

# EL HIPOTÉTICO «CÓDIGO CIVIL EUROPEO»: ¿POR QUÉ, CÓMO Y CUÁNDO? (\*)

Sergio Cámara Lapuente

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CÓMO ELABORAR EL CÓDIGO CIVIL EUROPEO: OPCIONES METODOLÓGICAS ESENCIALES: 1. *Ámbito objetivo: materias para la armonización del Derecho Privado Europeo.* 2. *Reglas imperativas versus reglas dispositivas.* 3. *¿Códigos civiles nacionales como modelos o búsqueda de principios comunes?* 4. *Ámbito espacial: ¿aplicación del Código/Principios sólo a relaciones jurídicas transfronterizas o también a las domésticas?* 5. *Derecho del consumo: ¿dentro, fuera, o dentro pero aparte? Problemas de integración de las reglas de protección del consumidor.*—III. ¿CUÁNDO Y POR QUÉ VÍA APROBAR UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO?

## I. Planteamiento

A estas alturas, en que el tema de la armonización del Derecho privado europeo ha generado un intenso debate en los últimos años, plasmado en una ingente bibliografía (fuera de nuestras fronteras), que está creciendo exponencialmente a raíz de la Comunicación de la Comisión Europea sobre Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001 (1), la réplica de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, y el «plan de acción» de la Comisión de 12 de febrero de 2003 (2), resulta pertinente recordar las enseñanzas de Theodor VIEHWEG en su iluminador libro *Tópica y Jurisprudencia*. Los temas propios de este ámbito constituyen ya auténticos tópicos, *topoi* en el sentido aristotélico; esto es, en palabras del jurista alemán, «puntos de vista directivos que retornan continuamente, temas fijos» que no sólo ayudan a entender el Derecho privado, sino que ayudan a construirlo (3). Así, para poner cierto coto y orden en este debate, he creído conveniente elaborar un elenco de tópicos por los que esta exposición debía transitar.

Los *topoi* fundamentales son tres y, a su vez, admiten división en varios subtópicos. Ante la armonización del Derecho contractual europeo y ante un hipotético Código civil europeo debe pensarse en tres cuestiones: *por*

---

(\*) Este ensayo tiene su origen en una conferencia que el autor impartió en la Academia de Derecho Europeo de Trier [«Europäische Rechtsacademie (ERA)»], en las jornadas sobre «European Contract Law» celebradas el 14 y 15 de marzo de 2002. De ahí que se mantenga cierto tono discursivo y argumentativo, al servicio de una aportación más reflexiva que descriptiva.

(1) COM (2001) 398 final.

(2) Respectivamente, COM (2001) 398—C5-0471/2001— 2001/2187 (COS). COM (2003) 68 final.

(3) VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-PICAZO, Madrid, 1964, reimpr. 1986, pg. 60.

*qué, cómo y cuándo*. Dedicaré mi atención, por razones de espacio y de preferencias, a las dos últimas, pues acaso sea conveniente alterar el orden habitual de estas tres cuestiones. En vez de pronunciarse antes acerca de si se estima oportuno o no un Código o unos Principios, y después examinar cómo se han de elaborar tales textos, quizás sea más productivo analizar cómo sería el diseño de ese cuerpo de reglas, para después afirmar con más conciencia si se quiere o no tal producto.

En el *porqué* se comprenderían varios subtópicos, como (a) los pros y contras de la armonización del Derecho contractual, (b) el papel del Derecho internacional privado en esta empresa, (c) la capacidad del mercado para conseguir por sí mismo una «armonización negativa», sin intervención positiva de los legisladores (y la insuficiencia de este sistema ultraliberal), (d) la estructura y funciones de la organización judicial para hacer frente a este proceso y (e) muy especialmente, la delicada y capital cuestión de la competencia de la Unión Europea para la armonización del Derecho privado europeo, al faltar una competencia expresa para ello.

En este último punto, y tras el aviso que ha supuesto el «caso de la publicidad del Tabaco», en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE, 5 octubre 2000), se ha comprobado la precariedad del fundamento competencial para adoptar una armonización a mayor escala del Derecho contractual y, más aún de otros aspectos del Derecho privado ligados a él. Quizás un *status* aproximado de la doctrina sobre el tópico de la competencia podría ser la habilitación para tomar medidas en esta materia en virtud de los artículos 94 ó 95 del Tratado de la Comunidad Europea (4), con respeto al principio de subsidiariedad, sólo si se demuestra que tal medida elimina obstáculos a la libertad de movimientos de bienes y servicios y a la libre competencia. De ahí la ansiedad lógica de la Comisión Europea por buscar datos cualitativos y cuantitativos para justificar la armonización del Derecho contractual, fomentando las consultas y los Libros Verdes, como consecuencia del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, adjunto al Tratado de Roma por el Tratado de Amsterdam (en vigor desde mayo 1999). Por otra parte, doctrinalmente parecen descartarse como soluciones oportunas las de los artículos 65 y 308 del Tratado de la Comunidad Europea, basadas en el voto unánime del Consejo, por su carácter demasiado residual como para tomar una medida tan importante (5).

(4) BASEDOW, J., *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, «ERPL», 2001-1, pgs. 43-47; ID., traducido en ALPA, G., BUCCICO, E. N. (coords.), *Il codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2001, pgs. 179-185; TILMANN, W., VAN GERVEN, W., *The competence of the EU to create a uniform European law of obligations and property and the potential legal bases*, en EU Parliament Working Paper

«The private law systems in the EU: Discrimination on grounds of nationality and the need for a european civil code», *Juri* 103 en, Luxemburg, 1999, pp. 183-203. Sobre las dudas en torno a esa competencia, SCHMID, C. U., *Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs*, «JZ», 2001, pg. 676.

(5) LEIBLE, S., *Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht*

En cuanto a las ventajas e inconvenientes de la armonización, sin ningún ánimo de reproducir la polémica, sino sólo de resumir a grandes trazos la cuestión, para centrarme en los aspectos que anuncié, puede decirse lo siguiente. Los principales argumentos en contra (6) de un Derecho de obligaciones uniforme son, entre otros: (a) La ausencia de conceptos y técnicas comunes aplicables a los problemas jurídicos, por efecto de las tradiciones aisladas de varios siglos. (b) La diversidad de mentalidades jurídicas y culturales, especialmente notoria entre el *Civil Law* y el *Common Law*. (c) La necesidad de respetar el pluralismo, afirmando que la base del concepto cultural de Europa está en la diversidad (social, lingüística, cultural y legal). (d) El insuficiente número de las transacciones transfronterizas. (e) La pérdida de ventajas que podría suponer la «competición entre ordenamientos jurídicos».

Además de la réplica a cada uno de estos argumentos, los defensores de la armonización basan su idea, sobre todo, (a) en su necesidad para conseguir los fines del mercado interior. Sobre todo, porque múltiples ejemplos demuestran que la diferencia entre las normas nacionales en materia de Derecho contractual supone un obstáculo cierto al libre movimiento de bienes: reduce la disposición a realizar negocios transfronterizos, supone un enorme coste de transacción el averiguar el sistema legal de la otra parte contratante (especialmente en pequeñas y medianas empresas, que renuncian a realizar contratos transnacionales) y no permite realizar una estrategia uniforme de ventas (7). Y también se alega que (b) normalmente la unión monetaria y aduanera suelen acabar conduciendo a un Código uniforme de obligaciones, como demuestra notoriamente el ejemplo de Suiza (y otros, históricamente: la unificación a través del Código en Francia, Alemania, Austria o Italia) (8); el euro y la implantación del comercio electrónico acelerarán, pues, ese proceso. También resulta atendible, entre muchas otras, (c) la idea de la coherencia interna y el carácter sistemático que una tal armonización podría producir en relación con la tarea de los jueces en la aplicación del derecho.

La auténtica y única cuestión para la posible aprobación de un Código

---

*Startschuss für die Schaffung eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs* [Response to the Communication of the Commission of 11-7-2001; todas las respuestas, «responses», así citadas en adelante, en el sitio web <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract-law/comments/index-n.html>], pg. 18; también publicado en «Europäisches Wirtschafts-und Steuerrecht», 2001-10, pgs. 471-481; EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP (ECLG), *Response to the Communication on European Contract Law*, (ECLG/343/2001), pg. 4.

(6) Principalmente, *vid.* LEGRAND, P., *Against a European Civil Code*, «The Modern Law Review», 60, 1997, pgs. 44-63. Para la

réplica, entre otros, ZENO-ZENCOVICH, V., *The «European Civil Code», European legal traditions and neo-positivism*, «ERPL», 1998-4, pgs. 349-362; WATSON, A., *Legal Transplants and European Private Law*, «EJCL», 2000-4.4 (<http://law.kub.nl/ejcl/44/art44-2.html>).

(7) Con numerosos detalles y ejemplos, COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, *Joint Response to the Communication on European Contract Law*, §§ 11-28, pgs. 6-17.

(8) LANDO, O., *The rules of European Contract Law*, en «EU Parliament Working Paper...», pg. 125.

civil europeo parece ubicarse en la prueba de su necesidad, a través de unos datos que, por el momento, no se poseen (¿cuántas transacciones han dejado de realizarse debido a la disparidad entre dos ordenamientos nacionales? La contestación requiere una prueba negativa inviable, que las respuestas a la Comunicación de la Comisión de julio de 2001 tampoco han aportado). En definitiva, ¿es necesario un código único, la diversidad legal causa perjuicios a los contratantes (sobre todo a las empresas y profesionales, que son quienes ocupan a las claras el mayor volumen de negocios transfronterizos), o sólo existe un interés universitario en el proyecto, para recuperar la comunidad académica su influjo y posición respecto a la creación del Derecho? (9). Las instituciones europeas se mueven en sentido favorable a estudiar a fondo la posibilidad de una armonización del Derecho privado europeo: el Parlamento, tras sus resoluciones de 1989 y 1994 ha adoptado otra más decidida en 2001, con un calendario de actuaciones, y la Comisión propone cuatro alternativas (dejar hacer al mercado, aprobar unos principios no vinculantes, mejorar la legislación existente, o aprobar un instrumento legislativo exhaustivo) (10), en una consulta que abocará a finales de 2002 en un Libro Verde o Blanco sobre esta materia. En cambio, entre las 160 respuestas a la consulta de la Comisión en forma de Comunicación y en otras manifestaciones públicas, existe un cierto clima en las empresas desfavorable a una tal armonización, al manifestar su innecesariedad para los fines del mercado interior. Esta realidad no puede ser ignorada, aunque por ahora puede encubrir cierta distorsión al pronunciarse sobre el tema más bien empresas poderosas, y no tanto los pequeños comercios y profesionales. Pero volvamos al tópico central que me gustaría tratar en esta exposición.

(9) Esto último es puesto de relieve por WILHELMSSON, T., *Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?*, «ERPL», 2002, 1, pgs. 78 y 83-84. También se hace esa crítica por algunos profesionales de la Justicia en sus respuestas a la Comunicación de la Comisión (*vid.* en el documento de la Comisión Europea *Respuestas a la Comunicación sobre Derecho contractual europeo*, [pg. 15] que resume esas aportaciones, disponible desde marzo de 2002 en <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developements/contract-law/index-n.html>)

(10) En la doctrina española, entre los escasos trabajos que han abordado estas cuestiones, puede verse CÁMARA LAPUENTE, S., *Hacia un Código civil europeo. ¿Realidad o quimera?*, «La Ley», número 4748, 5-3-1999, pgs. 1-6; «La Ley», 1999-2,

pgs. 1668-1676. Sobre la incidencia de la Resolución del Parlamento en el proceso, ARROYO AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., *Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo*, «La Ley», número 5482, 14-2-2002, pgs. 1-6. Una contribución muy valiosa, con completísima bibliografía, en ARROYO AMAYUELAS, E., *Estudio preliminar: las perspectivas de un Derecho privado europeo*, en SCHULZE, R., ZIMMERMANN, R., *Textos Básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pgs. 17-66. Por lo demás, mis consideraciones sobre la Comunicación de la Comisión pueden leerse en el *Response* (de 14-10-2001) ubicado, junto al resto de respuestas, en el servidor citado en la nota anterior. Y, recientemente, *in extenso vid.* CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003.

## II. Cómo elaborar el Código Civil Europeo: opciones metodológicas esenciales

Como recientemente ha dicho el profesor Claude WITZ, tomando prestadas las palabras de René DAVID, el problema no está en saber si la unificación del Derecho contractual se hará en Europa, sino en saber cómo se hará (11). Por eso, y teniendo en cuenta que el problema de la futura aprobación de un Código civil europeo es más un problema político que jurídico, que requiere también un importante debate social, a continuación enunciaré los principales *topoi* relativos a la forma de obtener y estructurar las reglas de ese texto legal. Los tópicos son exactamente los mismos para la obtención de un *Restatement*, de un conjunto de «Principios» o de un auténtico Código, aprobado por Directiva o por Reglamento. Por tanto, constituyen un *prius* a la ulterior cuestión, tratada después, sobre los posibles medios para aprobar un «Código» (nunca entendido como un instrumento del siglo XIX).

### 1. Ámbito objetivo: materias para la armonización del Derecho Privado Europeo

Hasta hoy, la actividad legislativa comunitaria se ha centrado, de acuerdo con los límites competenciales, a las relaciones o contratos de consumo, a través de las conocidas Directivas sobre protección del consumidor. Pero las materias ya armonizadas en el campo del Derecho privado son más amplias: así, el Derecho de la competencia, el Derecho societario, el Derecho laboral, o el Derecho de propiedad intelectual. Y algunos de esos campos tienen un claro impacto en la libertad contractual, como ocurre con la restricción de esta libertad para suprimir actividades contra la libre competencia (12). También hay que tener en cuenta que unas escasas parcelas, unas pequeñas «islas» o «puertos seguros» (13), han sido ya construidas en el *acquis communautaire*, con incidencia directa en el genuino Derecho de obligaciones y contratos, como (14) el valor intracomunitario de las pruebas, los actos del agente comercial, el transporte aéreo (*overbooking* y responsabilidad por accidentes), o la morosidad en las transacciones comerciales (15).

(11) WITZ, C., *Rapport de synthèse*, en JAMIN, C., MAZEAUD, D., *L'Harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, Paris, 2001, pg. 168.

(12) WEATHERILL, S., *The European Commission's Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality*, «Journal of Consumer Policy», 2001-24, pg. 344.

(13) LEHNE, K.-H., *Report on the approximation of the civil and commercial law of the Member States*, for the Committee on Legal

Affairs and the Internal Market, EU Parliament, Doc. A5-0384/2001 final, 6 noviembre 2001, pg. 11.

(14) *Vid.* REMIEN, O., *Verbraucherrecht oder allgemeines Privatrecht für die Europäische Union?*, en SCHULTE-NÖLKE, H., SCHULZE, R. (coords.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pg. 110 (y allí, bibliografía sobre estas materias).

(15) Directiva 2000/35/EC (29-6-2000). También, sobre los sistemas de pago, la

Queda por determinar qué otras materias deben ser sometidas a armonización de cara a un futuro Código civil europeo. Sin duda, es necesario establecer un grupo amplio de reglas sobre el Derecho de obligaciones, que sirvan como principios generales para las concretas relaciones contractuales. En este sentido, las tres partes ya publicadas de los «Principios de Derecho Contractual Europeo» (PECL) son sintomáticas y bien trazadas. Igualmente, en la delimitación de este ámbito material, las disposiciones del «Código europeo de contratos» de la Academia de Pavía son indicativas; es decir, formación del contrato, contenido, interpretación, efectos, ejecución, inexecución, cesión y extinción del contrato y de las obligaciones, entre otras. La coherencia de estas reglas, no obstante, pelagra si no se definen también las normas de las obligaciones no contractuales (*enriquecimiento injusto* y *negotiorum gestio*), que desempeñan un papel fundamental en cualesquiera negocios, tanto internos como transfronterizos. E igualmente, resulta inexcusable el tratamiento del *derecho de daños* («torts»), no sólo daños «vinculados a contratos» y no sólo «en la medida en que ya formen parte de la normativa comunitaria existente», como la Comunicación de la Comisión, en cambio, sugiere; en este sentido, debe esclarecerse el principio de cumulatividad de la responsabilidad contractual y extracontractual o su contrario, donde se demuestra la interrelación e inescindibilidad de ambos campos.

Además de esta parte general del Derecho de obligaciones, en la que hasta ahora se han centrado los diversos grupos europeos de trabajo, para la obtención del mercado interior es también necesaria la armonización de los contratos singulares; muestra de esta necesidad es que varios convenios internacionales han fijado su objeto precisamente en contratos como la compraventa, transporte, *factoring* o *leasing*. Por supuesto, resulta prioritario trabajar a fondo en unas reglas uniformes sobre *compraventa* (a partir de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, y la cercana Directiva 1999/44/EC sobre compraventa de bienes de consumo). Pero también deben elaborarse reglas uniformes sobre otros contratos, exista o no ya Derecho positivo comunitario sobre ellos. Los «equipos de trabajo» constituidos dentro del Grupo de Estudio sobre un Código civil europeo, dirigido por von Bar, se insertan en esta acertada perspectiva: así, los contratos de servicios (donde deberían incluirse los servicios financieros, que hasta ahora se han resistido en buena medida a las Directivas), fianzas y garantías crediticias, seguros (una de las materias más necesitadas de armonización) (16), contratos mercantiles de larga duración o tracto sucesivo (agencia, distribución y franquicia) y préstamo (17).

Directiva 97/5/EC (27-1-1997) sobre transferencias transfronterizas, o la Directiva 98/26/EC (18-5-1998) sobre firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores.

(16) Así lo entienden numerosas respuestas a la Comunicación de la Comisión

(citadas en el documento *Respuestas...*, cit., páginas que siguen), como la del Gobierno finlandés (pgs. 5, 19, 23), Asociaciones de profesionales de servicios financieros (pg. 7), Gobierno austríaco (pg. 19), diversos profesores (pg. 9), etc.

(17) COMMISSION/STUDY GROUP, *Joint*

Conviene llamar la atención en el interés que, a estos efectos, presentan los contratos de arrendamiento y uso de bienes muebles (18), debido a su claro impacto en las relaciones negociales transfronterizas, tanto en negocios comerciales como en contratos celebrados con consumidores; piénsese por ejemplo en el extendido contrato de «renting» celebrado entre empresas o en el habitual «rent-a-car» realizado por ciudadanos de un estado miembro en sus viajes en otro estado de la Unión Europea. El carácter normalmente *atípico* de estos contratos en bastantes Códigos civiles nacionales (que se centran sólo en el arrendamiento de inmuebles) no debe ser un obstáculo para extraer una regulación basada en las prácticas habituales comunes en el sector. Este ejemplo también permite extraer una enseñanza mayor: *la compartimentación de la doctrina y la legislación nacional respecto a lo que constituye Derecho mercantil y lo que es Derecho civil debería ser superada en un buen número de instituciones* que deberían incluirse en el futuro Código civil europeo. Buen ejemplo de ello puede ser el régimen de cuatro figuras próximas dentro del gestión de bienes y negocios, que, en mi opinión, deberían ser reguladas una junto a otra en un mismo cuerpo legal: representación, mandato, comisión y agencia. Así se hizo ya en el Código civil italiano de 1942 (arts. 1703-1753) o en el holandés de 1992 (19) y lo acaba de hacer, por ejemplo, el Código civil brasileño, aprobado el 10 enero 2002 (20). Los principios comunes que nutren este tipo de instituciones y la coherencia de las reglas adoptables aconsejan este tratamiento de conjunto (21).

Por razones obvias de conexión de materias, el Código civil europeo o los Principios de Derecho privado no deberían regular tan sólo el Derecho de obligaciones y contratos, sino también el Derecho patrimonial, al menos en algunas áreas importantes. En efecto, ¿de qué serviría regular la compraventa si no se expresa también el régimen de transmisión de la propiedad sobre los bienes adquiridos? Existen, además, muchas instituciones jurídicas que participan a la vez de reglas propias del Derecho contractual y del Derecho de propiedad, o que según los sistemas legales son incluidas en uno o en otro campo. Pongamos dos ejemplos, que no son casos aislados:

*Response...*, pgs. 2-3, § 5. Y el sitio web del Grupo de Estudio sobre un Código civil europeo en <http://www.sgecc.net>. Vid. también VON BAR, C., *Le groupe d'études sur un code civil européen*, «RIDC», 2001-1, pgs. 127-139.

(18) COMMISSION/STUDY GROUP, *Joint Response...*, pg. 21, § 35.

(19) Sobre ello, HARTKAMP, A., *The Dutch Civil Code - A Model to be imitated?*, en BARRETT, G., BERNARDEAU, L., «Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe», ERA-Forum, Trier, 2002, pgs. 21-22.

(20) Ley número 10.406 (que suprime el

Código civil de 1916), nuevos artículos 653-721. Comprende también la regulación de los seguros, sociedades, títulos valores y otras típicas instituciones mercantiles.

(21) Los PECL de la Comisión Lando (arts. 3:101 - 3:304) diseñan una regulación completa del «poder de los representantes» (que cubre mandato/representación), sin expresa referencia a la comisión mercantil ni a los «agentes comerciales» (Directiva 86/653/EEC de 18 diciembre 1986, que, de alguna forma, igual que otras Directivas, debería quedar integrada en el futuro Código civil).

el *Common Law* considera la inmisión (*nuisance*) como un *tort* (derecho de daños), mientras que en Francia (22) y en España ese hecho se incardina, a través de las relaciones de vecindad, en el Derecho de propiedad. El *trust*, propio del *Common Law*, es usado también en los países de *Civil Law* como forma de gestión del patrimonio, mediante su transferencia a otra persona en beneficio de una tercera parte o del propio constituyente. En los países continentales, la forma usual de establecer una de las figuras equivalentes al *trust* (*fiducia*, mandato, fundaciones...), normalmente será un contrato (por tanto, Derecho contractual, con importantes aspectos de Derecho patrimonial, por lo que se refiere a la transferencia de la propiedad), mientras que bajo el *Common Law* la misma institución será gobernada por el específico «Law of trusts», teniendo en cuenta que el *trust* puede ser creado consensual o implícitamente, e incluso por orden del judicial.

En este sentido, la Resolución del Parlamento europeo de noviembre 2001 merece mayor aplauso que el enfoque dado por la Comisión al ámbito de la armonización del Derecho privado europeo, pues superando la restricción de ésta al puro «Derecho contractual» (aunque en un sentido amplio), aquélla, de acuerdo con lo acordado en el Consejo Europeo de Tampere (15-16 octubre 1999), sugiere, con buen criterio, alcanzar soluciones y conceptos jurídicos comunes también sobre otras materias como la «transmisión de propiedades en el caso de bienes muebles, Derecho de garantías crediticias y bienes muebles, Derecho de trust» [§ 14.a)]. Resulta prudente, por ahora, circunscribir los esfuerzos armonizadores a los fines más próximos al logro del mercado interior, respecto a la transferencia de bienes muebles, especialmente a partir del desarrollo del comercio electrónico y la implantación del euro. Sin embargo, a más largo plazo no deben descartarse por completo los aspectos relacionados con la propiedad de los bienes inmuebles (23) y las garantías a ellos referidas, como la llamada «euro-hipoteca», o el sistema de Registros de la propiedad. Sin embargo, no todos los aspectos del Derecho patrimonial deberían ser incluidos en el Código civil europeo (como algunos pretenden) (24), porque es muy dudosa la ventaja que puede reportar incluir en él algunas instituciones como la enfiteusis, el derecho de superficie, la propiedad horizontal o las servidumbres, que bien podrían subsistir en los Derechos patrimoniales nacionales (25). El comercio es el que determina, en primera instancia, el grado en que las normas nacionales deben ser adaptadas de forma preferente.

(22) BUSSANI, M., MATTEI, U., *Le fonds commun du Droit privé Européen*, «RIDC», 2000-1, pg. 46.

(23) LEIBLE, *Response...*, pg. 16.

(24) PINNA, A., *Drafting a Civil Code for Europa. Aims and Methods* (4 mayo 2001), Workshop of Social Sciences Infrastructure Network in a Growing European Research Community, «Law and Market: Examining the Foundations of Law in European Societies», Nantes, mayo 11-12-2001, pg. 10.

(25) SMITS, J., *A European Private Law as a Mixed Legal System*, en «Maastricht Journal of European and Comparative Law», 1998, 5, pgs. 335-339; REMIEN, O., *Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts*, «Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991», 1992, pgs. 28-35; ARROYO AMAYUELAS, *Estudio preliminar*, cit., pg. 59.

Dejemos al margen, por último, el Derecho de la persona, familia (26) y sucesiones, que están lejos de las prioridades del mercado interior. Por supuesto, muchas acciones legales se han emprendido por el legislador europeo en relación con normas nacionales que afecten a derechos humanos o que impidan la libre circulación y establecimiento en cualquier territorio de la Unión Europea. Y diversas Directivas se han adoptado para combatir la discriminación de sexos y otras materias (27). Desde mi punto de vista, resulta pertinente cierto grado de armonización a medio plazo incluso en estos ámbitos, pese a no ser prioritarios en la construcción del mercado interior, en la medida en que puedan extraerse principios auténticamente comunes de las diversas legislaciones existentes: sirva de ejemplo, en el ámbito del Derecho sucesorio, la posible regulación del ejecutor testamentario, que cuenta con claras bases históricas comunes (28) y, en la práctica, los ejecutores se ven obligados a intervenir en países distintos del propio del *de cuius*, lo que podría justificar el esfuerzo de hallar principios comunes para esta institución. Sin embargo, en el campo del Derecho de familia y sucesiones, la diversidad cultural y jurídica aconseja respetar en mayor medida las diversas tradiciones nacionales.

En conclusión, el ámbito objetivo del «Código civil europeo» debería comprender el Derecho de obligaciones y contratos en su integridad y una buena parte del Derecho patrimonial. Sin embargo, este «Código» —expresión que omite cuidadosa y deliberadamente la resolución del Parlamento de 2001, a diferencia de su mención expresa por la Resolución de 1989, en un claro replanteamiento más favorable a los *restatements*, al menos como punto de partida— (29), en mi opinión, no necesariamente debería ser exhaustivo, como propone, en cambio, la Academia de iusprivatistas europeos (30); ni como meta final, ni, mucho menos, como instrumento vinculante aprobado de una sola vez próximamente y con todo su contenido. Por el contrario, estimo que su elaboración y aprobación debe ser gradual, en

(26) En el Informe del Consejo de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil de la UE sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil, de 16 noviembre 2001 (que constituye la contestación de este Consejo a la comunicación de julio 2001; documento 13758/01 del Consejo, en su reunión 2385°), se exige con insistencia a la Comisión europea la puesta en marcha de un estudio sobre la posible armonización del Derecho de familia, a mayor escala.

(27) Un resumen puede verse en ARROYO AMAYUELAS, *Estudio preliminar*, pgs. 57 y ss. Presentan interés los intentos de armonización emprendidos por la «Commission Internationale de l'État Civil» (<http://www.ciecl.org>), según cita de esta autora.

(28)  *Vid. ZIMMERMANN, R., Heres fiducia-*

*rius?*, en HELMHOLZ, R., ZIMMERMANN, R. (coords.), «Itinera fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective», Dunckler & Humoldt, Berlin, 1998, también en sus «Estudios de Derecho privado», Civitas, Madrid, 2000 (trad. A. Vaquer), pgs. 273-325. Sobre la armonización de estas materias, *vid. LELEU, Y.-H., Necessité et moyens d'une harmonization des règles de transmission successorale en Europe*, «ERPL», 1999, 6-2, pgs. 159-193; PINTENS, W., *Die Europäisierung des Erbrechts*, «ZEuP», 2001, 3, pgs. 628-648.

(29) ARROYO/VAQUER, *Un nuevo impulso...*, cit., pg. 4.

(30) En su respuesta a la Comunicación de la Comisión, § 4 and 7 («sistemáticamente exhaustiva», con cita de CANARIS en este sentido, sin zonas de sombra).

función de las instituciones cuya regulación es más necesaria para los fines del Tratado de la Comunidad Europea y de la coherencia normativa, hasta completar el marco antes señalado, que deja aún un importante margen a la diversidad nacional dentro del Derecho privado.

## 2. Reglas imperativas *versus* reglas dispositivas

Existe un relativo consenso doctrinal acerca de que el futuro Código civil europeo debería comprender sobre todo normas de Derecho dispositivo y, en mucha menor medida, reglas imperativas. Con ello se respetaría la tradición histórica del Derecho privado, que desde sus orígenes surgió como un sistema establecido para respetar la libertad personal. Si en el Código civil europeo, en principio, no se comprenden ámbitos como el Derecho de la persona y el Derecho de familia, donde el carácter imperativo de las normas alcanza su mayor intensidad para la protección de intereses fácilmente vulnerables y necesitados de tutela (el interés del menor, de los hijos, etc.), es lógico preconizar que la mayor parte de sus normas no sean estrictamente vinculantes para las partes. La Unión Europea está sometida al respeto a las libertades fundamentales y al principio de proporcionalidad. De hecho, el predominio de las reglas para favorecer la información, con restricción de las reglas de *ius cogens*, es frecuente en las medidas legales preparadas por la Dirección General de mercado interior de la Comisión europea y, también, aunque en mucha menor medida, por la Dirección General de salud y protección del consumidor (SANCO) (31). En esas medidas, las reglas imperativas buscan garantizar que el consentimiento sea informado, para que los particulares tomen libremente las decisiones por sí mismos, no que un Estado u otra organización territorial las tome por ellos.

En consecuencia, parece claro que la espina dorsal del derecho imperativo debería centrarse en las normas que tengan este carácter en las Directivas de protección de los consumidores (o, en su caso, de la «parte débil»). Y también en las garantías para la libre formación del consentimiento, como el supuesto de los vicios de la voluntad, o principios esenciales como la buena fe o el abuso del derecho (32). Más problemático resulta descender a delimitar qué otras reglas entran en este tipo de normas. Así, por ejemplo, es sabido que en el complejo problema de la transferencia de propiedad existen sistemas diferentes, basados en la entrega de la cosa (*traditio*), en el mero acuerdo (*nudus consensus*), o en la exigencia de ambos requisitos. Son, respectivamente, los sistemas de Alemania, Francia y España. Es posible sostener que la ley europea deba admitir varias modalidades o alternativas, a elección de los interesados y con los mismos efectos, como defiende

(31) Para más argumentos sobre esto, GRUNDMANN, *The structure of European Contract Law*, «ERPL», 2001, 4, pgs. 525-526.

(32) SONNENBERGER, H. J., *Response...*, § VI.

la Academia de Pavía (33), o bien, siguiendo la pauta marcada en su día por Rabel (34) y por la reciente doctrina (35) (*melior*), sustraer esta materia a la voluntad de las partes, estableciendo un solo sistema. Sabido es, por ejemplo, que el artículo 4 del Convenio de Viena rehusó tratar este punto, debido a sus dificultades.

Ya se ve que el consenso inicial sobre la preponderancia del Derecho dispositivo se resquebraja con facilidad en cuanto se profundiza en la delimitación de las concretas reglas comprendidas en él. Pero, además, también es posible otra divergencia de opiniones fundamental, admitido un solo derecho imperativo *de minimis*: ¿debe existir un solo derecho dispositivo uniforme o como derecho dispositivo hay que admitir en el Código Civil Europeo el propio cada uno de los códigos de cada estado miembro? En favor de esta última solución se pronuncia la doctrina que sigue una metodología postmoderna en favor del máximo grado de diversidad cultural (36). Sin embargo, a mi modo de ver, los costes que se pretenden eliminar con la armonización o uniformización del Derecho privado no parece que se puedan resolver por esa vía. Con un único derecho dispositivo uniforme se consiguen, por lo menos, dos ventajas claras: (a) reducir los costes de transacción, aprovechando las economías de escala en la producción y aplicación de las normas jurídicas y (b) sobre todo, evitar que la elección de la otra parte contratante venga condicionada, no por la calidad de su oferta concreta, sino por la igualdad del derecho (37), como hasta ahora sucede con los recelos de la contratación transfronteriza por la desigualdad de derechos, con clara distorsión de la competencia.

Con un código tan flexible que no contenga un derecho dispositivo propio, sino que se delegue en los derechos nacionales, o que lo tenga, pero compita con éstos, sucedería lo que asevera el personaje de Tancredi en «El Gatopardo» de Visconti: «todo tiene que cambiar para que todo siga igual».

(33) ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI, *Response...*, § 7.

(34) RABEL, E., *Observations sur l'utilité d'une unification du Droit de la vente au point de vue des besoins du commerce international*, en LESER, H. (dir.), «Ernst Rabel Gesammelte Aufsätze», Tübingen, 1967, III, pgs. 477-484 (tomo la cita de ARROYO AMAYUELAS, *Estudio preliminar...*, cit., pgs. 27-28, n. 29).

(35) Así, DROBNIG, U., *Transfer of property*, en HARTKAMP, A. (et al., coords.), «Towards a European Civil Code», 2.<sup>a</sup> ed., Ars Aequi Libri/Kluwer, Nijmegen, The Hague, London, Boston, 1998, pgs. 495-510, en especial, pg. 510, donde defiende un sistema único parecido al español.

(36) MATTEI, U., DI ROBILANT, A., *The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal*

*Architecture of Europe*, «Tulane Law Review», 2001, 75, pgs. 1090-1091 (aunque, vid. el provocativo artículo de uno de los autores, en favor de un auténtico Código imperativo, para no minar el prestigio de los actuales códigos nacionales a través del discurso favorable al «soft law»: MATTEI, U., *Hard Code Now! A Critique of «Softness» and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification*, en SECOLA: «Communication from the Commission on European Contract Law [Harmonisation, Code, Optional Code]», Conferencia, Leuven, 30 noviembre a 1 diciembre 2001, disponible en <http://www.secola.org>); GOODE, R., *Response to the Communication*, pg. 6, § 11.5.

(37) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La unificación del Derecho privado en la Unión Europea: planteamiento*, «Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja», 1999, 5, pg. 16.

Si se me permite recurrir al ejemplo histórico de la codificación española se podrán apreciar los peligros de esa forma de proceder: desde el intento de redactar a partir de 1880 las memorias que contuviesen las reglas genuinas de cada territorio foral, para insertar en cada artículo del Código general único las excepciones territoriales, pasando por el frustrado sistema de «apéndices» al Código civil español, hasta la vigente situación de las compilaciones que parece verse llamada, tras la Constitución de 1978 y la interpretación expansiva de su artículo 149.1.8, a desembocar en auténticos Códigos civiles (más o menos completos) para algunos territorios forales, el posible paralelismo con el proceso de unificación civil en Europa es patente (38) y la lección también: sin una voluntad política clara de todos los Estados miembros por buscar la convergencia de sus derechos, el ideal unificador es estéril. Más aún, en una armonización o unificación legal, impuesta *ratione imperii*, es preciso delimitar con precisión las materias en las que se pretende obtener unas reglas comunes (sobre las que los Estados no podrían fijar ya reglas autónomas) y todo el problema de la uniformidad o el particularismo legal se reduce a un problema de fuentes del Derecho: ¿quién es, a la postre, competente para promulgar las normas jurídicas? Lo cual nos lleva de nuevo al problema competencial y a una delimitación mucho más precisa que la actualmente existente. A la historia de la codificación civil en España este problema le resulta muy familiar.

### 3. ¿Códigos civiles nacionales como modelos o búsqueda de principios comunes?

En este punto, las declaraciones formales son muy claras: en la búsqueda de los principios comunes europeos ningún Código civil nacional puede servir de modelo. Así de terminantes se muestran tanto la Comisión Lando como el Grupo de Estudio de von Bar en su «Respuesta conjunta» a la Comisión Europea (39), como la Academia de Gandolfi (40). Y sus trabajos reflejan el alto nivel comparatista de sus propuestas. Sin embargo, descendiendo del cielo de las declaraciones genéricas al trabajo diario en la obtención de las reglas comunes, no es infrecuente constatar, incluso por declaraciones del propio Gandolfi, el papel preeminente que su grupo otorga al Código civil italiano de 1942 como punto de partida (41). O también, en el seno de

(38) Sobre el papel de los Derechos forales en la unificación europea del Derecho privado, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, *Hacia un Código civil europeo...*, cit., pg. 1672; ESPIAU ESPIAU, S., *La codificación del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo*, «Derecho Privado y Constitución», 2000-14, pgs. 63 y ss.

(39) COMMISSION/STUDY GROUP, *Joint Response*, pgs. 33-34, § 63: «ningún Estado Miembro puede ofrecer un sistema legal que pudiera proveer un modelo básico sujeto a

adaptación. (...) sería inaceptable adoptar un solo código nacional como punto de partida y meramente retocarlo aquí y allá en lo que sobra» (trad. mía).

(40) En una forma menos explícita, se dice en la respuesta a la Comunicación (§ 7 *in fine*): «recoger estas reglas en una forma y con un contenido tal que puedan resultar aceptables y que sean fácilmente interpretables en todos los países de la Unión Europea» (trad. mía).

(41) GANDOLFI, G., *Pour un code euro-*

la Comisión de Derecho contractual europeo, el profesor Lando ha confesado que las principales fuentes de inspiración han sido sobre todo el Código civil francés, el alemán y el *Common Law* (además del UCC norteamericano y, en menor medida, el Código civil italiano y el holandés) (42). Y no son infrecuentes las declaraciones bienintencionadas de que tal o cual código acaso pueda servir de modelo al código europeo (43).

La redacción de un Código civil europeo o de unos Principios de Derecho privado europeo cuenta, entre otras muchas, con estas cuatro opciones de método:

1) O tomar algún Código civil nacional o varios como modelos (descartado), o tomar los códigos más representativos de cada tradición jurídica y el *corpus* de reglas del *common law* (que parece ser lo hecho hasta ahora, aunque matizando el grado en que el resto de los códigos nacionales se acercan o alejan a los «códigos matrices»), o partir de un análisis de Derecho comparado de todos los sistemas nacionales (que, a mi juicio, sería lo más deseable, aunque el esfuerzo sea muy superior). Toda simplificación resulta empobrecedora, aunque resulte necesaria. Así, por ejemplo, calificar el código civil español (o buena parte de él; o el código de Portugal) como similar al francés (44), contiene cierta dosis de verdad, pero cuenta con su parte de distorsión, porque sobre esos artículos ha imperado en buen grado, desde mediados del siglo XX una interpretación «alemana» (45), y hoy, tanto la doctrina como la jurisprudencia están más influidas por las soluciones del Derecho italiano o alemán que del Derecho francés (amén de sus rasgos genuinos). Ello sin contar las soluciones introducidas por la jurisprudencia en cada sistema legal (46), que vinculan sin pasar a ser reglas escritas, siguiendo la tradición propia o las influencias doctrinales foráneas.

2) O buscar la compilación de reglas que expresen principios auténticamente comunes (*inductio*) o crear unas reglas nuevas, que, como tales no existen en ningún sistema jurídico europeo (*inventio*). Este segundo es el sistema empleado tanto por los Principios de la Comisión Lando como por UNIDROIT (47) e, indudablemente, cuenta con la ventaja de adoptar la solución más eficaz y justa, aunque a costa de alejarse de la identidad jurí-

*péen des contrats*, «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 1992, pgs. 707 y ss., en especial, 726.

(42) LANDO, O., *Comparative Law and Lawmaking*, «Tulane Law Review», 2001, 75, pgs. 1026-1027.

(43) Cfr. BERGER, H. P., *Harmonisation of European Contract Law*, «ICLQ», 2001, 50, pg. 899, respecto al recientemente reformado BGB.

(44) LANDO, *Comparative Law...*, pg. 1026, n. 31.

(45) PUIG FERRIOL, L., *Das deutsche BGB und das spanische Zivilrecht*, «ZEuP»,

2000-2, pgs. 195-199; D'ORS, *Hacia un nuevo Derecho común*, en ROTONDI, M., «Inchieste di Diritto Comparato», Padua, 1973, vol. II, hoy en D'ORS, *Nuevos papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1980, pgs. 363-364.

(46) Sobre ello, respecto al ámbito del Código civil español, con numerosos ejemplos, PASQUAU, M., *Código civil y ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994, pgs. 102 y ss.

(47) BONELL, M. J., *The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law*, «ERPL», 1997-5, pg. 505.

dica y cultural de donde, en definitiva, se aplicará la regla. En este sentido, como tantas veces se ha dicho, estos principios se alejan del sistema de los *Restatements* estadounidenses con los que, por lo demás, tanto parecido guardan, en los que sí se trata de reflejar un auténtico Derecho común. En mi opinión, si bien sería ingenuo pretender obtener un Código o siquiera unos Principios sólo a base de reglas realmente comunes («el mínimo común denominador») (48), esta forma de proceder, basada en el *análisis* omnicomprendivo y no en la *selección*, podría constituir un método acertado para la primera fase en la que nos encontramos. Es decir, antes de optar por el pluralismo o la unidad hay que saber lo que realmente existe de común o de discrepante (49), y el grado real de esta discrepancia. O, utilizando la terminología propia del grupo de Trento sobre el «Núcleo Común del Derecho Privado Europeo», es conveniente en una primera fase realizar una «cartografía» del derecho existente en Europa para poder identificar los elementos comunes en ese mapa (50). Sólo después de este trabajo laborioso y largo parece prudente poder realizar las diversas elecciones normativas y dotar de coherencia al conjunto de reglas así obtenido.

3) La tercera alternativa metodológica estriba en partir de conceptos jurídicos previos, que pueden ser más o menos inteligibles en varios sistemas jurídicos, o partir de un sistema de casos prácticos en el que cada ponente nacional trate de dar las soluciones con sus categorías jurídicas propias. De ahí podrán inducirse los principios comunes. Es frecuente constatar, en este segundo valioso enfoque de abajo hacia arriba (*bottom up*), qué sistemas jurídicos que parecen alejados en principio acaban confluyendo en el resultado, aunque a través de vías de razonamiento distintas. En todo caso, cualquiera que sea la alternativa elegida, se debe huir del dogmatismo y buscar reglas prácticas para la solución de problemas. Así aflorará un conjunto de conceptos comunes y no al revés. También debe destacarse que los choques jurídicos y culturales en la labor de obtención de reglas comunes no son tan frecuentes como cabría predecir (51).

4) La cuarta alternativa de método consiste en centrar los esfuerzos comparatistas en las leyes vigentes en los diversos sistemas continentales, o dar un peso muy relevante también a los «*legal formants*», así llamados por el profesor Sacco, sobre la base del proyecto de Cornell del profesor Schlessinger. Con este neologismo, simplemente se hace referencia al importante peso de la doctrina y la jurisprudencia, entre otros elementos, en la configuración del Derecho realmente aplicado en cada país, que no queda circunscrito a la ley vigente. Por poner un ejemplo: uno no sabría cuál es la solución actual del derecho francés sobre la determinabilidad del precio en los contratos si sólo leyese los artículos 1591 y 1592 del *Code*. Su

(48) Rechazado como un «ejercicio fútil» por GOODE (*Response*, § 7, pg. 3); también COMMISSION/STUDY GROUP, *Joint Response...*, § 62, pg. 33.

(49) BUSSANI, M., «*Integrative*» *Comparative Law Enterprises and the Inner Stratifica-*

*tion of Legal Systems*, «ERPL», 2000-1, pg. 99.

(50) BUSSANI/MATTEI, *Le fonds...*, pgs. 31-33.

(51) LANDO, *Comparative Law...*, pgs. 1023-1024.

régimen rígido exigiendo ese requisito dio un giro radical en diciembre de 1995 con cuatro sentencias del pleno del Tribunal de Casación en las que se estimó la validez de los contratos de distribución pese a no fijar el precio, reinterpretando así los preceptos del Código (52). Prácticamente todos los grupos de trabajo sobre principios europeos, atienden a este presupuesto metodológico, tácita o explícitamente. Así lo reconocen, además del grupo de Trento, por ejemplo, el grupo de Tilburg sobre los contratos de servicios (53) integrado en el «Grupo de Estudio sobre el Código civil Europeo» (von Bar), o el Grupo de Derecho Europeo de Consumo (54).

Desde un punto de vista más general y como resumen de algunas ideas vertidas en las alternativas anteriores, puede decirse que hay tres sistemas para la obtención de reglas para un Código o unos Principios europeos en torno a la idea de soluciones por compromiso o por consenso: en primer lugar, el sistema empleado en las convenciones internacionales sobre derecho material, en que las delegaciones nacionales tratan de imponer muchas veces su propio derecho, llegando a soluciones de compromiso (55). No parece el sistema más apropiado. En segundo lugar, el sistema más flexible conseguido por la Comisión Lando, en el que los expertos de cada país tratan de olvidarse de la defensa de las reglas de su propio sistema y de sus prejuicios jurídicos nacionales, para obtener las soluciones más adecuadas. Es un buen sistema, sin ser perfecto (pues no hay sistema perfecto), ya que frecuentemente las decisiones en casos de discrepancia se resuelven mediante votación (56). En tercer lugar, el sistema de la búsqueda de los principios comunes, donde los haya, como paso previo para la futura codificación.

#### 4. **Ámbito espacial: ¿aplicación del Código/Principios sólo a relaciones jurídicas transfronterizas o también a las domésticas?**

Este tópico ha tenido en la doctrina respuestas enfrentadas. Por una parte puede sostenerse que el nuevo texto europeo se limite sólo a situaciones transnacionales (57) porque de esa forma se eliminan precisamente los costes de transacción problemáticos, es decir, aquellos generados para obtener información sobre el Derecho extranjero aplicable a un negocio. Y además, con esta opción, subsisten los códigos y sistemas jurídicos nacionales para las operaciones internas, respetando así la diversidad.

(52) Vid. FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución*, «ADC», 1998, pgs. 1752-1792, en especial, pgs. 1775-1777.

(53) Véase PINNA, *Drafting...*, pgs. 10 y ss.

(54) En su respuesta a la comunicación de la Comisión, pg. 9.

(55) Como la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía señala en su respuesta a

la comunicación de la Comisión (§ 5), los autores del Convenio de Viena de 1980 tuvieron que renunciar a buscar principios comunes y finalmente adoptaron el sistema del compromiso.

(56) LANDO, *Comparative Law...*, pg. 1022.

(57) DROBNIG, U., *Scope and general rules of European civil code*, «ERPL», 1997, pgs. 497 y ss.

Contrariamente, está muy extendida la idea (que comparto) de que el nuevo Código o Principios deberían aplicarse tanto a disputas transfronterizas como domésticas, debido a bastantes argumentos (58): primero, la coexistencia de tres tipos de reglas tiene la complicación de delimitar y justificar sus áreas de aplicación; es decir, en un contrato con elemento extranjero habría que aplicar o el derecho internacional común o el derecho internacional intracomunitario y además subsiste el derecho nacional para los contratos domésticos. Segundo, la coexistencia de dos estructuras paralelas de Derecho civil, el Código civil europeo y los Códigos civiles nacionales sin armonizar no eliminaría importantes costes (como, v. gr., las diferentes condiciones generales que deberían redactar las empresas según la nacionalidad de la otra parte contratante, o los costes duplicados de la producción legislativa). Tercero, se perdería la deseable oportunidad de mejorar y modernizar el derecho privado con un estudio comparatista sin precedentes. Cuarto, en sentido estricto, lo que hoy seguimos llamando como casos internacionales se han convertido en realidad ya en casos interregionales en el contexto comunitario y este proceso seguirá intensificándose (59). Quinto, el mantenimiento de la dicotomía no parece del todo conciliable con la idea de un mercado interior en el que se apliquen las mismas reglas con independencia del lugar de establecimiento de las empresas, al aplicar distintas reglas si las dos empresas están a un lado de la frontera o en dos lados distintos (60).

Sin embargo, en los últimos tiempos parece estar ganando prestigio una solución intermedia, que tiene la virtud de la prudencia. Se trataría de poner en vigor de forma provisional el nuevo Código o Principios tan sólo para las relaciones transfronterizas, en una suerte de «Código o texto a prueba» (61), hasta calibrar bien los méritos de sus soluciones, y permitiendo también a las partes de una relación doméstica optar por algunas reglas de ese texto («*opting-in*») (62), u optar por regirse por él, con eliminación voluntaria de otras reglas («*opting-out*»).

(58) *Id.* VON BAR, C., *The Study Group on a European Civil Code*, en el EU Parliament Working Paper «The Private Law Systems in the EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code», *Juri* 103 en, 1999, pgs. 133-134; VON BAR, en «*Festschrift Henrich*», pg. 5; BASEDOW, J., en «*AcP*», 2000, 200, pg. 483.

(59) VON BAR, *op. cit.* en la nota anterior, pg. 134; KERAMEUS, K., en mismo «EU Parliament Working Paper», *cit.*, pg. 91.

(60) WITZ, *Rapport...*, pg. 170.

(61) LEIBLE, *Response...*, pg. 17. Algo similar se sugiere (*vid. infra*) en COMMISSION/STUDY GROUP, *Joint Response*, § 99-100, pgs. 48 y 50 (fase 4); y también, de forma menos explícita, en el *Informe LEHNE* (*cit.*, pg. 14: «legally binding, at least as soon as cross-border contractual relations exist»).

(62) Firmemente a favor, GOODE, §§ 10-11, pg. 4.

## 5. Derecho del consumo: ¿dentro, fuera o dentro pero aparte? Problemas de integración de las reglas de protección del consumidor

Es un hecho que, hasta hoy, la mayoría de las Directivas con incidencia en el Derecho contractual han tenido como objeto la protección de los consumidores. Sin embargo, la cuestión sobre cómo debería relacionarse este Derecho vigente con la futura regulación del estricto Derecho privado europeo resulta absolutamente silenciada tanto por la Comunicación de la Comisión como por la Resolución del Parlamento Europeo de 2001 (así como por el «Plan de Acción» de la Comisión, de 2003). Junto con el también oculto tema de la competencia, son, a mi modo de ver, las dos materias más difíciles y apremiantes, sobre las que no hay una postura oficial clara. La tercera alternativa ofrecida por la Comisión Europea —la mejora de la legislación ya vigente— debe ser considerada en relación con la segunda y cuarta alternativas —desarrollar unos «Principios» o adoptar una nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario—. Desde esta perspectiva, en mi opinión, hay tres posibilidades válidas, siempre en búsqueda de la coherencia del sistema resultante:

— Primero, ubicar el Derecho del consumo *en o dentro del* futuro Código o Principios (63), realizando, en la medida de lo posible, una integración de algunas de sus soluciones en las propias del Derecho privado y destacando, en lo demás, el carácter imperativo de sus reglas cuando el contrato se celebre con un consumidor.

— Segundo, situar las normas de protección de los consumidores *fuera* del Código o Principios. En este sentido, se realizaría una reunión de las normas genuinas del Derecho del consumo, dotada de coherencia, uniformidad y simplificación con el material existente y el que debiera armonizarse. En esta alternativa coexistirían un Código de consumo (64) y un Cód-

(63) MÜLLER-GRAFF, P. C., *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2.<sup>a</sup> ed., 1999, pg. 9; SONNENBERGER, *Response*, pg. 2, § V; HONDIUS, E., *Consumer Law and Private Law - The case for integration*, en HEUSEL, W. (dir.), «New European Contract Law and Consumer Protection - The concepts involved in community regulations and their consequences for domestic civil Law» (ERA), Bundesanzeiger Verlagsges., Köln, 1999, pgs. 19 y ss.; GRUNDMANN, S., *Consumer Law, Commercial Law, Private Law How can the Sales Directive and the Sales Convention be so Similar?*, en la Conferencia «Sales and Trends in European Contract Law», Roma 8-9 junio 2001, en el sitio web de SECOLA (<http://www.secola.org/program.htm>), III. Cfr. TONNER, K., *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines euro-*

*päischen Zivilrechts*, «JZ», 1996-11, pgs. 533-541, en especial, pgs. 540-541.

(64) OSMAN, F. (ed.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruxelles, 1998; MANIET, F., *Compilation annotée du droit européen de la consommation*, 1998 (en <http://europa.eu.int/comm/dgs/health/consumer/library/pub/pub/fr.html>); BOURGOIGNIE, T., *L'impact du droit européen de la consommation sur le droit privé des États Membres*, en JAMIN/MAZEAUD, *L'harmonisation...*, pg. 80; REICH, N., *Europäisches Verbraucherrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1996; *Id.*, *Some critical comments on the Commission's Communication of 11-7-2001*, en las jornadas sobre la Comunicación celebradas en Lovaina, noviembre-diciembre 2001, citadas, disponibles en el servidor de SECOLA, ya citado, pgs. 6-7; ECLG, *Response*, pgs. 3, 8 y 9. Sobre ambas opciones, *vid.* STAUDENMAYER,

go de Derecho privado. Cuestión posterior sería, igual que sucede con el hipotético Código civil europeo, si el Código de consumo debería adoptar la forma de unos Principios o de una Ley modelo (65), como guía de voluntaria aceptación por los Estados miembros, por una parte, o, por otra parte, si debería ser aprobado en su totalidad por medio de una Directiva o de un Reglamento, sobre lo cual no hay acuerdo entre los autores. En cualquier caso, esta separación de las dos materias parece entreverse quizás como la preferida por la Comisión, a juzgar por dos factores: en primer lugar, por el encargo de la Comisión Europea de realizar una compilación organizada del Derecho de consumo en 1998 al «Centro de Derecho de Consumo» de Lovaina, en Bélgica, hoy disponible en internet (66). En segundo lugar, por la alternativa que la Comisión parece apoyar con más entusiasmo entre las dos propuestas en el Libro Verde sobre protección del consumidor en la Unión Europea (COM 2001, 531 final, de 2-10-2001): esto es, la aprobación de una Directiva marco que cubra la mayoría de las prácticas comerciales entre empresarios y consumidores, como forma de mejorar la legislación existente.

— La tercera posibilidad consistiría en recoger el Derecho de consumo *dentro* del Código civil (o Principios), *pero aparte*. Es decir, sin mezclar las reglas, la normativa sobre protección de los consumidores se incorporaría al Código general en una «parte especial», por ejemplo, en la «parte social» («*sozialer Teil*») (67), junto con otras materias o independientemente.

¿Qué alternativa cuenta con los mejores argumentos? La segunda alternativa («fuera») y la tercera («dentro, pero aparte») son, en mi opinión, fácilmente complementarias entre sí. En favor de la elaboración de un Código de consumo (o Principios de consumo), al menos en un inicio, separado del Código civil europeo, puede decirse lo siguiente:

1. Quienes «promueven el desarrollo de un único cuerpo de principios comunes sobre Derecho contractual pretenden permitir a las partes contratantes que opten voluntariamente por su aplicación», y ésa no es la forma apropiada de afrontar la protección de los consumidores. El Derecho del consumo es predominantemente Derecho imperativo, limitativo de la libertad contractual que promueven los Principios sobre Derecho contractual. Aunque se incluyesen normas imperativas en ese texto, probablemente tales reglas no serían elegidas por las partes (68). Contra este argumento puede decirse que la posición del consumidor podría seguir garantizada pese al carácter opcional de los Principios, en la etapa intermedia de su implan-

D., *Die Richtlinien des Verbraucherprivatrechts - Bausteine für ein europäisches Privatrecht?*, en SCHULTE-NÖLKE/SCHULZE, *Europäische...*, cit., pgs. 74-77. TONNER, *op. cit.*, pg. 541, se muestra escéptico (1996) con la elaboración de un Derecho civil europeo completo, pero defiende la influencia que ha de tener el Derecho de consumo (comunitario) en el Código civil nacional.

(65) Así, BOURGOIGNIE, *L'impact*, pgs. 80-81.

(66) MANIET, *Compilation*, citada.

(67) Ésta es la propuesta de LEIBLÉ, *Response*, pg. 14, quien cita a DROBNIG y PÖTTLER también a favor.

(68) ECLG *Response*, I § 6, pgs. 2-3.

tación, debido al mantenimiento de las reglas imperativas contenidas en las Directivas, que seguirían siendo Derecho positivo, vigente en cada Estado miembro.

2. También se dice que si el Derecho del consumo regresa al núcleo del Derecho civil se corre el riesgo de eliminar sus elementos de Derecho imperativo (69). Sin embargo no alcanzo a ver por qué el futuro Código Civil Europeo no podría recoger el carácter vinculante de las normas de consumo existentes, dentro de la citada estructura mixta de reglas dispositivas e imperativas. Ciertamente, ello exige una revisión a fondo de los Principios de la Comisión Lando o similares, como luego diré. Pero parece factible y deseable.

3. Claramente a favor de la opción de un Código de Consumo independiente está el argumento de la competencia. En efecto, la Unión Europea tiene una evidente competencia en materia de protección de los consumidores, en virtud del nuevo artículo 153 del Tratado de Roma. Cosa que no es tan clara respecto al Derecho contractual y, mucho menos, respecto al Derecho comprendido en un Código civil. Y además, esta labor es más sencilla que la elaboración de normas generales sobre Derecho contractual o patrimonial, pues cuenta con la base de numerosas Directivas ya en vigor.

4. También podría argumentarse, utilizando el Derecho comparado, que ése es el sistema al que, a lo sumo, suelen aspirar la mayoría de los Estados Miembros (70). El ejemplo más claro es Francia, con su Código de consumo. En la mayoría se opta por tener una ley general sobre los consumidores (v. gr., Portugal, España) y diversas leyes especiales, normalmente, una para cada transposición de una nueva Directiva. Sin embargo, a mi modo de ver, esta segregación tiene más que ver con cuestiones de competencia legislativa y de forma de producción de las normas que con el contenido de dichas normas (71). La razón de que las leyes especiales sobre Derecho del consumo estén fuera de los Códigos civiles nacionales es sobre todo la obligación de transponer en el plazo fijado en cada Directiva. Después, a lo sumo, se trata de obtener cierta coherencia legislativa con un Código de Consumo. El paso siguiente es el dado por Alemania con la profunda reforma del BGB.

5. Quizás un último argumento en favor de un Código de consumo

(69) ECLG *Response*, I § 7, pg. 3.

(70) Cfr. SMITS, J., *The future of European Contract Law: on Diversity and the Temptation of Elegance*, Documento de debate presentado a la conferencia «Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research», Facultad de Derecho de Maastricht, 25-26 octubre 2001, pg. 12. Incluso en Inglaterra existe actualmente cierto debate acerca de la oportunidad de elaborar un Código de consumo (con

distinta finalidad y método que el francés) en inglés llano; y, a la par, el Departamento de Comercio e Industria está revisando la coherencia de la legislación de consumo: vid. BEALE, H., *Codification and the English Common Law - A Model to be Followed?*, en BARRETT-BERNARDEAU, «Towards...», cit., pg. 35.

(71) GRUNDMANN, *Consumer Law...*, III.3, *in fine*.

independiente estribe en el criterio de la «armonización mínima» en que se basa hasta hoy el existente acervo comunitario (72), que trata de respetar la diversidad legal, *versus* la «armonización máxima» que supondría un Código civil europeo (o unos Principios). Sin embargo, este planteamiento podría sufrir una revisión, de llevarse a cabo la sugerencia del Parlamento Europeo (en su Resolución de noviembre 2001, § 12), donde «insta a la Comisión a que presente propuestas para revisar las actuales directivas de 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».

En el polo opuesto, la solución «integrativa», es decir, que las reglas de consumo se inserten en el Código civil, cuenta con razones que, a mi modo de ver, la hacen más atractiva para el diseño del nuevo Derecho privado europeo.

1. Así, en primer lugar, tal integración de normas tiene la ventaja de conseguir la máxima sistematización y coherencia entre ellas. Las reglas específicas para contratos con consumidores son una porción muy pequeña dentro del conjunto de las normas de derecho privado que rigen esos contratos y todos los contratos. Integrar evitará reduplicaciones y contradicciones, pues exigirá una labor de simplificación, tan ansiada por el legislador europeo. Además, visto desde la perspectiva inversa, en las diversas Directivas sobre protección de los consumidores se han consolidado una serie de pautas, casi principios comunes, algunos de los cuales quizás podrían generalizarse a otras situaciones de Derecho privado. Entre esos principios cabe destacar (73), aparte de la consabida distinción entre «consumidor» y «profesional» o «empresario», los siguientes: cierto contenido obligatorio del contrato (deberes de información), neoformalismo, fijación de un derecho de desistimiento *ad nutum* para distintas relaciones jurídicas, eliminación de cláusulas abusivas, disponibilidad de las cláusulas contractuales, inversión de la carga de la prueba, derivación hacia un sistema de responsabilidad civil objetiva, fijación de reglas procesales ágiles (acciones colectivas, procedimientos abreviados, sistemas extrajudiciales...), admisión de la modificación contractual por cambio sobrevenido de las circunstancias o frustración de la base negocial, naturaleza imperativa de bastantes reglas de consumo.

2. En la construcción del Derecho privado europeo debe plantearse seriamente el «ámbito subjetivo» en las relaciones contractuales. Resulta dudoso si las reglas de consumo deben aplicarse sólo al consumidor en sentido estricto, como hasta el momento han hecho la mayoría de las Directivas

(72) ECLG *Response*, II §§ 3-4, pgs. 6-7.

(73) STAUDENMAYER, *Die Richtlinien...*, pgs. 66-74; MICKLITZ, *Prospettive...*, pgs. 349 y ss.; MÜLLER-GRAFF, *Gemeinsames...*,

pgs. 33-34; BOURGOIGNIE, *L'impact...*, pgs. 76-79; ARROYO AMAYUELAS, *Estudio preliminar*, pgs. 60-62.

y la jurisprudencia del TJCE (en los casos «Di Pinto», «Benincasa» o «Dietzinger», por ejemplo) (74), o si, por el contrario, deben aplicarse a la «parte débil», en un sentido más amplio (75). El grado de libertad contractual de que se quiera dotar al nuevo Derecho privado europeo está ciertamente en juego con esta opción.

Antes del movimiento en favor del consumidor, podría decirse que en el origen del Derecho civil y de la *Equity* en el *Common Law*, las reglas imperativas tenían por fin la protección de la parte débil. La elección legislativa entre uno u otro sujeto de protección es un problema que se produce tanto en un plano nacional como europeo. Las condiciones generales de los contratos son un buen ejemplo: la extensión de sus reglas de control e incorporación también a las relaciones entre profesionales es lo habitual en las legislaciones nacionales. El problema es la restricción de las cláusulas abusivas sólo a contratos con consumidores, siguiendo la Directiva de 1993. En este punto ciertas jurisprudencias nacionales desatienden ese criterio para obtener una solución justa, y aplican las reglas prohibitivas también en caso de desequilibrio entre profesionales: así, por ejemplo (en la jurisprudencia de Francia y España), existen algunas sentencias que protegen a agricultores mediante la legislación sobre productos defectuosos en relación con pesticidas en mal estado; o también se ha protegido a pequeñas empresas ante cláusulas abusivas incluidas en el contrato por empresas más potentes. En definitiva, ¿qué razón hay para no ampliar la legislación sobre crédito al consumo a créditos concedidos a pequeñas empresas para iniciar su negocio o préstamos similares? Así lo ha hecho el legislador alemán, por ejemplo, en el § 507 BGB tras su reciente reforma. O también podría plantearse así: ¿no ocupa la misma posición como comprador, tanto el consumidor como el empresario que adquiere mercancías mediante venta a distancia o comercio electrónico? ¿No deberían tener las mismas garantías por falta de conformidad con el contrato las compras realizadas por los profesionales? (76). Por lo demás, está muy extendida en la doctrina más reciente la opinión de que estos mecanismos de defensa deberían ampliarse al menos a las pequeñas y medianas empresas (77).

(74) SSTJCE 14-3-1991, 3-7-1997 y 17-3-1998, respectivamente, entre otras.

(75) Contra un concepto restrictivo de «consumidor», hace ya varias décadas, DE CASTRO, F., *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, «Anuario de Derecho Civil», 35-4, pgs. 987-1086 (ahora en sus «Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro», Madrid, 1997, II, en especial, pgs. 1328 y ss.). También partidario de extender la protección de los consumidores entre profesionales con desequilibrio de posiciones, entre muchos otros, HONDIUS, *Consumer Law and Private Law...*, cit., pg. 22.

(76) REMIEN, *Verbraucherrecht...*, cit., pg. 114.

(77) BEALE, *Codification...*, cit., pg. 36; HONDIUS, *Consumer Law and Private Law...*, cit., pgs. 17, 21 y 31; REICH, *Some critical comments...*, cit., pg. 6. En las respuestas a la comunicación de la Comisión, es también una opinión extendida entre diversas organizaciones empresariales (*vid.* en el documento *Respuestas...*, cit., pg. 7), profesionales de la Justicia (*id.*, pg. 8), académicos (*id.*, pg. 9); insiste en ello el Gobierno danés (*id.*, pgs. 5-6). En esta línea, recientemente se ha solicitado a las «Law Commissions» del Reino Unido que revisen la legislación sobre cláusulas contractuales abusivas, para extender su ámbito también a los contratos celebrados entre empresarios (*vid.* BEALE, *ibid.*).

3. Precisamente, una buena muestra de esta afinidad de normas civiles generales y las normas de consumo está en la Directiva 44/1999/EC (29 mayo 1999) sobre venta y garantía de bienes de consumo. Es evidente y reconocido que el legislador comunitario se inspiró, y mucho, en el Convenio de Viena sobre compraventa de 1980, hasta el punto haber asumido la Directiva muchas de las reglas del Convenio (78). La diferencia es que el Convenio se aplica a todo tipo de ventas y la Directiva sólo a compraventas de consumo. La conclusión es clara: ¿tiene sentido mantener completamente apartado el Derecho del consumo del Derecho privado general, cuando es posible una mayor integración, incluso aunque se respeten aspectos diferenciales en algunos puntos para las relaciones con consumidores?

4. El Derecho comparado aporta una última idea en favor de esta perspectiva integradora. Aparte del Código civil holandés (vigente desde 1992) (79) —y, parcialmente, el austríaco—, la reciente ley de modernización del derecho de obligaciones en Alemania constituye un excelente ejemplo de cómo integrar el Derecho del consumo en el Código civil, con un método de «transposición extensiva» de las Directivas. Aprovechando la necesidad de transponer las Directivas de venta y garantías de bienes de consumo, morosidad y comercio electrónico, el legislador alemán ha modificado el *Obligationsrecht* del BGB, incluyendo esas reglas, no como compartimientos estancos o cuerpos aislados, sino practicando «injertos» precisamente y sólo en los lugares donde era necesario. Así, por ejemplo, en la creación y formación de los contratos se incluyen (§ 312) reglas específicas sobre contratos negociados fuera de establecimientos comerciales, contratos a distancia o transacciones electrónicas. En la sección sobre el derecho de revocación se hacen menciones a las especialidades en los contratos de consumo (§ 355 ss.). En el contrato de compraventa se inserta un subtítulo específico para las ventas de bienes de consumo (§§ 474-480), etcétera. Y, con mayor ambición incluso, se aprovecha para incluir en el BGB con este criterio de coherencia legislativa otras Directivas ya traspuestas en leyes especiales, como uso de inmuebles a tiempo compartido (§ 481) o crédito al consumo (§ 491 ss.). A mi modo de ver, ésta es la vía más acertada, que parece ser el camino que pueden seguir también otros legisladores, como es el caso de Austria (que ya ha incluido esta normativa en su Código civil) o Dinamarca, que esperaron a la Directiva de 1999 para reformar sus Códigos civiles (80).

Analizados los argumentos, si la solución hubiese de ser la ubicación de las reglas de consumo dentro del Código civil europeo, resurge la infatigable pregunta: ¿cómo hacerlo con los materiales existentes? Se suele decir

(78) Vid. GRUNDMANN, *Consumer law...*, *passim*. Este autor también subraya las ventajas de la perspectiva «integradora» desde el punto de vista de la economía de mercado.

(79) Que puede realizar esa integración del Derecho del consumo gracias a la fusión

en el Código del Derecho civil y mercantil: HARTKAMP, *The Dutch Civil Code...*, cit., pgs. 21 y ss.; HONDIUS, *Consumer Law and Private Law...*, cit., pg. 26.

(80) HONDIUS, E., y JELOSCHKE, C., *Towards a European Sales Law*, «ERPL», 2001, 2-3, pgs. 157-161.

que los «Principios de Derecho contractual europeo» elaborados por la Comisión Lando (y por su sucesor, el «Grupo de estudio sobre un Código civil europeo») podrían servir de base para el futuro Código civil europeo (81). Sin duda, el trabajo comparativo de los diversos sistemas legales, que subyace en los «Principios» e iniciativas similares, es un buen punto de partida, pero debe ser combinado con un nuevo trabajo de extracción de los principios comunes derivados de las Directivas aprobadas, de manera que, contrastando ambos materiales, sea posible obtener más precisas y genuinas reglas *comunes*. Empleando un símil, podría decirse que los Principios constituyen una buena percha, cuyo diseño aún habría que refinar más, en la que deben colgarse diversos abrigos que ya están confeccionados y en uso. Por tanto, por un lado, quizás debería revisarse más a fondo el grado en que las últimas Directivas de consumo tienen principios aportables al Derecho contractual de estos Principios y, por otro lado, resulta compleja la manera en que las concretas normas de las Directivas deberían ser introducidas en los artículos propuestos por los Principios. El sistema alemán, antes expuesto, haría cambiar en buena medida la configuración actual de los Principios.

Respecto al primer aspecto, los Principios no discriminan entre las relaciones con los consumidores y las reglas más generales aplicables a todas las relaciones jurídicas (entre profesional y profesional, profesional y consumidor y entre ciudadanos normales que contratan entre sí). Se refieren al contrato en general, con independencia de los sujetos.

a) Esto tiene la ventaja de poder realizar una aplicación expansiva de reglas propias del Derecho del consumo para cualquier contrato, como antes se defendió. Así sucede con diversas nociones de los Principios inspiradas en las Directivas. Por ejemplo, los criterios contenidos en la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, pueden verse *para cualquier parte contratante* (y no sólo respecto a consumidores) en algunos artículos de los PECL: 2:104 («términos no negociados individualmente»), 2:209-210 («conflicto entre condiciones generales»: justamente, sólo para profesionales), 4:110 («cláusulas abusivas que no han sido negociadas individualmente»: «cualquier parte»), 5:103 («regla *contra proferentem*», y 5:104, «preferencia de los términos negociados»), 8:109 («cláusulas que limitan o excluyen acciones»). Otro ejemplo lo constituye la regulación del cumplimiento del contrato en caso de «cambio de circunstancias» (art. 6:111), similar al artículo 4 de la Directiva de 1990 sobre viajes combinados.

(81) LANDO, O., y BEALE, H. (dirs.) *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pg. xxiii; LANDO, O., *El Derecho contractual europeo en el tercer milenio*, «Derecho de los Negocios», 2000-116, pgs. 4-5. También a favor, por ejemplo, BERGER, K. P., *The Principles of European Contract*

*Law and the concept of the «Creeping Codification» of Law*, «ERPL», 2001-1, pg. 34; HONDIUS, E., *Finding the law in a new millennium. 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, pg. 101.

b) Pero esta absoluta indistinción de los sujetos tiene inconvenientes en los casos en que los Principios no siguen las pautas de las Directivas de consumo o guardan silencio sobre ellas: así sucede, por ejemplo, con la libertad de forma (art. 2:101, *versus* la forma escrita de muchos de los contratos celebrados con consumidores) o con el derecho de desistimiento o con la revocación unilateral por falta de información, no recogidos en los Principios.

Este problema entronca con una de las críticas antes vistas en contra de la propuesta «integrativa»: la naturaleza no imperativa de la mayoría de los artículos de los Principios. Pondré otro ejemplo: la admisión de las cláusulas que limitan o excluyen medios de tutela (8:109, salvo que sean contrarias a la buena fe y al equilibrio de las prestaciones) probablemente deberían tener un límite más expreso que la buena fe, cuando se refieran a contratos de consumo, de acuerdo con las Directivas existentes. Puede que similares problemas surjan de la admisión de la «cláusula de integridad» (*merger clause*) *no negociada individualmente*, que, según los Principios (2:105, sub 2), «sólo establece una presunción de que las partes querían que sus declaraciones, compromisos o acuerdos previos, no formasen parte del contrato»; esto puede enervar la regla pro consumidor relativa al carácter vinculante de la información dada por el suministrador profesional cuando anuncia o promociona sus productos, ubicada en otro artículo (6:101 sub 2; que, en todo caso, tampoco es tan cerrada e imperativa como la Directiva sobre la materia, ni se refiere sólo a consumidores).

Por último, quedaría por determinar cómo las normas concretas de las Directivas aprobadas deberían integrarse en los Principios, si éstos quieren llegar a erigirse en el texto del Código Civil Europeo. Porque, ¿cómo se integrará la Directiva de cláusulas abusivas (con su listado de cláusulas, por ejemplo) en los citados artículos de los PECL? O ¿cómo se insertará la Directiva 84/450/EC de 10 septiembre 1984 sobre publicidad engañosa dentro del artículo 6:101 PECL («declaraciones que originan obligación contractual»)? Es posible también destacar problemas similares en relación con el «Código europeo de contratos» de la «Academia de Pavía», si bien en mucho menor grado, pues parece tener presente este problema; esta consciencia, que no elimina buena parte de los problemas apuntados (pues las normas vigentes en la UE no llegan a integrarse en el Código), se aprecia en mecanismos concretos aplicables a los consumidores, expresamente regulados (v. gr., art. 9 sobre relaciones contractuales concluidas fuera de establecimientos mercantiles; o art. 159 sobre resolución realizada por un consumidor) y en diversas referencias que dejan «a salvo las reglas comunitarias o en vigor en los Estados Miembros de la Unión Europea» (v. gr., arts. 155, 156 concretas).

Una precisión final sobre la relación entre el Derecho del consumo y un futuro Código civil. El Libro Verde de la Comisión Europea sobre protección del consumidor de 2 octubre 2001 propone como una entre dos posibles alternativas la aprobación de una Directiva marco que cubra la mayoría

de las prácticas comerciales entre profesionales y consumidores, pero se dice que «las prácticas reguladas por el Derecho contractual nacional no se cubrirán, dejando intactos los Derechos nacionales que invaliden un contrato o establezcan reglas sobre indemnización. El reciente Libro Verde (*sic*) de la Comisión sobre Derecho contractual se ocupa de esto» (82). A tales declaraciones puede objetarse que las próximas actividades legislativas de la Unión Europea deberían estar mejor coordinadas, dado que los objetivos de ambos documentos son similares en buena medida y sería posible actuar conjuntamente (como antes se dijo), o, al menos, estudiar sus propuestas en detalle antes de decidir una actividad legislativa dual (Derecho comunitario del consumo, por un lado (83); Derecho contractual o privado, por otro), que no contribuiría a la anunciada simplificación de las normas. Por ello, es urgente delimitar el ámbito de ambas propuestas y considerar si podrían ser sometidas a una perspectiva conjunta en un instrumento único. En cualquier caso, la codificación o sistematización sólo del Derecho comunitario del consumo es una empresa más sencilla, realizable en un plazo razonable y, por tanto, puede resultar más popular. Pero esta decisión, a mi juicio, no necesariamente debería implicar el descartar de plano la solución integradora que se ha defendido; podría, acaso, suponer un primer paso hacia la coherencia del sistema del Derecho privado europeo, si no se opta por abordar desde el principio el fenómeno en su conjunto.

### III. ¿Cuándo y por qué vía aprobar un Código civil europeo?

Para concluir, queda por plantear el tercer tópico enunciado al principio, la tercera gran pregunta, ligada a la anterior: *¿cuándo y por qué medios aprobar un Código civil europeo?* Imaginemos la mejor situación: con mucha paciencia y trabajo, teniendo en cuenta las pautas mencionadas, realizando *ex ante* las múltiples elecciones entre la plaga de alternativas que se han ido señalando y bajo la coordinación y control de los grupos de trabajo existentes (84) por un Instituto de Derecho Europeo (siguiendo el modelo del

(82) *Questions and answers on the Green Paper on Consumer Protection*, Memo/01/07, Bruselas, 2 octubre 2001, cuestión 14, pg. 3 (trad. mía).

(83) De hecho, en las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Barcelona de 15-16 marzo 2002 (Doc.: SN 100/02 Es, conclusión 12.<sup>a</sup>, pg. 23) se da prioridad al seguimiento efectivo del Libro Verde de protección de los consumidores, sin ninguna referencia a la comunicación de Derecho contractual abordada en el Consejo de Laeken de diciembre 2001.

(84) El Parlamento europeo, en su resolución de noviembre de 2001 (§ 16) sugiere a la Comisión europea que sea asesorada por varios grupos de trabajo; menciona la

Comisión Lando, el Grupo de Estudio de von Bar y la Academia de Pavía. A mi modo de ver, ese asesoramiento no debería circunscribirse sólo a los grupos que hasta la fecha han tenido por fin establecer reglas concretas en forma de artículos, sino que debería comprender las varias redes de juristas comparatistas ya existentes, que pueden aportar también interesantes frutos. Por ello, resulta discutible la afirmación de la Comisión Lando y el Grupo de Estudio de von Bar (*Joint Response...*, cit., pg. V), de que estos dos grupos «pueden ser por ahora los únicos grupos de trabajo trans-europeos que tienen a su disposición una red de expertos académicos y la capacidad de trabajo necesaria para la empresa». Otros equipos, con

*American Law Institute*, como organización investigadora que prepare el texto final) (85), sería posible obtener *sin precipitación* un Código, *Restatement* o Principios. Digo sin precipitación, pues esta labor previa no debe estar sometida a las prisas políticas, sino que debe recaer en el trabajo serio de la ciencia jurídica europea. Baste recordar que la primera serie de los *Restatements* estadounidenses costó 21 años (1923-1944), la segunda serie se inició en los años 50 y la tercera en 1987; o que el BGB llevó más de 20 años, como el Código civil japonés (1879-1898), éste tan asentado en el Derecho comparado; o que el nuevo Código civil holandés costó casi 50 años. Pongamos que ese texto estuviera listo dentro de varias décadas a partir de ahora. ¿Qué instrumento legislativo debería ser empleado para ponerlo en vigor? También aquí hay una gran disparidad de criterios, en los que desempeñan un importante papel los criterios de la legitimación y la democracia. Entre otras, las principales tesis apuntadas son las siguientes, todas valiosas y todas con sus puntos fuertes y débiles:

— Celebrar un convenio internacional (86). La ventaja democrática de este instrumento y la superación de las dudas competenciales en el ámbito del Derecho privado son argumentos favorables, descompensados con los conocidos problemas de su rigidez, su dificultad para cambios posteriores. Ya es difícil poner de acuerdo a todos los Estados en la adopción de reglas comunes; más complicado aún resulta cambiar después esas reglas (las modificaciones requerirían de nuevo unanimidad). Además, su poder unificador se manifiesta sólo cuando bastantes países los adoptan y posteriormente los ratifican, sin reservas ni exclusiones. La experiencia demuestra que muchos tratados multilaterales están en vigor en muy pocos países de la Unión Europea o que no lo están en absoluto. Piénsese, por ejemplo, en el Convenio de UNIDROIT sobre el *Factoring* internacional (Ottawa, 28-10-1988: en vigor, pero sólo ratificado por Francia, Italia y Alemania), en el Convenio de UNIDROIT sobre el *Leasing* internacional (Ottawa,

cierta coordinación o, al menos, con la debida difusión o empleo de sus resultados pueden ser de gran utilidad, como el Proyecto de Trento («Common Core»), el Grupo de Tilburg-Viena sobre daños o el Grupo de Derecho europeo de Consumo (ECLG). Así, este último grupo se ha ofrecido a recibir el encargo de realizar un Código o Principios sobre Derecho de consumo (*Response*, pgs. 8-9) y no rehúsa el solapamiento y competencia entre diversos proyectos. Y, en cuanto al grupo de Trento, aunque entre sus fines no esté la producción de reglas articuladas, como sus responsables señalan, si su resultado es fidedigno, «puede convertirse en indispensable para quien quiera que reciba el encargo de diseñar la legislación europea» (BUSSANI/MATTEI, *Le fonds...*, pgs. 31 and 39; BUSSANI, *Integrative...*, pg. 87). La coordinación de todos estos esfuerzos a tra-

vés de una «European Law Academy» y un «European Law Institute» parecen imprescindibles para aprovechar al máximo estos recursos.

(85) *Vid.* KIENINGER, E. M., y LEIBLE, S., *Plädoyer für einen «Europäischen Wissenschaftlichen Ausschuss für Privatrecht»*, «EuZW», 1999-2, pgs. 37-40; CHAMBOREDON, A., y SCHMID, C. U., *Pour la création d'un «Institut Européen du Droit»*. *Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe*, «RIDC», 2001-3, pgs. 865-708. En contra de esta «institucionalización» de la investigación, la respuesta del Gobierno de Austria a la Comisión (en el documento *Respuestas...*, cit., pg. 13).

(86) Por ejemplo, *vid.* RACINE, J. B., *Response*, pg. 4.

28-5-1988, que no está en vigor; sólo ratificado por Francia e Italia), o el Convenio sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 1974, que no ha sido firmado por ninguno de los países UE) (87).

— En una línea similar, con un instrumento ya específico de la Unión Europea, se ha sugerido adoptar el Código como una medida de cooperación reforzada entre los Estados Miembros interesados (88), siguiendo la vía abierta en los artículos 43-45 del Tratado de la Unión Europea y artículo 11 del Tratado de la Comunidad Europea.

— La aprobación de un Reglamento en el que se comprendiese íntegro el Código civil europeo va ganando prestigio en los últimos tiempos (89). Es una solución defendida en muchas de las respuestas a la Comunicación de la Comisión, si bien se aboga por su aprobación a largo plazo. En su favor cuenta con su aplicabilidad directa, consiguiendo la máxima uniformización, lo cual es visto por los detractores del Código civil europeo precisamente como su principal defecto, por reproducir anacrónicamente el esquema de la codificación, contra la tradición del *Common Law* y la diversidad cultural. Sin embargo, como digo, últimamente el Reglamento está siendo un recurso empleado en materias de Derecho privado para evitar los problemas de otros mecanismos (como la falta de ratificación por los Estados impidiendo la aplicación de la norma o las transposiciones tardías o inadecuadas de Directivas). Así, cabe citar como ejemplos las transformaciones o metamorfosis recientes de Tratados o Convenios en Reglamentos comunitarios, como los relativos a procesos de insolvencia, o competencia judicial civil, mercantil y sobre asuntos matrimoniales conocidos como «Reglamentos Bruselas I y II» (90). De hecho, la propia Resolución del Parlamento Europeo de noviembre de 2001 (§ 20) sugiere a la Comisión «que examine si no sería más eficaz y pertinente (...) recurrir al Reglamento como instrumento jurídico».

(87) Sobre estos problemas, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, *Estudio preliminar...*, cit., pgs. 31-33.

(88) SCHMID, C. U., *Legitimacy conditions for a European Civil Code* (disponible como *Response* a la comunicación en el sitio web de la Comisión europea), pgs. 11-12.

(89) BASEDOW, *Das BGB in künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung*, «AcP», 2000-200, pgs. 479-480, 483; MÜLLER-GRAFF, *Gemeinsames Privatrecht...*, pgs. 47-47; SONNENBERGER, *Response*, §§ IV and IX; PINNA, *Drafting...*, pg. 9. La solución previamente mencionada (un Código de consumo) es defendida por el ECLG (*Response*, pgs. 6 and 9); en contra, BEUC, *Response*, (BEUC/364/2001) pg. 2.

(90) Así, el Convenio de Bruselas sobre procedimientos internacionales de insolvencia (23-11-1995), transformado en el Reglamento 1346/2000 (DOCE L 160, de 30-6-2000); el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (27-9-1998), convertido en el Reglamento 44/2001 (conocido como Reglamento Bruselas I. DOCE L 12, de 16-1-2001); o el llamado Reglamento Bruselas II, 1347/2000 (DOCE L 160, de 30-6-2000) sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, que reproduce el Convenio del mismo nombre. *Vid.* HONDIUS, E., BETLEM, G., *European Private Law after the Treaty of Amsterdam*, «ERPL», 2001-1, pgs. 3-19.

— Otra alternativa sería adoptar una suerte de «Ley modelo», utilizando el ejemplo del Código Uniforme de Comercio (UCC) estadounidense. Ello tendría la ventaja de dejar a todos y cada uno de los Estados miembros la adopción del Código civil europeo, que consistiría en una alternativa al Derecho nacional, con suscripción opcional y voluntaria por cada Estado (91). Sin duda, la posibilidad de diversas velocidades en la adopción y el reconocimiento de la soberanía nacional en esta materia, lejos del criterio de la imposición mayoritaria que tienen las Directivas y Reglamentos, supone una solución digna de reflexión. Su acogimiento dependería del grado de uniformización y del tiempo en que ésta se espere alcanzar para vencer los obstáculos al mercado interior. Quizás el instrumento de la Recomendación podría servir para ello.

— Otras propuestas más suaves sugieren un código de mínimos, que sólo exija las necesarias adaptaciones por los Estados, que conservarían así sus códigos nacionales (92).

De todas las propuestas formuladas en los últimos tiempos, resulta muy atractiva y equilibrada la realizada por la Comisión Lando y el «Grupo de Estudio sobre un Código civil europeo», en su «Respuesta conjunta» a la Comunicación de la Comisión europea: un plan por etapas con espacio para diferentes velocidades de implementación, similar de alguna forma a la adopción del euro. La implantación de una serie de principios, más fácilmente moldeables que la legislación, pasaría por cinco hipotéticas fases: 1) Un texto no vinculante en forma de *restatement*, con medidas para su uso progresivo (que influya en la legislación futura, sea estudiado en las Universidades, etc.). 2) Carácter vinculante de ese *restatement* como Derecho comunitario dispositivo, si es adoptado voluntariamente por las partes (sistema de «*opt-in*») (93). 3) Carácter vinculante, salvo que sea específicamente excluido (sistema de «*opt-out*»). 4) Adopción de ese texto como Derecho comunitario obligatorio para todas las transacciones transfronterizas. 5) Su adopción como obligatorio para todas las transacciones.

A todas las soluciones citadas (Tratado, cooperación reforzada, Reglamento...) me atrevería a proponer, acaso temerariamente, otra solución alternativa. Difiere de todas las demás en que el Código no sería un proyecto único «en bloque», sino que podría prepararse por fases (94), pero en un

(91) WITZ, C., *Plaidoyer pour un code européen des obligations*, «Daloz. Chronique», 2000, pgs. 79 y ss., en especial, pg. 82; *Id.*, *Rapport...*, pg. 171; cfr., con más matices, REMIEN, *Denationalisierung...*, pg. 122; también CHARBIT, N., *L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats*, «JCP - La Semaine Juridique EG», 2002, 1-2, pgs. 9-16, especialmente, pgs. 14 y 16.

(92) RITTNER, F., *Ein Gesetzbuch für Europa?*, «ZEuP», pgs. 452-453.

(93) Con el problema de la conveniencia de cambiar el Convenio de Roma sobre ley aplicable a los contratos para permitir a las partes elegir este *restatement* (u otro) como ley que gobierna su contrato, también ante los tribunales domésticos (así, diversos autores; v. gr.: BERGER, H. P., *Harmonisation...*, cit., pgs. 899-900).

(94) Con diferentes estadios, también apoya la implantación de un código en tres

sentido diferente al citado. El futuro Código civil europeo, basado en un auténtico *Restatement* de principios comunes, podría ser aprobado en dos fases: primer paso, la armonización. Segundo paso: la uniformización.

Y la vía para hacerlo, acaso podría ser la siguiente: en primer lugar, la aprobación por medio de Directivas, que se promulgarían sucesivamente, de las diversas partes del Código redactadas por los grupos de expertos existentes en el marco del futuro Instituto de Derecho Europeo. La amplitud del contenido de estas Directivas podría estar en función de la necesidad real de las materias armonizables para los fines del mercado interior: así, por ejemplo, podrían versar sobre formación de los contratos, cumplimiento e incumplimiento, etc., o abarcar bloques más amplios: obligaciones, Derecho patrimonial, etc. (recuérdese el ejemplo de los *Restatements* una vez más). De esta forma se conseguiría que los Estados miembros incorporasen en su Derecho nacional las nuevas soluciones, sintiéndolas auténticamente como suyas. El segundo paso consistiría en la refundición y reelaboración de todas las Directivas en un solo Reglamento, de eficacia directa, que encontraría así facilitada su aplicación en toda la Unión Europea, pues básicamente sus soluciones formarían parte ya de todos los sistemas nacionales. Este segundo paso permitiría reelaborar y refinar la redacción de acuerdo con los problemas observados en la aplicación de las diversas Directivas. También es posible pensar que, en esta segunda fase, el medio empleado no fuese un Reglamento, impuesto por una mayoría, sino una Ley modelo traducida a todos los idiomas oficiales de la Unión Europea, que podría ser aceptada, esta vez sí, en bloque, por cada uno de los Estados. Así, aumentaría el nivel democrático para una decisión tan importante como suprimir buena parte del Código civil (o sistema de reglas de Derecho privado) de cada Estado.

Antes de rechazar de plano esta propuesta, basada de nuevo en las denostadas Directivas, deberían tomarse en consideración, a mi modo de ver, los siguientes aspectos positivos que entraña:

a) La clásica crítica a la *fragmentación* e incoherencia producida por el sistema de Directivas no tendría tanto fundamento si esta tarea partiese de un plan claro acerca de las materias y la forma de abordarlas. Este plan podría trazarse por el sugerido Instituto de Derecho Europeo, contando con el material humano e investigador de los grupos comparatistas que hasta ahora han demostrado su valía. Entiendo que esta aprobación del Código por partes no es un sistema tan negativo como a primera vista pudiera parecer, a juzgar por la experiencia que ofrece la elaboración del Código civil holandés o, en la actualidad, elaboración de un código civil, libro a libro,

---

etapas (1, redacción del texto por expertos, que sea discutido y remitido a las instituciones comunitarias, que lo aprueben formalmente —sin especificar cómo—; 2, tiempo para la adaptación de las normas nacionales a ese texto, modificando sus códigos civiles;

3, puesta en vigor del Código por la UE) BASEDOW, *Codification of Private Law...*, cit., pgs. 48-49; ID., *The European Union and the Harmonisation of Private Law*, en BARRETT/BERNARDEAU, «Towards...», cit., pg. 55.

sección a sección promulgadas en leyes especiales, que está realizando Cataluña. La ventaja de obtener una armonización más inmediata para las áreas más necesitadas de ello, sin esperar una aprobación en bloque dentro de muchos años, no debe ser olvidada (*si realmente existe tal necesidad para un «Código» o Principios de tanto alcance y no es un argumento maniqueo*).

b) El problema de la rigidez de la legislación es inferior con este sistema en comparación con otros como el Convenio o Tratado. La rigidez o «petrificación» de las reglas, en todo caso, podría ser atajada por tres medios: primero, mediante el sistema adoptado en muchas Directivas de consumo de revisar el texto varios años después de entrar en vigor (normalmente, 2 ó 5 años después) (95), para adaptarlas a los cambios que sean necesarios. Este oportuno sistema no se usa, en cambio, normalmente en los Códigos nacionales. De esta forma, extrayendo las enseñanzas del análisis económico, podría observarse con provecho si las reglas dispositivas contenidas en tales Directivas han sido desplazadas por la elección de las reglas de otros sistemas legales o por el mantenimiento en los contratos de las viejas reglas de cada sistema nacional. La competición entre ordenamientos jurídicos mostraría, así, la eficiencia o ineficiencia de tales reglas antes de su reelaboración final en el Reglamento o en la Ley Modelo. Segundo, tampoco es un problema irresoluble el reformar alguna de esas Directivas, cuando sea necesario, como demuestra, por ejemplo, la reciente modificación de la Directiva de productos defectuosos en 1999 para incluir las materias primas agrícolas. Tercero, como factor de adaptación, para tener vivo el Derecho, resulta imprescindible una revisión del papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: bien redefiniendo el valor de la cuestión preliminar como un dictamen no vinculante para los tribunales supremos nacionales (96), bien, mejor aún, constituyendo a este Tribunal en una instancia superior que garantizara la interpretación y aplicación uniforme de las normas comunes (con Tribunales europeos de apelación o usando las estructuras nacionales existentes) (97).

c) Hasta ahora, las Directivas han sido la vía más efectiva para armonizar las tradiciones del *Civil Law* y el *Common Law*. La solución de unos principios cerrados en un Código final, aprobado por reglamento, sería, probablemente mal recibida en los países de *Common Law*. Sin embargo, esta solución previa, transitoria, como un «trabajo-en-proceso», mediante Directivas, podría, acaso tener una buena acogida en estos sistemas, si atendemos la indicación de algún autor inglés sobre la elaboración de un código «con-

(95) Por ejemplo, artículo 9 Directiva 13/1993; artículo 12 Directiva 44/1999; artículo 6.5 Directiva 35/2000; *vid.* ARROYO AMAYUELAS, *Estudio Preliminar...*, cit., pg. 31, n. 40.

(96) SCHMID, *Legitimacy...* (response), pg. 17.

(97) COMMISSION/STUDY GROUP, *Joint Response*, § 98, pg. 47; REMIEN, *Response...*,

§ 17; ARROYO/VAQUER, *Un nuevo impulso...*, pg. 5. Sobre esto, *vid.*, MICKLITZ, H. W., *Prospettive di un Diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, en ALPA/BUCCICO, *Il Codice...*, pgs. 307 y ss., en especial, pgs. 340-347. Por su parte, BASEDOW (*The European Union and...*, cit., pg. 56) sugiere reformar la estructura judicial aproximándola a los *Circuit Courts* de Estados Unidos.

cebido en el estilo de las Directivas» (98). No en vano, la aproximación de ambos sistemas ha sido clara a través de este método. Pienso, entre otras muchas, en las Directivas sobre propiedad intelectual, que han conseguido llegar a puntos de acuerdo en sistemas tan dispares en muchos aspectos como el *copyright* y el *droit d'auteur*.

d) También conviene tener presente, por último, la ventaja que las Directivas y los Reglamentos presentan por la posibilidad de su aprobación por mayoría cualificada en el ámbito de la armonización del mercado interior.

Por supuesto, no se me escapa el problema fundamental de la competencia de la Unión Europea para regular sobre puro Derecho civil. Problema que tanto afecta a esta solución como a muchas otras. De ahí el esfuerzo de la Comunicación de la Comisión europea de 2001 por tratar de obtener datos concretos sobre la necesidad de la armonización del Derecho contractual europeo. Demostrar el principio de necesidad es básico para poder actuar en este ámbito sin vulnerar el principio de subsidiariedad. Sobre todo después del asunto de la publicidad del tabaco (STJCE 5-10-2000) (99). El riesgo de que un país acuda a la vía judicial cuando ha perdido la batalla política al quedar en minoría (100) no puede obviarse. El problema ha sido justamente detectado en el Consejo Europeo de Laeken (14-15-12-2001): el Consejo se ha planteado si la necesidad de aproximar las legislaciones no debería dar lugar a un acuerdo sobre la ampliación de la competencia de la UE para legislar otros ámbitos, más allá de lo que hoy permiten los preceptos del Tratado de la Comunidad Europea (101) (y en especial, del art. 95). Y así, la ausencia de mención del tema competencial respecto al Derecho contractual en la comunicación de la Comisión de 2001 se ha tratado de justificar en la posible ampliación de la competencia comunitaria con la revisión del Tratado de la Comunidad Europea en 2004 (102). Tam-

(98) BEALE, H., *La commission Lando: le point de vue d'un common-law lawyer*, según cita de WITZ, *Rapport de synthèse*, pg. 171, n. 1; BEALE (*Codification...*, cit., pg. 38) señala, mejor que un Código que implique «unificación»: «I would prefer to do this by each country adapting its law to a model rather than by imposing the same rules absolutely everywhere. "Harmonisation" which could be implemented in the national legal traditions would enable us to preserve our cultural diversity». Similarmente, MARKESINIS (según cita de HONDIUS, *Consumer Law and Private Law...*, cit., pg. 28) duda de la bondad del Código, pero no de la necesidad de armonización mediante Directivas y mediante la jurisprudencia del TJCE.

(99) *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La publicidad del tabaco y el Derecho comunitario: sobre la difícil cohabitación*

*entre las competencias de mercado único y de salud pública (comentario a la STJCE 5 octubre 2000)*, «Gaceta Jurídica», 2002, número 213, pgs. 75-89; DE AREILZA CARVAJAL, *Variaciones sobre la limitación de competencias: la anulación de la Directiva de publicidad del tabaco (Comentario a la STJCE 5 octubre 2000)*, «Revista de Derecho Comunitario Europeo», 2000-8, pgs. 643-662.

(100) WEATHERILL, *The European Commission's...*, pgs. 363-364.

(101) *Vid.* el anexo I de la Declaración de Laeken sobre el futuro de la UE (conclusiones de la presidencia), pg. 22.

(102) Así se manifiesta uno de los principales responsables de la comunicación de la Comisión, STAUDENMAYER, D., *Die Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht*, «EuZW», 2001, pg. 489.

bién habría que considerar el coste de tantas reformas legislativas dentro de los Códigos civiles nacionales.

No sé si estos inconvenientes superarán las ventajas de esta propuesta modesta y acaso descabellada (textos de «soft Law» aprobados por Directivas, seguidos de un Reglamento o Ley modelo que las comprenda todas). Lo que sí es claro es que toda ley es un acto de poder (*potestas*). Y que la uniformización por medio de la legislación es un acto de soberanía política que encuentra resistencia en los administradores de la soberanía nacional. Por eso, cualquier intento de retorno a un *ius commune* tiene garantizado un mayor grado de éxito si se lleva a cabo mediante la *auctoritas*, es decir, el saber socialmente reconocido (103), como lo entendía el Derecho romano clásico. Y, sin duda, este factor debe ser aprovechado para conjugar la *auctoritas* de los «Principios» privados (como los de la Comisión Lando o similares) con el proceso de armonización legislativa. Que los principios diseñados por la doctrina sirvan de base —debidamente contrastados entre sí y reelaborados— las futuras Directivas y al instrumento único final.

Para ello, el calendario debería seguir unas fases naturales: primero, un debate intenso sobre los medios y los fines de la armonización del Derecho privado europeo para tomar las decisiones fundamentales para el futuro. Tal es el momento presente, en el que debe examinarse con detenimiento el grado de necesidad de la convergencia en este punto, atendiendo a las opiniones de los prácticos y las personas implicadas en las transacciones comerciales transfronterizas, actuales o posibles de llevarse a término este proyecto, para evaluar si éste tiene un interés real más allá del indudablemente académico. Segundo, continuar con el trabajo de los expertos en la extracción de los principios comunes, con independencia de los avatares políticos, pero quizás de una forma más organizada, aprovechando todos los recursos. Tercero, realizar las reformas institucionales necesarias para que este proyecto sea realizable (en especial, clarificando el papel de la competencia de la UE y las funciones del TJCE).

En este proceso, cabe felicitar tanto a la Comisión Europea como al Parlamento europeo por tomar la iniciativa ante la pregunta de «hacer o no hacer» unos principios comunes sobre el Derecho privado europeo. El Libro (Verde o Blanco, aún sin definir) sobre esta materia, que la Comisión Europea había de presentar a finales de 2002 (104), planificando sus próximas acciones en función de los datos recabados por su consulta, concitaba las máximas expectativas. Expectativas que siguen plenamente latentes tras la reconversión de ese documento en el denominado «plan de acción para un Derecho contractual europeo más coherente» de 12 de febrero de 2003 (105).

(103) D'ORS, *Hacia un nuevo...*, cit., pg. 362.

(104) Según el documento *Respuestas...*, cit., pgs. 24-25, por el requerimiento efectuado por el informe del Consejo de Justicia, cit. (16-11-2001), pg. 3.

(105) El «plan de acción» mantiene el carácter consultivo iniciado por la Comunicación de la Comisión, sin emprender medidas concretas particularmente decisivas. Realiza una adecuada síntesis de los problemas y propone, en esencia, cuatro medidas,

Las instituciones comunitarias, siguiendo las palabras de *Hamlet*, en lugar de «sufrir los dardos y flechas de la atroz Fortuna» (contra el fin del mercado interior), han decidido «tomar armas contra un mar de problemas y, haciéndoles frente, acabar con ellos» (106).

---

sin abandonar el enfoque sectorial (§ 14) que, hasta ahora, ha caracterizado a la legislación comunitaria: *a)* Fomentar financieramente la investigación en este ámbito, a través de los cauces ya establecidos. *b)* Crear y publicar una base de datos de cláusulas contractuales tipo en un año (algo útil, pero no especialmente reclamado en las respuestas a la comunicación). *c)* Elaborar un «marco común de referencia» con principios y terminología comunes en un plazo de tres años tras las convocatorias del sexto programa de investigación. *d)* Después, elaborar un «instrumento facultativo» con la forma de una Recomendación o de un Reglamento que no sustituiría a los Derechos nacionales.

De los tópicos abordados en este ensayo, pocos quedan perfilados por este nuevo documento de la Comisión, que, cautamente, parece querer posponer aún los perfiles de tal instrumento, en espera de nuevas res-

puestas y reacciones a sus iniciativas. Aunque se decanta por un contenido con pocas reglas de carácter imperativo (§§ 93 y 94), deja sin definir su carácter transfronterizo o intrafronterizo (cfr. § 92), así como su ámbito objetivo (cfr. § 95). La cuestión de un eventual «Instituto de Derecho Europeo» es por entero silenciada. Y, lo que es más grave, la relación de este futuro instrumento con el existente «*acquis communautaire*» sobre protección de los consumidores no acapara la más mínima atención en el plan de acción (cfr. §§ 73 y 94), que —probablemente en virtud del artificio de la división competencias entre las diversas Direcciones Generales de la Comisión— ni siquiera menciona el Libro Verde sobre protección de los consumidores de 2001, el cual sigue su curso autónomo.

(106) SHAKESPEARE, *Hamlet*, III, 1 (58-60).

