliografía existente en torno a los Principios²⁴³. Cuál será el peso real de los mismos en el camino unificador emprendido por las instituciones comunitarias es algo que sólo el tiempo revelará (aunque intuimos que será esencial su presencia), pero, en cualquier caso, se trata de un conjunto de principios y reglas esenciales destinados a ser empleados por los jueces y tribunales (no en cuanto derecho imperativo, claro está) como guía orientativa en la resolución de problemas jurídicos que no encuentren una respuesta adecuada en el derecho nacional²⁴⁴. Por otro lado, en la medida de lo posible los PECL

²⁴¹ LANDO, define de la siguiente forma cuál es la finalidad de los principios: "Like the American Restatements of the law, such as the Restatement of the Law of Contracts, they might provide solutions for national courts in cases where their own law is silent or where their law is in need of reform, and such reform may be brought about by the courts. The Principles could be considered by the Court of Justice of the European Communities which, when deciding issues in contract, wishes to apply a contract law common to the laws of the Member States. Furthermore, as will be shown in part III of this paper, arbitrators often apply general principles of law (the *lex mercatoria*), a "neutral" set of rules instead of national law, to international commercial disputes, and they might wish to apply the Principles. Those who, when drafting international standard form contracts for European or world use, are in need of balanced terms which consider both parties' interests may wish to use or to refer to such principles", LANDO, *Some Features of the Law of Contract ...op. cit.*, p. 360.

²⁴² En nuestro país aparecerá próximamente la obra completa de los Principios con las Notas y Comentarios: M^a P. BARRÉS BENLLOCH, J. EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *Principios de Derecho contractual Europeo. Los Trabajos de la Comisión Lando*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003.

²⁴³ *Vid.*, una breve exposición de las obras básicas, en Fernando MARTÍNEZ SANZ, "Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)", en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 197 y 198.

²⁴⁴ "sobre la base siempre de que la cooperación interpretativa del derecho extranjero ha de tomarse con mucha cautela y sólo como elemento subsidiario, sin que por ello deje de ser útil en una época como la actual en que la amplitud e intensidad de la comunidad internacional ha hecho más frecuente las relaciones entre países distintos, y podría sostenerse que la participación en la interpretación de las normas nacionales de instituciones extranjeras basadas, como en este caso, en el mismo Derecho común recibido del Derecho romano forma

deberían influir en las legislaciones nacionales, coadyuvando al acercamiento progresivo de los ordenamientos jurídicos locales. En este sentido, es digno de señalar el hecho de que en su relativamente corta vida los Principios, aún siendo únicamente *soft law*, hayan sido capaces de influir nada más y nada menos que en la propia reforma del derecho de obligaciones alemán. Así, la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones, que entró en vigor el 1 de enero de 2001, ha tenido en cuenta las soluciones que los Principios ofrecen en materias como la prescripción (plazo general de tres años § 195 BGB) o la imposibilidad de la prestación²⁴⁵. En nuestro país, la Comisión General de Codificación cuenta con un borrador de anteproyecto de reforma del Código civil en materia de compraventa, elaborado por los Profesores Alberto RODRIGO BERCOVITZ y Antonio Manuel MORALES MORENO, que propone una extensa revisión del régimen de la compraventa para adaptarla a las líneas maestras tanto de la CISG como de los PECL.

D) Grupo de Estudios para el Código Civil Europeo o Grupo VON BAR

El origen de este grupo hay que situarlo en la Conferencia “Towards a European Civil Code”, celebrada en 1997 en Scheveningen bajo la presidencia holandesa de la UE²⁴⁶. El “Study Group on a European Civil Code”, o Proyecto VON BAR, aparece como el continuador natural de los trabajos de la Comisión Lando, y se encuentra liderado por los profesores ALPA, LANDO, DROBNIG, GOODE, HARTKAMP, BEALE, BONELL, GHESTIN, ROCA o FONTAINE, entre otros muchos²⁴⁷. Ahora bien, la denominación escogida para designar al

parte de una hermenéutica sociológica acogida en el artículo 3 del Código Civil bajo la expresión de «la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas», STS de 10 febrero 1994 (RJ 1994, 848).

²⁴⁵ *Vid.*, Francisco José INFANTE RUIZ, “Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002-1, nº. 8, pp. 157 y 171; Albert LAMARCA MARQUÈS, “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB”, *Indret*, 2/2001, Barcelona, abril 2001, www.indret.com; *idem*, “Entra en vigor la ley modernización del derecho alemán de obligaciones”, *Indret*, 2002/1, Barcelona, enero 2002, www.indret.com

²⁴⁶ La Conferencia inaugural del Ministro de Justicia, en la que se introducía la idea de un Código civil europeo, puede consultarse en, http://www.minjust.nl:8080/C_ACTUAL/SPEECHES/SP0006.htm.

²⁴⁷ Sobre él, Christian VON BAR, «Le group d'études sur un Code civil européen» (2001), *RIDC* 126 y ss., «Die Study Group on a European Civil Code», en Peter GOTTWALD, Erik

grupo podría llamar a engaño, ya que, al menos de momento, no se está trabajando directamente en la creación de un texto articulado que asuma la forma de Código ni, por otro lado, se pretende regular todo el Derecho civil europeo en el sentido estricto de la acepción. Con relación a lo primero, el grupo dirige actualmente sus esfuerzos a la creación de una serie de principios comunes, esto es, más hacia un *restatement* europeo que hacia un Código, tal y como reconoce en la *Joint Response* a la Comunicación de la Comisión²⁴⁸. Y por lo que respecta a lo segundo, el proyecto, y así lo reconoce expresamente su líder, VON BAR, pretende desarrollar las bases para establecer el estatuto esencial del Derecho patrimonial en la Unión Europea²⁴⁹, obviando otras materias civiles como el derecho de familia o de sucesiones. Más adelante tendremos la oportunidad de profundizar en el trabajo realizado por este Grupo. No obstante, debe destacarse la importancia que desde un punto de vista político ha asumido en los últimos años el Grupo de Estudios sobre el Código civil europeo. No en vano, en la resolución de 15 noviembre 2001, “Sobre la aproximación del Derecho civil y Mercantil de los Estados miembros”, el propio Parlamento Europeo considera que el *Study Group* debe asesorar jurídicamente a las instituciones comunitarias en la tarea de aproximación (parr. 16).

E) El Grupo del Acquis communautaire o “Acquis Group”

El conocido más coloquialmente como “Acquis Group” es un grupo de investigación fundado en la Universidad de Bielefeld (*European Research Group on Existing Community Private Law*) en el año 2002. Actualmente lo dirige el profesor Hans SCHULTE-NÖLKE y su objetivo es el de presentar unos “Principles of Existing EC Private law”, es decir, “Principios sobre el Derecho

JAYME y Dieter SCHWAB (eds.), *Festschrift für Dieter Henrich*, Bielefeld, 2000, pág. 1 y ss., y «Konturen des Deliktsrechtkonzeptes der Study Group on a European Civil Code: ein Werkstattbericht» (2001), *ZEUP* 515 y ss. Más información en Internet: <http://www.sgecc.net>.

²⁴⁸ Vid., *supra*, *Joint response LANDO/VON BAR*, *op. cit.* Así lo cree, Miquel MARTÍN CASALS, “Els principis del Dret contractual europeu i la Codificació del Dret Català”, en *1er. Congrés de Dret civil català: el Dret patrimonial en el futur Codi civil de Catalunya*, *La Notaria*, 11-12, 2001, p. 55

²⁴⁹ Vid., Christian VON BAR, “Il gruppo di study su un Codice Civile Europeo”, en Guido ALPA, Emilio Nicola BUCCINO (dirs.), *Il Codice Civile Europeo. Materiali dei seminari 1999-2000. Raccolti da Guido alpa, Emilio Nicola Buccino*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 18.

privado comunitario existente”, que, además, sirvan como estructura o material de trabajo para crear el “marco común de referencia” del que habla la Comunicación de la Comisión de 12 de febrero de 2003. Sin duda alguna, están llamados a desempeñar un papel completamente protagónico en el futuro desarrollo del proyecto de creación de un Derecho Privado Europeo.

F) Grupo Europeo en Derecho de daños

Es de destacar la notable tarea realizada en los últimos años por el *European Group on Tort Law*, también conocido, en atención a sus orígenes, como *Tilburg Group* o Grupo de SPIER, su fundador²⁵⁰. Tal y como indica su denominación, la finalidad de este grupo es la de redactar unos principios uniformes sobre el derecho europeo de daños, incidiendo por tanto en una materia que hasta el momento no ha sido considerada como prioritaria²⁵¹. El grupo lo componen numerosos juristas expertos en la materia de responsabilidad civil extracontractual, como KOZIOL, KOCH, MARTÍN CASALS, BUSNELLI, MAGNUS, WILL y el propio SPIER, los cuales a su vez son miembros del *European Centre of Tort and Insurance Law*, con sede en Viena²⁵².

El grupo trabaja con el método del cuestionario de preguntas breves y casos prácticos, el cual es enviado a cada uno de los miembros para que realicen los informes de Derecho interno (*National Reports*), con los cuales el *Comparative Reporter* encargado del proyecto preparará un informe de derecho comparado²⁵³. Actualmente el grupo ha publicado numerosos informes

²⁵⁰ Vid., Jaap SPIER y Olav A. HAAZEN, “The European group on tort law (Tilburg Group) and the European principles of tort law”, *ZeUP*, 1999, pp. 469 y ss.

²⁵¹ Vid., en general, Ulrich MAGNUS and Jaap SPIER, *European tort law: liber amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000; Helmut KOZIOL, Barbara C. STEININGER (eds.), *European tort law*, Springer, 2002.

²⁵² Este Centro fue fundado por KOZIOL, y por eso a este grupo también se le conoce como Grupo de Tilburg/Viena o Grupo de Spier/Koziol. Vid., U. MAGNUS (ed.), *The impact of social security law on tort law*, New York, Springer, 2003.

²⁵³ Con relación al método de trabajo del Grupo, vid. Miquel MARTÍN CASALS, “El *European Group on Tort Law* y la elaboración de unos *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad civil* (Grupo de Tilbrug/Viena o Spier/Koziol), en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 217 a 224; y Bernhard A. KOCH, “La labor del European

sobre distintas materias, como la relación de causalidad, la responsabilidad objetiva, los daños, la negligencia, etc²⁵⁴. Pero sin duda, el proyecto estrella de este grupo es la redacción de unos “Principios del Derecho europeo de daños” (*Principles of European Tort Law*), cuya parte general (*General Principles*) ha visto la luz en fechas muy recientes, y que siguen el modelo del *Restatement third* norteamericano²⁵⁵.

G) Comisión sobre Derecho de Familia europeo

La Comisión sobre Derecho de Familia es un grupo independiente constituido en el año 2001 por un grupo de académicos con la finalidad de estudiar las posibilidades teóricas y prácticas de uniformización en el campo del Derecho de familia. El proceso de integración europea, entienden los miembros de este grupo, exige la armonización del Derecho de familia, ya que su ausencia constituye un obstáculo para la libre circulación de las personas así como para la construcción de una auténtica identidad europea y un espacio legal europeo integrado²⁵⁶.

Su principal objetivo desde un inicio ha sido la elaboración de un conjunto de principios sobre Derecho de familia, que han visto la luz recientemente, si bien restringidos al ámbito del divorcio y alimentos entre ex esposos divorciados²⁵⁷. Cada uno de los Principios redactados es expuesto con una previa visión de Derecho comparado, en la que se hace referencia a las

Group on Tort Law. La cuestión de la responsabilidad objetiva”, 2003/02, Barcelona, abril de 2003, www.indret.com, p. 5.

²⁵⁴ Jaap SPIER (Ed.), *The Limits of Liability. Keeping the Floodgates Shut*, Kluwer, The Hague / London / Boston, 1995; Jaap SPIER (Ed.), *The Limits of Expanding Liability. Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*, Kluwer, The Hague / London / Boston, 1998; Helmut KOZIOL (Ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, Kluwer, The Hague / London / Boston, 1998; Jaap SPIER (Ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer, The Hague / London / Boston, 2000; Ulrich MAGNUS (Ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer, The Hague / London / Boston, 2001; Bernhard A. KOCH / Helmut KOZIOL (Eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer, The Hague / London / Boston, 2002.

²⁵⁵ Una primera versión en inglés de los Principios puede encontrarse en la excelente página sobre derecho europeo y comparado dirigida por el Profesor MARTÍN CASALS, <http://civil.udg.es/tort/Principles/index.htm>.

²⁵⁶ Katharina BOELE-WOELKI, “The Principles of European Family Law”, *Utrecht Law Review*, Volume 1, issue 2, 2005, p. 161.

²⁵⁷ Katharina BOELE-WOELKI y otros, “Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses”, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004.

diferentes legislaciones europeas, así con unos comentarios específicos cuya finalidad es la de justificar las soluciones aportadas. Desde un punto de vista metodológico la Comisión ha optado por emplear primordialmente el *common core method*, recurriendo al *better law approach* únicamente como método subsidiario. Actualmente la Comisión se encuentra trabajando en la elaboración de la segunda parte de dichos principios, relativos a la responsabilidad parental.

H) Otros Institutos y Academias

Junto a estos grupos más destacados e influyentes, existen otras academias e institutos que también han orientado sus esfuerzos a la realización de estudios sobre la posibilidad de unificar el derecho privado en Europa: *Academy of European Law Trier*²⁵⁸, el *European University Institute* y la Academia de derecho europeo de Florencia, el Instituto de Derecho Comparado de Paris (TALLON), el Centro de derecho de obligaciones de la universidad de Lovaina y el Centro de Investigación en Derecho Privado de la Universidad Paris I (Panthéon-Sorbonne)²⁵⁹, la *Society for European Contract Law (SECOLA)*²⁶⁰, el “Acquis Group” de la Universidad de Bielefeld (*European Research Group on Existing Community Private Law*)²⁶¹, el Instituto Británico

²⁵⁸ La Academia se define a sí misma como un centro de educación europea y un foro de discusión para los abogados de toda Europa, <http://www.era.int/www/en/index.htm>.

²⁵⁹ Vid., “A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats”, *La semaine juridique*, 29, 17 julio 2002, pp. 1343

²⁶⁰ La finalidad de este grupo, según el parágrafo 2.2. de sus estatutos, es la de servir de plataforma para la discusión del Derecho desarrollado y propuesto en Europa en lo relativo a las reglas sobre el mercado interior, las transacciones y del Derecho contractual en sentido amplio. Fue creada por GRUNDMANN, BIANCA y COLLINS (vid., su página de Internet). Vid., GRUNDMANN/STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, La Haya, 2002. Vid., <http://www.secola.org/>

²⁶¹ <http://www.acquis-group.org/>. El Grupo, fundado en 2002, lo dirige el profesor Hans SCHULTE-NÖLKE, y su objetivo es el de presentar unos “Principles of Existing EC Private law”, que, además, sirvan como estructura o material de trabajo para crear el “marco común de referencia” del que habla la Comunicación de la Comisión de 12 de febrero de 2003, Vid., Hans SCHULTE-NÖLKE, *The Commission's Action Plan on European Contract Law and the Research of the Acquis Group*, http://www.acquis-group.org/4_Others/ERA.pdf, p. 4.

de Derecho Comparado (dirigido por ANDENAS), y, finalmente, el proyecto de *casebooks* de derecho europeo²⁶².

A modo de conclusión cabe decir que alguna voz autorizada, tras comprobar el marcado carácter centroeuropeo de prácticamente todos los grupos implicados, ha alertado sobre el riesgo de “balcanización” en los estudios de derecho privado europeo, que además puede dar lugar a la exclusión de ciertos sistemas jurídicos menos representativos. Por ello, frente a la proliferación de grupos o sedes se propone la necesidad de crear un especie de *European Law Institute* siguiendo el modelo del *American Law Institute*, dedicado permanentemente al estudio del derecho privado europeo, que ayude a racionalizar las distintas iniciativas y a garantizar una participación significativa de los sistemas jurídicos implicados²⁶³.

3.3. Sobre la necesidad de unificar el Derecho civil europeo

3.3.1. Argumentos en contra: la oposición de LEGRAND y el problema competencial de la UE

El proyecto unificador del Derecho privado europeo ha sido criticado y combatido desde numerosos frentes. Sin lugar a dudas, Paul LEGRAND ha sido el jurista que con más vehemencia –y también con mayor maestría y solvencia- se ha enfrentado a la viabilidad de las ansias armonizadoras de la

²⁶² Este proyecto fue presentado en la Universidad de Maastrich en 1991, durante el curso de una conferencia sobre *El derecho común de Europa y el futuro de la educación* jurídica. Se ha señalado que la diferencia con el proyecto del *common core* reside en que éste se dirige al mundo académico y científico, mientras que los *casebooks* están destinados a los estudiantes (BUSSANI/MATTEI, “Alla ricerca del nucleo comune del Diritto privato europeo...*op. cit.*”, p. 190). En este sentido, VAN GERVEN, uno de los miembros del comité directivo del grupo, ha señalado que su finalidad es la crear materiales didácticos que puedan ser empleados tanto en las facultades de derecho como por los propios tribunales, *Vid.*, VAN GERVEN, “Casebook for the common law on Europe: Presentation of the project”, ERPL, 1996, pp. 67 y ss. *Vid.*, con relación al método de enseñanza a partir de *casebooks*, “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del Derecho privado. A propósito del libro de Reiner Schulze- Arno Engel – Jackie Jones (coords.), *Casebook Europäische Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 2002, pp. 1514 y ss.

²⁶³ SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 301 y 302. El Parlamento Europeo ha propuesto en su Resolución de 2001 la posibilidad de crear tal instituto.

Unión Europea²⁶⁴. El autor sostiene claramente la imposibilidad de lograr la uniformidad, basándose fundamentalmente en la diversidad existente entre el *civil law* y el *common law*²⁶⁵, que cifra en la ausencia de codificación en el segundo, así como en la disparidad de la lógica jurídica de ambos sistemas, ya que mientras el *common law* parte de la lógica inductiva, el *civil law* emplea la deductiva²⁶⁶. Además, el autor realiza un canto a favor del pluralismo jurídico, en cuanto valor que debe ser tutelado puesto que cada sistema jurídico es expresión de la cultura y la historia de un país²⁶⁷, y en contra de la burocracia comunitaria²⁶⁸, a la que considera completamente incompetente para acabar con las diferencias en cuanto que carece de los medios técnicos y de la experiencia necesaria para llevar a cabo tal tarea²⁶⁹. Finalmente, tampoco se libra la técnica codificadora de sus afiladas palabras, y califica al proyecto de

²⁶⁴ Las críticas vertidas por este jurista pueden encontrarse en tres artículos fundamentalmente: Pierre LEGRAND, «Sens et non-sens d'un Code civil européen» (1996), *RIDC* 780 y ss., «European legal systems are not converging» (1996), *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* 52 y ss., y «Against a European civil code» (1997), *Modern Law Review* 44 y ss.

²⁶⁵ Desde luego, es innegable que se trata de un obstáculo nada desdeñable. Incluso, se ha propuesto que la unificación se lleve de forma gradual, comenzando por los países del *civil law*, que tendrían menos problemas en alcanzar un consenso inicial, *Vid.*, Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, «Le basi costituzionali di un diritto privato europeo», *Europa e Diritto Privato*, 2003, p. 31, que se refiere a la *Joint Response LANDO/VON BAR*.

²⁶⁶ No obstante, son muchos los autores que consideran viable la aproximación de ambos sistemas, *vid.*, por todos, ZENO-ZENCOVICH, «Il Codice civile europeo. Le tradizioni giuridiche nazionali...», *op. cit.*, pp. 810 a 812. Luis DíEZ-PICAZO, «Un Codice civile europeo?», en Guido ALPA, Emilio Nicola BUCCINO (dirs.), *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 63 a 67.

²⁶⁷ En palabras de LANDO (*Some Features of the Law of Contract...op. cit.*, p. 358): «Some consider the national law to be part of the nation's cultural heritage. It reflects the spirit of the people. The law of a nation is based on its entire past. The law must develop, but a people should not cut off its historical roots. They are innate in the people». *Vid.*, H. COLLINS, «European Private Law and the Cultural Identity of States», *ERPL*, 1995, pp. 353 y ss. En nuestro Derecho se pronuncia a favor del «valor de la identidad cultural», SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 225 y 226. (*vid.*, especialmente, el numeroso elenco de autores que comparten esta posición, en la nota a pie de página nº 70).

²⁶⁸ MALAURIE también se muestra crítico con la uniformidad, y afirma: ¡Que Dios nos guarde de la uniformización de los eurócratas!, MALAURIE, «Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte», *Sem. Jur.*, nº. 6, 6 febrero 2002, p. 284. *Vid.*, igualmente, LEQUETTE, «Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar», *Dalloz* (28 julio 2002), pp. 2202 a 2214.

²⁶⁹ Sin embargo, se ha señalado que lo cierto es que la idea de la unificación, aunque parte de las Instituciones comunitarias que además impulsan el proyecto, está siendo llevada a cabo por juristas y profesionales ajenos a la organización burocrática europea, independientes y que gozan de los adecuados instrumentos técnico-jurídicos para llevar a cabo la tarea de una forma adecuada ZENO-ZENCOVICH, «Il Codice civile europeo. Le tradizioni giuridiche nazionali...», *op. cit.*, pp. 807 y 808.

codificación como el fruto retrógrado de un autoritarismo de sello napoleónico, de un absolutismo jurídico que no es más que el fruto del mito de la omnipotencia del legislador. Tal y como indica ZENO-ZENCOVICH²⁷⁰, solo el tiempo dirá si la filípica del criticado²⁷¹ LEGRAND en “Against a European Civil Code” representará el equivalente cultural de “La vocación de nuestros tiempos por la legislación y la jurisprudencia”, de SAVIGNY.

A los argumentos aportados por LEGRAND se han unido otros, como que los costes de cambio legislativo, de mercado, de servicios profesionales y de la administración de justicia serían muy considerables²⁷²; no debe desdeñarse el problema del idioma²⁷³; tampoco pueden ignorarse las propias capacidades del mercado para superar las diferencias legislativas²⁷⁴; es difícil delimitar las materias que son competencia de la UE y del Estado; la ausencia de competición entre los ordenamientos jurídicos es negativa²⁷⁵; en muchos campos no hay conceptos y técnicas comunes aplicables a los problemas

²⁷⁰ ZENO-ZENCOVICH, “Il Codice civile europeo. Le tradizioni giuridiche nazionali...”, *op. cit.*, p. 805.

²⁷¹ Una relación de “algunos” de los numerosos juristas que han criticado a LEGRAND puede encontrarse en, VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 1614, nota a pie de página nº. 74.

²⁷² ALPA, “Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción”, *op. cit.*, p. 232; MARKESINIS, “Why a Code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity”, *ERPL*, 1997, pp. 519 y ss.

²⁷³ Los problemas lingüísticos son muy importantes. Por ejemplo, recuerdan ARROYO y VAQUER que en la resolución de 15 de noviembre de 2001 la expresión alemana *Deliktsrecht* se traduce en castellano como «comisión de delitos» [par. 14 a)] y no, como debiera haber sido, «derecho de daños» («*tort*» en la redacción inglesa) o «responsabilidad civil extracontractual» («*responsabilità civile di atto illecito*», según el texto en italiano). “El ejemplo demuestra que la creación de la «terminología común» que tan insistentemente reclama la Resolución, no puede orillar el aspecto lingüístico, lo cual equivale a decir que todas las lenguas deben converger hacia un único Derecho”, ARROYO I AMAYUELAS/VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, p. . *Vid.*, Ole LANDO, “The rules of European Contract Law”, en, *The private Law systems in EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the need for a European Civil Code...op. cit.*, p. 127; N. URBAN, “One Legal Language and the Maintenance of Cultural and Linguistic Diversity? A Comment”, *ERPL*, 2000, 8, pp. 51 a 57; VAQUER ALOY, *ult. op. cit.*, p. 1606.

²⁷⁴ Walter VAN GERVEN, “A common Law of Europe: the future meeting the past”, *ERPL*, 2001, p. 14.

²⁷⁵ Sobre el concepto de “competencia de ordenamientos”, acuñado desde la Escuela del Análisis Económico del Derecho, *vid.*, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 159 a 161; N. REICH, “Competititon between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law”, *CMLR*, 1992, p. 861; CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa...”, *op. cit.*, p. 71.

jurídicos²⁷⁶; finalmente, la codificación regional es negativa²⁷⁷, en cuanto “presenta los tintes de un planteamiento localista, y no precisamente cosmopolita”²⁷⁸.

Ahora bien, con independencia de la postura personal que pueda adoptarse frente a la cuestión de unificación, existe un problema básico que en ningún caso debe ignorarse, ni siquiera por parte de los más convencidos en las bondades del proceso: la cuestión de la competencia de la Unión Europea para llevar a cabo la tarea unificadora. Es lo que se ha denominado como “problema constitucional”, consistente en determinar si la creación de un Código civil europeo puede encontrar justificación en los Tratados Constitutivos²⁷⁹.

Algunas disposiciones del TCE reconocen una competencia para aproximar las legislaciones nacionales en el ámbito del derecho privado con la finalidad de garantizar la integración y el buen funcionamiento del mercado común (principio de vinculación funcional)²⁸⁰. De todas ellas, el artículo 95

²⁷⁶ CÁMARA LAPUENTE, “*ult. op. cit.*”, p. 70.

²⁷⁷ Se trata de la llamada “regionalización jurídica en materia contractual”, provocada por la pérdida de poder que sufren los Estados como consecuencia de la globalización y de la extensión mundial de los mercados, CAMPUZANO DÍAZ, “El Derecho contractual europeo en el marco de la globalización”, *op. cit.* pp. 80 y 85.

²⁷⁸ SÁNCHEZ LORENZO alerta sobre los riesgos de una codificación regional, que, en el ámbito de la contratación internacional. Además, teniendo en cuenta la existencia de los Principios de UNIDROIT, surgen dudas sobre la necesidad de llevar a cabo la unificación en los ámbitos coincidentes, especialmente en un sector que, como el de la contratación supranacional, precisa de respuestas globalizadas y alcance universal. Se corre, continúa el autor, el peligro de acabar “cantonalizando” el Derecho contractual europeo, y en su opinión, parece razonable impedir la duplicidad de regímenes, regional y universal, y más aconsejable centrar los esfuerzos en el diseño de un modelo de principios universales como los de UNIDROIT, Sixto SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado”, en PALAO MORENO/PRATS ALBENTOSA/REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo, op. cit.*, pp. 377 a 379.

²⁷⁹ SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, p. 194; *Vid.*, igualmente, Sixto SÁNCHEZ LORENZO, “Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea”, *Ponència a les xii jornades de dret català a Tossa. Primera ponència. L'aproximació entre els drets civils europeus*,

²⁸⁰ Se trataría de los artículos 3h, 40, 44, 46.II, 47.II, 55, 65, 94, 95, 137, 153, 222 y 308 (este último precepto, que se refiere a la doctrina de los poderes implícitos., tiene el problema de que exige la unanimidad para que el Consejo adopte decisiones que afecten al buen funcionamiento del mercado interior, DÍEZ-PICAZO, PICAZO, “Un Codice civile europeo?”...*op. cit.*, p. 70). *Vid.*, con detalle, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 195 y 196; VAQUER ALOY, “La vocación...”, *op. cit.*, p. 1609, nota a pie de página nº 10.

TCE²⁸¹ parece la vía más adecuada para legitimar la creación de un Código civil europeo en el marco de las necesidades de establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior²⁸², ya que las divergencias entre las legislaciones de derecho privado europeo o bien son abiertamente contrarias a la libertad de circulación de mercancías, personas y capitales, o, en cualquier caso, producen una distorsión en las condiciones de competencia del mercado que acaban restringiendo de forma indirecta tales libertades²⁸³. Esta tesis ha sido avalada por el propio Parlamento Europeo²⁸⁴ e incluso invocada para justificar la creación de algunas Directivas²⁸⁵. Ahora bien, se ha planteado la insuficiencia del precepto constitucional a la luz de la sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000 (*As. C-376/98: Alemania/Parlamento y Consejo, Tobacco Advertising*), que establece que el legislador europeo sólo puede legislar cuando existe un riesgo concreto, es decir, cuando hay obstáculo probable a la libre circulación de mercancías y a la competencia, no cuando existe un mero riesgo en abstracto y cuando se pretenden eliminar barreras ficticias o distorsiones mínimas a la competencia²⁸⁶. Por todo ello, concluye SÁNCHEZ

²⁸¹ Conforme al actual art. 95, el Consejo adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

²⁸² Así lo cree, W. TILMANN, "The Legal Basis for a European Civil Code", *ERPL*, 1997, pp. 471-473.

²⁸³ *Vid.*, en este sentido, Guido ALPA, "European Community Resolutions and the Codification of Private Law", *ERPL*, 2000/2, p. 327; Giuseppe GANDOLFI, "Per un Codice europeo dei contratti", *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1995, p. 782; Ole LANDO, "Is Codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch Law", *ERPL*, 1993, pp. 157-170.

²⁸⁴ El Parlamento Europeo, en su Resolución Parlamento Europeo de 15 noviembre 2001 sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, animó en su a la Comisión a recurrir al artículo 95 TCE como fundamento jurídico cuando se trate de consolidar y desarrollar la armonización del derecho civil (párr. 18)

²⁸⁵ Así, la Directiva 94/47 sobre multipropiedad entiende que "las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de contratos relativos a la adquisición de los derechos de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles pueden crear obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior, distorsiones de competencia y compartimentación de los mercados nacionales", *Vid.*, una enumeración exhaustiva de las directivas que acuden al argumento de la distorsión de la competencia en el mercado libre, en SÁNCHEZ LORENZO, "Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea", *op. cit.*,

²⁸⁶ Esta sentencia, que anuló la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, viene a exigir que las distorsiones de la competencia que el acto de armonización pretende suprimir sean "sensibles", ya que "si no existiese este requisito, la

LORENZO que “tanto las limitaciones constitucionales relativas a la base legal de los actos comunitarios como la propia limitación de las técnicas normativas de armonización de legislaciones, impiden en el estado actual del Derecho comunitario concebir la promulgación de un Código civil europeo”²⁸⁷. Esto ha hecho que autores como ZENO ZENCOVICH propongan constitucionalizar la competencia de la UE para proceder a la redacción de textos uniformes²⁸⁸.

Por otro lado, la doctrina suele aducir que los principios de proporcionalidad y, en menor medida, de subsidiariedad, obstaculizan seriamente la intervención comunitaria²⁸⁹. El primero de los principios invocados implica que “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado” (art. 5 III TCE), y, seguramente, puede considerarse como desproporcionada o extralimitada la idea de crear un Código civil europeo, en cuanto afectaría a la propia identidad nacional de los Estados miembros. Por lo que respecta al principio de

competencia del legislador comunitario prácticamente no tendría límites.” Con relación a esta sentencia, *vid.*, ARROYO I AMAYUELAS/VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, p. ; VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 1606; W. VAN GERVEN, “Codifying European Private Law”, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm, p. 13.

²⁸⁷ Por otro lado, el propio autor señala que un Código civil europeo con trascendencia tanto intracomunitaria como interna sería, por definición, no sólo contrario a los postulados competenciales del Derecho comunitario, sino también a sus propios límites de aplicación espacial, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 201 y 214. *Vid.*, Wulf-Henning ROTH, “Europäischer Verbraucherschutz und BGB”, *JZ*, 2001, pp. 477 y ss; Arno Johannes ENGEL, “Ein Europäisches Zivilgesetzbuch? -- Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz”, *ZfRV*, 2001, pp. 121 y ss. Sin embargo, BASEDOW señala que aunque la opinión tradicional es partidaria de una interpretación más restrictiva de las competencias que la UE ostenta en virtud del artículo 95, se ha defendido que tras las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam hay que entender que “mientras el artículo 65 está muy limitado respecto a la armonización o unificación del Derecho privado sustantivo, otras razones sugieren una nueva lectura del artículo 95 que permita la adopción de una completa legislación privada, BASEDOW, “Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid”, *ERPL*, 2001, p. 46, núm. 25.

²⁸⁸ ZENO-ZENCOVICH, “Le basi costituzionali di un diritto privato europeo”...*op. cit.*, p. 30. VAQUER ALOY no considera que la cuestión competencial sea un problema: lo importante es hacer un buen Código, ya que durante ese período habrá tiempo suficiente para hacer las modificaciones pertinentes en los textos constitutivos europeos, VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 1606.

²⁸⁹ *Vid.*, N. BERNARD: “The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity”, *CMLR*, vol. 33, 1996, pp. 640-641; H. COLLINS, “European Private Law and the Cultural Identity of States”, *ERPL*, 1995, p. 355; E. HONDIUS, “Condizioni generali di contratto e calusole vessatorie: verso un codice civile europeo”, *Quaderni di diritto privato europeo*, 1997/1, p. 44; DE MIGUEL ASENSIO: “Integración europea y Derecho internacional privado”, *RDCE*, 1997/2, pp. 422-423; MÜLLER GRAFF, “EC Directives as a Means of Private Law Unification”, *op. cit.*, pp. 73-74.

subsidiariedad, compartimos la opinión de SÁNCHEZ LORENZO denegando importancia a este impedimento, ya que es evidente que una unificación del Derecho privado sólo estaría al alcance de una intervención institucional, y, en cualquier caso, podría lograrse mejor desde esta sede. Dicho con otras palabras, la armonización por la vía unilateral de los Estados miembros no puede ser en modo alguno una medida de eficacia comparable a la acción institucional (test de eficacia)²⁹⁰.

3.2.3. Argumentos a favor

A) Razones políticas y económicas

Frente a los que se oponen a la necesidad de la unificación del derecho privado europeo se alegan una serie de razones políticas y económicas que demuestran las ventajas de la construcción comunitaria de tal derecho privado.

Empezando, por los argumentos políticos, se afirma que la unificación jurídica es fundamental para la consecución del objetivo político comunitario de la construcción de un mercado interior libre (basado en la competencia perfecta) así como de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, resulta especialmente aconsejable la unificación en materia contractual, en cuanto que el contrato es el instrumento fundamental para la libre circulación de bienes y servicios en el mercado único europeo²⁹¹. Por otro lado, recuerda LANDO que, aun sin ser una ley natural, habitualmente la unión política y económica acaba provocando la unificación del Derecho civil²⁹². En definitiva, existe un claro paralelismo entre la idea de unidad de mercado (moneda única) y unidad del Derecho de obligaciones y contratos²⁹³. Además,

²⁹⁰ SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 218 y 221.

²⁹¹ “La armonización se sirve de un principio básico del Derecho civil: la autonomía privada. De ahí la necesidad de abordar la unificación del que es su principal exponente: el contrato y, en general, el Derecho de obligaciones. Efectivamente, el Derecho contractual es esencial para conseguir el mercado único”, ARROYO I AMAYUELAS/VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, p.

²⁹² LANDO, “The rules of European Contract Law”...*op. cit.*, p. 125.

²⁹³ Una buena prueba de ello, afirma GARCÍA GARNICA, lo constituye el reparto constitucional de competencias entre el Estado español y las Comunidades Autónomas consagrado en el artículo 149.1 CE, que reserva al primero la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil y la legislación civil, y en particular, sobre las «bases de las obligaciones

la unificación jurídica coadyuvará a elevar la credibilidad del proceso de europeización y de construcción de la Europa de los ciudadanos con igualdad de derechos²⁹⁴.

Desde un punto de vista económico, debe tenerse en cuenta que la diversidad jurídica intracomunitaria provoca numerosos costes de información o “costes externos de transacción”²⁹⁵ que desincentivan, especialmente en las pequeñas y medianas empresas²⁹⁶, la práctica de numerosos intercambios internacionales²⁹⁷. Sin ignorar que en todo caso la disparidad legislativa encierra un elemento psicológico muy negativo, pues crea sensación de inseguridad en los operadores económicos²⁹⁸.

B) Argumentos históricos

Aunque suele afirmarse que el Derecho civil es la expresión de la soberanía, la cultura y el espíritu nacional de un pueblo, esta idea debe relativizarse, ya que la mayoría de los códigos nacionales se nutrieron de las

contractuales»; salvada la facultad de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil histórico de desarrollar dicha normativa, la cual se centra básicamente en el Derecho de familia y sucesiones (GARCÍA GARNICA, “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo”, *op. cit.*). *Vid.*, Carlos VATTIER FUENZALIDA, “La propuesta de un futuro código uniforme de obligaciones y contratos en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 1996, p. 105.

²⁹⁴ DE LA MATA, “Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo”, ...*op. cit.*, p. 31.

²⁹⁵ Ugo MATTEI, “A Transaction Cost Approach to the European Code”, *ERPL*, 1997, 5, pp. 12 y ss.

²⁹⁶ Es un argumento generalizadamente invocado por aquellos que con más ahínco defienden la unificación jurídica: *Vid.*, Comunicación de la Comisión de 11 de julio de 2001 (párrafos 30 y 32); *Joint Response LANDO/VON BAR*, §§ 11 a 28; *Accademia dei Giurisprivatisti Europei, Response*, §§ 2 y 3. GARCÍA GARNICA también ha objetado que el desconocimiento de la legislación extranjera supone o puede suponer una rémora hacia la actividad transnacional, sobre todo para las pequeñas y medianas empresas, GARCÍA GARNICA, “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo”, *op. cit.*, ; en el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa...”, pp. 67 y 68.

²⁹⁷ Encarna ROCA afirma que el Análisis Económico del Derecho aporta razones a favor de la codificación europea: evitar los altos costes de las transacciones que retraen la conclusión de las operaciones supranacionales, ROCA I TRÍAS, “Codification in Catalonia and in Europe”...*op. cit.*, p. 348. Con relación a la compleja cuestión de la cuantificación de los costes derivados de la disparidad legislativa, *vid.*, CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa...”, p. 50, nota a pie de página nº. 7. Duda sobre la entidad de este argumento, ya que, entre otras cosas, habría que contraponer a los costes de información los costes económicos de la unificación, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 158 y 159.

²⁹⁸ DE LA MATA, *ult. op. cit.*, p. 29.

fuentes ofrecidas por el *Code civil* y el BGB, ofreciendo una cierta unidad o uniformidad en el tratamiento y soluciones de los problemas del Derecho contractual²⁹⁹. Sin ir más lejos, nuestro Código civil tiene una conocida influencia francesa. Pero es que además, la mayor parte de los códigos, y muy especialmente los más antiguos, han sido modificados en tantas materias que podemos decir que ya no es lo que fueron³⁰⁰. Finalmente, frente al argumento melancólico y romántico, LANDO se pregunta “and who to day in Paris mourns for “*Les coutumes de Paris*” or in Prussia for “*Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten?*”³⁰¹.

Por otro lado, desde un punto de vista histórico se afirma que las diferencias nacionales no son tan graves, ya que hasta el triunfo de las codificaciones nacionales el *ius commune* constituyó un substrato jurídico o raíz común a los diversos pueblos de la Europa occidental. Así pues, nos encontraríamos con un *ius commune europaeum* o *novum ius commune europaeum*, que no sería más que la continuación del *ius commune* de origen medieval³⁰². El principal valedor de esta argumento ha sido ZIMMERMANN³⁰³, y aunque este intento de legitimar el moderno derecho unificado a través del argumento histórico del *ius commune* ha sido compartido por numerosos autores³⁰⁴, también ha recibido numerosas críticas, ya que no es posible

²⁹⁹ PLAZA PENADÉS, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”...*op. cit.*, p. 304.

³⁰⁰ Como dice Jean CARBONNIER, del *Code civil* francés, *n'existe pas*.

³⁰¹ LANDO, *Some feautres of the Law of Contract in the Third Millennium*...*op. cit.*, p. 359.

³⁰² *Vid.*, ALPA, ALPA, “Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción”, *op. cit.*, pp. 210 y 211. Tal y como indica la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, “la tradición jurídica de los pueblos de Europa presenta, en último término, más coincidencias que divergencias” (Considerando A)

³⁰³ Reinhard ZIMMERMANN, “Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit” (1992), *JZ* 8 y ss.; “Roman Law and European Legal Unity”, en *Towards a European Civil Code*...*op. cit.*, pp. 27 y ss. “El legado de Savigny», en *Estudios de derecho privado europeo*, *op. cit.*, p. 58.

³⁰⁴ Por ejemplo, en nuestra doctrina DíEZ-PICAZO dice sentirse más cercano a ZIMMERMANN que a LEGRAND, ya que “está claro que existe un origen histórico común en el Derecho de los contratos, así como una comunidad (*comunanza*) en la mayor parte de las soluciones”, DíEZ-PICAZO, “Un Codice civile europeo?”...*op. cit.*, p. 64. Igualmente, VAQUER ALOY afirma que la historia y la cultura jurídica común de Europa “tiene que constituir el fundamento sobre el que en un futuro más o menos lejano pueda levantarse el edificio de un verdadero Derecho privado europeo”, VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil”, *op. cit.*, p. 1606. Finalmente, según BASEDOW el *ius commune*, como modelo histórico y como fundamento de las estructuras comunes que aún existen en la actualidad en el derecho privado europeo,

mantener la analogía entre dos procesos históricos separados por siglos de distancia y con ostensibles diferencias³⁰⁵.

Finalmente, muchas disposiciones de los Códigos civiles de origen decimonónico se han quedado obsoletas a causa de la aparición del comercio electrónico y de los cambios generales operados en el mercado. Basta pensar en lo relativo a materias como el saneamiento, la prescripción, la transmisión de los riesgos, etc. Por todo ello, la unificación legal sería muy conveniente, en cuanto que, al emplear como patrón o modelo a los Principios LANDO, los Principios de UNIDROIT o la CISG, se garantizaría la modernización del derecho contractual y de obligaciones, lo cual incentivaría los intercambios intracomunitarios.

C) *Common law versus civil law*: una dualidad superable

Probablemente, la barrera en un principio más infranqueable a la que se enfrenta todo intento unificador viene constituida por las diferencias existentes entre las dos grandes familias jurídicas que conviven en el seno de Europa, *common law* y *civil law*. Como vimos anteriormente, las diferencias de metodología, de forma del razonamiento jurídico, de fuentes del derecho, de reglas jurídicas, son muy importantes entre ambos sistemas jurídicos, hasta el punto de que son numerosas y autorizadas las opiniones doctrinales que ven poco probable la armonización. Ahora bien, hay autores que se preguntan si tal disputa no es más que un reflejo de la gloriosa insularidad³⁰⁶, ya que, en el fondo, las diferencias no son insalvables, y a veces, bajo distintas

puede ser entendido como fuente del derecho privado europeo, BASEDOW, "Il diritto privato europeo. Chimera o realtà?", *op. cit.*, pp. 136 y 137.

³⁰⁵ Se han señalado las siguientes diferencias: el *ius commune* estaba formado por el *ius civile* y el *ius canonicum*; *ius commune* ni siquiera era europeo en el sentido estricto de la palabra; el *ius commune* tenía carácter supletorio frente a los *iura propria*; finalmente, la analogía representa una enorme discontinuidad histórica que negaría la existencia de la Ilustración o el positivismo jurídico, Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Certezas, falsedades y horizontes del Derecho privado europeo", *Europa e Diritto privato*, 2003-2, pp. 272 a 275. En el mismo sentido, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 293 y 294.

³⁰⁶ DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos...op. cit.*, p. 129.

denominaciones, laten los mismos principios jurídicos³⁰⁷. En nuestra opinión, la idea del imposible acercamiento debe ser descartada por numerosas razones.

En primer lugar, la contraposición *civil law-common law* resulta engañosa, en el sentido de que parece enfrentar a dos mundos jurídicamente uniformes y armoniosos, cosa que dista mucho de ser real. Esto es, en el propio seno de los ordenamientos jurídicos continentales se constatan abundantes diferencias y especialidades (transmisión de la propiedad o causa, por citar algunas de las más representativas) que dificultan la armonización incluso dentro del *civil law*³⁰⁸. Por lo tanto, el verdadero obstáculo de toda unificación lo constituyen las diferencias nacionales, aunque es evidente que éstas son más acentuadas entre países del *common law* y países del *civil law*.

Por otro lado, las diferencias entre el *civil law* y el *common law*, especialmente en materia contractual, no son tantas como se puede creer a primera vista, sobre todo si uno se detiene en el análisis pormenorizado de las soluciones a las que cada sistema llega ante los mismos problemas jurídicos³⁰⁹. De hecho, suele ser habitual que los jueces de uno y otro sistema alcancen resultados muy similares empleando herramientas y caminos distintos, tal y como lo demostró en 1968 SCHLESINGER³¹⁰.

³⁰⁷ VAQUER ALOY, "La vocación europea del Derecho civil"...*op. cit.*, p. 1606; Reinhard ZIMMERMANN, "El carácter europeo del Derecho inglés", en *Estudios de Derecho privado europeo...**op. cit.*, pp. 161 y ss.

³⁰⁸ *Vid.*, con relación a las diferencias sustantivas entre el derecho alemán y el francés, Reinhard ZIMMERMANN, "El legado de Savigny. Historia del derecho, derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea", en *Estudios de Derecho Privado Europeo...**op. cit.*, pp. 47 a 49.

³⁰⁹ Históricamente, afirma DÍEZ-PICAZO, la diferencia más notable entre el *civil law* y el *common law* en materia contractual se debe "al extraordinario papel del voluntarismo, que las doctrina del Derecho natural racionalista introdujeron en el concepto del contrato del Derecho europeo continental". Por el contrario, el *common law* presta atención a la promesa y al intercambio recíproco de promesas en las cuales está implícito el compromiso de actuar en el futuro como anticipadamente se haya previsto (no a la voluntad contractual libre, como el *civil law*), DÍEZ-PICAZO, "Un Codice civile europeo?"... *op. cit.*, p. 64. Desde el ángulo de las concretas instituciones, las diferencias más destacables se localizan en algunas figuras que desconoce el *common law*: buena fe (no obstante, el derecho inglés introduce la figura de las cláusulas implícitas), cumplimiento en forma específica o *in natura*, cláusula penal y contrato a favor de tercero.

³¹⁰ Así lo puso de manifiesto Rudolf B Schlesinger en el estudio de la Cornell destinado a encontrar el *common core*. Rudolph B. SCHLESINGER, *Formation of Contracts, A study of the Common Core of the Legal Systems I-II* 1968. *Vid.*, LANDO, *Some feautres of the Law of Contract in the Third Millennium...**op. cit.*, p. 356

Por lo tanto, las diferencias, se afirma, más que en las reglas concretas se encuentran en las fuentes de su producción³¹¹. Ahora bien, con relación a la cuestión de las fuentes, hay que señalar que el mito del sistema del *case law* frente al sistema de las leyes formales va diluyéndose con el tiempo. En primer lugar, los *statutes* cada vez son más habituales en el Reino Unido, y, por otro lado, las decisiones de los tribunales europeos, cuando forman jurisprudencia interpretativa y aplicativa, gozan de una destacable importancia en la conformación del Derecho continental, especialmente en países como el nuestro, Holanda o Alemania. Incluso, la idea de la codificación, tan extraña al *common law*, emerge en este sistema, como lo demuestra el Proyecto Mc Gregor o las propuestas de codificación del derecho mercantil que se han formulado en Inglaterra³¹². En definitiva, señala ZIMMERMANN, tanto en Europa continental como en Inglaterra el derecho es configurado por el legislador, el poder judicial y la doctrina científica, y aunque el peso específico de cada uno de estos tres protagonistas pueda variar, la necesidad de colaboración fructífera entre ellos es reconocida por doquier³¹³.

Además, LANDO, a partir de su propia experiencia al frente de la Comisión redactora de los PECL, señala que existen una serie de valores legales que son básicamente los mismos en todos los países, debido a numerosas razones: los jueces comparten una ideología y un comportamiento común; hay una raíz común de las leyes en Europa, que hay que situar en el Derecho Romano³¹⁴, la ética cristiana, los grandes moralistas, y en tiempos

³¹¹ ZENO-ZENCOVICH, "Il Codice civile europeo. Le tradizioni giuridiche nazionali...", *op. cit.*, p. 815.

³¹² *Vid.*, Roy GOODE, "The Codification of Commercial Law", *Monash Law Review*, 1986, 14, p. 135. Los *consolidations acts* también actúan como una suerte de codificación (*vid.*, DE LA MATA, "Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo", ...*op. cit.*, p. 34, nota a pie de página nº. 74).

³¹³ ZIMMERMANN, "El legado de Savigny...", *op. cit.*, p. 42.

³¹⁴ Aunque es cierta la falta de recepción formal del derecho romano en el *common law*, esto no quiere decir que no estuviera presente en la enseñanza académica o en las decisiones en *equity* del *Chancellor*. Es más, se ha señalado que en algunos puntos el *common law* es más romano que el *civil law*, que experimentó una gran influencia del derecho natural iusracionalista y del *usus hodiernus pandectarum*, DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos...op. cit.*, p. 129. ZIMMERMANN ("El legado de Savigny...", *op. cit.*, p. 43) demuestra como el rechazo del contrato a favor de tercero tiene su origen en la concepción personalista de la obligación en Roma (*alteri nemo stipulare potest*), mientras que la oposición a la *specific performance* deriva de la máxima *omnis codemnatio pecuniaria*.

más recientes, las instituciones democráticas y las leyes unificadas de la Unión Europea; la similitud de las condiciones económicas y sociales de los países de la Unión Europea, economía de mercado y estados industriales; y, finalmente, una ideología compartida entre los académicos y expertos³¹⁵.

Finalmente, la CISG es un producto palpable y tangible que pone de manifiesto que el acercamiento del *common law* y el *civil law* en la materia concreta de la contratación es perfectamente posible³¹⁶. Lo mismo cabe decir de los PECL, que, por ejemplo, reconoce la ejecución en forma específica, aunque con limitaciones [9:101], rechaza la imposibilidad originaria [4:102], y contruye un concepto de contrato muy próximo a la mentalidad anglosajona [2:101]³¹⁷.

D) La manifiesta insuficiencia de la unificación de las normas de derecho internacional privado

Se ha dicho que debería determinarse si la opción de acudir a la unificación de las normas del derecho internacional privado sería más aconsejable, habida cuenta de que se trata de una alternativa menos traumática y costosa que la unificación del derecho material y sustantivo³¹⁸. Así, el *Max-Planck* de

³¹⁵ Según LANDO, tanto en el Grupo de Trabajo de UNIDROIT como en la Comisión presidida por LANDO sus miembros, procedentes de todos los lugares, demostraron compartir y fomentar los mismos valores legales. Hubo excepciones, basadas en diferencias de opinión entre los miembros que hundían sus raíces en las actitudes individuales que los mismos asumían en relación con la cuestión de cuánta libertad contractual pueden gozar las partes (por ejemplo, con la relación a la obligación de suministrar información en las relaciones contractuales. *Vid.*, LANDO, *Some features of the Law of Contract in the Third Millennium...op. cit.*, pp. 356 y ss.

³¹⁶ Michael Joachim BONELL, "Il modello di common law e la nuova convenzione sulla vendita internazionale (Viena, 1980)", en Vittorio TEDESCHI, Guido ALPA (dir.), *Il contratto nel diritto nord-americano. Appunti e materiali*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 7 y ss.; Guido ALPA, *Contratto e common law*, CEDAM, Padova, 1987, pp. 261 a 270. E. Allan FARNSWORTH, "Problems of the Unification of Sales Law from the Standpoint of the Common Law Countries", en *Problems of Unification of International Sales Law*, I.A.L.S. Colloquium Postdam, 21.-24.8.1979, Oceana, New York/London/Rome, 1982, p. 3 a 25.

³¹⁷ *Vid.*, con detalle, ZIMMERMANN, "El legado de Savigny...", *op. cit.*, pp. 42 a 46.

³¹⁸ "Sin duda es más factible una unificación compacta del Derecho internacional privado europeo", SÁNCHEZ LORENZO, "La unificación del Derecho contractual europeo"...*op. cit.*, p. 367. *Vid.*, P. DE MIGUEL ASENSIO, "Integración europea y Derecho internacional privado", *RDCE*, 1997/2, p. 424; Hans Jürgen SONNENBERGER, "Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts", *JZ*, 1998, pp. 984-985.

Hamburgo propicia soluciones de Derecho internacional privado³¹⁹, como la Convención de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Comunidad Europea³²⁰.

Pues bien, la mayoría de la doctrina rechaza este recurso³²¹, alegando las siguientes razones: la diversidad y complejidad de las normas de conflicto (incluso las unificadas) y de los criterios de conexión utilizados genera inseguridad, ya que casi nunca se podrá prever con certeza cuál será el sistema jurídico que se aplicará a una concreta relación contractual³²²; por otro lado, la propia naturaleza de la solución que proponen las normas de derecho internacional privado, es decir, la aplicación de las reglas de un concreto

³¹⁹ Vid., DE LOS MOZOS, "El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía", *op. cit.*, p. .

³²⁰ Son numerosos los autores que coinciden en que la Convención de Roma de 1980 no puede establecer la uniformidad legal necesaria para un mercado integrado. Por ejemplo, LANDO demuestra a través de una serie de sentencias cómo los jueces nacionales recurren a la excepción recogida en el artículo 4(5) para dejar de aplicar la presunción del 4(2) y, de esa manera, esquivar las soluciones de la Convención de Roma y llegar a soluciones más justas y acordes con lo establecido en el derecho local (*homeward trend*). Por eso finaliza su estudio con las siguientes palabras: "We must conclude that the choice-of-law rule is a poor tool of legal integration", LANDO, *Some feautres of the Law of Contract in the Third Millennium...op. cit.*, pp. 354 y 355). En el mismo sentido, la Comisión LANDO y VON BAR creyó que la Convención de Roma de 1980 no garantizaba el funcionamiento sin dificultades del mercado interior, VON BAR/LANDO, respuesta a la Comunicación, par. 50. Finalmente, DE LOS MOZOS habla de "la insuficiencia de la Convención de Roma de 1980", DE LOS MOZOS, "El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía", *op. cit.*, p. .

³²¹ Vid., por todos, CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho privado o un Código civil para Europa...", *op. cit.*, p. 71; CAMPUZANO DÍAZ, "¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?"...*op. cit.*, p. 47; SÁNCHEZ LORENZO, "La unificación del Derecho contractual europeo"...*op. cit.*, pp. 365 y 366. Luigi MENGONI, "L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1992, p. 525; K. RIEDE, "The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint", *ERPL*, 2000, p. 72.

³²² RABEL indicaba a mediados del siglo XX que, "*confusión* es fatalmente la palabra a que se recurre con demasiada frecuencia en las discusiones sobre el tema -del conflicto de leyes". Según su opinión, "las normas generales de conflicto, concernientes a los contratos, producen incertidumbre, contradicción y arbitrariedad", Ernst RABEL, "Sobre la situación actual del derecho internacional privado comparado" (Traducción del inglés por Matilde PIZARRO CRESPO), *Boletín del Instituto de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina), Abril-Junio de 1948, pp. 281 y 294. REINHART ha destacado que la finalidad de la unificación del Derecho sustantivo es precisamente la de eliminar la incertidumbre provocada por el uso de las normas de conflicto, así como la de reducir la posibilidad de que las partes de una compraventa internacional puedan verse sometidas a un sistema legal que les resulta totalmente desconocido, Gert REINHART, "Development of a Law for the International Sale of Goods", *The Cumberland Law Review*, 1989, p. 91. En el mismo sentido, M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*. Giuffrè Editore. Milano. 1995, p. 1; Jacop S. ZIEGEL, "The International Sales Convention: some general considerations", en Louis PERRET, Nicole LACASSE (eds.), *Actes du colloque sur la vente internationale. Ottawa 14. 10. 1987*, Wilson & Lafleur, Montréal, 1989, p. 55.

ordenamiento jurídico nacional, es insuficiente, ya que éste, además de ser casi siempre extraño para una de las partes implicadas³²³, difícilmente se adecuará a las necesidades del mercado transfronterizo³²⁴. No en vano, la Resolución del PE de 6 de noviembre de 2001 señala que el Derecho internacional privado “ya no es un instrumento adecuado para el mercado interior europeo, que ya está muy integrado”. En definitiva, la calificada por THIBAUT como “terrible y odiosa práctica de los conflictos de leyes” debe descartarse³²⁵.

E) Otros argumentos

Finalmente, se aluden otra serie de argumentos que esgrimen razones de la más variada etiología:

- El Código Europeo es la única forma que hay para proteger los derechos minoritarios frente a la armonización basada en los intereses de

³²³ No en vano, se ha afirmado acertadamente que, en el fondo, las divergencias existentes entre los sistemas nacionales de normas de conflicto serían, al menos desde un punto de vista práctico, irrelevantes si las respectivas normas internas regulasen un determinado acto o relación de forma substancialmente uniforme, Michael Joachim BONELL, *Le Regole Oggettive del Commercio Internazionale. Clausole Tipiche e Condizioni Generali*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 6. Esto hace que al juez no le resulte fácil aplicar un derecho distinto que desconocen y que les genera desconfianza: “Max Rheinstein once told about an investigation he had made of about 40 cases reported in Case Books on Conflict of Laws where American courts have applied foreign law. Rheinstein found that in 32 of these cases foreign law was applied wrongly. In four cases the result had been very doubtful, and in four cases the result had been correct, by a mere coincidence”, LANDO, *Some features of the Law of Contract in the Third Millennium...op. cit.*, p. 348.

³²⁴ “...i tradizionali diritti positivi nazionali rispecchiano in genere una visione ormai superata, per non dire idilliaca della realtà economico-sociale che pretendono di regolare e pertanto risultano in massima parte inadeguati ed incompleti rispetto alle effective esigenze dei traffici internazionali moderni”, BONELL, ult. op. cit., pp. 8 y 9; *vid.*, Carlo ANGELICI, “*Consegna*” e “*proprietà*” nella vendita internazionale, Giuffrè, Milano, 1979, p. 65, nota a pie de página nº 4, y p. 66. Se ha afirmado que la localización de la relación jurídica en un determinado ordenamiento puede resultar poco apropiada en el caso de transacciones realizadas a través de Internet. Por ello, se propone una adaptación de los sistemas de DIPr, que pasaría en el plano conflictual por el abandono de ciertas conexiones territoriales rígidas a favor de criterios flexibles, *vid.*, Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, “El Derecho contractual europeo en el marco de la globalización”, en Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, COLEX, 2003, pp. 74 y 75.

³²⁵ THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, Heidelberg 1814, reprinted in *Hattenhauer, Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften*, München 1973, 61ff p 33 (citado por, LANDO, *Some features...op. cit.*, p. 354).

mercado³²⁶, ya que éste, tal y como señala la respuesta conjunta otorgada por las comisiones LANDO/VON BAR a la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo³²⁷, es incapaz de solucionar ciertos problemas y, sobre todo, no genera principios generales que ayuden a desarrollar posteriormente una legislación coherente, sistemática y clara.

- Mientras no exista una aproximación real entre los Derechos privados nacionales no podrá garantizarse una protección plena a consumidores y usuarios (Resolución Parlamento de 15 de noviembre 2001)³²⁸.

- Seguir por la senda de la construcción del Derecho privado comunitario, tal y como se ha venido haciendo hasta ahora, no es aconsejable, ya que la armonización mediante directivas ha dado lugar a un conjunto de normas completamente asistemático e inorgánico³²⁹, que en absoluto ayudan a superar los inconvenientes económicos derivados de la diversidad legislativa

3.4. Cuestiones metodológicas

3.4.1. El renacimiento del método comparatista

Sostiene Pablo LERNER que, si tomamos como premisa que el Derecho comparado se beneficia de la permeabilidad entre los sistemas, la etapa actual en la que hay una mayor comunicación entre los sistemas jurídicos y en la que la idea de unificación del Derecho cobra cada vez más vitalidad, debería ser la mejor hora del Derecho comparado. Efectivamente, la armonización precisa, como indican, ZWEIGERT Y KÖTZ, del Derecho comparado y de su

³²⁶ROCA I TRÍAS, "Codification in Catalonia and in Europe, *op. cit.*, p. 350.

³²⁷. Bruselas, 29 de noviembre de 2001, párrafos 52 a 60. *Vid.*, Ole LANDO y C. VON BAR, "Communication on European Contract Law. Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", *Europa e Diritto privato*, 2002, I, pp. 163 y ss.

³²⁸ En este sentido se pronuncia el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea [COM (2001) 531 final, de 2 de octubre de 2001], especialmente pág. 5. Puede consultarse el documento en la siguiente dirección: http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm.

³²⁹ SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, p. 165.

metodología³³⁰. Por ello, es necesario realizar algunas consideraciones en torno a la metodología del Derecho comparado.

El punto de partida de toda la metodología comparada es la idea de que todas las sociedades tienen problemas similares, de que pueden aplicar aparentemente diferentes soluciones pero, al final, llegan a resultados bastantes parecidos (*praesumptio similitudinis*). Arrancando de este silogismo, la labor del comparatista pasa por estudiar, de una manera analítica, problemas o instituciones legales similares o que cumplan una misma función (principio de *equivalencia funcional*), contraponiendo las soluciones aportadas para, finalmente, formular una teoría general. No obstante, ese momento, amén de constituir la razón de ser del método comparatista, es extraordinariamente delicado, pues el comparatista debe formular un sistema o una teoría con vocación de universalidad. El investigador cuenta, desde un punto de vista metodológico, con las siguientes opciones:

- Escoger una solución de un determinado sistema: teoría de los *legal transplants* de WATSON.
- Extraer una solución común a todos los sistemas: *common law approach*. Esta metodología comparatista, que debe su nombre al célebre proyecto del Profesor Rudolf SCHLESSINGER, ha sido empleado actualmente por el Grupo de Trento.
- Proponer o ingeniar una nueva solución: *better law approach*.

La solución del *better law approach* es, sin duda, la más adecuada a los fines del Derecho, y por ello ha sido sistema expresamente empleado por los PECL o los Principios de UNIDROIT. Además, tendremos la oportunidad de analizar. En cualquier caso, hay que señalar que la teoría de los *legal transplants* de WATSON parece vivir una segunda juventud, aun cuando los términos de su formulación se han modificado: el tránsito de sistemas legales

³³⁰ Pablo LERNER "Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 111, 2004, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/111/art/art4.htm>

se produce desde los principios de *soft law* (normas no imperativas y descentralizadas) hacia los ordenamientos jurídicos nacionales

Por otro lado, en la teoría de la metodología jurídica del Derecho comparado se distingue entre el “textualismo” (especialmente en el seno), o análisis basado en la letra del texto jurídico (literalidad), en la regla jurídica (*rule of law*), y el “contextualismo”, que es un análisis basado en las distintas circunstancias políticas, económicas y sociales que condicionan o influyen en la aplicación del texto. La interpretación contextual es la única metodología válida y útil para no incurrir en el conceptualismo abstracto y estéril, y más aún en una materia de la trascendencia de la construcción de un Derecho privado europeo³³¹.

3.4.2. Un falso debate: THIBAUT (codificadores) versus SAVIGNY (cultivadores) en la unificación del derecho privado europeo

En los últimos años se ha hecho habitual distinguir entre los llamados “cultivadores” y los “codificadores”, a raíz de las diferentes actitudes metodológicas asumidas por los juristas y los distintos grupos académicos como método de trabajo frente a la posible unificación del derecho privado europeo. Esta contraposición ha sido a su vez empleada para afirmar que actualmente nos encontramos ante una nueva edición de la famosa polémica que en Alemania sostuvieron SAVIGNY y THIBAUT³³². Tal aseveración merece alguna aclaración.

Los primeros, los cultivadores, entusiasmados por el peso histórico del *ius commune* y fascinados por la *auctoritas* de los doctores *utriusque iuris* con

³³¹ Se trata, en definitiva, de la metodología pluralista, que inaugura para el Derecho la “era del pensamiento del molteplice”, y que considero básica en una sociedad globalizada en la que el proceso de pluralización de la realidad social, en su infinita variedad, no hace más que crecer y aumentar, SCALISI, “Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento”...*op. cit.*, p. 34.

³³² *Vid.*, Ole LANDO, “Why codify the European Law of contract?”, *ERPL*, 1997, pp. 525 y ss; K. RIEDE, “The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint”, *ERPL*, 2000, pp. 79 y ss.; Th. MAYER-MALY, “Unificazione normativa e possibili tappe”, *Foro Padano*, 1992, C. 51; Carlos VATTIER FUENZALIDA, “Para la unificación internacional del Derecho de las obligaciones en la Comunidad Europea”, *RPD*, 1994, p. 225; PARRA LUCÁN, “Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa...”, *op. cit.*, pp. 1173.

licentia ubique docendi, confiarían en las virtudes creativas de la ciencia jurídica y en el talento de los juristas para, mediante el intercambio de ideas y la interacción recíproca a través de los debates universitarios y revistas jurídicas, ir formando progresivamente (“creeping” harmonisation)³³³ un conjunto de principios y reglas comunes a la cultura jurídica europea. Se ha indicado que estos cultivadores, desde un “universalismo academicista”³³⁴, conciben a un derecho europeo que debería crecer orgánicamente y de forma lenta entre la gente, guiado por los académicos y por la comunidad de los negocios cuando fuera necesario, y que debería finalmente enseñarse y difundirse entre los estudiantes que, en el momento de convertirse en jueces, lo aplicarán en sus decisiones³³⁵. Entre los “neo-savignianos” se encuentran algunos juristas que, como ZIMMERMANN³³⁶, SHULZE, OPPETIT³³⁷, Van ERJP³³⁸ y KÖTZ³³⁹, entienden que Europa comparte unas raíces comunes que sirven como punto de partida para la construcción progresiva y académica del derecho privado europeo³⁴⁰. No obstante, las aspiraciones de los

³³³ Se trata de una expresión acuñada por Klaus Peter BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague 1999.

³³⁴ COLLINS, “European Private Law and the Cultural Identity of States”...*op. cit.*, p. 357

³³⁵ LANDO, *Some features of the Law of Contract in the Third Millennium*...*op. cit.*, p. 360.

³³⁶ ZIMMERMANN habla de una “reeuropeización” de la ciencia jurídica y de una “refundación” de la escuela histórica de SAVIGNY que combine la historia del Derecho y los estudios de Derecho comparado, Reinhard ZIMMERMANN, “Savigny’s Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science”, *Law Quarterly Review*, 1996, 112, p. 576. Este artículo se encuentra traducido al castellano por Antoni VAQUER ALOY, “El legado de Savigny. Historia del derecho, derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea”, en *Estudios de Derecho Privado Europeo*...*op. cit.*, pp. 19 y ss. En otro lugar habla de un derecho “construido sobre valores compartidos y métodos legales generalmente reconocidos, y también sobre principios comunes y máximas,...perfiladas por los jueces, legisladores y profesores actuando en cooperación unos con otros”, ZIMMERMANN, “Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi”, *Rivista di diritto civile*, 2001, pp. 707 y 708.

³³⁷ B. OPPETIT, “Droit commun et droit européen?”, *L’internationalisation du droit. Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 311 a 319.

³³⁸ Sjef VAN ERP, “Ius Commune: A European Civil Code?”, *EJCL*, Vol. 4.4, December 2000.

³³⁹ Hein KÖTZ, *Gemein-europäisches Zivilrecht, Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen 1981, p. 481. En nuestro derecho, CÁMARA LAPUENTE ha afirmado que “el camino lento propuesto en su día por el último (SAVIGNY) para elaborar el Código civil alemán parece abrirse paso firme, al margen de las posiciones extremas a favor o en contra de un Código civil europeo”, CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa”,...*op. cit.*, p. 53.

³⁴⁰ Incluso, existe una “Ius Commune Research School”, en la participan principalmente las facultades de derecho de las Universidades de Leuven (Bélgica), Maastricht y Utrecht

cultivadores han sido muy criticadas, especialmente por LANDO, que con cierta vehemencia y sarcasmo enumera una serie de defectos que, en su opinión, hacen inviable esta vía³⁴¹.

Por el contrario, los codificadores aspiran a la creación del derecho privado europeo mediante la técnica de la codificación, que es la única que realmente puede garantizar la realización de una unificación jurídica que asegure la certeza y seguridad jurídica. Entre los seguidores de THIBAUT suele citarse a BASEDOW, obviamente a los representantes del Grupo de Pavía³⁴² y del *Study Group*, y a LANDO, que se declara abiertamente como un ferviente partidario de la codificación³⁴³.

En nuestra opinión, el debate sobre cultivadores y codificadores está lleno de imprecisiones técnicas e incoherencias³⁴⁴. Para empezar, creemos que la idea de resucitar el enfrentamiento entre THIBAUT y SAVIGNY solamente debe tomarse como una curiosa “licencia poética”³⁴⁵ o como una sugerente analogía indudablemente ilustrativa a efectos didácticos, pero nada más, ya que a nuestro parecer nada tiene que ver la situación de la Alemania de 1814 con la Europa de la moneda única y del mercado común del siglo XXI, más allá del

(Holanda), dedicada a la investigación del núcleo común del derecho europeo, *vid.*, VAN ERP, *ult. op. cit.*,

³⁴¹ LANDO señala las siguientes razones para rechazar la vía de los cultivadores: es difícil que mediante este sistema llegue a alcanzarse un conjunto de reglas claras y simples, siendo lo más probable que la confusión acabe reinando, tal y como sucedía en el *ius commune* hasta que la codificación hizo su aparición; las diferencias entre los juristas hacen poco probable que se alcancen acuerdos; un derecho creado de esa forma no podría aplicarse por los tribunales mientras no lo indique así el legislador; finalmente, esta tarea llevaría muchísimo tiempo, por lo que los partidarios de establecer un derecho europeo de los contratos por la vía de un natural desarrollo deben armarse de una gran paciencia, LANDO, *Some features of the Law of Contract in the Third Millennium...op. cit.*, pp. 361 y ss.

³⁴² No obstante, su presidente en alguna ocasión ha mostrado ciertas simpatías hacia la técnica del *ius commune*, *vid.*, *vid.*, José Luis DE LOS MOZOS, “Integración europea: Derecho comunitario y derecho común”, *RDP*, 1993, pp. 211 a 225. Las ideas que DE LOS MOZOS expone en dicho artículo llevan a SÁNCHEZ LORENZO a afirmar que se, si la construcción del derecho privado europeo pasa por sus planteamientos, se apuntaría “a la lista del exilio jurídico”, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, p. 295.

³⁴³ “Another avenue is a European Civil Code covering the law of contracts. This is what the Thibauts want, and I am, as you can guess, one of them”, LANDO, *ult. op. cit.*, p. 366.

³⁴⁴ pp. 277 a 279 .

³⁴⁵ Así lo reconoce el propio LANDO, *ult. op. cit.*, p. 359.

carácter transitorio de una y otra época³⁴⁶. Además, no es cierto, como se quiere hacer creer, que los cultivadores pretendan crear un derecho pretoriano y que rechacen toda intervención legislativa³⁴⁷, sino que más bien entienden que la codificación únicamente debe ser un paso posterior, supeditado a la identificación de los principios que forman parte del acervo cultural europeo³⁴⁸. Pero es más, habría que preguntarse si los llamados codificadores no pretenden, con alguna variación, lo mismo. Por ejemplo, si se analiza la respuesta conjunta otorgada por las comisiones LANDO/VON BAR –huelga decir que son firmes partidarias de la codificación- a la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo, podrá comprobarse que establecen la necesidad de actuar siguiendo una serie de etapas que comienzan con la adopción de un *restatement* de principios, el cual, sólo en un final que se nos antoja muy lejano, podría dar lugar a un Código de derecho patrimonial común³⁴⁹. Dicho con otras palabras, no conciben la codificación sino como estadio final de un largo proceso, al igual que los cultivadores.

En definitiva, ni los cultivadores confían ciegamente en la evolución dentro de los claustros universitarios de la ciencia jurídica y en la instauración del nuevo *ius commune* en base a su aceptación colectiva en cuanto *ratio iuris*, ni los codificadores pretenden en estos momentos la codificación del derecho privado “desde arriba”, salvo que entendamos de una manera extremadamente poco técnica e imprecisa al fenómeno de la codificación, hasta identificarlo con

³⁴⁶ ZIMMERMANN cree que la similitud reside precisamente en que ahora, como 1814, nos encontramos ante una época de transición, aunque en nuestra opinión la idea de crisis y transición es consustancial a la propia historia del derecho, ZIMMERMANN, “El legado de Savigny”, *op. cit.*, p. 28. Con relación a la idea de crisis en el Derecho civil, *vid.*, DÍEZ-PICAZO, “El sentido histórico...”, *op. cit.*, p. 5.

³⁴⁷ En este sentido, *vid.*, FERNÁNDEZ ARROYO, “Certezas, falsedades y horizontes del Derecho privado europeo”...*op. cit.*, p. 276; SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, p. 298.

³⁴⁸ “I do think that studying legal systems to find a new European *Ius Commune* should - at least for the time being - be more of an academic endeavour than a political programme. Let it first be established whether a common core exists or not; the political debate should start thereafter. Once the results of academic research in this area are used by academics or others to promote a harmonisation agenda, the solitude and rest of academic scholarship is left behind and the political arena is entered”, VAN ERP, “*Ius Commune: A European Civil Code?*”...*op. cit.*

³⁴⁹ *Vid.*, *infra*, *Conclusión: la codificación del derecho contractual como estadio final del proceso de armonización jurídica.*

la creación de un *Restatement* carente de todo vigencia por una comisión no gubernamental de juristas.

3.4.3. ¿Codificación (hard law) o restatement (soft law)?

A) Unificación desde arriba (codificación) o desde abajo (restatement)

Entre aquellos juristas que se consideran partidarios de que la unificación del derecho privado europea tome forma a través de texto normativo, se plantea la cuestión de decidir si la técnica más adecuada para conseguir tal objetivo es la de la codificación o la del *Restatement*.³⁵⁰ Mediante la primera se pretende lograr la “unificación desde arriba” (*top down*), esto es la redacción de un Código civil que se apruebe por las instituciones comunitarias como texto legislativo obligatorio en Europa (*hard law*)³⁵¹. Por el contrario, el *Restatement* representa la “unificación desde abajo” (*bottom-up*), e implica la creación de un derecho blando (*soft law*) en forma de principios o reglas generales³⁵².

El modelo codificador es el que ha inspirado en todo momento a los trabajos del Grupo de Pavía, que incluso ha presentado un “Anteproyecto de Código Europeo de contratos”³⁵³. Tal y como indica su presidente, al igual que los códigos decimonónicos pusieron fin a la enorme diversidad legislativa

³⁵⁰ No obstante, hay quien cree que las diferencias entre los *restatements* y los códigos no son tan acentuadas como pudiera pensarse en un principio: primero, porque las líneas de inspiración son idénticas, esto es, la organización sistemática de reglas coherentes y autosuficientes; por otro lado, desde el punto de vista sustancial, el rigor de contenido es muy similar al de los Código, ZENO-ZENCOVICH, “Il Codice civile europeo...”, *op. cit.*, pp. 816 y 817.

³⁵¹ Con relación al valor de la codificación como medio de unificación material del derecho del comercio internacional, *Vid.*, Clive M. SCHMITTHOFF, “The Codification of the International Trade”, en Chia-Jui CHENG, *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Martinus Nithoff Publishers/Graham&Trotman, Dordrecht/Boston/London, pp. 243 y ss.

³⁵² *Vid.*, Sjeff VAN ERP, “Codifying European Civil Law: From a General Hard Law to a Sector-Specific Soft Law Project? *EJCL*, Vol. 7.1, March 2003, <http://www.ejcl.org/71/editor71.html>. Michael Joachim BONELL, “Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts”, *The American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 618.

³⁵³ *Vid.*, J. BASEDOW, “Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid”, *ERPL*, 2001, p. 39. En contra de la codificación, *vid.*, MARKESINIS, “Why a code is not the best way to advance the course of European legal unity”, *ERPL*, 1997, pp. 522 a 524.

existente en el *Ancien Régime*, la codificación es el mejor camino para conseguir en este momento la integración europea, formulando reglas claras y precisas, como se ha hecho siempre, sin que deba perderse el tiempo en el estudio de principios, convergencias y divergencias, ya que esta forma de entender el Derecho comparado no suele llevar a ninguna parte³⁵⁴. Evidentemente, la creación de un código goza de numerosas ventajas, ya que al ser una ley imperativa garantiza la seguridad jurídica y la uniformidad, además de garantizar tanto la “perfección cuantitativa” (reducción del derecho a un conjunto de reglas) como la “perfección cualitativa” (reglas sencillas y claras) del derecho³⁵⁵. Por otro lado, es injusto acusar a la codificación de ser un método arcaico, obsoleto e impropio de la “edad de la descodificación”, ya que lo cierto es que movimiento codificador no sólo no se ha fosilizado³⁵⁶, sino que reaparece con renovadas fuerzas en las democracias occidentales, como lo demuestra la reciente creación de códigos civiles en Holanda, Rusia y otros países del Este³⁵⁷.

Sin embargo, tampoco son ignorados los problemas que presenta la codificación como técnica. Por de pronto, es previsible que la propuesta de codificar el derecho privado europeo se encuentre con el escollo del rechazo de los países del *common law*, desconocedores de la codificación como modelo legislativo. Por otro lado, los códigos, al ser cuerpos de normas muy rígidos y poco permeables a los cambios sociales, acaban conduciendo a medio plazo a la petrificación legislativa³⁵⁸, algo inadmisibles en el proyecto de construcción de la Europa contemporánea. Finalmente, desde un punto de vista político es

³⁵⁴ DE LOS MOZOS, “El anteproyecto de Código europeo de contratos”...*op. cit.*, p. ; *vid.*, igualmente, GARCÍA CANTERO habla de una “unificación efectiva” (“El anteproyecto de Código europeo de contratos”...*op. cit.*, pp. 210 y 211).

³⁵⁵ Luis Díez-PICAZO, “Codificación, descodificación y recodificación”, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, II, p. 476.

³⁵⁶ ZENO-ZENCOVICH, “Il Codice civile europeo...”, *op. cit.*, pp. 809 y 810.

³⁵⁷ *Vid.*, Victor B. KOZLOV, *The New Russian Civil Code*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, nº 21, Roma, 1996. Reinhart ZIMMERMAN, “Codification: History and Present Significance of an Idea. A propos the recodification of Private Law in Czech Republic”, *ERPL*, 1995, pp. 95 y ss.

³⁵⁸ Esta idea se encuentra especialmente extendida entre los juristas provenientes del mundo del *common law*: Por ejemplo, un eminente jurista norteamericano, miembro del American Law Institute, declara que “codification becomes the enemy of substantive reforms”, Arthur ROSSETT, “Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law”, *American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 688.

indudable que los Estados miembros pueden mostrar serias reticencias a un proyecto que implica una notable pérdida de soberanía.

Frente a la vía de la codificación se contraponen el modelo del *Restatement* norteamericano³⁵⁹. El *Restatement* es un producto del “American Law Institute”, una institución privada que, alarmada en los años 20 por la incertidumbre y complejidad del Derecho de los Estados Unidos, decidió llevar a cabo una exposición sistemática del derecho existente (*re-state*)³⁶⁰, de los principios del *common law*, con la finalidad tanto de aclarar la compleja situación como de modernizar y adaptar el derecho a las exigencias de la vida³⁶¹. Pero lo más llamativo, al menos para la mentalidad del *civil law*, es que las reglas de los distintos *Restatement of Laws* carecen de fuerza legal (*soft law*), y son aplicadas por los jueces en virtud de su propia autoridad persuasiva, avalada por la solvencia de los más de 3300 profesionales que forman parte del Instituto (unificación *bottom up*). En cuanto a la forma expositiva, los *Restatement* presentan cada una de las reglas separadas con un comentario explicativo de la solución adoptada³⁶².

Este modelo, empleado en la elaboración de los Principios de los Contratos Comerciales internacionales de UNIDROIT, es el que ha inspirado a

³⁵⁹ Vid., Pietro RESCIGNO, “Per un restatement europeo in materia di contratti”, en L. MOCCIA, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 135.

³⁶⁰ Precisamente el hecho de que el *Restatement* se limite a sistematizar el *status quo* jurídico, esto es, a presentar el derecho existente, ha sido concebido por los propios miembros del *American Law Institute* como la principal tara de los mismos: “the restatements are supposed to day what the law is, and not what it should be”, vid., ROSSETT, “Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law”, ...*op. cit.*, p. 689; *idem*, “The Unification of American Commercial Law: Restatement and Codification”, en Luigi MOCCIA, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993, p. 111.

³⁶¹ *Report of the Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law Proposing the Establishment of an American Law Institute*, The American Law Institute 50th Anniversary, Philadelphia, 1973, pp. 3 y ss. Vid., Michael Joachim BONELL, “I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali: un approccio nuovo alla disciplina dei Contratti Internazionali”, en Michael Joachim BONELL e Franco BONELLI, *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. 9.

³⁶² Al parecer, en un principio el *Restatement* estuvo influido por las escuelas analíticas norteamericanas, aunque el realismo norteamericano ha sido el padre de los *Restatement* los contemporáneos, siendo menos conceptuales y más funcionales, vid., DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos...op. cit.*, p. 81.

la Comisión de Derecho contractual europeo en la creación de los PECL³⁶³ y el que ha sido defendido por las comisiones LANDO/VON BAR en la respuesta conjunta otorgada a la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual³⁶⁴. Efectivamente, la Comisión LANDO ha elaborado, partiendo de los imprescindibles estudios de derecho comparado, una serie de principios comunes (o soluciones comunes a los problemas jurídicos) que no han sido aprobados por ninguna autoridad legislativa pero que, gracias a la autoridad y racionalidad de sus proposiciones, pretende influir tanto en la aplicación judicial del Derecho como en la armonización jurídica, considerándose el núcleo básico de un futuro Código civil europeo³⁶⁵.

Las ventajas que ofrece esta vía alternativa a la codificación son numerosas: desde un punto de vista político, los Estados son más favorables a aceptar una fórmula no imperativa como ésta, que no les prive de la soberanía

³⁶³ No obstante, existe algunas diferencias esencial entre los *Restatement* y los PECL: mientras los primeros parten de las soluciones ya existentes en el *common law*, los segundos crean *ex novo* tales soluciones y, sobre todo, buscan las reglas que sean mejores y más persuasivas, razón por la cual es posible que no se encuentren en muchos ordenamientos jurídicos europeos; además, los *restatement* suelen reproducir normas particulares creadas por la práctica judicial, mientras que los PECL no están vinculados a las mismas; en tercer lugar, los *restatement* operan desde reglas particulares, mientras que los PECL buscan normas generales organizadas sistemáticamente, Carlo CASTRONOVO, "Savigny i moderni e la codificazione europea", *Europa e diritto privato*, 2001, p. 231; *idem*, "Il Diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?", *Europa e Diritto privato*, 1998/4, p. 1024. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARROYO, "Certezas, falsedades y horizontes del Derecho privado europeo"...*op. cit.*, p. 280; SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, p. 309.

³⁶⁴ Señalan que hace falta desarrollar, mediante el recurso al Derecho comparado, un *restatement* de adopción inicialmente voluntaria, el cual debe sentar las bases para una legislación comunitaria, exhaustiva y de naturaleza obligatoria que, por otra parte, no tiene por qué implantarse a la misma velocidad en todos los países, *Vid., supra, Joint response LANDO/VON BAR*.

³⁶⁵ *Vid., LANDO/BEALE, Principles of European Contract Law*, 1995, p. XVII. Esta idea, en la que LANDO ha insistido en más de una ocasión ("Why codify...", *op. cit.*, p. 534; "Is codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the relationship to Dutch law", *ERPL*, 1993, pp. 161 y ss.), no la comparte Michael Joachim BONELL, otro miembro de la Comisión de derecho europeo de los contratos que, sin embargo, se muestra perplejo y contrario a la idea de una codificación ("Verso un codice europeo dei contratti?", *Europa e diritto privato*, 1998/1, p. 171). En contra de las ideas de este autor se muestra Carlo CASTRONOVO, que demuestra con solvencia que los PECL se muestran más cercanos a la idea de código que a la de *Restatement* ("Il Diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti"...*op. cit.*, pp. 1023 y ss) También consideran a los PECL como antecedente del código europeo, Klaus Peter BERGER, "The Principles of European Contract Law and the Concept of the "Creeping Codification of the law", *ERPL*, 2001, p. 34; Ewoud HONDIUS, "Finding the law in a new millenium. Prospects for the development of civil law in the European Union", en *D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Paris, 1999, pág. 101.

nacional; se cuenta con una rica y positiva experiencia norteamericana; tal y como indica BONELL, la solución de “soft law” es preferible, porque está en mejores condiciones para privilegiar el “better law approach” frente al “common core approach”³⁶⁶, y evitar la mera adopción de soluciones de compromiso³⁶⁷; la flexibilidad y el carácter abierto inherente a los principios evita su pronta fosilización y garantiza una mejor adaptación a los nuevos problemas; al ser preparados por expertos y profesionales no supeditados a instrucciones gubernamentales, los resultados serán mejores, al evitar la adopción de soluciones de compromiso fruto de las presiones políticas; finalmente, los PECL coadyuvarán a la consecución de una continua aproximación del Derecho privado a nivel académico, educativo, judicial, contractual o forense, y, finalmente, legislativo³⁶⁸.

Pero el modelo de *Restatement* también tiene inconvenientes y detractores. Por ejemplo, es de prever que para la mentalidad del juez continental, vinculado únicamente a la ley, la aplicación voluntaria del *soft law* le provocará, cuanto menos, cierta perplejidad³⁶⁹. Pero es más, la aplicación judicial de los principios, señala DE LOS MOZOS, puede dar paso al arbitrio y la discrecionalidad de los jueces en ausencia de una norma segura y cierta que

³⁶⁶ La diferencia entre ambos sistemas reside en que el *Better law approach* pretende la obtención de las mejores y más eficaces soluciones para resolver un problema, aunque sean extrañas y novedosas para un determinado sistema, mientras que el *Common law approach* implica la búsqueda de una serie de principios comunes, como paso previo a la codificación.

³⁶⁷ BONELL, “Verso un codice europeo dei contratti?”, *op. cit.*, p. 176.

³⁶⁸ *Vid.*, HARTKAMP: Towards a European Civil Code. «Principles of Contract Law», Nijmegen-The Hague-London-Boston, 2ª ed., 1998, pgs. 109 y ss.

³⁶⁹ Así, se ha dicho que la falta de carácter obligatorio somete la aplicabilidad de los Principios “a la discrecionalidad del juez o árbitro que intervenga en cada caso concreto”, *Vid.*, FERNÁNDEZ ARROYO, “Certezas, falsedades y horizontes del Derecho privado europeo”...*op. cit.*, p. 284. No en vano, se ha extendido la idea de que hay que comenzar aplicando los PECL solo a los arbitrajes internacionales, Díez-PICAZO, “Un Codice civile europeo?”, *op. cit.*, p. 61. Pero, con la finalidad de garantizar la aplicación de los Principios, se ha propuesto que los Estados miembros reconozcan formalmente la válida elección por las partes contratantes de los PECL como derecho regulador del contrato a través de la reforma del artículo 3 del Convenio de Roma, que en la actualidad exige la elección de un “Derecho nacional”. *Vid.*, BONELL, “Verso un Codice Europeo”..., *op. cit.*, pp. 181 y ss; CAMPUZANO DÍAZ, “El Derecho contractual europeo en el marco de la globalización”, *op. cit.*, pp. 82; SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado”, *op. cit.*, pp. 380 y 381; Katharina BOELE-WOELKI, “Principles and Private International Law- The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law. How to apply Them to International Contracts”, *Uniform Law Review*, 1996, p. 652.

encauce su decisión³⁷⁰. Por otro lado, se crearía inseguridad jurídica, ya que junto a los Principios seguirían existiendo las divergentes regulaciones nacionales. Y finalmente, ¿por qué habríamos de renunciar voluntaria e irreflexivamente a nuestro sistema jurídico a favor de uno notablemente inferior como el norteamericano?³⁷¹

B) La opción de la Comisión Europea por el “marco común de referencia” y el “nuevo instrumento facultativo”: hacia el *restatement* europeo

Una vez expuestas las dos vías básicas propuestas para alcanzar la unificación del derecho privado europeo, la siguiente pregunta se hace necesaria: ¿qué modelo acabará imponiéndose? La respuesta precisa de dotes de agoreros de los que confesamos carecer, pero sí que puede decirse que, al menos de momento, la opción menos agresiva, esto es, la de la formación de un *soft law* desde abajo, es la que se está imponiendo en el seno de las instituciones comunitarias.

Para empezar, un signo inequívoco de tal tendencia lo podemos encontrar en la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 [párr. 14 i) y j)] que, frente a sus resoluciones de 1989 y 1994 en las que se refería expresamente a la creación de un Código, opta ahora por hablar de “corpus de reglas” (“body of rules”) o “principios”, evitando así la referencia expresa a la codificación como técnica de unificación legislativa. Por otro lado, no debe olvidarse que la Opción II de la Comunicación de la Comisión de 11 de

³⁷⁰ “Dios nos libre de los principios, pues la seguridad jurídica desaparecería, 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. Sólo las normas, es decir un *cuervo* de normas, son capaces de impedir, eficazmente, la arbitrariedad judicial”, *Vid.*, DE LOS MOZOS, “El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *op. cit.*, p. .

³⁷¹ “Lo que no podemos aceptar, irreflexivamente, es un sistema de principios que rijan todo el Derecho de obligaciones y contratos que sería como ir cantando a coro, hacia el suicidio de nuestro sistema jurídico, tal y como entraban Daniel y sus compañeros en el horno ardiente de Babilonia, para aceptar, sin más, pues los milagros no se presumen, en un sistema jurídico notoriamente inferior al nuestro, desde muy distintos puntos de vista. Lo que sería un síntoma más del desmoronamiento de valores que se está produciendo en la postmodernidad”. *Vid.*, DE LOS MOZOS, “El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *op. cit.*, p. .

julio de 2001, consistente en la redacción de unos principios comunes no vinculantes a todas las legislaciones (*soft-law*), tuvo una amplia acogida entre las numerosas respuestas enviadas, junto a la Opción III (simplificación y mejora técnica del derecho comunitario). Finalmente, en el Plan de Acción previsto por la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 12 de febrero de 2003 se hace referencia a la necesidad de, para superar las incoherencias y contradicciones del *acquis communautaire*, crear un “marco común de referencia” que establezca los principios comunes de derecho contractual europeo así como una terminología general y compartida³⁷². Además, se propugna (o al menos se apunta) la creación de un *nuevo instrumento facultativo*, esto es, de una serie de reglas generales (no sectoriales) aplicables a los contratos transfronterizos en sustitución de las reglas locales (combinación de las Opciones II y III).

Así pues, es evidente que la intención de la Comisión de revisar el acervo comunitario, eliminando contradicciones y simplificando la legislación existente, para crear unos principios comunes de derecho contractual europeo, se parece mucho a la construcción de un *Restatement on Contracts*. No obstante, puesto que la misión del marco común de referencia no es sólo la de recopilar y aclarar las normas existentes (carácter básico de un *Restatement*)³⁷³, sino que incluye la de colmar las lagunas y modernizar las reglas jurídicas existentes, para ser más precisos habría que decir que desde el centro de la política comunitario se impulsa la idea del *soft law*³⁷⁴. En definitiva, se trata de crear un derecho formado por principios y reglas comunes que sirvan en un principio para mejorar el *acquis communautaire* e inspirar las futuras disposiciones que en el derecho comunitario privado se dicten, para,

³⁷² Curiosamente, se recoge la posibilidad de codificar los instrumentos de la legislación comunitaria existentes, y se establece que “codificar significa adoptar un nuevo instrumento jurídico que reúne en un solo texto, sin cambios relativos al fondo, un acto antiguo y sus posteriores modificaciones; el nuevo instrumento sustituye al anterior y lo deroga”. Además, se señala que el 20 de diciembre de 1994 se concluyó un acuerdo interinstitucional sobre codificación (párrafo 77, nota a pie página 56).

³⁷³ *Vid., supra*, ROSSETT, *op. cit.*, p. 689.

³⁷⁴ Por lo demás, como ya dijimos anteriormente, esta vía es la también propugnada por la respuesta conjunta LANDO/VON BAR. *Vid., supra*.

más adelante, ser la base sobre la que se construya un instrumento jurídico general de carácter facultativo en materia contractual.

3.5. El ámbito objetivo de la unificación

3.5.1. Derecho de las obligaciones y contratos

A) El protagonismo de la unificación del derecho de obligaciones y contratos en los trabajos académicos

Desde el punto de vista del ámbito objetivo o sustantivo de la unificación, los esfuerzos académicos y doctrinales se han dirigido específicamente hacia el sector conocido como derecho de obligaciones y contratos. Y debe reconocerse que *a priori* tal decisión resulta razonable, ya que si la finalidad de toda la tarea unificadora es la de coadyuvar al fortalecimiento de un mercado realmente libre y basado en la competencia perfecta, es evidente que la unificación del sector de los contratos y obligaciones es la que mejor puede contribuir a la consecución de este objetivo. Por otro lado, también está claro que los llamados “costes de información” los sufren los pequeños y medianos empresarios en sus transacciones supranacionales, por lo que la armonización de la materia contractual eliminaría de raíz el problema de tales costes. Y en tercer lugar, en este ámbito concurre una doble condición que le hace ser especialmente permeable a los impulsos unificadores: las diferencias en el sector de los contratos no son insalvables en el seno de los distintos ordenamientos jurídicos y, además, las necesidades de modernización se hacen acuciantes habida cuenta de los escasos cambios experimentados en el seno de las legislaciones nacionales. En definitiva, todas las razones apuntan a que la unificación debe limitarse en un principio a la materia contractual

propriadamente dicha (*Kleina Lösung*)³⁷⁵. No en vano, es en este ámbito donde han aparecido los primeros resultados obtenidos en los trabajos de unificación del derecho privado europeo.

Efectivamente, por un lado el Grupo de Pavía ha elaborado un “Anteproyecto de Código Europeo de contratos”³⁷⁶, estructurado en una serie de capítulos cuyo contenido es el siguiente: I. Disposiciones preliminares. II. Formación del contrato. III. Contenido del contrato. IV. Forma del contrato. V. Interpretación del contrato. VI. Efectos del contrato. VII. 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) remedios³⁷⁷. Por su parte, los Principios incluyen en sus tres partes disposiciones relativas a numerosos aspectos del derecho contractual y de obligaciones, que tendremos la oportunidad de repasar someramente en el siguiente apartado..

B) Breve consideración de las opciones técnicas más importantes

i) La desaparición del “Derecho de obligaciones”

Posiblemente, lo primero que hay que destacar es que la clásica *divissio* entre Derecho de obligaciones y Derecho de contratos ha sido eliminada. De acuerdo con los esquemas dogmáticos heredados de las *Instituta justinianeae* (*obligatio* y *contractus*) y de la obra de GAYO, el contrato no es más que una de las fuentes de las obligaciones, junto a la ley, los cuasicontratos y la responsabilidad civil extracontractual o delictual (art. 1089 CC). Ahora bien, el Derecho de obligaciones, que se introdujo en la tradición de los códigos

³⁷⁵ Jan SMITS, “A European private law as a mixed legal system”, *Maastricht Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 335 y ss.; Reiner SCHULZE, “A century of the *Bürgerliches Gesetzbuch*: German legal uniformity and European private law”, *Columbia Journal of European Law*, 1999, p. 467.

³⁷⁶ *Vid.*, P. G. GAGGERO, «Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del grupo di lavoro pavese» (1997), *Rivista di Diritto Civile* 113 y ss.; Giuseppe GANDOLFI, «Il progetto "pavese" di codice europeo dei contratti» (2001), *Rivista di Diritto Civile* 455 y ss.; Hans Jürgen SONNENBERGER, «Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler -- ein Meilenstein» (2001), *Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht (RIW)* 409 y ss.; Fritz STURM, «Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs» (2001), *JZ* 1097 y ss.

³⁷⁷ *Vid.*, *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, op. cit.*, pp. 713-804.

europ³⁷⁸ a través de POTHIER³⁷⁹ y SAVIGNY³⁸⁰, es desconocido como tal en el modelo del *common law*, que no realiza ninguna distinción entre la parte general de las obligaciones y la teoría del contrato. Probablemente, ha sido la necesidad de aproximación o de acercamiento entre el *civil law* y el *common law* la que ha provocado que tanto en los PECL como en el ACEC se haya prescindido de la tradición dogmática continental³⁸¹, lo que no impide que se traten numerosas materias que nosotros encuadraríamos en la parte general del derecho de obligaciones, como el pago y sus subrogados, el incumplimiento y sus remedios, la pluralidad de partes en las obligaciones³⁸², etc.

¿Es acertada o desacertada la opción de eliminar –sólo formalmente- al Derecho de obligaciones? En nuestra opinión sí, al menos por dos razones. Primero, porque toda unificación jurídica es un proceso de complejas -e incluso a veces penosas- transacciones y cesiones que, con la finalidad de alcanzar un texto común y compartido, puede desembocar en el abandono de instituciones que llevan una significativa impronta nacional. En este sentido, parece lógico pensar que la introducción de una categoría dogmática como el “derecho de obligaciones” habría producido una reacción negativa por parte del Reino Unido que podría haber paralizado *ab initio* la tarea emprendida. Además, debe reconocerse que la parte del Derecho de las obligaciones siempre ha sido considerada como especialmente problemática, confusa y poco precisa, ya que aunque sus normas se aplican teóricamente a todo tipo de obligaciones, lo cierto es que, con algunas excepciones (el “pago” y sus subrogados), la

³⁷⁸ Se introdujo en el *Code civil*, en el *Codice civile* y en nuestro Código civil, entre otros muchos. No obstante, la cuestión del BGB es distinta, ya que parte de la categoría general del negocio jurídico, y dedica sólo un capítulo a la regulación de los contratos. En cuanto al Derecho de obligaciones, contempla una regulación extensa antes de las llamadas relaciones obligatorias en particular.

³⁷⁹ *Traité des obligations*.

³⁸⁰ *Obligationen recht*.

³⁸¹ Con relación al Anteproyecto de Código de contratos del Grupo de Pavía, se optó por prescindir de la creación de una parte general del Derecho de obligaciones por el sentido lato y casi inexistente del término “obligaciones” en el *common law*, *Vid.*, DE LOS MOZOS, “El anteproyecto de Código europeo de contratos...”, *op. cit.*,

³⁸² *Vid.*, un análisis detallado de estas cuestiones, en Adolfo DI MAJO, “Il contratto e l’obbligazione nei Principi”, *Europa e diritto privato*, 2002/4, pp. 883 a 895.

mayoría de las reglas están pensadas para el contrato³⁸³. Por todo ello, entendemos que la idea de integrar las normas del derecho de obligaciones en el derecho contractual no tiene por qué generar ningún problema, sino todo lo contrario, al contribuir a aclarar las difíciles relaciones entre esas dos partes del Derecho civil. Incluso, el Presidente de la Comisión General de Codificación, D. Luis DÍEZ-PICAZO, con relación a las discusiones emprendidas por la Sección de Derecho civil en torno al artículo 1088 CC, ha señalado que, al menos por *elegantia iuris* o estética jurídica, “me hubiera inclinado por una solución moderna o inglesa”³⁸⁴.

ii) La desaparición de la distinción entre contratos civiles y mercantiles

Ni en los PECL ni en el ACEC puede encontrarse rastro alguno de la distinción entre contratos civiles y mercantiles, al contrario que en los Principios UNIDROIT, en cuyo preámbulo se establece que sus reglas serán aplicables “a los contratos mercantiles internacionales”. No obstante, en el comentario al Preámbulo se aclara que lo único que se pretende con tal expresión es excluir de su ámbito de aplicación a los negocios llevados a cabo por consumidores, en tanto que éstos se encuentran generalmente sometidos a leyes especiales que establecen principios de orden público con la intención de proteger a la parte más débil³⁸⁵.

³⁸³ El Código Civil francés delimita con mayor claridad las relaciones entre el derecho de obligaciones y el contractual. Efectivamente, tras regular con carácter general las obligaciones, dedica un capítulo a las obligaciones que se contraen en virtud de convención, y otro a las obligaciones que sin convención.

³⁸⁴ Vid., Luis DÍEZ-PICAZO, *Reforma de los Códigos y Derecho Europeo*, en *Jornades de Dret Català a Tossa. Segona Ponència. La reforma dels Codis civils en un context d'aproximació europea*, <http://civil.udg.es/tossa/2002>, p. 4.

³⁸⁵ Así pues, la calificación de un contrato como mercantil es independiente del posible *status* de comerciante (*commercants; Kaufleute*) o de la calificación del acto como de comercio (*actes de commerce; handelsgeschäfte*). De hecho, FONTAINE, en un artículo publicado con anterioridad a la redacción definitiva de los Principios, aclaraba que la mera referencia a la figura del contrato comercial internacional podía provocar problemas y dar lugar al viejo debate de las distinciones entre actos civiles y comerciales, por todo lo cual acababa proponiendo que se excluyeran de forma genérica las operaciones concluidas a nivel de consumidor final, FONTAINE, “Les Principes pour les Contrats Commerciaux élaborés par UNIDROIT”, *Revue de Droit International et de Droit Comparée*, 1991, pp. 31 y 32.

En mi opinión, la opción de regular unitariamente a la categoría del contrato debería ser aplaudida y bien recibida por la comunidad de los operadores jurídicos. Ante todo, hay que empezar por destacar que la distinción entre contratos de carácter civil y mercantil es desconocida tanto en el *common law*³⁸⁶ como en ciertos Estados europeos donde se ha impuesto un sistema legal monista o unificado, como Italia, Holanda y Suiza³⁸⁷. Además, la delimitación de las áreas de cada una de las categorías en las legislaciones dualistas resulta muy confusa y dispar, ya que se han creado criterios o parámetros técnicos diferentes (subjetivos y objetivos)³⁸⁸, que pueden dar lugar a que un mismo contrato sea calificado como civil o mercantil en función del criterio empleado por la jurisdicción competente. Finalmente, el argumento más poderoso reside en que la división es casi unánimemente considerada como artificiosa, contraproducente y generadora de graves problemas teóricos y prácticos que enturbian considerablemente la situación jurídica. Además, el régimen contractual es sin lugar a dudas el más propicio a la unificación, ya las diferencias entre las soluciones legales que aportan el Código Civil y el de Comercio son más bien escasas. Tal y como indica BELTRÁN SÁNCHEZ, si se observa con detenimiento el régimen de los contratos con una doble regulación extensa, se comprueba fácilmente que “no sólo no hay obstáculos para la unificación, sino que la mayoría de las normas se inspiran en criterios similares, de modo que alcanzan soluciones parecidas”³⁸⁹.

³⁸⁶ En el *common law*, la unificación del derecho privado de las obligaciones y contratos se produjo a través de un proceso de unificación de las jurisdicciones civiles y comerciales en una única corte o tribunal de *common law*, acontecimiento que tuvo lugar a finales del siglo XVII, Francesco GALGANO, “Diritto civile e diritto commerciale”, en GALGANO/FERRARI, op. cit., pp. 39 y 40.

³⁸⁷ Una exposición breve y clara sobre los ordenamientos de derecho privado unificados puede encontrarse en, Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, pp. 101 a 108.

³⁸⁸ Así, mientras en Alemania es la condición de comerciante (*Kaufmann*) la que determina la aplicación del Código de Comercio, en otros países, como España, se ha impuesto, por influencia francesa, el criterio que prescinde de la profesión del sujeto contratante y pasa a tener en cuenta únicamente la intención de dicho sujeto (el elemento intencional o ánimo de lucrarse con la reventa), sustituyéndose, tal y como indica GARRIGUES, el concepto de “compra profesional” por el concepto de “compra de especulación”, Joaquín GARRIGUES, “Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1960, p. 259.

³⁸⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, op. cit., p. 88.

iii) ¿Hacia un derecho de los contratos *sine causa*?

La tormentosa figura de la causa es reconocida de una forma u otra en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, incluyendo al sistema del *common law*, que contempla una institución de contornos difusos denominada *consideration*. Sin embargo, todos los textos uniformes generados hasta el momento han optado sin excepción por excluir a la causa como requisito del contrato. Efectivamente, en primer lugar, los Principios de UNIDROIT establecen que los contratos se concluyen “por el mero acuerdo de las partes” (art. 3.2º), aclarándose en el Comentario que a efectos de perfeccionar, modificar o extinguir válidamente un contrato es innecesaria tanto la *consideration* como la causa, a la que por cierto considera que, a efectos prácticos, funciona de forma muy similar a aquella³⁹⁰. Por otro lado, los PECL declaran que un contrato se concluye si las partes tienen la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y existe un acuerdo suficiente, “sin ningún otro requisito” (art. 2.101), estableciéndose en la nota de derecho comparado nº. 3 que eso significa que no hace falta “ni *consideration* ni causa”³⁹¹. Finalmente, el artículo 5.3º ACEC determina que los elementos esenciales del contrato son el acuerdo de las partes y el contenido³⁹², guardando silencio absoluto con relación a la causa³⁹³. A la vista de estos datos, no extraña en absoluto que Carlo CASTRONOVO hable de la “muerte presunta” de la causa y la *consideration*³⁹⁴.

³⁹⁰ Además, en el Comentario se afirma que el artículo 29(1) CISG libera del requisito de la *consideration* a la modificación o extinción del contrato por su escasa importancia en el tráfico, ya que las obligaciones casi siempre son concluidas por ambas partes.

³⁹¹ No obstante, se ha dicho que, a pesar de este último inciso, “non si può affatto escludere che l'accordo sufficiente debba riguardare anche la causa”, Raffaele RISCHIO, “I Principi di diritto europeo e la causa del contratto”, *Europa e diritto privato*, 2003-2, p. 259.

³⁹² Curiosamente, en el Grupo de Pavía los británicos siempre han estado dispuestos a abandonar el requisito de la causa, tal y como hizo el Proyecto Mc Gregor. *Vid.*, José Luis DE LOS MOZOS, “La regulación del contrato y el problema de la causa”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, nº 41, p. 208.

³⁹³ “...no había más remedio que prescindir de la *causa*, a lo que se llegó con toda naturalidad, sin que nadie derramara una sola lágrima”, DE LOS MOZOS, “El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *op. cit.*, p. 13.

³⁹⁴ Carlo CASTRONOVO, “Prefazione dell'edizione italiana”, en *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. XXVII; igualmente, Umberto BRACCIA, “Morte e resurrezione della causa: la tutela”, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 241 y ss; en sentido favorable a la elección de prescindir de la causa, G. BROGGINI, “Causa e

La razón principal de tal exclusión reside en las grandes diferencias que separan a los ordenamientos jurídicos en el tratamiento de la categoría de la causa. Efectivamente, por un lado, los códigos civiles de procedencia latina, como el de España (art. 1261.3º), Italia (art. 1325) y Francia (art. 1108), reconocen directamente a la causa como requisito esencial del contrato, mientras que los códigos de influencia germánica, como el holandés (art. 6.4.3.1. NNBW), el portugués (art. 473)³⁹⁵, el suizo (art. 62)³⁹⁶ y, claro está, el BGB (§ 812.2º)³⁹⁷, lo hacen de forma indirecta, al reconocer implícitamente la causa de la atribución patrimonial con relación a la acción de enriquecimiento injusto, Y, por otro lado, en el *common law* nos encontramos con la *consideration*, que, en cuanto aquello que se da o acepta a cambio de una promesa, aparece como fundamento del carácter vinculante de dicha promesa en un *simple contract* (no formal o *under seal*)³⁹⁸.

Pero las diferencias no quedan zanjadas en el plano legislativo, más bien al contrario, ya que la doctrina, acusadamente confusa, problemática y siempre dispuesta a predicar aquello que ni siquiera los textos legales recogen, ha sometido a la causa a tantas teorías e interpretaciones que resulta tremendamente difícil llegar a formular una definición unívoca con cierta vocación de uniformidad de la misma. Empezando por lo más elemental, habría que discernir en primer lugar si se trata, tal y como establece *expressis verbis* nuestro Código civil (art. 1261.3º), de la “causa de la obligación”³⁹⁹ a la que

contratto”, en L. VACCA, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatista*, Torino, 1997, p. 31 y ss.

³⁹⁵ Por otro lado, el Código civil portugués también contempla el objeto contrario al orden público y a las buenas costumbres (art. 280), así como el fin contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres (art. 281).

³⁹⁶ No obstante, el Código de obligaciones y contratos se refiere a la causa de la obligación en el artículo 17, con relación al reconocimiento de deuda.

³⁹⁷ La idea de causa en el BGB se reconduce igualmente a las categorías de *Zweck* (finalidad del negocio) y *Grund* (fundamento del negocio).

³⁹⁸ En la nota 3 a) al artículo 2:101 de los PECL se aclara que la *consideration* significa que una promesa, aunque sea seria y aceptada por el promisorio, no vincula si éste no da o no hace alguna cosa (*unilateral contract*) o promete dar o hacer alguna cosa (*bilateral contract*) a cambio de la promesa. Sobre la *consideration*, *vid.*, Vittorio TEDESCHI, “Contract. Agreement. Consideration. Gentleman’s agreement”, en TEDESCHI/ALPA, *Il contratto nel diritto nord-americano...op. cit.*, pp. 58 y ss.

³⁹⁹ También se refiere a la causa de la obligación el artículo 1108 del *Code Napoléon*. En nuestra opinión, la causa debe entenderse como causa de la obligación, esto es, como razón suficiente que justifica el vínculo creado entre las dos partes involucradas en una relación

hacía referencia Jean DOMAT (*causa civilis obligandi*), en cuyo caso nuestra causa se asimilaría bastante a la *consideration* anglosajona⁴⁰⁰, o de la “causa de los contratos”. Y en este segundo caso, hay que distinguir entre las tesis objetivistas, basadas en la función económico-social del contrato⁴⁰¹, las tesis subjetivistas, que identifican a la causa con el propósito común de las partes al contratos, y la teoría de la causa concreta, que, de acuerdo con DE CASTRO, aún partiendo de la causa concreta de cada contrato como fin común a las partes, otorga cierta transcendencia jurídica a las motivaciones individuales. En definitiva, la causa es una categoría compleja, ambigua y altamente problemática, incluso en el seno de los propios ordenamientos jurídicos que la reconocen como tal, por lo que puede compartirse la idea de excluirla de cualquier intento armonizador.

Ahora bien, si la causa es un elemento realmente imprescindible y piedra angular del sistema de la contratación en aquellos ordenamientos que la reconocen como requisito esencial, ¿cómo es posible que incluso los juristas provenientes de sistemas marcadamente causalistas hayan transigido sin más en una cuestión como ésta? Tal y como señala CASTRONOVO, una apuesta tan radical no habría podido nunca llevarse a cabo de no ser porque, en el seno de la misma tradición jurídica originaria, ya se había puesto en tela de juicio el carácter imprescindible tanto de la causa como de la *consideration*, hasta el punto de que ya hacía tiempo que habían dejado de considerarse como requisitos esenciales⁴⁰².

jurídico-patrimonial” (el intercambio). Tal y como indica Gino GORLA, “di ogni possibile promessa...non resta, come requisito, che il puro consenso di obbligarsi giurdicamente”, Gino GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1965, p. 63.

⁴⁰⁰ En este sentido se pronuncia el profesor Angel LÓPEZ Y LÓPEZ, que entiende que causa y *consideration* son muy parecidas siempre y cuando se conciba a la primera como causa de la obligación o razón de vincular, esto es, como requisito de validez, no de licitud, Angel LÓPEZ Y LÓPEZ, *Curso de Doctorado sobre Derecho comparado 2001-2002*. Comparte esta opinión, Giovanni B. FERRI, “L’invisibile presenza della causa del contratto”, *Europa e diritto privato*, 2002/4, p. 899; Matthias STORME, “The Binding Character of Contracts– Cause and Consideration”, en *Towards a European Civil Code...op. cit.* p. 244.

⁴⁰¹ El legislador del Código civil italiano entendió a la causa del contrato como “la función económico-social que el derecho reconoce relevante a sus fines y que justifica la tutela a la autonomía privada” (*Relazione al Codice civile* n. 613).

⁴⁰² CASTRONOVO, “Prefazione dell’edizione italiana”...*op. cit.*, p. XXV.

Efectivamente, hay que cuestionarse seriamente la utilidad real de la causa del contrato. Es sabido que la causa, gracias a la extensión dogmática llevada a cabo por la doctrina causalista, ha desarrollado su función más allá del campo originario de la determinación de las promesas vinculantes (*binding promises*), y se ha centrado en el ámbito de la ilicitud, esto es, se ha concebido a la causa como control judicial del contenido de los compromisos contractuales (ilegales o inmorales)⁴⁰³. Con lo cual, podríamos preguntarnos sobre el futuro de los contratos con causa ilícita en el ámbito comunitario, cuya nulidad se predica con claridad de nuestro artículo 1275 CC⁴⁰⁴. Pues bien, por de pronto, el artículo 1:102 (1), establece los límites de la autonomía de la voluntad al señalar que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido “siempre que se observen las exigencias de la buena fe y de la lealtad y de las reglas imperativas en estos Principios”. Además, el Capítulo decimoquinto de la tercera parte de los PECL contempla la cuestión de los contratos contrarios tanto a las normas imperativas aplicables al contrato (art. 15:102) como a los principios inderogables de los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 15:101), estableciendo con relación a éstos su ineficacia. Respecto a los contratos que violen una norma imperativa (*vid.*, art. 1:103)⁴⁰⁵, sus efectos quedan supeditados a lo previsto

⁴⁰³ *Vid.*, Guido ALPA, “Lineamenti di diritto contrattuale”, en G. ALPA, M.J. BONELL, LD. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma, 1999, p. 193.

⁴⁰⁴ Pero, por otro lado, ¿hace falta que el artículo 1275 CC diga que son nulos los contratos contrarios a las leyes imperativas? DÍEZ-PICAZO entiende que el art. 6 CC –a lo que nosotros añadimos, el art. 1255 CC, que consagra los límites de la autonomía de la voluntad-, sin ninguna modificación, da una base más que suficiente, DÍEZ-PICAZO, *Reforma de los Códigos y Derecho Europeo...op. cit.*, p. 4. De hecho, el Tribunal Supremo interpreta al artículo 1275 CC en el sentido de motivo ilícito, para no confundirlo con el límite de licitud que impone el artículo 1255 CC. (LÓPEZ Y LÓPEZ, *Curso de Doctorado sobre Derecho comparado 2001-2002*). DE LOS MOZOS también pone en entredicho la utilidad de la presencia de la causa con las siguientes palabras: “Para mí, desde el punto de vista *teórico dogmático*, la doctrina de la causa desempeñó un papel importante en el Derecho intermedio, en el paso de un sistema de *singulares tipos contractuales*, propio del Derecho romano, a un sistema en el que el contrato es reconocido como *categoría general*, pero a partir de la codificación, al aceptar el ordenamiento el reconocimiento de la *autonomía privada*, sobra por completo y resulta una verdadera redundancia, como evidencia, sobre todo, el *Codice civile* italiano”, DE LOS MOZOS, “El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

⁴⁰⁵ Este precepto establece un límite a la autonomía de la voluntad: las normas imperativas de Derecho nacional, supranacional o internacional que, de acuerdo con las normas del derecho internacional privado, tengan que aplicarse (*vid.*, art. 7 .1º y 2º Convenio de Roma). Por otro

expresamente en la misma [art. 15:102 (1)], y, en caso de silencio, se prevé un régimen flexible y favorable a la eficacia del contrato [art. 15:102 (2) y (3)]⁴⁰⁶. Con relación a los contratos inmorales o *contra bonos mores*, el artículo 4:101 señala que la invalidez derivada de la ilegalidad o la inmoralidad no es tratada en los Principios, habida cuenta, aclaran los comentarios, de que la variedad de los sistemas es muy grande, por lo que se necesitaría una mayor investigación al respecto. No obstante, se ha señalado que el concepto técnico de “causa” no es imprescindible para regular los contratos inmorales, que pueden recibir un tratamiento autónomo⁴⁰⁷.

Por otro lado, el Anteproyecto del Grupo de Pavía es claro y contundente, ya que en su artículo 2º expresa que “las partes pueden determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbre y el orden público, tal y como son fijadas en el presente Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros”. Además, el artículo 25 exige que el contenido del contrato sea lícito, definiendo en el artículo 30.1 y 2 qué se entiende por contrato lícito⁴⁰⁸. En definitiva, el Anteproyecto mantiene una concepción implícita de la causa, que no desaparece del todo, sino que ocupa el lugar que le corresponde en un sistema en que a todo contrato se le reconoce eficacia jurídica⁴⁰⁹.

lado, las partes pueden excluir, derogar o modificar los Principios “a menos que otra cosa se encuentre dispuesta en estos mismos Principios”. Así, no se puede excluir o limitar la obligación de comportarse con buena fe [art. 1:201 (2)], ni las acciones por incumplimiento cuando la exclusión o restricción sea contraria a la buena fe y a la lealtad (art. 8:109).

⁴⁰⁶ En este sentido, se afirma que la imperatividad no es concebida de forma rígida, en el sentido de superposición autoritaria a la voluntad, la cual viene incluso aprobada cuando lo toleran los requisitos establecidos en el artículo 15:102 (3). En definitiva, se ha trazado una visión más funcional que dogmática de los límites inderogables de la autonomía de la voluntad, Carlo CASTRONOVO, “Principi di diritto europeo dei contratti. Parte III. Introduzione”, *Europa e diritto privato*, p. 951; *vid.*, igualmente, Javier FAJARDO FERNÁNDEZ, “Forma, objeto y causa/consideration”, CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo...op. cit.*, p. 424.

⁴⁰⁷ DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos...op. cit.*, p. 176; FAJARDO FERNÁNDEZ, *ult. op. cit.*, p. 412.

⁴⁰⁸ FERRI entiende que tanto el capítulo dedicado al contenido del contrato (arts. 25 a 33), como la disciplina de la interpretación (arts. 39-41), hacen referencia implícita a la causa, finalidad subjetiva de las partes expresada objetivamente en el contrato, FERRI, “L’invisibile presenza della causa del contratto”, *op. cit.*, p. 909 y 910.

⁴⁰⁹ Son palabras de DE LOS MOZOS, “La regulación del contrato y el problema de la causa”, *op. cit.*, p. 208.

La causa también se vincula en nuestro ordenamiento jurídico a la figura de la simulación relativa, en cuanto expresión de una causa falsa en los contratos (art. 1276 CC). No obstante, la simulación puede ser concebida como un supuesto de discordancia entre la voluntad negocial verdadera y la declaración expresada. No en vano, los PECL abordan la cuestión de la simulación en el artículo 6:103, en sede de contenido y efectos del negocio, partiendo de un enfoque voluntarista y determinando la prevalencia del auténtico acuerdo de las partes. Y con relación a la simulación absoluta, debe recordarse que en los PECL la ausencia de voluntad impide la conclusión válida del contrato [art. 2:101 (1) a)]

Finalmente, se ha señalado que la buena fe puede ocupar con mayor sentido espacios que se disputaba la causa, como se expresa a propósito de las cláusulas implícitas, los tratos preliminares o el deber de información⁴¹⁰. En palabras de DE LOS MOZOS, da la impresión de que mientras la causa se desvanece, la buena fe se afirma⁴¹¹.

Con relación a la omisión de la *consideration*, podríamos preguntarnos qué ocurre con el problema de la falta de obligatoriedad de las promesas gratuitas e informales (sin *deed*) en las que no se ha previsto un intercambio (sin *valuable consideration*) así como de las promesas respecto a un acto ya ejecutado (*past consideration*). Esta doctrina, que no obstante ha sido objeto de moderación y revisión por los tribunales del *common law*, es desconocida en el sistema del *civil law*, que, con relación a la donación, exige la existencia de una forma o la entrega inmediata de la prometido (*vid.*, arts. 632 y 633 CC), y, por

⁴¹⁰ José Luis DE LOS MOZOS, "El Anteproyecto de Código europeo de Contratos", en José GARCÍA COLLANTES (Dir.), *La unificación jurídica europea*, Semanario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, Civitas, Madrid, 1999, p. 263. FERRI también se refiere a la "invisible presencia de la causa" en los PECL, que él ubica fundamentalmente tras la expresión "naturaleza y fin del contrato" (*nature and purpose*) [arts. 1:302, 4:102 c), 6:102, b), 5: 105], así como en los criterios de "razonabilidad" (art. 1:105, 2:102, 2:106 n. 2, 5:101 n. 3, 6:111 let b)], "suficiencia" [2:1010 let. b), 2:103 let. a)], y "buena fe y lealtad" [1:201 y 5:102, let g)]. Según el autor, todas estos artículos hacen referencia al elemento de la causa como función económico-individual del contrato, que concibe al contrato como regla privada objetivada que porta la finalidad subjetiva de los contratantes, FERRI, "L'invisibile presenza della causa del contratto", *op. cit.*, pp. 904 a 906. Con relación al concepto de causa función económico-individual, *vid.*, Giovanni B. FERRI *Il negozio giuridico*, Padova, 2001).

⁴¹¹ DE LOS MOZOS, "La regulación del contrato y el problema de la causa", *op. cit.*, p. 212; J.L. DE LOS MOZOS, "La exigencia de la buena fe en el tráfico negocial moderno", en *Librohomenaje al Profesor A.A. Alterini*, Buenos Aires, 1997, pp. 879 y ss.

ello, la Comisión de Derecho contractual ha optado por seguir la norma continental [art. 2:101 1) y 2:107]. Tal y como indica LANDO, en el mundo de los negocios hay promesas, como las de pagar un servicio ya realizado, que deberían obligar, y otro tanto ocurre con la promesa que consiste en hacer un regalo o donación⁴¹².

iv) La unificación del régimen del incumplimiento y sus remedios

C) Las líneas básicas del régimen de los PECL: la penetración silenciosa del *common law*

Para concluir este epígrafe, nos detendremos brevemente en el régimen jurídico de los PECL, ya que, habida cuenta de su creciente importancia y de la preferencia de que goza entre los círculos políticos europeos, es fácilmente previsible que, más pronto que tarde, acaben influyendo de una forma u otra en la configuración de nuestra legislación e incluso en la formación del parecer de nuestros jueces y tribunales, por no decir, esto a más largo plazo, en la formulación de un futuro Código contractual europeo. En este sentido, es digno de señalar el hecho de que en su relativamente corta vida los Principios, aún siendo únicamente *soft law*, han sido capaces de influir nada más y nada menos que en la propia reforma del derecho de obligaciones alemán. Así, la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones, que entró en vigor el 1 de enero de 2001, ha tenido en cuenta las soluciones que los Principios ofrecen en materias muy diversas, como la prescripción (plazo general de tres años § 195 BGB) o la imposibilidad de la prestación⁴¹³. En nuestro país, la Comisión General de Codificación cuenta con un borrador de anteproyecto de reforma del Código civil en materia de compraventa, elaborado por los Profesores Alberto RODRIGO BERCOVITZ y Antonio Manuel MORALES MORENO, que propone una extensa revisión del régimen de la compraventa para adaptarla a las líneas maestras tanto de la CISG como de los PECL.

⁴¹² Ole LANDO, "El derecho contractual europeo en el tercer milenio", 2000, nº 116, *Derecho de los negocios*, p. 10.

⁴¹³ *Vid.*, Francisco José INFANTE RUIZ, "Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002-1, nº. 8, pp. 157 y 171.

Los PECL parten de una serie de principios básicos, como la libertad contractual, dentro de los límites establecidos por la buena fe, la lealtad y el derecho imperativo [art. 1:102 a)]; el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe y la lealtad [art. 1:201], así como de cooperar con la otra parte para conseguir la plena efectividad del contrato [art. 1:202]; y, finalmente, el concepto de razonabilidad o carácter razonable, que se asimila a la buena fe [art. 1:302], y que aparece como un parámetro de las conductas adecuadas en numerosos preceptos [arts. 1:105, 2:102, 2:106 2), 5:101 3), 6:111 b)].

Con relación a la formación del contrato, basta con que exista voluntad de quedar vinculado [determinada por las “declaraciones”, art. 2:102] y un acuerdo suficiente [2:103], y no son nombrados como requisitos esenciales ni la causa ni el objeto [art. 2:101]⁴¹⁴. Las promesas unilaterales son vinculantes aun sin aceptación, siempre y cuando se realicen con la voluntad de quedar legalmente obligado [art. 2:107]⁴¹⁵. El régimen de la oferta y de la aceptación, siguiendo la estela de la CISG, es muy detallado, riguroso y moderno, y en él se tratan cuestiones como el momento exacto de la conclusión del contrato [art. 2.205], el plazo de aceptación [art. 2.206], la aceptación tardía [art. 2.207] y la responsabilidad precontractual por las pérdidas causadas en el caso de que una de las partes hubiera actuado de forma contraria a la buena fe y a la lealtad. Además, en figuras como la contraoferta [la regla del espejo, art. 2.208 1)] o la batalla de los formularios [2:209] late la intención manifiesta de favorecer la contratación y los intercambios comerciales.

Dentro de la compleja cuestión de la validez e invalidez de los contratos, es destacable que no son causa de nulidad los supuestos de imposibilidad originaria (el objeto no es requisito esencial del contrato, y su ausencia se

⁴¹⁴ Tampoco se incluye como requisito del contrato la entrega de la cosa (contratos reales, *bailments*). Al contrario, el ACEC de Pavía se refiere en su artículo 34.2 a los contratos reales, que “se concluyen a través de la entrega efectiva de la cosa que tengan por objeto”.

⁴¹⁵ En nuestro ordenamiento jurídico siempre se ha discutido si la declaración unilateral puede o no ser considerada como fuente de las obligaciones, habiendo mantenido la jurisprudencia una posición más bien contraria al exigir la aceptación, aunque sea tácita (SSTS de 3 febrero 1973 y 6 marzo 1976). CASTRONOVO considera que el hecho de que una promesa unilateral sea vinculante por sí misma es una novedad de tal calado que pone de manifiesto que los Principios son algo más que un mero *Restatement*, y cumplen una función codificante, de fuente del Derecho, CASTRONOVO, “Prefazione dell’edizione italiana”...*op. cit.*, p. XXX. Debe recordarse que el autor, como vimos anteriormente, cree, al contrario que BONELL, que los Principios puede ser el embrión de un Código.

reconduce a un supuesto de incumplimiento)⁴¹⁶ y falta de legitimación (art. 4:102). Por otro lado, el principio de la autorresponsabilidad del que lleva a cabo una declaración de voluntad se refleja en la extremadamente restringida concepción del error como vicio de la voluntad [art. 4:103], y el principio de la conservación del contrato se refleja en la posible adaptación del mismo como alternativa a su impugnación en los supuestos de error jurídicamente relevante [art. 4:105]. La información incorrecta que no sea constitutiva de error puede generar no obstante un derecho de indemnización [art. 4:106]. Especialmente llamativo es el precepto dedicado a la impugnación de los contratos injustos o inicuos [art. 4:109], redactado bajo el influjo anglosajón de la doctrina de la “influencia indebida” y de los “convenios desproporcionados o leoninos”. Finalmente, se definen las cláusulas abusivas no negociadas individualmente [art. 4:110] y se establece el régimen general de la anulabilidad, como su notificación [art. 4:112], efectos [4: 113] y confirmación [4: 114]. Igualmente, es destacable el hecho de que el artículo 4:117 reconozca el derecho a ejercitar una acción de responsabilidad precontractual en solicitud de la indemnización del interés negativo (*culpa in contrahendo*) junto a la acción de anulación, considerándose procedente incluso en aquellos casos en que no se ha impugnado el contrato o no se ha podido hacer por haber notificado la anulación fuera de plazo [art. 4:113] o por haberlo confirmado [4: 114].

En el capítulo VI, bajo la rúbrica de “contenido y efectos”, se regulan numerosas figuras de carácter muy heterogéneo. Por un lado, dentro de lo que denominaríamos como “integración del contrato”, se hace referencia a una figura clásica del *common law*, las “cláusulas implícitas”, destinadas a integrar el contrato mediante la intención de los contratantes, la naturaleza y fines del contrato y la buena fe y la lealtad [art. 6:102]; además, se toman en consideración las declaraciones unilaterales como generadoras de obligaciones contractuales, especialmente si se trata de profesionales [art. 6:101]. Por otro lado, se hace referencia a la simulación, estableciendo la prevalencia del verdadero acuerdo, lo que implica que en un principio no es causa de invalidez del contrato [art. 6:103], salvo en los supuestos de simulación absoluta.

⁴¹⁶ Sin embargo el ACEC de Pavía ha recogido en su artículo 27 el requisito de la posibilidad del contenido por ausencia de obstáculos de carácter material o jurídico.

También se regula la cuestión de la determinación del precio, siguiendo la solución de los artículos 14 y 55 CISG [arts. 6:104 a 6:107], el contrato a favor de tercero (figura desconocida en el derecho inglés, en función del principio de la *privaty of contract*, hasta 1998 con la aprobación del *Contracts (Right of third Parties) Bill*), centrado en el hecho de que el tercero tenga derecho a reclamar el cumplimiento de la prestación del promitente [6:110]. Finalmente, se regula la cuestión de la modificación sobrevenida de las circunstancias en los contratos (*rebus sic stantibus*), ausente de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico, y prevé que en caso de excesiva onerosidad sobrevenida puedan plantearse negociaciones para adaptar el contrato o poner fin al mismo [art. 6:111].

En el Capítulo VII se regulan numerosos aspectos relativos al cumplimiento de las obligaciones, como el lugar, tiempo, el cumplimiento anticipado, el cumplimiento de las obligaciones alternativas, el cumplimiento por tercero, el pago de deudas pecuniarias, la imputación de pagos, la *mora creditoris* y los gastos derivados del cumplimiento. Tal y como indica DI MAJO, los artículos 7:101 a 7:112 recogen lo que en la tradición del *civil law* se conoce como régimen completo del cumplimiento destinado a aplicarse como derecho supletorio⁴¹⁷.

Los capítulos XIII y IX se refieren conjuntamente al incumplimiento y, recurriendo a una terminología propia del *common law*, a los “remedios” derivados del mismo. Los PECL construyen un sistema en el que una vez determinado de forma unitaria el concepto de incumplimiento [art. 1:301 (4)]⁴¹⁸, se recogen una serie de remedios unificados de responsabilidad contractual (siguiendo muy de cerca el modelo de la CISG), que, en cuanto sistema, aparece concebido en términos más objetivos que culpabilistas⁴¹⁹. Así pues, establece el artículo 8:101 que cuando una parte incumpla una obligación

⁴¹⁷ DI MAJO, “Il contratto e l’obbligazione nei Principi”...*op. cit.*, p. 887.

⁴¹⁸ El concepto de incumplimiento incluye los supuestos de evicción y de vicios ocultos (“siempre que una parte incumpla una obligación derivada del contrato”, dice el art. 8:101). Además, los remedios disponibles incluyen a la reparación y la sustitución dentro del concepto de “derecho al cumplimiento...incluyendo en ello la corrección de cualquier ejecución defectuosa [9:102 (1)].

⁴¹⁹ *Vid.*, DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos...op. cit.*, pp. 317 y 318.

derivada del contrato y dicho incumplimiento no queda exonerado ex art. 8:108 (impedimento imprevisible), la parte perjudicada puede recurrir a una serie de remedios que pueden acumularse en tanto sean compatibles [art. 8:102, 9:103]:

a) El cumplimiento específico (“derecho al cumplimiento”), siempre que la pretensión se ejercite tempestivamente [9:102 (3)], de las obligaciones tanto dinerarias [art. 9:101] como no dinerarias, aunque con relación a estas últimas, posiblemente por la necesidad de alcanzar una solución de compromiso entre la tradición del *Civil law* y el *Common Law*⁴²⁰, se establecen una serie de límites que restringen notablemente su empleo, como la imposibilidad, el esfuerzo o gasto no razonable, el hecho de que se trate de una obligación de hacer de carácter personal, o que el acreedor pueda obtener satisfacción de otra fuente [art. 9:102].

b) Suspensión del cumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) hasta que la otra parte cumpla o realice una oferta de cumplimiento [art. 9:201].

c) La resolución del contrato, que, en aras del respeto al principio general de conservación del contrato, únicamente procede en dos supuestos: en primer lugar, el artículo 9:301, al igual que la CISG (art. 25), supedita la resolución contractual al incumplimiento esencial, que define en el artículo 8:103, o al incumplimiento esencial previsible [arts. 9:304 y 8:105, en términos similares a los del art. 72 CISG]; por otro lado, procede la resolución en caso de retraso siempre y cuando el acreedor ofrezca al deudor un plazo suplementario de cumplimiento [ex artículos 8:106 (3) y 9:301(2)]. También se reconoce la resolución parcial cuando el contrato sea fraccionable en partes [art. 9:302]. Además, la resolución no tiene por qué ejercitarse judicialmente (art. 1124 III CC), sino que se ejercita extrajudicialmente, “mediante notificación a la otra parte” [art. 9:303 (1)], que en cualquier caso debe ser tempestiva [art. 9:303 (2)].

⁴²⁰ Este remedio, basado en la satisfacción del interés subjetivo del deudor, resulta extraño al derecho angloamericano, que únicamente reconoce la procedencia de la *specific performance* en supuestos tasados (carácter específico o singular de los bienes).

d) Al igual que la CISG (art. 50), los PECL contemplan la reducción del precio (*actio quanti minoris*), que puede solicitar la parte que acepta una oferta de cumplimiento no conforme al contrato [art. 9:401 (1)].

e) Finalmente, se prevé un régimen muy desarrollado de indemnización de los daños y perjuicios, que, partiendo del principio de la indemnización integral [9:502] con el límite expreso de la previsibilidad [art. 9:503 y 74 CISG], incluye al perjuicio no pecuniario (daños morales) y al futuro [art. 9:501 (2)]. El derecho a la indemnización surge con el incumplimiento (sin necesidad de culpa), siempre y cuando se haya producido el daño⁴²¹. Además, el artículo 9:505 recoge la figura del *common law* conocida como *duty to mitigate*, esto es, deber del acreedor de mitigar el daño (*vid.*, art. 77 CISG), en cuanto la parte incumplidora no es responsable de los daños en la medida en que la parte insatisfecha los hubiera podido reducir tomando medidas razonables.

La Tercera Parte de los Principios es probablemente la más heterogénea de todas, ya que en ella se contemplan materias muy variadas y pertenecientes a distintas unidades dogmáticas del Derecho patrimonial privado, como el Derecho de los contratos, el Derecho de obligaciones o la disciplina de la prescripción.

El Capítulo X se ocupa del complejo fenómeno de la pluralidad de sujetos, y reconoce que tanto la pluralidad pasiva como la activa se pueden organizar de forma solidaria, parciaria y mancomunada [arts. 10:101 y 10:201]. Además, se presume la solidaridad pasiva cuando varios deudores se obligan a realizar una sola e idéntica prestación en virtud de un mismo contrato, salvo que el contrato o la ley prevean otra cosa [art. 10:102 (1)]. También son solidarias las obligaciones nacidas de la concurrencia de varios responsables al mismo daño [art. 10:102 (2)]. En el artículo 10:104 se establece que en caso de incumplimiento de una obligación mancomunada ésta pasa a convertirse en solidaria a efectos indemnizatorios. Y, con relación a la mancomunidad activa, en el caso de que uno de los acreedores de la prestación mancomunada la

⁴²¹ En las notas de Derecho comparado se señala que es una característica común de los sistemas de la UE que la indemnización es concedida "tan sólo y en la medida en que el acreedor ha sufrido un daño". Por lo tanto, no parece que se adopte la teoría de que el mero incumplimiento por sí solo determinante de daños, *Vid.*, DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos...op. cit.*, pp. 370 y 371.

rechace, el deudor se liberará mediante el depósito del bien [art. 7:110] o la entrega de la suma de dinero [art. 7:111] a un tercero [10:203].

El Capítulo XI regula de una forma muy detallada la figura de la cesión de los créditos que se derivan de un contrato presente, de los créditos futuros e incluso de los créditos derivados de un futuro contrato [arts. 11:101 y 11:102]. La cesión de créditos, que puede ser parcial siempre y cuando sean divisibles [art. 11:103], no exige forma alguna [art. 11:104].

El Capítulo XIII regula la novación subjetiva del deudor o asunción de deuda [art. 12:101] y la cesión del contrato [art. 12:102], desconocida hasta el momento por nuestro legislador⁴²².

El Capítulo XIII contempla la compensación como modo de extinción de la obligación [art. 13:106], realizable mediante una simple comunicación a la otra parte [art. 13:104], siempre y cuando la parte que oponga la compensación esté obligada frente a la otra, sea titular de un crédito opuesto cierto y líquido (13:101 y 13:102), y no se den los supuestos en que la compensación no procede [por ejemplo, crédito derivado de un hecho ilícito doloso, art. 13:107].

El Capítulo XIV figura bajo la rúbrica de “Prescripción”, cuyos efectos se regulan en los artículos 14:501 a 14:503. Se establece un término general de prescripción de tres años [art. 14:201]⁴²³, aplicable tanto a las obligaciones contractuales como extracontractuales, el cual puede no obstante ser ampliado hasta los diez años si los derechos han sido declarados en sentencia o laudo arbitral [art. 14:202]. El plazo comienza a correr desde el momento en que el deudor debe ejecutar su prestación [art. 14:203 (1)]. Con relación a las vicisitudes que pueden afectar al plazo de prescripción, los PECL contemplan tres figuras diferentes:

⁴²² Con la excepción de la Ley 513 del Fuero Nuevo de Navarra, que define y establece el régimen jurídico de la cesión del contrato.

⁴²³ La Convención de Nueva York de 14 de julio de 1974, sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, establece un plazo de cuatro años, al igual que el artículo 2-725 del UCC. En nuestra opinión, la prescripción es una de las cuestiones jurídicas que precisa de una urgente reforma en nuestro sistema jurídico. ¿Tiene sentido que en las obligaciones contractuales se establezca un plazo general extremadamente dilatado (art. 1963 CC) y para la extracontractuales uno tan corto (art. 1968.2 CC)?

- La suspensión del plazo en tres casos distintos: a) cuando el acreedor no conoce o no está en grado de conocer la identidad del deudor, de los hechos que dan lugar al derecho o, en el caso de hecho ilícito, de los daños [art. 14:301]; b) en el caso de reclamación judicial, el plazo se suspende durante el pleito y hasta el momento de la emisión de la sentencia [art. 14:302]; c) finalmente, se suspende por impedimento del acreedor que supere su esfera de control, cuando el mismo surja o persista en los últimos seis meses del término de prescripción.

- Además, se introduce la figura de la prórroga del plazo de prescripción durante un año en tres supuestos: en caso de inicio de negociaciones entre las partes [art. 14:304], de incapacidad del acreedor [art. 14:305] o de muerte del acreedor o el deudor en relación con el patrimonio hereditario [art. 14:306]. Tanto la suspensión como la prórroga tiene un plazo máximo de diez años, ampliable a treinta si son daños personales [art. 14:307].

- Finalmente, se regula la interrupción por reconocimiento de la deuda [art. 14:401] o por inicio de ejecución de la sentencia [art. 14:402].

Por otro lado, aunque los requisitos de la prescripción pueden ser modificados, el término de prescripción no puede reducirse a menos de un año ni prolongarse a treinta años [14:601].

El Capítulo XV se dedica, como vimos anteriormente, a la regulación de los contratos que sean contrarios a las normas imperativas. Por último, la Parte III finaliza con un artículo sobre el anatocismo [art. 17:101] y con una regulación muy elemental y básica de las condiciones suspensivas y resolutorias [art. 16:101 a 16:103].

3.5.2. Justicia Social y Derecho contractual europeo

A) Justicia y equilibrio contractual

El modelo decimonónico del contrato se basa en el imperio de la autonomía contractual, esto es, en la facultad de regular de la manera más amplia y libre posible los intereses propios a través de un programa

prestacional pactado, teóricamente, en condiciones de igualdad negociadora. No obstante, la libertad, entendida en estos amplios términos, ha dado paso progresivamente a un control y a una mayor intervención en la autorregulación de los intereses patrimoniales, con la finalidad de lograr un cierto equilibrio de las prestaciones en aquellos casos en que uno de los contratantes aparece como parte más débil. En este sentido, afirma SCALISI que el Derecho comunitario de los contratos ha tomado distancia de la formulación codificada del contrato, sustrayendo la regla del poder absoluto de los sujetos privados para atraerla al poder determinante del ordenamiento jurídico, con la consecuente reducción del contrato a mera técnica organizativa y de realización de una categoría particular de intereses. En otras palabras, la norma, mediante variadas técnicas constructivas de la eficacia del contrato, participa directamente en la construcción y gestión misma de la reglamentación contractual. La autonomía privada, continua el autor, viene siendo reformulada como un ámbito de deberes, ya que el poder de establecer reglas debe adecuarse a los principios y valores constitucionales, como la solidaridad, la protección de los derechos fundamentales o los intereses preeminentes de la colectividad. En definitiva, a nivel europeo, el principio de igualdad en los intercambios, de equilibrio contractual o, al menos, de proporcionalidad en las prestaciones, ha tomado cuerpo a través de diferentes actuaciones normativas destinadas al consumidor, como el derecho de desistimiento unilateral *ad nutum*, la obligación de cumplir con los deberes precontractuales de información, las cláusulas abusivas, etc⁴²⁴.

Pues bien, la construcción del Derecho privado europeo parece ignorar esta incontestable realidad puesta de manifiesto por la doctrina. Efectivamente, la idea de la justicia contractual parece haber sido abandonada por los trabajos que, hasta el momento, se han venido realizando en torno a la unificación del Derecho contractual en Europea. Tanto es así que en el año 2004 –como tuvimos oportunidad de ver- el “Study Group on Social Justice in European Private Law” publicó un manifiesto a favor de una mayor implicación de la idea

⁴²⁴ Vincenzo SCALISI, “Regola e metodo nel diritto civile postmoderno”, en Vincenzo SCALISI, *Categorie e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 57 a 59.

de justicia social en la construcción del Derecho europeo de los contratos. En el corazón de la agenda sobre la justicia social –puede leerse en el citado manifiesto- late la preocupación sobre los efectos distributivos del orden del mercado, y una configuración moderna de los principios de Derecho de contratos necesita reconocer su creciente papel central en el establecimiento de la justicia distributiva en una sociedad caracterizada por un debilitamiento del uso por parte de los Estados sociales de mecanismos de redistribución⁴²⁵. Y se cuenta para ello con la experiencia de las directivas y de las decisiones judiciales que han articulado formas concretas de protección del consumidor, así como con las disposiciones centrales de los Tratados de la Unión Europea que establecen una estructura general de los principios de justicia social. A través de principios generales de los contratos reconocidos en el *aquis communautaire* puede asegurarse la justicia contractual, ya que los valores de la integración negativa (eliminar las barreras comerciales) y positiva (libre competencia), que actualmente parecen monopolizar y dirigir los destinos de la construcción del Derecho privado europeo, no pueden alcanzar tal objetivo. Esta es la denuncia y esos son los perfiles de la nueva agenda social del derecho contractual europeo.

B) La prohibición de discriminación en las relaciones contractuales privadas: hacia una teoría general europea sobre la *Drittwirkung der Grundrechte*

Se ha afirmado que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales “is a paneuropean phenomenon, not necessarily linked to a particular national legal culture”⁴²⁶. Efectivamente, prácticamente todos los países de la UE, incluyendo los que carecen de un Tribunal Constitucional (como Holanda o Francia) e incluso de una Constitución escrita (Reino Unido) reconocen, de forma ciertamente limitada, no absoluta, eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones privadas, especialmente frente a discriminaciones operadas

⁴²⁵ “Social Justice in European Contract Law: a Manifiesto”, *European Law Journal*, Vol. 10, nº 6, 2004, p. 665.

⁴²⁶ Aurelia COLOMBI CIACCHI, “The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice”, *ERCL*, 2/2006, p. 168.

en las relaciones laborales y para rectificar el contenido de los contratos privados especialmente desequilibrados⁴²⁷. Incluso, aun cuando la Carta de Niza carezca de eficacia jurídica actualmente, contiene numerosas disposiciones que podrían tener eficacia horizontal (prohibición de discriminación (art. 21), el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22), igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), teniendo en cuenta que, como indica HESSELINK, en el mismo preámbulo se señala que “el disfrute de tales derechos conlleva responsabilidades y deberes”⁴²⁸.

En la línea descrita, el *Acquis Group (European Research Group on Existing Community Private Law)*, uno de los grupos académicos más destacables que ha surgido a raíz de la explosión de los estudios de Derecho comparado en el horizonte de una hipotética unificación del Derecho Privado europeo, ha presentado de manera informal, a través del Profesor Stefan LEIBLE, uno de los miembros del Grupo de Trabajo sobre “no discriminación”, una primera propuesta a modo de borrador sobre el principio de no discriminación en el Derecho privado europeo. Dicho *working group* ha analizado las distintas directivas que, en el ámbito del Derecho privado, han establecido normas contra la discriminación de todo tipo (no solo la sexual), y a partir de ahí han formulado una serie de principios generales que, en su caso, habrán de integrarse en los futuros “Principios sobre el Derecho privado comunitario existente”⁴²⁹, así como en Marco Común de Referencia (CFR, *Common Frame of Reference*) auspiciado por las instituciones comunitarias. Puesto que la legislación comunitaria en esta materia se destaca por haber recurrido continuamente a la técnica legislativa de las “muñecas rusas”⁴³⁰, no

⁴²⁷ COLOMBI CIACCHI, *op. cit.*, pp. 176 y 178.

⁴²⁸ HESSELINK, “The horizontal effect of social rights in European Contract Law”, en HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer Law, The Hague, London, New York, 2002, p. 182.

⁴²⁹ La ubicación sistemática de estos principios sobre no discriminación ha sido muy discutida, surgiendo tres alternativas: “Normas en general”, “Derecho de contratos” y “Derecho de daños”. Personalmente, Stefan Leible considera que la segunda es la mejor opción, puesto que todos los remedios están designados para sancionar el incumplimiento de deberes contractuales y precontractuales.

⁴³⁰ “En la medida en que cada directiva sobre igualdad de los sexos contiene unas disposiciones semejantes a las de las directivas anteriores, ampliando su aplicación a nuevos ámbitos, de modo que, como las «muñecas rusas», el resultado final es una muñeca más grande, pero igual a las anteriores”, LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*.

resulta difícil encontrar una serie de principios básicos o ideas cardinales que presiden todo el sistema comunitario de lucha contra la discriminación en las relaciones privadas. Así pues, no cabe la menor duda de que este trabajo busca formular una teoría general sobre la *Drittwirkung der Grundrechte* en el ámbito de la legislación comunitaria existente. Sucintamente, pueden destacarse los siguientes aspectos más destacables del borrador presentado:

a) Causas de discriminación prohibidas

La primera idea que hay que tener en cuenta a la hora de formular un principio general para el Marco Común de Referencia es la siguiente: ¿qué causas de discriminación deben ser incluidas en las relaciones jurídicas privadas? Sin lugar a dudas, debería incluirse la nacionalidad (se deriva con carácter general del artículo 12 TCE), género y raza (Directiva 2000/43/CE de 29 junio 2000 y Directiva 2004/113/CE de 13 diciembre 2004), religión, creencia, discapacidad, edad u orientación sexual (Directiva 2000/78/CE de 27 noviembre 2000).

b) Prohibición no absoluta de discriminación

En la Directiva 2000/43/CE la prohibición de discriminación es formulada en términos absolutos, sin excepción. Sin embargo, de distinto tenor son los artículos 4(5) y 5(2) de la Directiva 2004/113/CE, que toleran la discriminación en determinados casos. Puesto que resulta imposible distinguir entre distintas formas de discriminación a la hora de formular un principio general, lo aconsejable es adoptar una prohibición de discriminación relativa, en vez de absoluta, sin que existe un peligro, mediante esta postura, de que el principio se erosione, ya que las excepciones deben ser interpretadas de manera estricta y están sometidas al control del TJCE⁴³¹.

c) La noción de discriminación

El CFR contendrá una parte dedicada a los conceptos generales. Con relación al concepto de discriminación, se ha optado por distinguir entre la

⁴³¹ Propuesta de redacción: “No habrá tratamiento desigual basado en el sexo, en el origen étnico o racial a menos que se encuentre justificado”.

“Discriminación directa”⁴³², “Discriminación indirecta”⁴³³, “Acoso”⁴³⁴ e “Instrucciones para discriminar”⁴³⁵.

d) *El sistema de remedios*

Sin un sistema de remedios legales útiles y efectivos, la totalidad del régimen sobre no discriminación carece de cualquier posibilidad de llegar a ser efectivo. Por ello, el CFR incluirá un conjunto de remedios apropiados para satisfacer el interés de los sujetos que hayan sufrido las consecuencias de un trato discriminatorio en sus relaciones privadas. No obstante, se han planteado varios problemas:

- No existe en el Derecho comunitario ningún sistema de remedios, puesto que es una cuestión dejada deliberadamente a la discreción regulatoria de cada Estado.
- Dentro de los remedios, además de la compensación económica, deben incluirse otros cuya finalidad sea la de deshacer en cierto modo las consecuencias de la discriminación padecida. Por ejemplo, el derecho a adaptar el contrato, a invocar su falta de validez e incluso a resolverlo.
- El CFR debe incluir una norma que permita a la persona afectada impedir futuras discriminaciones.

⁴³² Supuesto en el que una persona es tratada de una forma menos favorable de lo que otra lo es, ha sido o sería tratada en una situación comparable, artículo 1(1) del CFR.

⁴³³ Estamos en presencia de esta figura cuando una provisión, criterio o procedimiento aparentemente neutral tiene la potencialidad de colocar a un grupo de personas en una situación especialmente desventajosa en comparación con otro grupo de personas, siempre y cuando dicha provisión, criterio o procedimiento no se encuentre legitimada por un objetivo justificado o los medios empleados para alcanzar tal objetivo no sean necesarios o proporcionados. En las Directivas estudiadas, la posibilidad de justificar un trato diferente es inherente a la noción de discriminación indirecta (no obstante, es posible, de manera excepcional, incluso en casos de discriminación directa, *vid.*, 5(2) de la Directiva 2004/113/CE).

⁴³⁴ Las Directivas citadas contienen una prohibición expresa de distintos tipos de acoso como una forma más de discriminación. No obstante, sólo las Directivas 2002/73/CE y 2004/113/CE aportan una definición, concretamente de “acoso sexual”, ya que las otras dos otorgan a los Estados miembros la libertad para definir el concepto de acoso de acuerdo con sus leyes y práctica.

⁴³⁵ El CFR, en consonancia con las Directivas, prevé que la discriminación incluye a las prácticas consistentes en dar instrucciones para discriminar.

- Aunque los remedios pretenden tener el carácter de sanciones disuasivas, la compensación económica no puede dar lugar a los llamados daños punitivos. No obstante, llama la atención el hecho de que la Directiva 2004/113/CE contemple la posibilidad de que la persona perjudicada a causa de una discriminación reciba una compensación real y efectiva “de manera disuasoria y proporcional al daño sufrido”. ¿Qué ha querido decir el legislador europeo al referirse a una indemnización disuasoria? Desde luego, se trata de una cuestión que exige alguna reflexión en un lugar más adecuado que el presente, puesto que la finalidad del Derecho de daños, según la opinión más consensuada, es la resarcitoria o compensatoria, siendo la preventiva o disuasoria extraña a la tradición jurídica europea general⁴³⁶.
- En cuanto al ámbito de aplicación, el sistema de remedios debe aplicarse únicamente a la discriminación en el acceso y suministro de bienes y servicios que están disponibles para el público, no a las relaciones estrictamente privadas.
- Debe establecerse un plazo para el ejercicio de las acciones. No obstante, al tratarse de una cuestión de política legal, de momento el artículo 3 del CFR guarda silencio sobre dicho plazo. Incluso, se maneja la posibilidad de establecer distintos plazos en función del tipo de remedio legal previsto.
- Finalmente, en cuanto a la carga de la prueba, siguiendo la opción de las Directivas, se consagra su inversión, en el sentido siguiente: si una persona entiende que ha sufrido discriminación y aporta ante un tribunal hechos de los que pueda deducirse su existencia, la otra parte debe probar que no ha habido un incumplimiento del principio de no discriminación (art. 4 CFR).

Partiendo de la prudencia lógica que cualquier borrador no definitivo merece, hemos de señalar que la formulación de una serie de principios

⁴³⁶ Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, REGLERO CAMPOS (Coord.), en *Tratado de Responsabilidad civil*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 76.

generales sobre el principio de no discriminación en las relaciones privadas debe ser bien acogida, puesto que permite ordenar y sistematizar una serie de ideas que, habida cuenta de su enorme grado de complejidad, siempre se han presentado de manera confusa y formulado de forma excesivamente casuística. En definitiva, se trata de un instrumento que podría aportar seguridad jurídica jurídica a los distintos operadores jurídicos, lo cual, sin duda, ha de ser bienvenido.

3.5.3. Derecho patrimonial privado

A) La conveniencia de unificar otros aspectos del Derecho patrimonial privado

Ahora bien, en los últimos años ha empezada a calar la idea de la intrínseca insuficiencia de los trabajos realizados en materia de derecho contractual si éstos no se completan al mismo tiempo con la unificación de otros ámbitos de lo que constituye el Derecho Patrimonial en sentido amplio. De acuerdo con los argumentos esgrimidos por GARCÍA GARNICA –los cuales compartimos íntegramente-, dos razones justificarían la ampliación del proyecto unificador: por un lado, la dificultad de escindir el régimen jurídico de las obligaciones contractuales y no contractuales, y de otro, el hecho de que el contrato no es una realidad aislada y autónoma, sino que se desenvuelve en un ámbito jurídico patrimonial más amplio que no debe obviarse para no crear lagunas y desajustes⁴³⁷. Tal y como indica VON BAR, líder de un grupo académico encargado de identificar el “patrimonial law core” del futuro Código civil europeo”, el derecho de los contratos se encuentra orgánicamente integrado con sus áreas vecinas del derecho patrimonial, y sin una visión de

⁴³⁷ GARCÍA GARNICA, “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo”...*op. cit.*, p. . No obstante, GANDOLFI señala que debe dejarse al margen de la labor unificadora las obligaciones extracontractuales, y en particular el régimen jurídico de la responsabilidad civil aquiliana, así como el resto de cuestiones de Derecho patrimonial. Y ello, tanto por las dificultades que entrañaría una labor tan ambiciosa, como en atención al inconveniente añadido de que la doctrina inglesa no contempla una «teoría de las obligaciones». GANDOLFI, “Per la redazione di un codice europeo dei contratti”, *Riv. Trim. Dr. Proc. Civ.*, 1995, pp. 1081 y ss..

conjunto resulta imposible elaborar ciertas partes dentro de un sistema coherente y libre de contradicciones⁴³⁸.

Lo cierto es que el objetivo de la unificación del derecho patrimonial privado, o, al menos, de sus partes más ligadas e imprescindibles para el desenvolvimiento de la contratación⁴³⁹, empieza a hacerse presente. Por ejemplo, en la Resolución del Parlamento de 15 de noviembre de 2001 puede leerse que “los problemas que se registran en la actualidad con la celebración, la ejecución y la resolución de los contratos no pueden solucionarse sin abordar cuestiones relacionadas con los requisitos formales generales o con las disposiciones legales relativas a la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento sin causa o los derechos reales” (par. 13). En consecuencia, llega a la conclusión de que la armonización debe extenderse a todo el derecho de obligaciones, incluyendo al 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 (responsabilidad civil extracontractual, enriquecimiento sin causa⁴⁴⁰), transmisión de propiedades en el caso de bienes muebles⁴⁴¹, derecho de garantías crediticias y bienes muebles, y, finalmente, derecho de trust⁴⁴².

⁴³⁸ Christian 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”, en PALAO MORENO/PRATS ALBENTOSA/REYES LÓPEZ, *Derecho Patrimonial Europeo*, *op. cit.*, en p. 15 y 26.

⁴³⁹ Tiene razón CÁMARA LAPUENTE cuando afirma que el Código civil europeo debería incluir el Derecho de obligaciones y contratos íntegramente así como buena parte del derecho civil patrimonial, con exclusión de las materias irrelevantes, como la propiedad horizontal, las servidumbres, el derecho de superficie, etc., CÁMARA LAPUENTE, “Hacia un código civil europeo...*op. cit.*”, p. 78.

⁴⁴⁰ Así, se ha declarado que la armonización de la gestión de negocios ajenos (*negotiorum gestio*) y del enriquecimiento injusto crearía mayor uniformidad y transparencia y serviría para remover “un formidable obstáculo” al ejercicio de las libertades fundamentales consagradas en el TCE, Winfried TILLMANN y Walter VAN GERVEN, “The competence of the EU to create a uniform European law of obligations and property and the potencial legal basis”, en, *The private law systems in the EU. Discrimination on Grounds...op. cit.*, p. 186 (párrafo 12).

⁴⁴¹ “...un simple Código civil de contratos no sirve de mucho si no se unifica el sistema transmisivo del dominio”, PLAZA PENADÉS, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”...*op. cit.*, p. 315. Se muestran así mismo a favor de la unificación de aspectos determinados del derecho de propiedad, TILLMANN/VAN GERVEN, *ult. op. cit.*, p. 186 (párrafos 13 y ss.) En la respuesta LANDO/VON BAR se señala que las considerables divergencias que se observan en materia de transmisión de riesgos en la compraventa se deben a los distintos sistemas de transmisión de la propiedad adoptados por los Estados

Por otro lado, la respuesta conjunta de los grupos LANDO/VON BAR incide en la idea de que la unificación debería incluir tanto las obligaciones contractuales como no contractuales, ya que no pueden minusvalorarse las negativas consecuencias y los costes que las divergencias en estas materias tienen para el correcto funcionamiento del mercado interior⁴⁴³.

Finalmente, en el Plan de Acción diseñado por la Comisión en su comunicación de febrero de 2003 se señala que el marco común de referencia debe referirse a los siguientes elementos: contratos transfronterizos, como el de compraventa y los contratos de servicios; normas generales sobre conclusión, validez, interpretación, ejecución, incumplimiento y vías de recurso; normas en materia de garantías de crédito y derecho sobre enriquecimiento indebido. En cuanto al resto de las materias, la Comisión alega que su no inclusión se basa en que los estudios sobre Derecho de responsabilidad civil o régimen de la propiedad están más retrasados y deben concluirse (nota 41 del *Plan de Acción*).

En definitiva, parece compartirse la idea de que si se quiere lograr una unificación realmente eficaz –para el buen funcionamiento del mercado, se entiende-, es necesario regular, además del Derecho de las obligaciones y de la teoría general del contrato, otras materias constitutivas del Derecho patrimonial privado, como los contratos en especial (compraventa, seguro, contratos de servicios, contratos de larga duración), las fianzas y las garantías crediticias⁴⁴⁴, el régimen de la representación (mandato, comisión y agencia),

miembros. Además, una de las principales garantías con que cuenta el vendedor, como es la reserva de dominio, es absolutamente divergente de unos ordenamientos jurídicos a otros, con la consiguiente incidencia negativa en la seguridad y coste de las operaciones transfronterizas (*vid., supra*, respuesta LANDO/VON BAR).

⁴⁴² En torno al *trust*, como figura a caballo entre el derecho de obligaciones y los derechos reales, ya se han creado unos principios: D. J. HAYTON, S. C. J. J. KORTMANN y H. C. E. VERHAGEN, *Principles of European trust law*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer/The Hague, 1999. Sobre la posibilidad de unificar el *trust*, *vid.*, el magnífico estudio de, Sergio CÁMARA LAPUENTE, “EL *Trust* y la fiducia: posibilidades para una armonización europea”, en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 1099 a 1168.

⁴⁴³ *Vid., supra*, respuesta LANDO/VON BAR.

⁴⁴⁴ *Vid.*, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, “Derechos de garantía sobre bienes muebles”, en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 967 y ss.

la transmisión de la propiedad de bienes muebles⁴⁴⁵, el *trust* o fiducia, los cuasicontratos y el derecho de daños. Y aunque también se trabaja en la transmisión de la propiedad de los inmuebles o en la “eurohipoteca”⁴⁴⁶, parece que su uniformización debe dejarse para un momento posterior⁴⁴⁷.

B) La unificación del Derecho de daños: los *Principles of European Tort Law*

Ya hemos visto que tanto el Parlamento Europeo como la respuesta conjunta LANDO/VON BAR coinciden en la necesidad de abordar la unificación del Derecho de daños⁴⁴⁸. Lo cierto es que la armonización de este sector, señala BANAKAS, es conveniente por razones muy variadas, entre las que habría que destacar la necesidad de lograr un tratamiento equivalente de todos los ciudadanos europeos, puesto que las normas sobre responsabilidad civil son en algunos países más generosas que en otros⁴⁴⁹. Aunque el Grupo de

⁴⁴⁵ Las cuestiones relacionadas con la transmisión de la propiedad han sido siempre muy espinosas y complejas, como lo demuestra el hecho de que tuvo que ser excluida de forma expresa del conjunto de materias reguladas por el Convenio de Viena ex artículo 4(b) [tampoco regulaba esta cuestión el artículo 8 de su antecedente, la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional]. No obstante, FERRARI cree que es posible que las reglas sobre transmisión de la propiedad del derecho austríaco (ABGB) actúen como modelo para la unificación de esta materia, Franco FERRARI, “*Abstraktionsprinzip, Traditionsprinzip e Consensualismo nel Trasferimento di Beni Mobili. Una Superabile Divaricazione?*”, *Rivista di Diritto Civile*, 1993, pp. 729 a 757. DE PABLO CONTRERAS cree que debe priorizarse el sistema causal frente al puramente consensual y al de la abstracción, Pedro DE PABLO CONTRERAS, “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo...op. cit.*, p. 964.

⁴⁴⁶ *Vid.*, María Elena SÁNCHEZ JORDÁN, “Garantías sobre bienes inmuebles: la Eurohipoteca”, en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 987 y ss; STÖCKER, “La Eurohipoteca”, *RCDI*, 1994, pp. 620 y ss.

⁴⁴⁷ En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento”, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁴⁸ La respuesta conjunta LANDO/BAR aconseja la unificación de esta materia habida cuenta de las graves divergencias interestatales existentes en distintas materias: mientras unos ordenamientos jurídicos europeos establecen un régimen de responsabilidad por culpa en otros este elemento no es preciso; no en todos los ordenamientos jurídicos se prevé la indemnización del daño moral, *Vid.*, *supra*, respuesta LANDO/VON BAR. No obstante, DÍEZ-PICAZO duda sobre la necesidad de incluir en la unificación al derecho de daños y al enriquecimiento sin causa, DÍEZ-PICAZO, “Un Codice civile europeo?”... *op. cit.*, p. 60.

⁴⁴⁹ Por ejemplo, continúa el autor, la *privacy* encuentra mejor protección en Alemania que en el Reino Unido, mientras que la difamación es un *tort* muy lucrativo en el Reino Unido, más que en ningún otro país. El autor considera que la unificación del *European Tort Law* debería realizarse en el seno de un *European Law Institute*, siguiendo el modelo de los *Restaments*

Estudio sobre un Código civil europeo de Cristian VON BAR⁴⁵⁰ está trabajando en un proyecto destinado a la elaboración de unos “Principios Europeos de Derecho de daños”⁴⁵¹, ha sido el llamado Grupo de Tilburg el primero en ofrecer un resultado tangible de sus investigaciones mediante la publicación (en Internet, de momento) de los *Principles of European Tort Law*⁴⁵², de los cuales haremos a continuación una breve semblanza.

Se señala en la introducción a los Principios que la unificación del Derecho de daños no se ha intentado en el seno de la Unión Europea, con la salvedad puntual de la armonización de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, fundamentalmente por la razón de las “diferencias dramáticas” existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos⁴⁵³. Para empezar por lo más elemental, esto es, por los mecanismos estructurales del sistema de daños, mientras en el *common law* se parte de una tipología de ilícitos civiles, en algunos modelos del *civil law* la responsabilidad civil extracontractual se establece mediante una cláusula general (art. 1902 CC o 1382 *Code Napoléon*). Pero también existen diferencias entre los ordenamientos clásicamente ubicados en el *civil law*, como el alemán, que enumera algunos supuestos concretos (§§ 824, 825, 836-838 y 839)⁴⁵⁴ y reconoce tres tipos básicos de ilícitos civiles (§§ 823 I, 823 (2) y

norteamericanos, Stathis BANAKAS, “European Tort Law: is it Possible?”, *ERPL*, 2002, 3, pp. 366, 376 y 377.

⁴⁵⁰ Con relación a la historia de los trabajos de Von BAR desde un principio, *vid.*, Christian VON BAR, “A Common European Law of Torts”, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 7, Roma, 1996; *idem*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I* (München, 1996) y II (München, 1999).

⁴⁵¹ El Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo tiene accesible en su página web el sexto borrador de 15 de mayo de 2003, adoptado en la reunión de Helsinki del *Coordinating Group* (<http://www.sgecc.net/media/download/tort.pdf>). Una información amplia (y crítica) sobre el estado de estos trabajos puede encontrarse en, Stephen SWANN, “Bases conceptuales del derecho delictual propuestos por el Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo”, *Indret*, 2003/02, Barcelona, abril 2003, www.indret.com.

⁴⁵² <http://civil.udg.es/tort/Principles/index.htm>.

⁴⁵³ A esta dificultad se une el continuo carácter cambiante de la materia, MARTÍN CASALS, “El *European Group on Tort Law* y la elaboración de unos *Principios*..”, *op. cit.*, p. 221.

⁴⁵⁴ La Ley alemana de 10 de mayo de 2002, de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños, que entró en vigor el 1 de agosto de 2002, ha regulado nuevos *torts*, relativos a la libertad sexual (§ 825) y a los daños causados por un peritaje judicial incorrecto (§ 839a), *vid.*, Albert LAMARCA i MARQUÈS, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños”, *Indret*, 2002/3, Barcelona, julio

826)⁴⁵⁵. Las diferencias se hacen igualmente ostensibles cuando se desciende a los problemas concretos, como los presupuestos de la responsabilidad (culpa u objetiva)⁴⁵⁶, la resarcibilidad de los daños morales⁴⁵⁷, de los daños patrimoniales puros, de los daños corporales, etc. Pues bien, una vez constatada la diversidad existente, el Grupo de Tilburg se propone identificar cuáles son los principios o la base común sobre la que descansan todos los sistemas legales con relación al Derecho de daños, aclarando expresamente que tales principios, aunque serán básicos caso de crearse un futuro Código civil europeo, de momento no tienen la necesidad de ser plasmados en textos legales formales, pues su finalidad es la de comenzar por influir en la comunidad académica, profesional y, en la medida de lo posible, en la legislación europea y nacional⁴⁵⁸. Repasemos someramente el contenido de tales principios.

La parte de los Principios publicada es la relativa a los “Principios generales” del derecho de daños. Como “norma básica” se establece que una persona viene obligada a indemnizar a otra por el daño que le haya causado [art. 1:101 (1)], siempre y cuando éste puede serle legalmente atribuido por culpa [art. 1:101 (2) a)], por el riesgo que implica su actividad [responsabilidad

2002, www.indret.com. Con mayor detalle, Ulrich MAGUS, “La reforma del derecho alemán de daños”, *Indret*, 2003/02, Barcelona, abril 2003, www.indret.com.

⁴⁵⁵ *Vid.*, con detalle, MARTÍN CASALS, “El *European Group on Tort Law* y la elaboración de unos *Principios*..”, *op. cit.*, p. 220; igualmente, KOCH, *La labor del European Group on Tort Law*...*op. cit.*, pp. 3 y 4.

⁴⁵⁶ Aunque en todos los ordenamientos jurídicos convive la responsabilidad subjetiva y objetiva, en Inglaterra mantiene un papel predominante la responsabilidad por culpa (*tort on negligence*), mientras que Francia (a partir del *arret Fullewarth* de 9 de mayo de 1994) o Bélgica han generalizado la aplicación de las reglas de responsabilidad objetiva. *Vid.*, Miquel MARTÍN CASALS, Jordi RIBOT IGUALADA, “La responsabilidad objetiva: Supuestos especiales *versus* cláusula general”, en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*...*op. cit.*, p. 829. Para un magnífico estudio sobre la distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva, desde un punto de vista esencialmente crítico, *vid.*, Nils JANSEN, “Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna”, *Indret*, 2003/02, Barcelona, Abril de 2003, www.indret.com., especialmente pp. 6 y ss.

⁴⁵⁷ Mientras en España o Francia no existen en un principio límites para la indemnización por daños morales, otras legislaciones, como la alemana, la italiana y la inglesa, establecen sistemas limitativos y restrictivos, *Vid.*, Miquel MARTÍN CASALS, Josep SOLÉ FELIÚ, “El Daño Moral”, en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*...p. 859 a 861.

⁴⁵⁸ “Así pues, como primer objetivo, los Principios deben representar el marco para el desarrollo posterior en las leyes nacionales, así como en la propia legislación europea, para evitar en el futuro una elaboración de normativas sectoriales”, KOCH, *La labor del European Group on Tort Law*...*op. cit.*, p. 4.

objetiva, art. 1:101 (2) b)], o por responsabilidad por el hecho ajeno [art. 1:101 (2) c)].

El Título II establece que el daño y la relación de causalidad son las “condiciones generales de responsabilidad”. En cuanto al concepto de daño resarcible, los Principios parecen inspirarse en un sistema de tipificación de ilícitos civiles relacionados con la lesión de ciertos bienes jurídicos protegidos, similar al empleado por el BGB o el *common law*. Efectivamente, el daño se determina con relación al concepto jurídico de “intereses protegidos” lesionados⁴⁵⁹, cuyo grado de protección se especifica en función de los criterios consagrados en el artículo 2:102. Así, mientras la vida o la integridad corporal y mental (*physical damage*) merecen la más extensa de las protecciones, la protección de los intereses puramente económicos o de las relaciones contractuales puede ser más limitada [*pure economic loss* o daño patrimonial puro, art. 2:102 (4)]⁴⁶⁰. Igualmente, la protección del interés será superior en caso de daño intencional o dolo [art. 2:102 (5)], y también será amplia la protección de los derechos de propiedad, incluyendo los intangibles [art. 2:102 (3)]⁴⁶¹. Además, se incluyen en el elenco de daños resarcibles a los “preventive expenses” [art. 2:104].

En cuanto a la relación de causalidad, a partir del criterio general de la *conditio sine qua non* [art. 3:101], se abordan numerosas y complejas cuestiones, como la concurrencia de causas [art. 3:102], las causas alternativas [art. 3:103], las causas potenciales, que no serán tenidas en cuenta salvo que agraven o continúen el daño [art. 3:104], el supuesto de la “minimal causation” [art. 3:105] o, finalmente, los daños causados por actividades o eventos bajo la

⁴⁵⁹ El Proyecto del Grupo de Estudio de un Código Civil Europeo acude al concepto de “Legally Relevant Damage”, o daño jurídicamente relevante (2:101). En los artículos 2:201 a 2:203 se enumeran un conjunto de supuestos en los que el daño jurídicamente relevante es indetectable (*personal injury, dignity, privacy, etc.*). Vid., <http://www.sgecc.net/media/download/tort.pdf>.

⁴⁶⁰ Es una categoría típica del Derecho angloamericano e incluso del Derecho alemán, que no obstante es desconocida en los países de tradición jurídica latina, como Francia y España, Vid., Miquel MARTÍN CASALS, Jordi RIBOT IGUALADA, “*Pure Economic Loss: La indemnización de los daños patrimoniales puros*”, en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo...op. cit.*, p. 885.

⁴⁶¹ En el sistema angloamericano el *Law of Torts* es un apéndice fundamental para la protección de la propiedad y de las situaciones jurídico-reales, LÓPEZ Y LÓPEZ, *Curso de Doctorado sobre Derecho comparado 2001-2002*.

esfera de control de la víctima que, evidentemente, deberán ser soportados por ella [art. 3:106]. Una vez determinada la relación de causalidad, la responsabilidad del actor va a depender de la previsibilidad del daño para una persona razonable [art. 3:201 a)], de la naturaleza y valor de los intereses protegidos [arts. 3:201 b) y 2:102], de las bases de responsabilidad [arts. 3:201 c) y 1:101], de los llamados “riesgos ordinarios de la vida”⁴⁶² [art. 3:201 d)] y del fin protector de la norma violada [art. 3:201 e)]⁴⁶³.

El Título III analiza con detenimiento las bases de la responsabilidad. Con relación a la responsabilidad por culpa, la misma se determina por la intencional o negligente violación de los “estándares de conducta requeridos” [art. 4:101], concepto que se delimita en el art. 4:102 en función del criterio de la conducta de una persona razonable [art. 4:102 (1)], de las circunstancias personales del implicado [art. 4:102 (2)] y de las normas reglamentarias que prescriben o prohíben conductas [art. 4:102 (3)]. Por otro lado, el artículo 5:101 opta por regular la responsabilidad objetiva mediante una cláusula general⁴⁶⁴, y la vincula a la realización de “actividades anormalmente peligrosas”, que define en el párrafo (2)⁴⁶⁵. Finalmente, se contempla la responsabilidad por hecho ajeno respecto a los daños causados por menores o incapacitados, a menos que la persona encargada de aquéllos haya tomado todas las medidas

⁴⁶² El criterio del riesgo general de la vida (*Allgemeines Lebensrisiko*), generado en el entorno de la teoría de la imputación objetiva, implica que no cabe imputar aquellos daños que sean realización de riesgos habitualmente vinculados a la existencia del dañado. *Vid.*, Francisco José INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y “causas hipotéticas”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 163.

⁴⁶³ El criterio del “fin o ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad” significa que no puede ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que se pretenda fundamentar la responsabilidad del demandado, Luis DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, p. 348.

⁴⁶⁴ Este sistema es el empleado en Francia, mientras que otros sistemas, como el alemán, recogen en un listado más o menos detallado las distintas normas específicas de responsabilidad objetiva, KOCH, *La labor del European Group on Tort Law...op. cit.*, p. 10. Por el contrario, el Proyecto del Grupo de Estudio de un Código Civil Europeo opta por enumerar una serie de supuestos no exhaustivos de responsabilidad objetiva, como daños causados por menores (3:201), por animales (3:205), por productos defectuosos (3:206), por actividades peligrosas para el medio ambiente (3:207), por accidentes de tráfico (3:208), etc... *Vid.*, <http://www.sgecc.net/media/download/tort.pdf>.

⁴⁶⁵ Con relación al concepto de peligrosidad, en cuanto magnitud potencial del daño y probabilidad del mismo, *vid.*, ampliamente, KOCH, *La labor del European Group on Tort Law...op. cit.*, pp. 7 y 8.

preventivas [art. 6:101], y la responsabilidad con relación a los auxiliares que, en el ejercicio de sus funciones, haya violado el estándar de conducta requerido [art. 6:102].

Bajo la rúbrica de “Defences” se regulan en el Título IV las causas de exclusión de la responsabilidad, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento del dañado o el ejercicio legítimo de un derecho [art. 7:101]. En supuestos de responsabilidad objetiva sólo cabe la exclusión en caso de fuerza mayor o de conducta de una tercera parte [art. 7:102]. Además, el artículo 8:101 tiene en cuenta la posible contribución de la víctima a la producción del daño como criterio para excluir o disminuir la responsabilidad.

El Título V aborda la espinosa cuestión de la pluralidad de agentes causantes del daño (*Multiple tortfeasors*), y establece el principio de la responsabilidad solidaria [art. 9:101 (1)] en virtud del cual la víctima podrá reclamar la totalidad de la indemnización a uno o más de los implicados [art. 9:101 (2)]⁴⁶⁶. El artículo 9:102 regula por su parte el régimen interno de la responsabilidad solidaria.

Finalmente, la regulación de los remedios destinados a la reparación del daño se encuentran regulados en el Capítulo VI. La reparación del daño se realizará mediante una indemnización pecuniaria, en forma de pago único (*lump sum*) o periódico [art. 10:102], y tendrá una finalidad tanto compensatoria como preventiva [art. 10:101]. Los Principios detallan la determinación de las partidas indemnizatorias en caso de daños personales (físicos y morales) y fallecimiento [art. 10:202], de daños sobre las cosas [art. 10:203] y de “los non-pecuniary damages”, que incluyen a los daños relativos a los derechos de la personalidad y a los daños experimentados por personas cercanas al sujeto que ha sufrido directamente el daño [art. 10:301]. La cuantía de la indemnización puede no obstante ser excepcionalmente reducida cuando resulte una carga excesiva para el demandado, teniendo en cuenta el interés protegido, la situación financiera o la magnitud del daño [art. 10:401] y con el límite establecido por la cuantía del seguro contratado o que debió contratar

⁴⁶⁶ Tal y como vimos, los PECL también consideran solidarias a las obligaciones nacidas de la concurrencia de varios responsables del mismo daño [art. 10:102 (2)].

[art. 10:402]⁴⁶⁷. En cuanto a la reparación en forma específica, podrá solicitarse siempre y cuando sea posible y no sea excesivamente gravosa [art. 11:101].

Finalmente, este régimen podría completarse actualmente con las disposiciones de los PECL relativas a la prescripción de la acción de resarcimiento por daños. A saber, que la acción prescribe a los tres años [art. 14:201] desde el momento en que se verificó el daño [art. 14:203]. Tal plazo general es suspendido hasta el momento en el que el acreedor conoce con exactitud el daño sufrido [art. 14:301 (b)], y prorrogado durante un año en caso de negociaciones [art. 14:304], con un límite máximo de treinta años en ambos casos [art. 14:307]. Finalmente, el plazo puede interrumpirse en caso de que el deudor reconozca el derecho del dañado [art. 14:401].

C) Otras cuestiones de Derecho patrimonial privado: el trabajo del Grupo sobre un Código civil europeo

El Grupo sobre un Código civil europeo, dirigido por el conocido Profesor VON BAR (objeto últimamente de las más encendidas diatribas del polémico LEGRAND)⁴⁶⁸, pretende armonizar todo el campo del Derecho Patrimonial Privado, o, más bien, el Derecho de obligaciones y ciertos aspectos de la propiedad. Considera este Grupo que la unificación no puede limitarse al ámbito del Derecho contractual, pues de esa manera no podrán eliminarse las barreras al tráfico comercial, objetivo primario de todo este proceso. No en vano, los Profesores Christian VON BAR y Ulrich DROBNIG han coordinado, tras la petición expresa de la Comisión Europea, un trabajo de investigación muy completo titulado "Study on property law and non-contractual liability law as they relate to contract law", cuya finalidad es la de determinar de qué forma la coexistencia de al menos 16 regímenes diferentes de Derecho privado puede impactar en el mercado interno y en sus condiciones de competencia.

⁴⁶⁷ Sobre esta sección los miembros del Grupo Tilburg no han llegado a un acuerdo definitivo, por lo que sus disposiciones son provisionales.

⁴⁶⁸ *Vid.*, rozando lo cómico en algunos instantes, Pierre LEGRAND, "Antivonbar", *European Review of Comparative Law*, 2005.

Partiendo del trabajo ya realizado por el Grupo de LANDO, cuyos Principios quedan incorporados automáticamente al texto del futuro Código civil europeo, VON BAR ha organizado un trabajo muy ambicioso, dividido en cinco secciones o grupos de trabajo dedicados al Derecho patrimonial, cuya finalidad es la de redactar los proyectos que posteriormente se discutirán a un nivel superior (en el Comité de coordinación)⁴⁶⁹:

- El Grupo de Hamburgo se centra en ciertos aspectos de la propiedad mobiliaria, como el estudio de las garantías mobiliarias y la reserva de dominio. Su líder es DROGNIG.

- El Grupo de Osnabrück, liderado por VON BAR, está centrado en las obligaciones no contractuales: responsabilidad civil, gestión de negocios ajenos y enriquecimiento injusto.

- En las sedes de Utrecht, Tilburg y Amsterdam se encuentran los grupos dedicados al estudio de los contratos en particular, como la compraventa (HONDIUS), la prestación de servicios, la agencia, el suministro y la franquicia (HESSELINK).

- Los profesores LUGER y RAINER lideran el grupo de Salzburgo, dedicado a la transferencia de los bienes muebles.

- Finalmente, en Hamburgo e Innsbruck tiene su sede en el grupo de trabajo encargado, bajo la dirección de BASEDOW, de redactar unos principios en materia de seguro.

Además, el Grupo de Estudios desarrolló en un encuentro celebrado en Oporto la estructura básica –aunque todavía eventual- del futuro “Proyecto de Código civil europeo”: Libro I: Disposiciones generales; Libro II: Obligaciones en general; Libro III: Obligaciones derivadas de los contratos; Libro IV a X: Contratos en especial; Libro XI: Derecho de daños; Libro XII: Enriquecimiento injusto; Libro XIII: Gestión de negocios ajenos; Libro XIV: transmisión de la propiedad; Libro XV: Garantía mobiliarias; Libro XVI: *Trust*⁴⁷⁰. No obstante, hasta el momento únicamente se han presentado textos normativos en las

⁴⁶⁹ Con relación al funcionamiento de este Grupo, *vid.*, Encarna ROCA, “El Study Group a European Civil Code-Proyecto Von Bar”, en CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 200 y 201.

⁴⁷⁰ http://www.sgecc.net/media/download/02_12structure.pdf.

siguientes áreas: concepto de consumidor, derecho de daños, gestión de negocios ajenos, contratación electrónica, contrato de servicios, compraventa, garantías personales, transmisión del dominio de bienes muebles, enriquecimiento injustificado, contratos duraderos, representación, garantías reales sobre bienes muebles y leasing mobiliario.

3.5.4. Derecho de familia y Derecho de Sucesiones

A) Introducción

Las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994 hacían referencia a la necesidad de crear un Código civil europeo. En lógica consecuencia, el derecho de familia y sucesiones debería ser también unificado, al menos si queremos seguir entendiendo al Código civil en su sentido originario y más completo.

Sin embargo, con relación al derecho de familia y de sucesiones las intervenciones comunitarias han sido más bien escasas, ya que la Unión Europea no tiene competencias expresas en tal materia⁴⁷¹. Por ello, afirma PARRA LUCÁN, tanto el Parlamento como algunos comités de la Comisión se han limitado a elaborar ciertos informes o recomendaciones sectoriales bajo el criterio de que las regulaciones nacionales podían incidir en algunas de las libertades establecidas en los Tratados⁴⁷². También hay que decir que en algunas sentencias el TJCE se ha declarado competente para conocer cuestiones de Derecho de familia y sucesorio cuando estén ligadas a algún

⁴⁷¹ *Vid.*, con detalle, Dieter MARTINY, "Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?", en *Towards a European Civil Code...op. cit.* pp. 158 a 161.

⁴⁷² La autora citada enumera las siguientes materias sobre las que se han realizado estudios: "los derechos de las familias de los trabajadores emigrantes para lograr la libre circulación de trabajadores, o las consecuencias de las diferentes regulaciones del régimen económico matrimonial en la responsabilidad por deudas frente a terceros en el caso de empresarios individuales, o de la incidencia de las normas de sucesiones en la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, llegando a recomendar modificaciones del Derecho de sucesiones con el propósito de facilitar la continuidad tanto en las llamadas sociedades personalistas como en las individuales [Recomendación de la Comisión Europea de 7 diciembre 1994 (DOCE, C 400, 1994)]", PARRA LUCÁN, "Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa...", *op. cit.*, pp. 1167 y 1168. Por otro lado, el Parlamento Europeo en sus resoluciones de 29 de octubre de 1993 (DOCE C 315, p. 625) y de 14 de diciembre de 1994 ha considerado deseable la unificación de ciertos aspectos del derecho de familia (DOCE C 18, p. 96).

derecho garantizado por el Tratado⁴⁷³, lo cual, salvo que se actúe desde la “pura demagogia”⁴⁷⁴, no debe entenderse como una justificación para amparar una posible armonización comunitaria. Finalmente, la Carta de Niza hace referencia en sus artículos 9, 23 y 24 a ciertos aspectos del derecho de familia, como el matrimonio o los derechos del menor, además de consagrar en el artículo 17 el derecho a legar los bienes adquiridos legalmente. No obstante, estas cuestiones serán abordadas más adelante⁴⁷⁵.

Pero la falta de competencia expresa no es el único obstáculo al que se enfrenta la unificación en este ámbito⁴⁷⁶. Efectivamente, por un lado, no parece en ningún caso esencial para un mejor funcionamiento del mercado interno que se alcance una armonización en el derecho de familia y de sucesiones. Dicho con otras palabras, si el fin de una eventual unificación normativa es facilitar el mercado único y la libre circulación, dicha unificación debería ceñirse a las materias relevantes desde el punto de vista del tráfico económico jurídico, dejando al margen el Derecho de familia y sucesiones, cuya incidencia en este ámbito es en cualquier caso tangencial⁴⁷⁷. Pero, por otro lado, siempre se ha considerado que las cuestiones vinculadas a la familia y a la herencia, son las que están más ligadas a la idiosincrasia de cada pueblo, a la específica identidad cultural y social de cada ordenamiento jurídico, y por eso en este campo se observan una serie de diferencias a las que los Estados difícilmente están dispuestos a renunciar en tanto que implicaría abandonar la cultura jurídica propia⁴⁷⁸. En definitiva, parafraseando a GARCÍA CANTERO, nos

⁴⁷³ *Caso Konstantinidis*, 30 de marzo de 1993 (TJCE 1993, 38); *Caso Hubbard*, 1 de julio de 1993 (TJCE 1993, 111). Sobre estas sentencias, *vid.*, CÁMARA LAPUENTE, “Hacia un Código civil europeo...”, *op. cit.*, p. 1675, nota a pie de página nº 62.

⁴⁷⁴ Así lo cree, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, *op. cit.*, p. 204, nota a pie de página nº 26.

⁴⁷⁵ *Vid.*, *infra*. 4.2. *La influencia de la Carta de Niza en el Derecho privado europeo de la persona. La inclusión de la Carta en el Proyecto de Constitución.*

⁴⁷⁶ *Vid.*, una enumeración completa de todos los argumentos que se esgrimen para negar la unificación del derecho de sucesiones, en CÁMARA LAPUENTE, “¿Derecho Europeo de Sucesiones” Un apunte”, en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo...op. cit.*, pp. 1185 a 1193.

⁴⁷⁷ Son palabras literales de GARCÍA GARNICA, “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo”...*op. cit.*, p. .

⁴⁷⁸ SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, *op. cit.*, pp. 225 y 226;

encontramos ante el *núcleo duro* de las materias civiles más refractarias a la unificación⁴⁷⁹.

B) Los Principios de Derecho de Familia sobre divorcio y alimentos entre esposos divorciados

Pues bien, aunque a la vista de los hechos expuestos pudiera parecer peregrina la simple idea de unificar el derecho de familia, lo cierto es que se ha señalado que existen una serie de principios o “trazos comunes”⁴⁸⁰ compartidos por los distintos ordenamientos jurídicos europeos sobre la base de un básico marco constitucional de respeto a los derechos humanos⁴⁸¹ - como la admisión del divorcio, la protección de los menores, el reconocimiento progresivo de las parejas de hecho⁴⁸², la igualdad entre los cónyuges y los hijos o, entre otros muchos, el principio de la verdad biológica en la determinación de la filiación⁴⁸³ - que invitan a no descartar *a priori* las posibilidades unificadoras. No en vano, RIEG ha señalado que la armonización del derecho de familia no debería entenderse como un mito ya que “*sur d'innombrables points on pouvait relever une concordance, sinon de solutions, au moins de tendances*”⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ Gabriel GARCÍA CANTERO, “¿Derecho de familia europeo?”, en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado Europeo...op. cit.*, p. 1175.

⁴⁸⁰ Vid., Encarna ROCA I TRÍAS, “Globalización y Derecho de familia. Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2001, 4, pp. 25 a 43.

⁴⁸¹ GARCÍA CANTERO ha señalado que “la proyección de los derechos humanos sobre el grupo familiar está facilitando una parcial, aunque notable, unificación del viejo *Ius Familiae*, eliminando hirientes discriminaciones, contribuyendo así a una modernización generalizada del Derecho de familia, y a su humanización y socialización, GARCÍA CANTERO, “¿Derecho de familia europeo?”, p. 1179.

⁴⁸² Sin embargo, GARCÍA CANTERO (“¿Derecho de familia europeo?”, p. 1182) señala que en este ámbito se está produciendo un notable retroceso unificador, habida cuenta de la ausencia de un consenso generalizado sobre el matrimonio de los homosexuales.

⁴⁸³ Vid., ROCA I TRÍAS, “Globalización y Derecho de familia...”, *op. cit.*, pp. 25 a 43; CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento”, *op. cit.*, p. 77, nota a pie de página nº 104.

⁴⁸⁴ A. RIEG, *L'Harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou réalité? Conflits et harmonisation*, Liber Amicorum A.E. von Overbeck, Fribourg 1990, pp. 473-499. MARTINY se ha referido a la elaboración de un *Restatement of European family law*, Dieter Martiny, “Europäisches Familienrecht - Utopie oder Notwendigkeit?”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1995, vol. 59, nos. 3-4, pp. 419-453.

Incluso, la *Commission on European Family law* (CEFL), con sede en el *Molengraaff Institute for Private Law* (Utrecht)⁴⁸⁵, explora la posibilidad de abordar una unificación mediante la redacción de los *Principios del Derecho Europeo de Familia*⁴⁸⁶, de los cuales ya contamos con una primera versión, limitada a los “Principios de Derecho de Familia sobre Divorcio y alimentos entre esposos divorciados”.

C) Derecho de Sucesiones

Con relación al Derecho sucesorio, no conocemos ningún proyecto parecido, aunque CÁMARA LAPUENTE defiende la posibilidad de regular la figura del ejecutor testamentario ya que, amén de poseer unos rasgos históricos comunes, es un hecho constatado el que en la práctica se ven obligados a intervenir en países distintos al del *de cuius*⁴⁸⁷. También se ha

⁴⁸⁵ Han sido los principales comparatistas holandeses, como HONDIUS o DE GROOT, los que mayor interés y preocupación han mostrado hacia la cuestión de la unificación del derecho de familia. Para una información completa al respecto, *vid.*, Katharina BOELE-WOELKI, “The Road towards a European Family Law”, EJCL, 1.1. November 1997.

⁴⁸⁶ La Comisión permanente de Derecho Europeo de Familia (*Commission on European Family Law - CEFL*) fue creada el 1 de septiembre de 2001. Compuesta por un grupo de unos 25 expertos en materia de Derecho de familia y Derecho comparado (la representación de nuestro país la ostentan Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS y Miquel MARTÍN CASALS), el principal objetivo de la CEFL es impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica relativo a la armonización del Derecho de familia en Europa, buscando el núcleo común para solucionar diversos problemas jurídicos, con la finalidad de formular un conjunto de Principios del Derecho Europeo de Familia que se considera que han de facilitar la armonización del Derecho de familia en Europa. Más concretamente, tales principios podrían desempeñar una triple finalidad: ser fuente de inspiración para los legisladores nacionales e internacionales; operar como derecho aplicable de forma alternativa o subsidiaria en los casos de relaciones legales con elementos extranjeros cuando el derecho nacional indicado por la norma de conflicto no pueda ser determinado por el tribunal competente; finalmente, podría emplearse en las relaciones legales de carácter internacional en vez de recurrir al derecho nacional (BOELE-WOELKI, “The Road towards a European Family Law”, *op. cit.*). La CEFL ha iniciado sus actividades en el campo del Derecho de divorcio (causas de divorcio) y algunos de los efectos jurídicos del divorcio, como la pensión de alimentos entre ex-cónyuges. La segunda cuestión a tratar será la patria potestad. Los primeros resultados fueron presentados en el Congreso Internacional que, bajo el título de “Perspectivas de armonización y unificación del Derecho de familia en Europa, tuvo lugar entre los días 11 a 14 de diciembre de 2002 en Utrecht. Finalmente, desde la comisión se han publicado varios libros relacionados con el Derecho de familia europeo: Katharina BOELE-WOELKI y Angelica FUCHS, *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Katharina BOELE-WOELKI, Bente BRAAT and Ian SUMNER, *European Family Law in Action - Volume I: Grounds for Divorce*, Katharina BOELE-WOELKI, Bente BRAAT and Ian SUMNER *European Family Law in Action - Volume II: Maintenance Between Former Spouses*. Más información al respecto puede encontrarse en, <http://www.law.uu.nl/priv.cefl>.

⁴⁸⁷ CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento”, *op. cit.*, p. 77 y 78. Este autor cree que existen una serie de principios comunes a los

propuesto la aproximación del tratamiento del pasivo hereditario a las reglas de los procedimientos concursales y de los fenómenos colectivos de liquidación⁴⁸⁸. Y, finalmente, SÁNCHEZ LORENZO considera que la Comunidad sí podría adoptar normas relativas al régimen de transmisión y liquidación de las sociedades que pudieran tangencialmente afectar al Derecho sucesorio o de familia⁴⁸⁹.

D) Conclusión

En nuestra opinión, las posibilidades de unificar tanto el derecho de familia como el de sucesiones actualmente son muy remotas⁴⁹⁰. Sin desmerecer en absoluto los esfuerzos doctrinales que se están haciendo al respecto –y que deben continuar-, lo cierto es que en este ámbito las reticencias y los obstáculos son tantos que, con toda seguridad, el papel que habrán de desempeñar los trabajos académicos será marginal y secundario. En este sentido, el camino más realista exige, en el marco ofrecido por los artículos 61 c) y 65 TCE, avanzar hacia la unificación de las normas procedimentales y de

ordenamientos jurídicos europeos: respecto a la sucesión abintestato (regla de la consanguineidad con preferencia de los descendientes y exclusión de los parientes más alejados; equiparación de los descendientes cualquiera que sea la filiación, necesidad de proteger al cónyuge supérstite, con derechos viables) o en relación a la legítima (reducción de los legitimarios, abandono de propiedad o titularidad real sobre los bienes de la herencia”, CÁMARA LAPUENTE, “Hacia un código civil europeo...*op. cit.*, p. 1671. En contra, se ha señalado que existen numerosas diferencias: basta pensar en algo tan básico como los sistemas que consagran el principio absoluto de la libertad de testar frente a los que fundamentan el régimen sucesorio en una sólida defensa de las legítimas, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo, op. cit.*, p. 206.

⁴⁸⁸ A. VERBEKE, Y.H. LELEU, “Harmonisation of the Law of Succession in Europe”, *Towards a European Civil Code...op. cit.*, p. 175; Y.H. LELEU, “Nécessité et moyens d’une harmonisation des règles successorales en Europe”, *ERPL*, 1998, 6, pp. 172 a 174.

⁴⁸⁹ SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo, op. cit.*, pp. 206 y 207.

⁴⁹⁰ *Vid.*, una completa enumeración de los juristas a favor y en contra de la unificación, eb VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil”...*op. cit.*, p. 1614, nota a pie de página nº. 77.

la cooperación judicial en el ámbito del derecho internacional privado⁴⁹¹, algo que parece estar en la agenda de la propia Comisión⁴⁹².

3.5.5. La cuestión del Derecho del consumo europeo

El derecho privado comunitario generado por las instituciones europeas tiene su última razón de ser, especialmente en el ámbito del derecho de la contratación y de las obligaciones, en la protección de los consumidores. Efectivamente, es conocido que el *leit motiv* de la política comunitaria en el campo del derecho civil ha sido la protección del consumidor europeo frente a los empresarios, lo cual ha dado lugar a un Derecho del consumo comunitario nutrido por numerosas directivas que han modificado numerosas instituciones jurídicas nacionales. A todo ello se une el hecho de que la Carta de los derechos fundamentales establece claramente en su artículo 38 que “las políticas de la Unión deben asegurar un alto nivel de protección al consumidor”. Ahora bien, dos cuestiones inquietan seriamente al derecho del consumo comunitario en la actualidad. Primero, ¿cuál es el futuro del derecho del consumo en el marco de una técnica legislativa -las directivas- considerada de forma prácticamente unánime como inapropiada? Y, sobre todo, ¿qué dirección debe tomar el derecho del consumo con relación al proyecto de unificación del derecho privado?

⁴⁹¹ En este sentido, Encarna ROCA señala que es difícil crear un derecho europeo de familia significativo, más allá de las normas procedimentales, como la regulación Bruselas II relativa al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de matrimonio y responsabilidad paterna respecto a los hijos, ROCA, “Codification in Catalonia and in Europe”...*op. cit.*, pp. 349 y 350. *Vid., infra*, 2.3.3. *Derecho internacional privado*.

⁴⁹² Efectivamente, en el calendario de actividades previstas por la Comisión Europea para eliminar los obstáculos creados por las disparidades legales y procesales entre los Estados miembros de 30 de octubre de 2001⁴⁹², la Comisión informa de que se está preparando un estudio preliminar sobre la posibilidad de elaborar un instrumento normativo sobre la ley aplicable al divorcio, sobre la base del cuestionario que el Consejo llevó a cabo en mayo de 2000 y el estudio comparado de la situación legislativa existente al respecto, cuya conclusión está prevista para abril de 2004; y para la misma fecha está preparando un estudio preliminar sobre la jurisdicción y el derecho aplicable al régimen económico matrimonial y las sucesiones. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia» en la UE (II Semestre 2001)*, Bruselas 30 octubre 2001 [COM (2001) 628 final], epígrafe 3º. Sobre dicha comunicación, *vid.*, GARCÍA GARNICA, “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo”, *op. cit.*, .

Las instituciones comunitarias ya han mostrado su preocupación con relación a la primera de las cuestiones planteadas. Efectivamente, la comunicación de la Comisión de 2 de octubre de 2001, titulada *Libro verde sobre protección del consumidor en la Unión Europea*, abrió las puertas a una consulta pública sobre la orientación de la protección del consumidor comunitario⁴⁹³. Por lo que a nosotros interesa en este momento⁴⁹⁴, la Comisión muestra su preocupación por el estado de la legislación comunitaria, y se pregunta en el documento si resulta apropiado o no continuar con la fragmentaria e incompleta técnica de las Directivas, o si por el contrario es el momento de reformar la legislación comunitaria sobre protección del consumidor⁴⁹⁵. Concretamente, se planteó la posibilidad de aprobar una Directiva marco amplia en la que se recogieran los principios generales y comunes sobre prácticas comerciales leales, completada por otras específicas o sectoriales sobre las prácticas comerciales leales entre empresarios y consumidores⁴⁹⁶. Posteriormente, la Comisión publicó el 11 de junio de 2002 una Comunicación titulada “Medidas complementarias al Libro verde sobre protección del consumidor en la Unión Europea”, en la cual, habida cuenta de los resultados de la consulta, se propone elaborar una Directiva marco sobre las prácticas comerciales desleales⁴⁹⁷.

Así pues, se ha optado por empezar a superar el marco fragmentario e incompleto de las directivas sectoriales a través de una directiva marco, que pretende mejorar y coordinar el estado del acervo comunitario sobre consumo. Ahora bien, ¿cuál debe ser la relación de este Derecho del consumo con el

⁴⁹³ COM 2001 531 fin. *Vid.*, PÉREZ CASTILLO, «La política europea de consumidores: entre la revisión de 2001 y la ampliación de la Unión», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 63, 2002, págs. 55 y ss., con cr. pág. 57.

⁴⁹⁴ COM 2002 289 fin.

⁴⁹⁵ Esta preocupación ya se mostraba en el informe de Klaus-Heiner LEHNE, de 6 de marzo de 2001, sobre el acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo.

⁴⁹⁶ El *Libro verde* aborda numerosas cuestiones, como la posibilidad de armonizar la regulación de las técnicas de resolución extrajudicial de conflictos, introduciendo expresamente la posibilidad de la mediación. *Vid.*, con detalle, ALPA, “Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción”, *op. cit.*, pp. 228 y ss.

⁴⁹⁷ Concretamente, la Comunicación de seguimiento del libro verde señala que “una directiva marco debería lograr...una armonización máxima y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y control por el país de origen (principios del mercado interior).

proyecto futuro de Derecho privado (de la contratación) europeo? En principio, se presentan distintas posibilidades:

a) Integrar al Derecho del consumo en el futuro Código europeo de la contratación⁴⁹⁸.

b) Mantener la autonomía absoluta del derecho de consumo mediante la creación de un Código de consumo distinto y separado del Código de Derecho Privado⁴⁹⁹. Esta opción cuenta con poderosas razones a su favor: la reserva de competencia expresa en materia de protección de los consumidores (arts. 153 y 95.3 TCE) facilita la codificación en este sector⁵⁰⁰; es necesario mantener la separación entre las normas imperativas y vinculantes del derecho del consumo y las reglas dispositivas basadas en la autonomía de la voluntad del derecho civil; finalmente, la tarea unificadora es mucho más factible en el derecho del consumo, ya que existe un extenso *acquis communautaire* con el que empezar a trabajar, como lo demuestra la opción de la Comisión por comenzar a crear el “marco común de referencia” partiendo del acervo comunitario. Desde luego, la decisión de la Comunicación de seguimiento al Libro verde sobre protección del consumidor en la Unión Europea de elaborar de una directiva marco sobre las prácticas comerciales desleales parece apuntar en la dirección de separar al derecho del consumo del proyecto general del derecho privado europeo⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ A favor de esta opción, *vid.*, ALPA, “Derecho privado europeo. Bases establecidas y planes de acción”, *op. cit.*, p. 233. CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento”, *op. cit.*, p. 85. E. HONDIUS, “Consumer Law and Private Law-The Case for integration”, en W. HEUSEL (dir.), *New European Contract Law and Consumer Protection- The concepts involved in Community regulations and their consequences for domestic civil law*, ERA, Bundesanzeiger, Köln, 1999, pp. 19 y ss. JOUSTRA, “Consumer Law”, en *Towards a European Civil Code*, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁹⁹ *Vid.*, F. MANIER, *Compilation annotée de droit européen de la consommation*, 31 marzo 1998, http://europa.eu.int/comm/dges/health_consumer/library/pub/pub04_fr.htm.

⁵⁰⁰ *Vid.*, M^a Dolores DÍAZ-AMBRONA, “Derecho de la contratación”, en DÍAZ-AMBRONA-BARDAJÍ, *Derecho civil comunitario...op.cit.*, pp. 130 a 134.

⁵⁰¹ El 7 de mayo de 2002 la Comisión Europea adoptó una nueva estrategia en materia de política de los consumidores, en la que especifica su enfoque político global para el quinquenio 2002-2006. En esta estrategia se establecen tres objetivos fundamentales: 1) Un alto nivel común de protección de los consumidores». Este objetivo se cifra en armonizar, por el medio más apropiado (directivas marco, normas, mejores prácticas, etc.), no sólo la seguridad de los bienes y servicios, sino también los intereses económicos y jurídicos de los consumidores, de modo que puedan efectuar transacciones con la confianza necesaria en cualquier lugar de la UE y por cualquier medio. Las principales iniciativas previstas en pos de este objetivo figuran

c) Su integración parcial, como parte especial o parte social –separada- del futuro código europeo de los contratos.

d) Finalmente, se ha propuesto que el futuro derecho contractual europeo se limite al ámbito exclusivo del derecho del consumo, excluyendo las restantes materias. Efectivamente, SÁNCHEZ LORENZO, alertado por los riesgos de una codificación regional que conduzca a una cierta cantonalización jurídica europea, así como preocupado por la posible superposición de los PECL y los Principios de UNIDROIT⁵⁰², considera que la opción más oportuna para unificar el derecho privado “desde arriba” pasa por la creación de un único Código Europeo del Consumo⁵⁰³.

En nuestra opinión, la opción más adecuada es la primera. Entendemos que, en aras de la consecución de un *corpus* de reglas del derecho de la contratación europeo realmente coherente y sistemático, lo mejor es integrar

en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea y sobre la seguridad de los servicios. 2) Aplicación eficaz de las normas sobre protección de los consumidores». Ninguna ley es buena si no se aplica correctamente. Los consumidores deberían gozar en la práctica de la misma protección en el conjunto de la UE, incluso con más razón cuando se produzca la ampliación. Las acciones prioritarias correspondientes a este objetivo son el desarrollo de un marco de cooperación administrativa entre los Estados miembros y de mecanismos de recurso para los consumidores. 3) «Participación adecuada de las organizaciones de consumidores en las políticas comunitarias» Para que las políticas de protección de los consumidores sean eficaces, los propios consumidores deben tener la posibilidad de participar en el desarrollo de las políticas que les conciernen. Los consumidores y sus representantes deben ser capaces de promover sus intereses en pie de igualdad con las demás partes y contar con los recursos necesarios para ello. Las principales acciones se centran en la revisión de los mecanismos de participación de las organizaciones de consumidores en la formulación de las políticas comunitarias y en la elaboración de proyectos en materia de educación y capacitación. Estos objetivos se realizarán a través de acciones, que se revisarán periódicamente. Los objetivos servirán de orientación permanente, mientras que las acciones podrán adaptarse a los cambios sociales y económicos. Para cada objetivo, la estrategia describe las principales acciones previstas por la Comisión durante el periodo en cuestión. (DOCE C 137 de 2002).

⁵⁰² Son muchos los autores que han puesto de manifiesto su temor en este sentido (H. RAESCHKE-KESSLER, “Should an Arbitrator in an International Arbitration Procedure apply the UNIDROIT Principles?”, en *UNIDROIT Principles...cit.*, pp. 174 y 175; C. KESSEDJIAN, “Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l’Unidroit”, *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 669). Sin embargo, BONELL sostiene que el diferente ámbito de aplicación material y espacial de cada uno de los instrumentos garantiza su coexistencia pacífica en el marco de las relaciones contractuales europeas e internacionales. Concretamente, mientras Principios de UNIDROIT se refieren exclusivamente a los contratos comerciales internacionales, los europeos se aplicarán a todo tipo de contratos, incluyendo las transacciones de carácter nacional y aquellas entre comerciantes y consumidores, M. J. BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”, *Uniform Law Review*, 1996.

⁵⁰³ SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del Derecho contractual europeo”...*op. cit.*, p. 379.

las normas de consumo en el derecho contractual, lo que no excluye, claro está, que haya la necesidad de respetar ciertas reglas imperativas y tuitivas destinadas exclusivamente a proteger a los consumidores. Pero más allá de las especificidades que el régimen de los consumidores exija en cada caso (garantías concretas, período de rescisión *ad nutum*, etc.), entendemos que no tiene ningún sentido la creación de dos cuerpos paralelos de derecho de la contratación, salvo que tengamos la intención de seguir contribuyendo a la peor de las epidemias jurídicas: la inflación legislativa y la inseguridad jurídica⁵⁰⁴. Además, compartimos la visión de CÁMARA LAPUENTE cuando afirma que habría que plantearse muy seriamente la cuestión del ámbito subjetivo en las relaciones contractuales europeas, en el sentido de si el derecho del consumo debe restringirse al consumidor en sentido estricto o si, por el contrario, debería extenderse hasta cubrir a la parte débil de la contratación⁵⁰⁵. No en vano, algunos tribunales europeos han empezado a aplicar la legislación de consumo a los pequeños empresarios o profesionales que asumen en los contratos

⁵⁰⁴ Por ejemplo, nosotros creemos que no tiene sentido que la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, no se haya incorporado al ordenamiento jurídico español a través de una reforma del Código civil, tal y como se ha hecho en Alemania (Ley de 1 de enero de 2002), Austria o Italia (Decreto Legislativo nº 24, de 2 de febrero de 2002, que ha reformado el art. 1519 del *Codice Civile*). Y la razón principal reside en que esta Directiva incorpora un sistema dogmático distinto al del Código civil, en el que la categoría del saneamiento es abandonada a favor de la doctrina de la falta de conformidad y de los remedios jurídicos frente a los mismos, siguiendo la técnica empleada por el Convenio de Viena (*vid.*, con detalle, el magnífico estudio de Antonio Manuel MORALES MORENO, *Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la compraventa*, en *Jornades de Dret Català a Tossa. Segona Ponència. La reforma dels Codis civils en un context d'aproximació europea*, <http://civil.udg.es/tossa/2002/textos/pon/2/amm.htm>). De esta forma, actualmente en el ordenamiento jurídico de nuestro país conviven hasta tres regímenes jurídicos completamente diferentes para abordar el mismo problema jurídico: el del saneamiento por vicios ocultos (1484 y ss. Código civil y art. 342 del Código de comercio), el de la falta de conformidad (Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, y Convenio de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías (arts. 35 y ss. CISG) y, finalmente, la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*, sometida al plazo general de quince años. La situación, para los ojos de una persona ajena al Derecho, seguramente será calificada de absurda.

⁵⁰⁵ CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento", *op. cit.*, pp. 85 y 86. No debe olvidarse que en alguna ocasión se ha identificado al consumidor con la persona que concluye un determinado contrato. Por ejemplo, la Directiva sobre viajes combinados define en su artículo 2. 4) al consumidor como "la persona que compra o se copromete a comprar el viaje combinado".

concluidos una posición muy similar a la de los consumidores en sentido estricto⁵⁰⁶.

Debe señalarse que, de hecho, los PECL pueden aplicarse a los contratos de consumo, al contrario que los Principios de UNIDROIT, los cuales, con la finalidad de excluir de su ámbito de aplicación a las llamadas “operaciones de consumo”, determinan expresamente que “los Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos *mercantiles* internacionales” (Preámbulo). Esta circunstancia hace que existan algunas diferencias puntuales entre el régimen de los Principios de UNIDROIT, creados para regular relaciones económicas que se desenvuelven entre comerciantes en relación de igualdad, y los PECL, que, como indica BONELL, no siempre pueden adoptar incondicionalmente soluciones que presuponen que las partes tienen el mismo poder de negociación⁵⁰⁷. No obstante, los PECL no están pensados para proteger al consumidor⁵⁰⁸, por lo cual, de seguirse la opción propuesta en este primer apartado, debería pensarse en introducir las modificaciones puntuales que en cada caso fueran necesarias para discriminar al consumidor frente a quien no lo es⁵⁰⁹.

3.6. Conclusión: el valor actual de los trabajos de unificación

⁵⁰⁶ Así ha ocurrido en Holanda, Reino Unido, Francia, Alemania y Austria. Da noticia concreta de las sentencias al respecto, JOUSTRA, “Consumer Law”, en *Towards a European Civil Code*, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁰⁷ Por ejemplo, con relación a las *merger clause* o cláusulas de absorción o integración, los Principios de UNIDROIT establecen que un contrato por escrito que contiene una *merger clause* no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores, mientras los PECL supeditan su validez al hecho de que sean individualmente negociadas. Igualmente, la regla de la confirmación por escrito es recogida de forma general en el artículo 2.12 de los Principios de UNIDROIT, mientras que en los PECL se limita al supuesto de relaciones entre profesionales [art. 2:210]. Michael Joachim BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Second Enlarged Edition, Transnational Juris Publication. Inc., Inverton, New York, 1997, p. 95.

⁵⁰⁸ JOUSTRA, “Consumer Law”, en *Towards a European Civil Code*, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁰⁹ En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento”, *op. cit.*, p. 87.

A) El proceso de armonización como referente para la actualización y modernización de la legislación nacional (armonización descentralizada)

Una vez estudiados los distintos trabajos realizados así como los resultados alcanzados, presentados en esa novedosa forma normativa de los “Principios”, únicamente queda formular y contestar la siguiente pregunta: ¿Qué valor (si es que lo tienen) hay que otorgar a esos textos jurídicos? Desde luego, la naturaleza de los mismos no plantea dudas en principio. No son leyes vinculantes e imperativas para sus potenciales destinatarios, y ni siquiera son un modelo oficial a adoptar íntegramente por los legisladores nacionales. No obstante, tal y como se dijo, los principios pretenden extrapolar el modelo de los *American Restatement*, y por ello son una versión modernizada de las reglas destinadas a solventar los problemas que se presentan en los distintos ámbitos de actuación material. Si observamos desde este ángulo a los principios podremos ver cuál es su verdadera importancia: son la expresión más actual del Derecho, y como tal deben servir para modernizar los ordenamientos nacionales, dando lugar de esta forma a un proceso de armonización descentralizada que encuentra su explicación técnica a través de la teoría de los trasplantes legales.

Centrémonos en uno de los campos de armonización más importantes, el Derecho de los contratos. Los distintos textos de *soft law* que se han creado (y siguen creándose) están modificando muy seriamente la configuración teórica del Derecho de los contratos, por lo que surgen por doquier voces, incluso en nuestro país, que reclaman una revisión de nuestro Derecho civil que sea acorde con los nuevos vientos que soplan en el panorama internacional⁵¹⁰. Sin ir más lejos, el Presidente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, el Profesor Luis DÍEZ-PICAZO, ha defendido públicamente la conveniencia de afrontar una seria reforma de la parte general de Obligaciones y Contratos, ya que, en su opinión, el Convenio de Viena, removi6 las plácidas

⁵¹⁰ Antonio Manuel MORALES MORENO, “Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa”, *ADC*, 2003, LVI (IV), Oct-Dec, pp. 1609 a 1651.

aguas de esta parte de nuestro Derecho civil⁵¹¹. Recurramos a algunos ejemplos que nos ayuden a comprender el acertado planteamiento del profesor DÍEZ-PICAZO. Tanto la CISG, como los PECL y los Principios UNIDROIT parten de un concepto general y unitario de incumplimiento de la obligación (*breach – non performance*), asumido expresamente por el BGB en su reformado articulado, que contrasta poderosamente con la confusión que rodea a esta materia en nuestro Código civil. Lo mismo ocurre con otras muchas figuras e instituciones jurídicas, como el sistema de remedios por incumplimiento diseñado por la CISG, el especial régimen de indemnización por daños regulado en los PECL, la cuestión de la excesiva onerosidad sobrevenida tratada por los Principios de UNIDROIT, o, finalmente, la transmisión de los riesgos en la compraventa, entre otras muchas materias. En otras palabras, la estructura dogmática que se encuentra recogida en los códigos decimonónicos está sufriendo los embates de un Derecho de corte internacional caracterizado por su mestizaje jurídico, esto es, por la asunción de figuras e instituciones provenientes de distintos sistemas y ordenamientos jurídicos. Nuestro país, so pena de quedar relegado a un lugar secundario y de ser apartado de la escena internacional, no puede ser ajeno a esta realidad.

Pero las ideas que acabo de expresar en este texto no son exclusivas del que escribe, ni siquiera de un sector concreto de la doctrina jurídica, sino que son compartidas expresamente por el organismo que habría de llevar a cabo las tareas que propongo, la propia Comisión General de Codificación. Efectivamente, los miembros de la sección civil de la Comisión han redactado una propuesta de reelaboración del Código civil en lo atinente a la parte general de obligaciones y contratos bastante innovadora, en la que se abordan cuestiones como la promesa unilateral, el régimen de incumplimiento unificado, la excesiva onerosidad sobrevenida, etc⁵¹². Incluso, también cuenta en estos momentos con un borrador de *anteproyecto de reforma del Código civil en materia de compraventa* que propone una extensa revisión del régimen del

⁵¹¹ Luis DÍEZ-PICAZO, "Reforma de los Códigos y Derecho Europeo", *ADC*, 2003, pp. 1565 a 1574.

⁵¹² Silvia DÍAZ ALABART, "La recodificación en España: un futuro incierto", en Guido ALPA, Emilio Nicola BUCCINO (dirs.), *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 183 y ss.

contrato príncipe y protagonista del tráfico económico que sigue la línea de los textos internacionales citados anteriormente. En definitiva, también en España se ha sentido la necesidad de reformar el Código civil con la finalidad de adaptarlo a los nuevos vientos que corren en Europa y en el mundo, y eso sólo puede hacerse a través de los textos de soft law que hemos estudiado.

B) El ejemplo de la reforma del BGB en materia de Derecho de contratos y obligaciones

El 1 de enero de 2002 entró en vigor en Alemania la “Ley de modernización del Derecho de obligaciones”. La citada ley constituyó una enorme sorpresa, pues el venerado BGB, expresión sublime de la más depurada dogmática conceptual, se sometía a una reforma muy considerable cuya finalidad era fundamentalmente la de adaptarlo al nuevo curso de los tiempos. Sin embargo, lo que más llamó la atención en aquél momento fue el hecho de que el legislador alemán hubiese mirado principalmente al “exterior” para acometer su ingente tarea codificadora, pretendiendo acercar el Derecho civil alemán al desarrollo internacional del Derecho contemporáneo, manifestado a través del Convenio de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, y los Principios LANDO de Derecho Europeo de los Contratos. Efectivamente, por un lado la ley de reforma introduce en el Código civil alemán las categorías e instituciones jurídicas creadas por el Derecho comunitario primario, esto es, las Directivas que principalmente en materia de consumo habían sido dictadas desde Bruselas. De esta forma, se optó por la llamada “gran solución” (*große Lösung*), en otras palabras, por la incorporación de la disciplina normativa de las Directivas a la estructura del BGB, con la finalidad de garantizar en todo caso la armonía y coherencia interna del sistema. Pero, por otro lado, los redactores aprovecharon la ocasión de la reforma abierta para incorporar al BGB algunas figuras que habían sido desarrolladas jurisprudencialmente (como por ejemplo, la *culpa in contrahendo* o la desaparición de la base del negocio jurídico) y modernizar amplios sectores

del Derecho civil alemán, como la “prescripción”, “la alteración de la prestación” o “el régimen general del incumplimiento y el sistema de remedios”.

De esta forma, el país teutón se adelanta al hasta ahora lento curso de los acontecimientos y da el primer paso hacia la unificación normativa. Porque precisamente aquí está el centro neurálgico de la cuestión: mediante este proceder, es decir, reformando la legislación nacional, se coadyuva a la unificación material de forma indirecta. En otras palabras, contemplamos un proceso de armonización descentralizada en el que la unificación no surge de un núcleo de poder, sino de unos institutos y grupos académicos que han propuesto soluciones útiles y modernas que ha acabado siendo acogidas por los legisladores nacionales. Esta nueva versión de la teoría de los legal transplants de WATSON, es probablemente la vía para la unificación que más posibilidades de éxito tenga entre todas las propuestas.

3.6. Epílogo: La necesidad de alcanzar la unificación jurisprudencial

El gran iuscomparatista italiano Gino GORLA señalaba que la alternativa entre “unificación legislativa” y “unificación jurisprudencial” del Derecho de los Estados constituye un modo impropio de presentar el problema, porque el tener textos comunes o similares resuelve sólo en parte, y habitualmente sólo en una pequeña parte, el problema de la unificación⁵¹³. La unificación legislativa puede ser el primer paso hacia la unificación del Derecho, pero su consecución completa exige que los operadores jurídicos implicados en su aplicación interpreten al texto común finalmente alcanzado de manera uniforme⁵¹⁴.

⁵¹³ Han caído las ilusiones iluminísticas y decimonónicas sobre la virtud unificadora de las codificaciones y de las legislaciones en general, así como sobre su presunta *completezza*, en el sentido de que las soluciones de casi todos los casos sean inmanentes y deducibles de las leyes: “L’esperienza ha pur dimostrato come sia più difficile avere un diritto uniforme fra Stati sulla base di testi di legge o di codici simili”, Gino GORLA, “Unificazione “legislativa” e unificazione “giurisprudenziale”. L’esperienza del diritto comune”, *Estratto da Il Foro Italiano*. Vol C-Fasc.4. 1977, pp. 2 y 3.

⁵¹⁴ “Un Código, en este sistema, es solamente un esqueleto. Necesita la jurisprudencia para ponerle la carne”, Beverly M. CARL, “Contratos Internacionales: la compraventa de mercaderías entre empresas de países con distintos sistemas jurídicos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, 1989, N° 72, p. 325. no en vano, la propia Convención de Viena establece en su artículo 7 que “*En la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.*”

Traemos las palabras del egregio maestro italiano para, a modo de epílogo, señalar que la unificación del derecho privado en Europa no finalizará con la redacción de un *corpus* de reglas uniformes, aunque, evidentemente, se habrá puesto la primera y más básica de las piedras. Una vez superada la compleja fase de la creación del texto común, habrá que enfrentarse a la necesidad de armonizar y coordinar en la medida de lo posible la interpretación llevada a cabo por los jueces y tribunales nacionales. De todos es sabido que las amplias posibilidades que otorgan las herramientas hermenéuticas nacionales pueden ocasionar disfunciones interpretativas interestatales que, es obvio señalarlo, atentarían directamente contra el objetivo comunitario de lograr la unificación en el seno de la Unión Europea. Si cada juez o tribunal decide mantener sus propios criterios interpretativos y buscar la solución que en cada caso le sea más familiar a su propia definición (*homeward trend*)⁵¹⁵, los esfuerzos unificadores pueden verse dramáticamente frustrados⁵¹⁶. En definitiva, si se quiere lograr que la unificación no sea “una tela de Penélope que los juristas tejen de día y los pueblos destejen de noche”⁵¹⁷, será necesario en su momento aportar todos los medios y soluciones que sean necesario para impedir la discordancia aplicativa.

Para resolver satisfactoriamente este escollo en el proceso de unificación hay varias alternativas. La más radical, asegura BONELL, es otorgar competencia a un tribunal internacional para que decida de forma preliminar las

⁵¹⁵ La doctrina norteamericana denomina con la expresión *Homeward Trend* a la tendencia natural que tienen los juristas a interpretar y aplicar los instrumentos legislativos internacionales de acuerdo con sus propios ordenamientos jurídicos, en favor de la *lex fori*. Sobre esta cuestión, vinculada a la aplicación de la CISG, *vid.*, en general, John HONNOLD, “The Sales Convention in action- Uniform International Words: Uniform Application”, *Journal of Law & Commerce*, 1988, pp. 208 y ss. Timothy N. TUGGEY, “The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Will a Homeward Trend Emerge?”, *Texas International Law Journal*, 1986, p. 542

⁵¹⁶ “Si los Tribunales nacionales siguen aferrados a sus líneas tradicionales de interpretación y aplicación del Derecho, la aproximación entre los ordenamientos puede quedar en un plano meramente teórico”, ARROYO I AMAYUELAS/VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, *op. cit.*, .

⁵¹⁷ Citado por GARCÍA GARNICA, “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo”, *op. cit.*

cuestiones interpretativas del derecho uniforme⁵¹⁸. Si se carece de una estructura jurisdiccional de apoyo, hay otras opciones, como el dictamen vinculante de los servicios jurídicos del organismo del que dimana el texto uniforme, o acudir a una organización internacional especializada en la materia⁵¹⁹.

La respuesta conjunta de las comisiones LANDO/VON BAR ya muestra su preocupación al respecto, y, tras destacar la insuficiencia de la cuestión prejudicial ante el TJCE (art. 177 TCE), señala que “es necesario crear una estructura judicial nueva, que no haga ilusoria la aplicación de un texto legal uniforme de eficacia vinculante”⁵²⁰. Por eso, cuando llegue el momento habrá que afrontar una reforma procesal que permita que, por ejemplo, que el TJCE haga las veces de un Tribunal Supremo nacional⁵²¹, velando por la interpretación homogénea de la normativa uniforme⁵²². De momento, sólo contamos con la aprobación del Parlamento Europeo en septiembre de 2003 de una “Red de perfeccionamiento profesional para jueces y magistrados”, como vía de formación complementaria, en la que estará comprendido el Derecho civil sustantivo⁵²³.

⁵¹⁸ *Vid.*, Michael Joachim BONELL, “Comparazione giuridica e unificazione del diritto”, en G. ALPA, M.J. BONELL, LD. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma, 1999, p. 12.

⁵¹⁹ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, “Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados”, en *La unificación jurídica europea...op. cit.*, p. 32.

⁵²⁰ En la respuesta se sugiere la creación de Tribunales Europeos de Apelación subordinados al TJCE, *Joint Response, LANDO/VON BAR*, párr. 97-98.

⁵²¹ Se ha señalado que la aplicación de un código europeo de los contratos y de las obligaciones “non potrebbe non essere accompagnata dall’istituzione di un’ unica corte suprema”, Maria Letizia RUFFINI GANDOLFI, “Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1991, p. 687.

⁵²² En nuestra doctrina esta idea de convertir al TJCE en el supremo intérprete del futuro derecho uniforme goza de numerosos apoyos: CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa”..., *op. cit.*, p. 94; GARCÍA GARNICA, “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo”, *op. cit.*; PLAZA PENADÉS, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, *op. cit.*, pp. 316 y 318; VAQUER ALOY, “La vocación europea del Derecho civil...”, *op. cit.*, pp. 1608 y 1613. No obstante, SÁNCHEZ LORENZO afirma que “el riesgo de interpretaciones divergentes no puede resolverse mediante el recurso a un órgano judicial como el TJCE, haciendo las veces de intérprete supremo”, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...op. cit.*, p. 262.

⁵²³ Resolución citada por, CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa”..., *op. cit.*, p. 94, nota a pie de página nº. 180.

Por otro lado, entendemos que debería construirse una red sólida de recopilación, sistematización y difusión internacional de las sentencias europeas, mediante la creación de bases de datos específicas fácilmente accesibles a través de Internet que permitan a cualquier juez o tribunal que tenga que aplicar un precepto del futuro código de la contratación poder conocer cómo lo han interpretado en otros países. En este sentido, sería altamente recomendable imitar los ingentes esfuerzos realizados por difundir la jurisprudencia aplicativa de la CISG, no sólo por parte de UNCITRAL mediante el sistema *CLOUT*⁵²⁴, sino incluso por numerosas instituciones y universidades, siendo especialmente destacables *UNILEX*, desarrollado por el *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero* bajo la dirección de BONELL⁵²⁵, o la *CISG Data Base*, de la *Pace Law School*⁵²⁶ (ambas bases de datos contienen también jurisprudencia sobre los Principios de UNIDROIT). En la actualidad, la difusión y el acceso a la copiosa jurisprudencia existente sobre el Convenio de Viena goza de un éxito sin precedentes en la historia de la unificación del derecho material⁵²⁷.

No obstante, hay que decir que LANDO parece no ser partícipe de la extendida preocupación sobre la aplicación uniforme del futuro derecho europeo, ya que, en su opinión, el hecho de que los jueces posean en Europa una ideología común, unida a la amplia experiencia del TJCE, “it likely that the courts in Europe will give a unified European contract law a uniform application”⁵²⁸.

III. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO PRIVADO

⁵²⁴ CLOUT es el acrónimo de *Case Law on Uncitral Text*, y fue creado en la 21 sesión de UNCITRAL, en 1988, <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>

⁵²⁵ *UNILEX on CISG and UNIDROIT Principles*, <http://www.unilex.info/>

⁵²⁶ <http://www.cisg.law.pace.edu/> UNIDROIT también publica en la *Uniform Law Review* una recopilación de las sentencias que aplican cualquiera de las convenciones de derecho uniforme tanto material como conflictual.

⁵²⁷ *Vid.*, Michael Joachim BONELL, “Comparazione giuridica e unificazione del diritto”, en G. ALPA, M.J. BONELL, LD. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma, 1999, p. 12.

⁵²⁸ LANDO, *Some features of the Law of Contract in the Third Millennium...op. cit.*, p. 358.

1. La globalización y el derecho uniforme

El neologismo “globalización” ha pasado en un relativamente escaso período de tiempo a inundar completamente todos los ámbitos de nuestra sociedad, el económico, el cultural, el político, el social y, por supuesto, el jurídico⁵²⁹. Debe reconocerse que la globalización del tráfico económico, que pasa a mundializarse y a desconocer las fronteras, tiene que conducir necesariamente a una cierta globalización del derecho, especialmente en las materias que son más cercanas y elementales para las operaciones transfronterizas, como los contratos y las obligaciones.

Efectivamente, el comercio internacional ha experimentado un notable crecimiento, provocado por el espectacular desarrollo de los sistemas de comunicación, por la perfección e incremento de los medios de transporte, por la paulatina supresión de las barreras jurídicas y políticas, así como por la urgente necesidad de superar las fronteras nacionales como única forma de garantizar el progreso y desarrollo⁵³⁰. Ahora bien, los intercambios transnacionales precisan de instrumentos jurídicos capaces de dotar de seguridad a las distintas operaciones, ya que, como indica GALGANO, la ausencia de certeza, “se revela como un obstáculo en las relaciones económicas”⁵³¹.

⁵²⁹ Con relación a la influencia de la globalización en el Derecho, *vid.*, Jürgen BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en *Legal Aspects of Globalization. Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Jürgen BASEDOW, T. KONO (ed.), Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000; Alfonso Luis CALVO-CARAVACA y Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, COLEX, 2003; Francesco GALGANO, *El gobierno en la sociedad global*, Acto Solemne de Investidura como Doctor Honoris Causa del Prof. Dr. D. Francesco Galgano, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, pp. 17 a 22.

⁵³⁰ “La “gran depresión”, afirma GALGANO, había mostrado en el último cuarto de siglo que el ritmo de acumulación de capital estaba destinado a decrecer si no se extendía el campo de las inversiones, si no se expandían los mercados. La política económica que hizo superar esta crisis fue la expansión imperialista, la conquista de nuevos mercados, el incesante aumento de las inversiones en el extranjero. Francesco GALGANO, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 47; *Vid.*, Alejandro M. GARRO, “The Gap-Filling role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: some comments on the interplay between the Principles and the CISG”, *Tulane Law Review*, 1995, p. 1149.

⁵³¹ Francesco GALGANO, “Il diritto uniforme: la vendita internazionale”, en Francesco GALGANO & Franco FERRARI (ed.), *Atlante di Diritto Privato Comparato*, Zanichelli. Bologna. 1999, 3ª edición, p. 211. Ciertamente, no es una casualidad que a finales del siglo pasado, cuando el comercio transfronterizo experimenta un notable desarrollo, surgiera la necesidad de proceder a una unificación del Derecho de la venta internacional. Tal y como ha señalado BONELL, la manifiesta insuficiencia de los tradicionales sistemas legales de cada nación

Así pues, la “aldea global” de los comerciantes necesita soluciones globales, precisa de instrumentos jurídicos compartidos que eliminen los obstáculos técnicos que todavía se interponen al proceso de mundialización de las relaciones empresariales y mercantiles. En consecuencia, el papel del Derecho uniforme debe verse revitalizado en estos tiempos⁵³², ya que, según palabras del conocido comparatista italiano BONELL, es una técnica que pretende superar las diferencias existentes entre las distintas experiencias jurídicas nacionales, proponiendo una normativa común destinada a resolver las cuestiones que forman su objeto de una manera sustancialmente igual⁵³³.

Pero es más, no puede obviarse el hecho de que la globalización influye de manera directa en la forma de concebir y estructurar las soluciones del propio derecho. Así, RIEDE sostiene que la evolución del derecho de los contratos en los últimos años sólo puede ser contemplada a la luz de un proceso de expansión e internalización del comercio y de la economía: por ejemplo, debido al crecimiento de las relaciones comerciales ha aparecido el fenómeno de la contratación en masa y se han desarrollado nuevas categorías contractuales destinadas a sectores específicos, como los contratos al consumo⁵³⁴, o el *leasing* y el *factoring*, añadimos nosotros. En definitiva, la globalización exige un derecho uniforme que, además, se adapte a sus propias necesidades, lo que provoca la aparición de numerosas soluciones novedosas y desconocidas para los ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales, en numerosas ocasiones, acaban adoptándolas.

2. La unificación del derecho conflictual

respecto a las nuevas exigencias económico-jurídicas que, a partir de esa época, empiezan a manifestarse en la realidad del tráfico internacional desarrollado entre los países europeos y Norteamérica, con un volumen hasta entonces desconocido de intercambios, revela la inmediata necesidad de una *regolamentazione universalmente uniforme* (Michael Joachim BONELL, *Le Regole Oggettive del Commercio Internazionale. Clausole Tipiche e Condizioni Generali*, Giuffrè Editore, Milano, 1976, pp. 4-5.)

⁵³² Vid., BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”...*op. cit.*, p. 7.

⁵³³ Vid., BONELL, “Comparazione giuridica e unificazione del diritto”, en *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma, 1999, pp. 3 y 4.

⁵³⁴ Kristina RIEDE, “The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint”, *ERPL*, 2000, pg. 77.

La forma más elemental y básica para empezar a dotar de cierta certidumbre a las relaciones supranacionales es la de recurrir a la unificación de las normas de derecho internacional privado. Estas normas tienen por finalidad determinar cuál es el ordenamiento jurídico que debe regular una determinada relación de carácter internacional, pero, al ser diferentes en cada Estado, conducen a soluciones muy dispares, por lo que la conclusión de convenios internacionales destinados a unificar normas de conflicto es una vía adecuada para insuflar de seguridad jurídica a este tipo de relaciones jurídicas.

Puede decirse que desde que ASSER propusiera la unificación del derecho conflictual en 1880⁵³⁵, el balance de la actividad desarrollada es más que favorable y positivo. Efectivamente, son muy numerosos los convenios suscritos y ratificados por los Estados, tanto a nivel mundial como regional, y sobre las más variadas materias de derecho privado, como el matrimonio, el divorcio⁵³⁶, los contratos y las obligaciones⁵³⁷ y la ejecución de sentencias civiles⁵³⁸. Tal proliferación de convenios tiene una fácil explicación: es mucho más sencillo unificar normas de conflicto que normas materiales, ya sea por razones técnicas o políticas. Sin embargo, la solución de unificar el derecho internacional privado es notoriamente insuficiente, pues, en cualquier caso, las normas de conflicto ordenarán la aplicación de un ordenamiento jurídico local que, normalmente, será insatisfactorio para abordar con éxito los peculiares problemas que se plantean en las transacciones internacionales⁵³⁹. Por ello, no

⁵³⁵ T.M.C. ASSER, "Droit international privé et droit uniforme", *RDILC*, 1880, pp. 3 a 22.

⁵³⁶ No en vano, la actividad unificadora más remota en el tiempo puede encontrarse en estas materias: Convención de la Haya de 1902 sobre normas de conflicto en materia de matrimonio; Convención de la Haya de 1902 sobre normas de conflicto en materia de divorcio y separación personal

⁵³⁷ Convención de la Haya de 1955 sobre ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías; Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980.

⁵³⁸ Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia mercantil civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968; Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de 16 de septiembre de 1988.

⁵³⁹ *Vid.*, estas ideas desarrolladas con mayor detalle, *supra*, 3.2.2. *Argumentos a favor: razones políticas, económicas, jurídicas e históricas.*

es ni siquiera extraño que los propios expertos en derecho internacional privado reconozcan que el método conflictual ha mostrado su ineficacia⁵⁴⁰.

3. La unificación del derecho material.

3.1. UNCITRAL y la unificación del Derecho privado

La unificación del derecho material esquivó y supera con creces las descritas aporías del método conflictual. Efectivamente, la creación de reglas uniformes de derecho sustantivo directamente aplicables a las relaciones jurídicas sometidas a su ámbito de aplicación (tanto internas⁵⁴¹ como internacionales), acaba definitivamente con la incertidumbre que generan las normas de derecho internacional privado, pues cualquier sujeto involucrado en una operación regulada por el texto uniforme podrá conocer *ab initio* cuál es la norma jurídica aplicable. Además, dicha regla, al ser creada con la intención de responder a las específicas situaciones jurídicas transfronterizas, será la más apropiada para resolver el problema planteado.

3.2. La CISG como derecho de la contratación internacional

La vía más adecuada para conseguir el fin de la unificación es la celebración de Convenciones internacionales que, desde que son aprobadas y ratificadas por los Estados, pasan a convertirse en legislación interna inmediatamente aplicable. Ahora bien, las dificultades que presenta esta técnica son por todos conocidas, en cuanto resulta muy complejo reunir a representantes de todas las naciones del mundo para que alcancen un acuerdo sobre todo un conjunto de normas que, en las operaciones descritas, sustituirán a sus ordenamientos locales. De hecho, prácticamente todas las convenciones se cuentan por fracasos, con la excepción de la Convención de

⁵⁴⁰ En este sentido, *vid.*, FERNÁNDEZ ROZAS, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado" *...op. cit.*, p. 36; CAMPUZANO DÍAZ, "El derecho contractual europeo en el marco de la globalización", *op. cit.*, p. 74.

⁵⁴¹ Aunque no es lo habitual, algunos textos uniformes se aplican incluso a las relaciones internas. El ejemplo clásico lo encontramos en la Ley Uniforme sobre la Letra de cambio, aprobada en la Convención de Ginebra de 1930, e incorporada en nuestra Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque.

Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, convertida en la bandera más brillante de la tarea de UNCITRAL⁵⁴². La CISG está en vigor en 62 Estados, incluyendo prácticamente todos los de la Unión Europea y las mayores potencias económicas del mundo, como los Estados Unidos y China. La Convención de Viena es la ley aplicable a la mayoría de las transacciones que se registran en el mundo, y goza de una aplicación sin precedentes, como lo demuestran las centenares de sentencias que los jueces y tribunales emiten en todas las naciones⁵⁴³. Ahora bien, no debe ignorarse que el camino recorrido hasta alcanzar este resultado ha sido muy largo y tortuoso, pues los trabajos para la unificación de la compraventa empezaron hace muchos años, por iniciativa de RABEL en 1929⁵⁴⁴, y encontraron fracasos sonados, como las Leyes Uniformes de la Haya de 1964 creadas en el seno UNIDROIT. En cualquier caso, el texto de la CISG reúne un mérito incontestable, pues supo aunar a la vez tradiciones jurídicas tan diferentes como la del *civil law* y el *common law*, la de los países en vías de desarrollo y los desarrollados (Norte-Sur), e incluso la de los países socialistas con los de economía de mercado (Este-Oeste). No en vano, la adecuación de sus soluciones a los problemas contemporáneos, la calidad técnica de algunas de sus categorías técnicas (p.

⁵⁴² Entre las convenciones auspiciadas por UNCITRAL, pueden destacarse la Convención de Nueva York de 14 de julio de 1974, sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, Convención de Hamburgo de 31 de marzo de 1978 sobre el transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo), [Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente \(Nueva York, 1995\)](#) Y [Convención de la Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2001](#) (<http://www.uncitral.org/sp-index.htm>). En el seno de UNIDROIT también se han redactado numerosas textos posteriormente adoptados en Convenciones, como el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo 2001), la Convención sobre la agencia en la compraventa internacional (Ginebra, 1983), Convención sobre el *factoring* internacional (Ottawa 1988) y la Convención sobre el *leasing* internacional (Ottawa 1988), entre otras muchas (tales convenciones son accesible en la web de UNIDROIT, <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-main.htm>).

⁵⁴³ Unas 1100 sentencias se recogen en la base de datos de la *Pace University*, de las cuales 27 son de tribunales españoles, <http://www.cisg.law.pace.edu/>

⁵⁴⁴ Ernst RABEL redactó en primer lugar un informe publicado en 1929 con el título de “*Informe sobre el Derecho comparado en materia de venta*” y, en la siguiente sesión del Consejo Directivo de UNIDROIT, presentó un informe bajo el título de “*Observaciones sobre la utilidad de la unificación del derecho de la venta desde el punto de vista de las necesidades del comercio internacional*”, el cual pretendía responder a las críticas formuladas sobre la conveniencia de la creación de una ley uniforme. En relación a las cuestiones históricas ligadas al proceso de unificación recomendamos especialmente la lectura del completo estudio realizado por, Gonzalo PARRA-ARANGUREN, “Legislación Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* (Caracas), 1986, pp. 9 a 89.

ej, la falta de conformidad o la transmisión del riesgo), y el hecho de ser la expresión neutral de una voluntad compartida, la han convertido en un instrumento de cierto “culto jurídico” entre los comparatistas, en modelo para la modernización de las legislaciones nacionales, y en herramienta de cabecera para la redacción de dos de los textos más modernos de la contratación internacional: los Principios de UNIDROIT⁵⁴⁵ y los PECL⁵⁴⁶. Así, no es de extrañar que algún autor se pregunte directamente si la Convención de Viena no podría adaptarse directamente como el Derecho interno que regule la Compraventa en Europa⁵⁴⁷.

Hay otras técnicas legislativas destinadas a la unificación material bastantes más flexibles que las convenciones, como las leyes-modelo⁵⁴⁸, las guías jurídicas⁵⁴⁹, las disposiciones modelo o las recomendaciones⁵⁵⁰. No obstante, su valor como instrumento unificador es muy limitado y en cualquier caso inferior al de las convenciones internacionales, ya que al ser documentos simplemente dispositivos y orientativos para los Estados, si éstos no hacen nada al respecto, con el tiempo acaban abandonándose en el cajón del olvido jurídico.

⁵⁴⁵ Según BONELL, fueron precisamente los méritos y defectos de la Convención de Viena los que empujaron a UNIDROIT a embarcarse en el ambicioso proyecto de los Principios: por un lado, si no hubiera sido por la aceptación global del Convenio, cualquier intento de redactar normas generales sobre los contratos comerciales internacionales hubiera sido impensable; por otro lado, el convencimiento de que la Convención era lo máximo que podía alcanzarse a nivel legislativo supranacional impulsó al Instituto a abandonar la idea de crear un nuevo instrumento normativo vinculante y, en su lugar, a tomar otro camino en su proyecto, M. J. BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG - Alternatives or Complementary Instruments?*, Uniform Law Review, 1996-1, p. 29; *idem*, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?”, *Tulane Law Review*, 1995, p. 1130.

⁵⁴⁶ La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo reconoce que la norma más importante de Derecho material a nivel internacional es la CISG (p. 8, parágrafos 18 a 20).

⁵⁴⁷ Franco FERRARI, “European Sales and International Sales Law: Can They Coincide?”, en, *Towards a European Civil Code...op. cit.*, pp. 363 a 370.

⁵⁴⁸ Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de junio de 1985; Ley modelo sobre Transferencias internacionales de crédito de 15 de mayo de 1985; Ley modelo sobre comercio electrónico de 1996; [Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno](#) (1997); Ley modelo sobre la firma electrónica de 2001.

⁵⁴⁹ [Guía Jurídica de UNCITRAL sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional \(1992\)](#).

⁵⁵⁰ Por ejemplo, Recomendación de UNCITRAL sobre el Valor Jurídico de los Registros Computadorizados (1985). Con relación a estas técnicas legislativas, *vid.*, OLIVENCIA RUIZ, “UNCITRAL: Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI”...*op. cit.*, pp. 19 a 21.

3.3. La Convención de Naciones Unidas sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

4. La nueva *lex mercatoria*

4.1. Los Principios de los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT como expresión de la *nueva lex mercatoria*

Los tiempos actuales han visto renacer a la olvidada *Lex Mercatoria*⁵⁵¹. Al igual que el *ius mercatorum* nacido en la Italia bajomedieval, la llamada Nueva *Lex Mercatoria* no es más que el derecho de la *societas mercatorum*, surgido al margen del Estado a través de los usos comerciales, de los formularios, de las cláusulas modelo, de los contratos tipo y de las condiciones generales de la contratación de las grandes compañías internacionales⁵⁵². Los operadores del comercio, amparándose en la extensión de la autonomía de la voluntad reconocida por todos los ordenamientos jurídicos nacionales⁵⁵³, han creado un propio cuerpo de normas para resolver las cuestiones que las leyes nacionales, anquilosadas y cristalizadas en categorías caducas e inadaptadas a los nuevos tiempos, eran incapaces de resolver. Surge así un derecho dispositivo, no vinculante (*soft law*) y universal, al que los contratantes se

⁵⁵¹ Vid., Fabrizio MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, CEDAM, Milano, 2003.

⁵⁵² Vid., Clive M. SCHMITTHOFF, "The Unification or Harmonisation of Law By Means of Standard Contracts and General Conditions", en *Clive M. Schmitthoff's Select Essays...op. cit.*, pp. 188 y ss.

⁵⁵³ En este sentido, Clive M. SCHMITTHOFF, "The Law of International Trade", en *Clive M. Schmitthoff's Select Essays...op. cit.*, p. 223.

acogen de forma voluntaria por su idoneidad para responder a los problemas que presenta el comercio internacional. Incluso, la *lex mercatoria* cuenta con su propia *curiae mercatorum*, las cortes y cámaras de arbitraje internacional⁵⁵⁴, que aplican e interpretan las reglas jurídicas de los mercaderes del siglo XXI, formando un cuerpo de *regulae iuris* que los operadores económicos se ven inducidos a observar en la previsión de que, en caso de controversia, serán aplicadas a sus relaciones comerciales⁵⁵⁵.

Ahora bien, a esta *lex mercatoria* siempre se han achacado una serie de defectos, como su carácter unilateral⁵⁵⁶, su aplicabilidad puramente voluntaria⁵⁵⁷, o la limitación de su ámbito, que impiden que pueda llegar a ser considerada como un auténtico sistema de Derecho⁵⁵⁸, capaz de otorgar seguridad y una respuesta adecuada y completa a todos los problemas del

⁵⁵⁴ Por ejemplo, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, creada en 1923, que es una de las instituciones de arbitraje internacional más antiguas e importantes del mundo. En relación a su labor y a la consideración técnica de sus decisiones, *vid.*, Yves DERAÏNS, “La Jurisprudence Arbitrale de la CCI en Matière de Vente Internationale: Experience et Perspectives”, en, *La Vendita Internazionale...* cit., pp. 343 y 344. Para una información completa sobre este órgano, *vid.*, *Guide to ICC Arbitration*, ICC Publishing S.A., París, 1994.

⁵⁵⁵ GALGANO, *El gobierno en la sociedad global...op. cit.*, p. 20.

⁵⁵⁶ Instrumentos habitualmente usados en el comercio internacional, como los contratos tipos, los formularios o las condiciones generales, han sido creados por asociaciones empresariales o círculos de intereses económicos de los países industrializados para regular determinadas áreas del comercio internacional. Por eso, afirma BONELL, presentan un carácter unilateral, además de estar inevitablemente influidos por los conceptos jurídicos de sus respectivos países de origen, BONELL, “I Principi Unidroit dei contratti Commerciali...” cit., pp. 11-12. Son ilustrativos de esta unilateralidad los contratos tipo de la *London Corn Trade Association*, de la *Incorporated Oil Seed Association*, de la *Cocoa Association of London Ltd.*, de la *London Cattle Food Trade Association*, de la *Associazione Granaria di Milano*, de la *Associazione dei commercianti di cereali e semi di Genova*, etc... *Vid.*, Jose M^a. GONDRA, “Condiciones generales de la contratación y protección de la parte “más débil” en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo URÍA*, Civitas, Madrid, 1978, p. 234.

⁵⁵⁷ Por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, en un informe presentado ante UNCITRAL sobre los motivos que impedían un uso global y extendido de los INCOTERMS, indicaba que “ los obstáculos más importantes que impiden una aplicación más amplia de los Incoterms...son los de naturaleza judicial. Puesto que los Incoterms no emanan de la autoridad legislativa de ningún Estado, carecen de fuerza de “ley” y por ello, de acuerdo con cualquier clásica teoría de las obligaciones, no serán aplicados por los tribunales a menos que las partes, expresa o implícitamente, los hayan incorporado en sus contratos”, *Vid.*, M.J. BONELL, “The relevance of courses of dealing, usages and customs in the interpretation of International Commercial Contracts”, *off print from, New Directions in International Trade Law*, Volume I, 1977, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, p. 3.

⁵⁵⁸ *Vid.*, Riccardo LUZZATTO, “Vendita (diritto internazionale privato)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, XLVI-1996.

comercio internacional⁵⁵⁹. Pues bien, estas aporías parecen poder franquearse en la actualidad, ya que la Nueva *lex mercatoria*, afirma GALGANO⁵⁶⁰, cuenta con una codificación propia, los “Principios de los contratos comerciales internacionales” elaborados por UNIDROIT⁵⁶¹, los cuales, en palabras de ZIEGEL, “coronan casi 70 años de esfuerzos en la construcción de los cimientos sólidos de una moderna *lex mercatoria* de la comunidad internacional de comerciantes”⁵⁶². Los Principios, publicados por primera vez en junio de 1994⁵⁶³, persiguen convertirse en un “Código General aplicable a todos los

⁵⁵⁹ El Profesor Ernst RABEL informó en 1930 a un grupo de abogados reunidos en Madrid de la tarea que estaba llevando a cabo el Instituto para la Unificación del Derecho Privado. En el curso de la Conferencia, el Maestro alemán destacó al fenómeno de los contratos típicos y de los formularios de la contratación (concretamente se refirió a los sesenta y seis formularios de la “London Corn Trade Association”) como algo “muy notable” pero, a continuación, quiso destacar la “infinidad de lagunas” que todas estas cláusulas tienen, “especialmente en cuanto a los peligros menos frecuentes que amenazan la entrega de la mercancía”. Además, continuaba, existen algunas materias que pueden arreglarse únicamente por las leyes, como la transmisión de la propiedad en los derechos continentales, la formalidad y la perfección de los contratos, la prescripción; y otras no pueden ser regladas en fondo por las partes, como tampoco las consecuencias que tiene la falta de cumplimiento de las obligaciones”, Ernst RABEL, “La unificación del derecho de venta de mercancías”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 80, 1931, Tomo 159, p. 472.

⁵⁶⁰ GALGANO, *ult. op. cit.*, p. 18. *Vid.*, Klaus Peter BERGER, “The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new *lex mercatoria*”, *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 153 a 170.

⁵⁶¹ *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* UNIDROIT. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 1995. En nuestra doctrina jurídica ya existen unos comentarios, *vid.*, MORÁN BOVIO (ed.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

⁵⁶² Jacob S. ZIEGEL, “The UNIDROIT Principles, CISG and National Law”, en *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un Derecho Común de los Contratos para las Américas?. Actas del Congreso Interamericano. Hacia un nuevo régimen para la contratación mercantil internacional: Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Valencia, Venezuela, 6-9 Noviembre 1996, UNIDROIT, Roma, 1998, p. 221; BARON también entiende que en los Principios concurren todas las circunstancias para considerarlos como a *true law merchant*, esto es, como una nueva *lex mercatoria*, Gesa BARON, “Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new *lex mercatoria*?”, (*Pace essay submission*), June 1998, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>.

⁵⁶³ A pesar que ha pasado muy poco tiempo desde que los Principios se publicaron por vez primera, actualmente se está preparando en el seno de UNIDROIT una segunda edición en la que se podrían incluir nuevas materias objeto de regulación, como la agencia, la compensación, la prescripción extintiva, cesión de créditos, contrato a favor de tercero, *actio quanti minoris*, obligaciones condicionales y la renuncia. Para una información completa sobre la dirección y el sentido de dichos trabajos, *vid.*, M. J. BONELL, “The UNIDROIT Principles: What Next?”, *Uniform Law Review*, 1998-2/3, pp. 275 a 286; igualmente, BONELL, *An International Restatement of Contract Law...op. cit.*, pp. 254 a 266.

contratos mercantiles internacionales”⁵⁶⁴, y para ello regulan de forma coherente y sistemática, partiendo de los mimbres básicos que ofrece la CISG⁵⁶⁵, numerosas cuestiones relativas a la contratación internacional, como la formación del contrato (Capítulo II), la validez (Cap. III), la interpretación (Cap. IV), el contenido (Cap. V), el cumplimiento (Cap. VI) y, finalmente, el incumplimiento contractual (Cap. VII).

La estructura y técnica empleada en la los Principios es muy similar a la de los *Restatements of Laws*⁵⁶⁶, y en la redacción de sus reglas se ha adoptado el *better law approach*, esto es, la búsqueda de las soluciones que mejor se adapten a las condiciones, requisitos y exigencias especiales del comercio internacional⁵⁶⁷. Los Principios se apoyan en una serie de pilares básicos, como la libertad contractual (art. 1.1 y 1.5), el *favor contractus*⁵⁶⁸, el reconocimiento explícito de los usos comerciales como fuente de integración del contenido contractual (art. 1.8), o la necesidad de observar la buena fe y la lealtad en las relaciones internacionales (art. 1.7).

⁵⁶⁴ Ma del Pilar PERALES VISCASILLAS, “El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los Principios de UNIDROIT”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1997, pp. 221 a 297 (<http://www.cisg.law.pace.edu>).

⁵⁶⁵ No obstante, algunas soluciones discrepan con las de la CISG. Por ejemplo, el artículo 28 de la Convención reconoce la discrecionalidad de los tribunales a la hora de aplicar el *specific performance*, mientras que los Principios establecen que los tribunales deben ordenar la ejecución en forma específica, salvo que concurra alguna de las excepciones que establece el artículo 7.2.2: cuando la prestación sea jurídica o físicamente imposible, cuando sea irracionalmente onerosa o cara.

⁵⁶⁶ En este sentido, *vid.*, Adolfo DI MAJO, “I “Principles” dei Contratti Commerciali Internazionali tra civil law e common law”, *Rivista di Diritto Civile*, 1995, p. 613; Catherine KESSEDJIAN, “Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l’Unidroit”, *Revue critique de droit international privé*, 1995, pp. 644 a 647

⁵⁶⁷ HYLAND afirma que los Principios de UNIDROIT, hasta la fecha, representan la descripción más precisa del consenso internacional sobre las normas que mejor se adaptan al comercio transfronterizo, Richard HYLAND, “On Setting Forth the Law of Contract: A foreword”, *American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 542.

⁵⁶⁸ Los Principios de UNIDROIT siguen una política de protección y conservación del contrato, restringiendo el número de supuesto que dan lugar a la invalidez del contrato. El *favor contractus* sale a la luz en las disposiciones relativas a formación del contrato, como la “aceptación modificada” (art. 2.11), la “confirmación por escrito” (art. 2.12), los “contratos con términos abiertos” (art. 2.14) o la batalla de los formularios (art. 2.22), así como en otras materias, como la imposibilidad inicial (art. 3.3), la excesiva desproporción (art. 3.10) o la excesiva onerosidad sobrevenida (arts. 6.2.1 a 6.2.3.).

Al ser un texto de *soft law*, es evidente que los Principios de UNIDROIT carecen de fuerza obligatoria *ex proprio vigore*⁵⁶⁹, siendo aplicables únicamente cuando las partes, en el ejercicio de su autonomía de voluntad negocial, decidan expresamente someter su contrato a los mismos⁵⁷⁰, o cuando acepten que su contrato sea regulado por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria*, u otra fórmula similar⁵⁷¹. No obstante, se advierten síntomas inequívocos de que los Principios están disfrutando de un cierto grado de aplicación práctica en sus escasos años de vida, como el hecho de que haya

⁵⁶⁹ El Consejo Directivo de UNIDROIT declaró en junio de 1993 que los Principios, en cuanto opinión de un grupo selecto de eminentes juristas, podían asimilarse a cualquier trabajo científico carente de fuerza obligatoria *ex proprio vigore*. En relación a esta cuestión, *vid.*, especialmente, Gonzalo PARRA-ARANGUREN, "Aspectos de Derecho Internacional Privado de los Principios para los contratos mercantiles internacionales elaborados por el UNIDROIT", *Revista de la Facultad de ciencias Jurídicas y Políticas*, 1994, p. 177.

⁵⁷⁰ Preámbulo: *Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones*. Los comentarios que acompañan la redacción de los Principios establecen que la eventual referencia voluntaria a éstos debe acompañarse de una cláusula expresa de arbitraje, ya que la validez de la elección de la Ley aplicable depende de su aceptación por las normas de Derecho internacional privado de la *Lex fori* y, normalmente, la admisión de la autonomía de la voluntad suele encontrarse restringida a la selección del Derecho de un Estado concreto. Por el contrario, los árbitros no se encuentran necesariamente vinculados a una legislación nacional, ya sea porque han sido autorizados a decidir como *amiable compositeurs*, *ex aequo et bono*, o porque las tendencias más recientes del derecho del arbitraje permiten la elección de normas distintas de las estrictamente nacionales en sede arbitral (art. 28.1. de la *Ley Uniforme sobre Arbitraje Comercial Internacional* aprobada en 1985 por UNCITRAL; art. 42.1. de la *Convención de 1965 para la Solución de las Controversias sobre Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*), (*vid.*, Hans VAN HOUTTE, "The UNIDROIT Principles as Guide to Drafting Contracts", en *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, International Chamber of Commerce, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1995).

⁵⁷¹ Preámbulo: *Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los "principios generales del derecho", la "lex mercatoria" o expresiones semejantes*. Ahora bien, dos grandes cuestiones pueden plantearse en este caso: por un lado, señala DROBNIG que el principal problema que surge es el de la propia validez de una cláusula en virtud de la cual las partes deciden someter su contrato a la *lex mercatoria*. Según el citado autor, en ninguno de los tres países de habla germánica (Alemania, Austria y Suiza) puede encontrarse un precedente que confirme la validez de dicha cláusula y, además, la mayoría de la doctrina niega la validez de tal elección del derecho aplicable (Ulrich DROBNIG, "The Use of UNIDROIT Principles by National and Supranational Courts", en *UNIDROIT Principles*, *op. cit.*, p. 226). No obstante, FERRARI señala que aun cuando tales cláusulas han sido consideradas durante mucho tiempo como inválidas, parece que en la actualidad se está consolidando una seria tendencia en sentido contrario, reconocida por diferentes laudos arbitrales, decisiones judiciales e incluso por legislaciones nacionales, como en Holanda o Francia (Franco FERRARI, "Defining the Sphere of Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Tulane Law Review*, 1995, pp. 1230 y 1231); por otro lado, los Tribunales suelen considerar que la sumisión de un contrato a la *lex mercatoria* o a los *principios generales del derecho* es excesivamente vaga e impide identificar de forma precisa un conjunto de reglas relevantes y específicas que pertenezcan a eso que se conoce como *lex mercatoria* (Alexandre S. KOMAROV, "Remarks on the Applications of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in International Commercial Arbitration", en *UNIDROIT Principles...op. cit.*, p. 160).

habido numerosas decisiones, especialmente arbitrales aunque también algunas judiciales, que acuden a los Principios de UNIDROIT para resolver los conflictos planteados en la contratación transfronteriza⁵⁷². Además, los Principios se emplean como una guía en las negociaciones contractuales⁵⁷³, e incluso constituyen una importante fuente de inspiración de las más recientes codificaciones y proyectos de modificación de la legislación nacional⁵⁷⁴.

Por otro lado, hay que decir que los PECL, en palabras de LANDO y BEALE, son una expresión de la “European *Lex Mercatoria*”⁵⁷⁵. No es una casualidad que el artículo 1:101. 3 (a) determine que los Principios se aplicarán cuando las partes hayan convenido que el contrato sea regulado por la *lex mercatoria*, aclarando el comentario oficial que la imprecisión del contenido de la *lex mercatoria* se supera si los jueces y los árbitros deciden aplicar las reglas claras y seguras de los PECL. Esta circunstancia ha levantado las voces de alarma, que advierten sobre la esquizofrenia jurídica que para los árbitros implica la existencia de dos *leges mercatoriae* paralelas y muy similares. Contratantes y árbitros, se afirma, se encontrarán con dos instrumentos equivalentes que compiten entre sí, y la necesidad de elegir se presenta como un “escenario de pesadilla”⁵⁷⁶. Incluso, en nuestro país SÁNCHEZ LORENZO propone suprimir la duplicidad de regímenes a favor de los Principios de UNIDROIT, restringiendo los PECL al ámbito del Derecho del consumo europeo. No obstante, otros autores, como BONELL, creen que tales temores

⁵⁷² UNILEX ofrece hasta 85 decisiones que aplican los Principios de UNIDROIT, de ellas 69 corresponden a laudos arbitrales dictados por los más variados órganos arbitrales, destacando especialmente la *ICC Internacional Court of Arbitration*.

⁵⁷³ *Vid.*, BONELL, *An International Restatement of Contract Law...op. cit.*, p. 238.

⁵⁷⁴ Tanto es así que los Principios, encontrándose en estado de mero borrador, ya influyeron en el Código Civil holandés y en Código Civil de Québec. Posteriormente, ha influido en la redacción del nuevo Código Civil de la Federación Rusa y en la Ley de Modernización del derecho de obligaciones de Alemania. También está influyendo en la preparación de otras reformas en países como Estonia, Lituania, Escocia, República Checa, Túnez, Argentina, etc. Incluso, los proyectos de reforma del artículo 2 del UCC norteamericano han tenido en cuenta algunos aspectos de los Principios, como el relativo a la *battle of forma, merger clause*, etc... Con relación a estas cuestiones, *vid.*, con detalle, BONELL, *ult. op. cit.*, pp. 235 a 238.

⁵⁷⁵ LANDO/BEALE, *Introduction..op. cit.*, p. XX.

⁵⁷⁶ H. RAESCHKE-KESSLER, “Should an Arbitrator in an International Arbitration Procedure apply the UNIDROIT Principles?”, en *UNIDROIT Principles...cit.*, pp. 174 y 175; igualmente, C. KESSEDJIAN, “Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l'Unidroit”, *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 669.

carecen de fundamento, ya que el distinto origen y ámbito de aplicación de los instrumentos impide la concurrencia⁵⁷⁷.

4.2. La discontinuidad histórica del Derecho civil y la *nueva lex mercatoria*

El modelo de *soft law* propio de la *lex mercatoria* goza de un cada vez mayor predicamento y acogida en nuestra sociedad, ya que la globalización, en cuanto implica la superación de los Estados nacionales y el protagonismo de las grandes empresas, sintoniza bien con la elaboración de disposiciones extraestatales con un pretendido carácter mundial⁵⁷⁸. Además, su flexibilidad, libertad y neutralidad política están favoreciendo su rápido desarrollo y expansión.

Ahora bien, las soluciones que estos *Restatements* o cuerpos de principios jurídicos de los comerciantes del siglo XXI proponen están poco a poco influyendo en los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin ánimo de ser repetitivos, ya hemos visto como la Ley de Modernización en materia de obligaciones del monumento de la codificación que constituye el BGB ha tenido en cuenta a los tres pilares de la moderna *lex mercatoria*: la CISG, los PECL y los Principios de UNIDROIT. El Código civil holandés tiene significativas influencias de éstos últimos, y los PECL, como es sobradamente sabido, han recibido una poderosa influencia de aquél, que viene siendo considerado como un código moderno y adaptado a las nuevas necesidades del tráfico mercantil⁵⁷⁹. En nuestro país la Comisión General de Codificación trabaja desde hace tiempo en una reforma de nuestro derecho de obligaciones y contratos, cuya finalidad última es adaptarlo a los instrumentos que hemos citado. Y a mayor abundamiento, puede llegar incluso el día en que contemos

⁵⁷⁷ Michael Joachim BONELL, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", *Uniform Law Review*, 1996, pp. 229 a 246.

⁵⁷⁸ CAMPUZANO DÍAZ, "El derecho contractual europeo en el marco de la globalización", *op. cit.*, p. 76.

⁵⁷⁹ *Vid.*, Danny BUSCH, Ewoud H. HONDIUS, Hugo J. Van KOOTEN, Harriet N. SCHELHAAS, Wendy M. SCHRAMA, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Ars Aequi Libri, Nijmegen & Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002.

con un Código Europeo de los contratos que no sea más que una expresión de la *lex mercatoria europea*.

Por todo ello, entiendo que asistimos a un nuevo episodio del fenómeno anteriormente descrito de la “discontinuidad histórica del Derecho civil”. Efectivamente, el Derecho civil ha sido considerado, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, como un derecho antiguo y conservador por su escasa adaptabilidad a las nuevas necesidades del tráfico mercantil, y, frente a ello, los operadores comerciales reaccionaron creando su propio cuerpo de usos, modelos y cláusulas, que finalmente han sido sistematizadas y dotadas de coherencia en los Principios de UNIDROIT y los PECL. Pues bien, ahora es el momento en que el Derecho civil comienza a incorporar las nuevas reglas de la práctica comercial en cuanto que éstas se han convertido en principios generales de Derecho. El Derecho civil, en cuanto derecho común, se nutre de las soluciones consolidadas en el mundo de los intercambios comerciales, y progresivamente las va incorporando a su sistema. En definitiva, tal y como en su día señaló ASCARELLI, el Derecho especial muere en el momento de su mayor triunfo, esto es, cuando los principios jurídicos por él elaborados ingresan en el Derecho común⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ ASCARELLI, “La funzione del diritto speciale e la trasformazione del diritto commerciale”, *Riv. Dir. Comm*, 1934, I, p. 5.

