

¿HACIA UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO?

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado
Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de unificar ramas completas del derecho privado a nivel comunitario, superando la mera armonización de temas concretos, ha sido barajada por las instituciones comunitarias desde hace ya algún tiempo.

Concretamente, el Parlamento Europeo en su Resolución de 26 de mayo de 1989 consideró que la cobertura jurídica de temas concretos o aspectos parciales no resultaba suficiente para las necesidades y aspiraciones de un mercado único y sin fronteras, y que la forma más conveniente de armonización para lograr la cobertura de las necesidades jurídicas de la Comunidad en el ámbito del derecho privado era la unificación de importantes ramas del mismo. Esa consideración se acompañó además de una solicitud, que dieran comienzo los trabajos de preparación imprescindibles para la elaboración de un Código europeo común de derecho privado¹.

Dicha solicitud no fue sin embargo debidamente atendida. Muestra de ello es que el Parlamento Europeo aprobó otra Resolución el 6 de mayo de 1994, en la que lamentaba que la Comisión aún no hubiera emprendido esos trabajos preparatorios, e instando nuevamente a que se llevaran a cabo². Pero como señala D. STAUDENMAYER, sin que tampoco en esta ocasión se produjeran reacciones significativas en la Comisión y el Consejo, debido probablemente a que la situación política no era favorable para tales proyectos³.

El Parlamento Europeo no decayó por ello en sus esfuerzos, y encargó un estudio de derecho comparado que se presentó en junio de 1999, para que se analizara el

1. Resolución sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros (A 2-157/89), DOCE C 158, de 26 de junio de 1989, págs. 400-401.

2. Resolución sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros (A3-0329/94), DOCE C 205, de 25 de julio de 1994, págs. 518-519.

3. D. STAUDENMAYER, «The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?», *European Review of Private Law*, 2002, 2, pág. 251. Se puede decir que en el ámbito doctrinal sí tuvieron cierto eco dichas iniciativas, ya que fueron numerosos los trabajos publicados sobre un posible Código europeo. Cabe destacar, A.S. HARTKAMP y otros, *Towards a European Civil Code*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1994, publicándose una 2ª edición en 1998.

ámbito que podía tener el mencionado Código, así como la necesidad de su elaboración⁴. Y dicho estudio fue la base académica que le sirvió⁵ para reiterar, en una nueva Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa legislativo de la Comisión para ese año, que en el mercado interior era esencial una mayor armonización en el ámbito del derecho civil, y que la Comisión debía elaborar un estudio al respecto⁶.

Esta última Resolución sí se aprobó en un momento en que las circunstancias políticas eran favorables. Conviene recordar que en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 se había insistido en la necesidad de desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, haciendo uso de todas las posibilidades que ofrece el Tratado de Amsterdam. Se dijo que en un auténtico espacio europeo de justicia, no debía suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros, impidiera a las personas y empresas ejercer sus derechos o las disuadiera de ejercerlos. Y más concretamente, por lo que respecta al derecho material, que era necesario realizar un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, debiendo informar el Consejo antes de finales de 2001⁷.

Por ello, en esta ocasión se produjo al fin la esperada reacción. La Comisión, en su respuesta al Parlamento Europeo de 25 de julio de 2000, declaró que presentaría una comunicación a las demás instituciones comunitarias y al público en general, respetando la fecha de 2001 fijada por el Consejo Europeo de Tampere. Y dicha comunicación se presentó el 11 de julio de 2001, aunque con un ámbito más restringido del inicialmente previsto, referida tan sólo a la materia contractual: «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo»⁸.

Debemos señalar que la preparación de propuestas legislativas mediante comunicaciones, libros verdes o blancos constituye un modo de consultar a las distintas instituciones y partes interesadas sobre la necesidad y contenido que debe darse a un instrumento legislativo a fin de alcanzar los objetivos fijados. Con dichas medidas se trata, en definitiva, de determinar si es necesario llevar a cabo una acción comunitaria y, en caso afirmativo, en qué ámbitos⁹.

La Comisión se limitó por ello a formular en la Comunicación una serie de opciones sobre la posible acción de las instituciones comunitarias en materia contrac-

4. «The Private Law Systems in the EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code», European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103, PE 168.511. Los autores de este estudio fueron: C. Von Bar, M. Barendrecht, J. Basedow, U. Drobnig, W. Van Gerven, E. Hondius, K. Kerameus, S. Koussoulis, O. Lando, M. Loos y W. Tilmann.

5. Así lo señala D. STAUDENMAYER, «The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?», op. cit., pág. 251.

6. Resolución sobre el programa legislativo anual de la Comisión para 2000 (B5-0228, 0229, 0230/2000), DOCE C 377, de 29 de diciembre de 2000, págs. 323-329, especialmente pág. 326.

7. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, Boletín de la Unión Europea, 1999, 10, págs. 7-14, especialmente pág. 12.

8. DOCE C 255, de 13 de septiembre de 2001, págs. 1-44.

9. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 7.

tual, e invitó a todas las partes interesadas a participar en el debate. Y la verdad es que se recibieron numerosas respuestas de ámbitos muy diversos: del Consejo, Parlamento Europeo y Comité Económico y Social, de varios gobiernos, empresas de muy diferentes sectores, asociaciones de consumidores y numerosos juristas¹⁰.

Todo ello lo vamos a analizar en las líneas que siguen para tratar de responder al interrogante que titula este trabajo. Trataremos de dilucidar si es posible que exista en un futuro, próximo o lejano, un derecho contractual europeo.

II. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO CONTRACTUAL

La Comunicación dedica uno de sus apartados a reflejar la situación actual del derecho contractual. Se ocupa, en primer término, y muy someramente, de la función que desarrollan los principales instrumentos internacionales de unificación conflictual y material; y destaca, a continuación, la importancia que tiene en este ámbito el acervo comunitario¹¹.

No menciona en dicho apartado, aunque sí lo hace en otros lugares, una serie de importantes trabajos académicos que se han desarrollado o se están desarrollando en el ámbito del derecho contractual, o más ampliamente en el ámbito del derecho privado; ni alude tampoco a la importancia que puede tener en este sector la Nueva Lex Mercatoria, esto es, los usos y prácticas desarrollados autónomamente por los comerciantes para regir sus operaciones.

Entendemos que una visión más completa de la situación actual del derecho contractual exige analizar todas esas cuestiones. Y por ello, en este apartado nos vamos a centrar en la función y utilidad de los instrumentos internacionales y trabajos académicos referidos, para reflejar en un momento ulterior, al hilo de una de las propuestas formuladas por la Comisión, el papel que puede desempeñar la Nueva Lex Mercatoria.

1. Instrumentos internacionales

1.1. *Los Convenios de unificación conflictual*

La necesidad de ofrecer una respuesta jurídica adecuada a los contratos internacionales, ha llevado a que se desarrolle la cooperación interestatal para la elaboración de convenios, tanto de derecho conflictual uniforme como de derecho material uni-

10. Las respuestas y un resumen conjunto de las mismas se pueden consultar en la siguiente dirección de Internet: http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/index_en.html

11. La Comunicación se acompaña de una serie de anexos, donde sí se ofrece una visión más completa de la situación actual del derecho contractual. Concretamente, el Anexo I, que clasifica por materias el Acervo comunitario relevante en el ámbito del derecho privado; el Anexo II, que recoge una lista de instrumentos internacionales relativos a cuestiones de derecho contractual material, clasificados en función del organismo internacional que los ha promovido; y el Anexo III, que analiza la estructura del acervo de instrumentos internacionales vinculantes relevantes.

forme. Esto es, para la elaboración de convenios que recojan una serie de normas de conflicto comunes a todos los Estados parte, o bien una serie de normas sustantivas aplicables al fondo del asunto.

Como sabemos, la norma de conflicto tiene por misión designar el derecho u ordenamiento que debe aplicarse a una relación jurídica. Esta norma puede ser establecida autónomamente por cada Estado, con las particularidades y diferencias que ello conlleva; o, como ya hemos dicho, puede ser adoptada conjuntamente, compartida, igual para todos los Estados parte en un convenio de unificación conflictual.

Este tipo de convenios sirve para aportar cierta seguridad jurídica a las transacciones internacionales. Concretamente, al disponerse en los distintos países de un mismo sistema de normas de conflicto, resulta indiferente que el litigio que pueda surgir en torno a una relación jurídica se plantee en un país u otro, ya que el derecho aplicable al fondo del asunto no va a variar¹².

Esa ventaja motivó, de hecho, que en el ámbito comunitario se aprobara el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que ha sido ratificado por todos los Estados miembros¹³.

Por ello, la Comunicación se refiere a dicho Acuerdo, destacando acertadamente que es el Convenio más importante en materia conflictual¹⁴, así como algunas de sus características básicas: que se aplica a las obligaciones contractuales de cualquier situación que conlleven una elección entre las normativas de distintos países; que permite a las partes, con ciertas limitaciones, acordar la normativa nacional aplicable, designando el derecho que habrá de regular el contrato en defecto de elección; y que aunque tiene un ámbito material amplio, excluye ciertas cuestiones en su art. 1¹⁵.

12. Tal como señalara hace ya algún tiempo A. REMIRO BROTONS, con la unificación conflictual se combate el *forum shopping*, se lucha por la armonía internacional de soluciones y se beneficia la previsibilidad del derecho material aplicable, «Regla de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado», *Symbolae García Arias*, Estudios de derecho editados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1973-74, pág. 633.

13. Versión consolidada, DOCE C 27, de 26 de enero de 1998.

14. La Comunicación debería haber señalado también en este punto que existen otra serie de Convenios aprobados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, referidos a contratos específicos, que están en vigor en algunos países de la Unión Europea y pueden primar sobre lo dispuesto en el Convenio de Roma.

Concretamente, el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre ley aplicable a las ventas internacionales de objetos muebles corporales, que está en vigor en Noruega, Suiza, Nigeria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia y Suecia (los cinco últimos países miembros de la Unión Europea); también estaba en vigor en Bélgica, que denunció este acuerdo con efectos a partir de 1 de septiembre de 1999. Con posterioridad se elaboró el Convenio de La Haya de 22 de diciembre de 1986 sobre ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, para complementar al Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el plano conflictual, pero no ha llegado a entrar en vigor. Por otra parte, el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación está en vigor en Argentina, Francia, Holanda y Portugal (los tres últimos países miembros de la Unión Europea).

15. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 4. La bibliografía sobre el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 es amplísima, para entender mejor su origen, sentido, ámbito de aplicación y características, nos permitimos remitir a una serie de trabajos de la doctrina española: A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», A.L.

No obstante, la aplicación de este tipo de acuerdos no está exenta de inconvenientes o críticas. Las normas de conflicto unificadas conducen, al fin y al cabo, a la aplicación del derecho interno de un país u otro¹⁶; no eliminan la diversidad existente en la normativa material o sustantiva de los distintos Estados. Y ello conlleva una serie de problemas, que también son puestos de relieve en la Comunicación.

Principalmente, el hecho de que uno de los contratantes, o puede que incluso los dos, va a tener que informarse sobre el contenido, aplicación e interpretación de una normativa que le resulta extraña. Y eso se va a traducir inevitablemente en una serie de costes adicionales, que pueden disuadir a las empresas en general, y las PYME y consumidores en particular, de embarcarse en operaciones transfronterizas¹⁷.

1.2. *Los Convenios y otros instrumentos de unificación material*

Con los convenios de unificación material se ofrece una respuesta específica y directa a los contratos internacionales. Este tipo de acuerdos presenta una ventaja frente a los anteriores, y es que eliminan la diversidad normativa existente a nivel interno, pues todos los Estados parte van a compartir unas mismas normas sustantivas o de fondo¹⁸.

El problema es que no resulta fácil elaborar un Convenio de este tipo. Se requiere que los Estados estén dispuestos a renunciar a su propia normativa en favor de una normativa común, y ello exige una serie de complicadas negociaciones que van a

Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara (dir), P. Blanco-Morales Limones (Coord.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 41-143; C. ESPLUGUES MOTA, «Régimen jurídico de la contratación en el Derecho del comercio internacional», C. Esplugues Mota (coord.), *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 27-128; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, «Obligaciones», *Derecho internacional privado*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1999, págs. 502-557; J.A. PÉREZ BEVIÁ, «Las obligaciones contractuales», en M. Aguilar Benítez de Lugo y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, págs. 257-292; y M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, págs. 143-207.

16. Con algunas excepciones, ya que la intermediación de la norma de conflicto puede servir en ocasiones para extender las posibilidades de aplicación de un Convenio de derecho material uniforme. A modo de ejemplo, vid. art. 1.1.b) del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

17. La Comunicación añade que esos costes de transacción más elevados pueden suponer una desventaja competitiva, pone como ejemplo las situaciones en que un proveedor extranjero compita con un proveedor establecido en el mismo país que el cliente potencial, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 5.

Se ha señalado, por otra parte, que la diversidad normativa también puede generar conflictos entre las normas obligatorias de distintos países, incidiendo negativamente en las transacciones transfronterizas. C. VON BAR y O. LANDO ponen como ejemplo que las normas imperativas nacionales pueden impedir el marketing de servicios idénticos, en idénticos términos y condiciones, «Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», vid. supra nota 10, se ha publicado también en la revista *Europa e diritto privato*, 2002, 1, págs. 133-199, especialmente págs. 141-142.

18. R. GOODE señala además que estas normas son más accesibles que el derecho nacional, al estar redactadas en varios idiomas; y que constituyen un derecho neutral para las partes al que pueden acceder en iguales condiciones de conocimiento, «Reflections on the Harmonisation of Commercial Law», *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*, 1991, pág. 73.

repercutir decisivamente en el texto del acuerdo definitivamente aprobado, así como en su posterior aceptación. Vamos a poner un ejemplo.

El instrumento más importante de unificación material es el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Pues bien, su elaboración requirió muchísimos años de trabajo, y la dedicación y esfuerzo de dos organizaciones internacionales: UNIDROIT y UNCITRAL.

Los trabajos comenzaron en torno a 1930 en el seno de UNIDROIT¹⁹, y culminaron, tras muchos avatares, con la aprobación de dos Convenios en 1964, que llevaban anexas sendas leyes uniformes²⁰. Pero las circunstancias políticas, el círculo restringido de países que participó en su elaboración y algunos aspectos de su contenido, motivaron que fueran muy escasamente aceptados²¹.

Posteriormente, la creación de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL) en 1966, trajo consigo un relevo en las labores de unificación²². Este organismo emprendió unos trabajos de revisión de los textos ya aprobados, para volver a discutir su contenido en un ambiente más plural, y modificar algunos de los defectos observados. Y dichos trabajos no concluyeron hasta 1980, año en que se convocó una Conferencia Diplomática que aprobó el que sería definitivamente Convenio de Viena de 11 de abril de 1980²³.

En definitiva, muchos años de esfuerzos para consensuar un texto uniforme, que se ve condicionado por una serie de límites geográficos y materiales. En primer lugar, este Convenio sólo se aplica a las compraventas relacionadas con los Estados parte, y aunque se puede decir que ha sido ratificado por un amplio número de países, dista mucho de ser universal²⁴. La Comunicación, por ejemplo, se lamenta de que

19. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Dispone de una dirección en Internet donde ofrece información actualizada sobre sus actividades: <http://www.unidroit.org/>

20. Aparecen citados en el Anexo II de la Comunicación: Convenio de La Haya de 1 de julio de 1964 relativo a una ley uniforme sobre la compraventa internacional de objetos muebles corporales; y Convenio de La Haya de 1 de julio de 1964 relativo a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la compraventa internacional de objetos muebles corporales.

21. El estado de ratificaciones también se recoge en el mencionado Anexo II.

22. Este organismo también dispone de una dirección en Internet: <http://www.un.or.at/uncitral>. Sus actividades han sido objeto además de numerosos estudios doctrinales, pudiendo destacarse varios de la doctrina española: M. AGUILAR NAVARRO, «Origen de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional», *Revista española de Derecho internacional*, 1967, págs. 599-627; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La labor de la UNCITRAL en la contratación internacional y su relación con otras experiencias de la codificación internacional», y C. ESPLUGUES MOTA, «La participación de España en la tarea codificadora de la CNUDMI (UNCITRAL)», en *3as Jornadas de Derecho internacional privado: «España y la codificación internacional del Derecho internacional privado»*, San Lorenzo de El Escorial 13-14 de diciembre de 1991, Publicaciones CESSJ Ramón Carande, págs. 93-106 y págs. 71-90 respectivamente; M. OLIVENCIA RUIZ, «La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL): balance de un decenio (1968-1977)», *Estudios en homenaje al profesor A. Polo*, Madrid, Edersa, 1981, págs. 753-782; ídem, «UNCITRAL: hacia un Derecho mercantil uniforme en el S. XXI», *Revista de Derecho mercantil*, 1993, págs. 9-35.

23. Para una visión más amplia de los antecedentes y de la elaboración del Convenio de Viena, vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2000, págs. 45-67.

24. Está en vigor en 61 países, vid. página web de UNCITRAL, supra nota 22.

el Reino Unido, Portugal e Irlanda aún no se hayan incorporado a este Acuerdo, ya que el resto de países de la Unión Europea sí comparten sus normas²⁵.

En segundo término, el Convenio no regula todas las cuestiones que pueden plantearse en torno a una compraventa internacional de mercaderías, ya que se prefirió no abordar aquellas materias en las que se sabía que iba a ser difícil llegar a un consenso. Concretamente, no regula la validez del contrato, ni la de sus estipulaciones o usos aplicables; tampoco se ocupa de los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas; y excluye igualmente de su ámbito material el tema de la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías²⁶.

La situación de los restantes convenios de unificación material es similar, o se puede decir que incluso peor, ya que han conseguido menor aceptación. La Comunicación cita en su Anexo II varios Convenios de UNCITRAL y de UNIDROIT²⁷, que en algunos casos no han llegado a entrar en vigor al no reunirse el número de Estados parte necesario, o sí lo están pero sólo entre un reducido número de países²⁸.

Esas dificultades han motivado que se busquen otras fórmulas alternativas al Convenio, más flexibles, pero que tienen como contrapartida el producir un menor efecto unificador. Así, por ejemplo, UNCITRAL ha recurrido en ocasiones a las guías jurídicas y leyes modelo: las primeras son estudios de carácter fundamentalmente didáctico, que describen una materia y sus problemas, orientando sobre las posibles soluciones; y las segundas están destinadas a los legisladores nacionales, para que las tomen como modelo a la hora de dictar leyes internas en la materia²⁹.

UNIDROIT, por su parte, adoptó en 1994 unos Principios para los contratos del comercio internacional, que no tienen carácter jurídicamente vinculante³⁰. Como dice

25. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 4.

26. A ello se añade que en su art. 2 excluye determinadas compraventas de su ámbito de aplicación: las de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; las realizadas en subastas o judiciales; y las de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; y electricidad. Al respecto vid. F. OLIVA BLÁZQUEZ, *Contrato internacional de mercaderías, Ambito de aplicación del Convenio de Viena de 1980*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

27. Se citan igualmente varios Convenios elaborados por el Consejo de Europa, pero que tienen una importancia más sectorial en el sector de la contratación, vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., págs. 36-39.

28. Citaremos dos ejemplos: el Convenio de Ginebra de 17 de febrero de 1983 sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías no ha entrado en vigor, se requiere para ello que se vinculen por el mismo diez países, y hasta la fecha sólo lo han hecho cinco (tres de ellos comunitarios: Italia, Francia y Holanda); el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, adoptado en Hamburgo en 1978 (Reglas de Hamburgo) está en vigor en tan sólo 28 Estados, de la Unión Europea únicamente Austria.

29. En la Comunicación se cita, entre otras, la Guía Jurídica de UNCITRAL sobre operaciones de comercio compensatorio internacional, adoptada en 1992; y la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno, adoptada en 1996, con la adición del art. 5 bis tal como fue aprobado en 1998.

30. En su dirección de Internet, vid. supra nota 19, dedica un apartado a estos principios, ofreciendo

su Preámbulo, se aplicarán cuando las partes hayan acordado someterse a ellos, o cuando hayan estipulado que el contrato se regirá por los principios generales del derecho, *lex mercatoria* u otra expresión semejante. Y se añade que pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar la regla de derecho aplicable; que pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme; y que pueden incluso servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional³¹.

Esos principios están siendo muy bien aceptados por sus destinatarios. Hasta la fecha, numerosas instancias arbitrales han recurrido a ellos para fundamentar sus decisiones, e incluso los órganos jurisdiccionales de diversos países, entre los que se encuentran algunos de la Unión Europea³². Sorprende por ello que la Comunicación les dedique tan escasa atención, tan sólo una ligera mención en el Anexo II.

2. El acervo comunitario

Como dice la Comunicación, el Tratado CE confiere a las instituciones comunitarias los poderes necesarios para facilitar el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, en particular, la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Y ello ha permitido que se adopten una serie de normas para armonizar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, reduciéndose así los impedimentos a los que se enfrentan los distintos agentes económicos, intermediarios o consumidores, cuando desarrollan sus operaciones más allá de sus fronteras³³.

Muchas de esas normas se refieren a cuestiones de derecho privado, y dentro de este sector, la materia contractual ha sido una de las más abordadas³⁴. Para hacernos una idea de la importancia de esta normativa podemos destacar, a modo de ejemplo, que entre 1985 y 1999 se aprobaron siete directivas referidas a cuestiones contractuales en materia de consumo³⁵.

una información muy completa sobre su estructura y contenido. Se señala además que en la actualidad se está trabajando en una segunda parte, que cubrirá aspectos no tratados en la primera edición.

31. Se han publicado numerosísimos trabajos doctrinales sobre estos principios. Cabe destacar en la doctrina española, D. MORÁN BOVIO (coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

32. En Francia, la Cour d'Appel de Grenoble, en sus Sentencias de 24 de enero y 23 de octubre de 1996, recurrió a los Principios de UNIDROIT para reforzar y fundamentar su decisión. Y en Holanda, el RB Zwolle, en su Sentencia de 5 de marzo de 1997, también se apoyó en estos principios. Vid. UNILEX on CISG & UNIDROIT Principles, *International Case Law & Bibliography*, que recoge en la actualidad 70 sentencias relativas a los Principios. Se puede acceder a esta base de datos a través del apartado que les dedica UNIDROIT en su dirección de Internet, vid. *supra* nota 19.

33. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 5.

34. Vid. Anexo I de la Comunicación, titulado «Acervo comunitario relevante en el ámbito del Derecho privado»; resulta también muy interesante la presentación que hace S. SÁNCHEZ LORENZO de los distintos instrumentos clasificados por materias, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, págs. 43 y ss.

35. Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 171, de 7 de julio de 1999); Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los

No obstante, dicha normativa no ha servido para establecer una situación jurídica plenamente satisfactoria, prueba evidente de ello es que la Comunicación objeto de análisis se plantea nuevas acciones en materia contractual. Y los problemas o razones para ese descontento entendemos que derivan de un par de factores: por una parte, del hecho de que se haya recurrido fundamentalmente a la Directiva como método armonizador³⁶; y por otra, de que se haya seguido un planteamiento muy sectorial.

La directiva es un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 249 TCE). Para que despliegue sus efectos en el ordenamiento interno de los Estados y pueda regir las relaciones entre particulares, o lo que es lo mismo, para que tenga efectos horizontales, se requiere su transposición.

Pero el problema es que esa transposición no siempre se produce en los plazos estipulados, y además, pueden generarse diferencias entre los distintos Estados miembros. Así, la Comunicación señala, a modo de ejemplo, que muchas directivas usan términos abstractos, y que la legislación estatal que se aprueba para darles aplicación remite a las nociones internas de dichos términos, pudiendo variar considerablemente de un país a otro³⁷.

contratos celebrados con consumidores (DOCE L 95, de 21 de abril de 1993); Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE L 158, de 23 de junio de 1990); Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE L 372, de 31 de diciembre de 1985); Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DOCE L 42, de 12 de febrero de 1987), modificada por la Directiva 90/88/CEE (DOCE L 61, de 10 de marzo de 1990) y la Directiva 98/7/CE (DOCE L 101, de 1 de abril de 1998); Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE L 144, de 4 de junio de 1997); Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE L 280, de 29 de octubre de 1994).

36. Para una síntesis de los problemas que presenta la Directiva como cauce armonizador, vid. M^a.A. PARRA LUCÁN, «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil Europeo?», *Actualidad Civil*, núm. 36, semana del 30 de septiembre al 6 de octubre de 2002, págs. 2 y ss. en la versión de Internet; y para un examen en profundidad, vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, op. cit., págs. 73 y ss.

37. En la Comunicación se ofrecen algunos ejemplos. En el asunto C-168/00, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co KG*, que estaba pendiente ante el TJCE cuando se redactó la Comunicación, se planteó un problema entre un turista de nacionalidad austriaca y un operador turístico alemán, debido a que el primero había pasado las vacaciones en un hospital por una intoxicación alimenticia, y reclamaba al segundo una indemnización por daños que comprendía, además de los daños por sufrimientos físicos o psíquicos, daños morales por no haber podido disfrutar de las vacaciones. El litigio se llevó ante el TJCE ya que la normativa austriaca no establecía la concesión de indemnización por perjuicios de tales características, mientras que la alemana y la de otros Estados miembros sí lo hacía. Se había producido una diferencia en el modo de aplicar la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, y el demandante invocaba el art. 5 de la misma alegando que en dicha disposición se establece un concepto específico de «perjuicio», que abarca los «perjuicios morales». El TJCE resolvió finalmente esta cuestión en una Sentencia de 12 de marzo de 2002, declarándose favorable a la concesión de indemnización por daños morales. Para un análisis de esta decisión, vid. R. FERRER RAMÍREZ, «El principio de aplicación uniforme del derecho comunitario en el ámbito del derecho privado y, en particular, en derecho contractual», *Unión Europea Aranzadi*, Septiembre 2002, págs. 7 y ss.

En otras ocasiones, la posibilidad de que surjan diferencias puede estar prevista en la propia directiva. Fundamentalmente, cuando existe un interés político en proteger a una parte débil, que hace que ésta se configure como una armonización de mínimos, permitiendo a los Estados miembros introducir normas más restrictivas³⁸.

El otro motivo de crítica o descontento se debe, como ya hemos dicho, a que la política armonizadora en el ámbito comunitario ha sido muy sectorial, o por utilizar las palabras de la Comunicación, a que el legislador europeo ha seguido un planteamiento de armonización «caso por caso»³⁹. Resulta muy gráfica a este respecto la comparación que se ha hecho con un estilo pictórico impresionista, el puntillismo, que según S. SÁNCHEZ LORENZO ha llegado a cobrar carta de naturaleza para definir la situación del actual derecho privado comunitario⁴⁰.

Ese planteamiento provoca que se acuse al acervo comunitario de falta de sistemática o estructura. Pero lo que es peor, tal como señala la Comunicación, puede llevar a que se produzcan incoherencias, ya que en determinadas circunstancias es posible aplicar simultáneamente más de una directiva, con el problema de que pueden ofrecer soluciones diferentes⁴¹.

3. Propuestas académicas

La posible armonización del derecho de los contratos ha suscitado también el interés de diversos círculos académicos, que han formulado propuestas, o están en vías de hacerlo, basadas en un riguroso estudio de derecho comparado. Vamos a reseñar a continuación las más relevantes.

Otro supuesto: En el informe de la Comisión sobre la puesta en práctica de la Directiva sobre agentes comerciales [COM (1996) 364 final de 23 de julio de 1996] se hace hincapié en que la aplicación del sistema de indemnización por perjuicios previstos en la Directiva da resultados completamente diferentes en Francia y el Reino Unido debido al diferente método aplicado para calcular el importe de la indemnización, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 6.

38. A modo de ejemplo, en la respuesta a la Comunicación de la Federation of European Direct Selling Associations (FEDSA) se pone de manifiesto que la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, se configura como una armonización de mínimos, y ello lo acompaña de algunas de las diferencias que se han producido en el derecho interno de los Estados miembros, vid. supra nota 10.

39. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 6.

40. S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, op. cit., págs. 164-165.

41. La Comunicación se refiere, a modo de ejemplo, a la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, que en ocasiones pueden ser aplicadas simultáneamente, y aunque ambas garantizan al consumidor un derecho de renuncia o resolución, difieren en cuanto al plazo previsto para ejercerlo, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 6. Al respecto, vid. D. STAUDENMAYER, «The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?», op. cit., págs. 256-257. S. CÁMARA LAPUENTE en su respuesta a la Comunicación ofrece otros ejemplos, vid. supra nota 10.

En 1982 comenzó a trabajar la Comisión de Derecho europeo de los contratos, conocida también como Comisión Lando por el nombre de su presidente, que ha estado elaborando los Principios de Derecho europeo de los contratos⁴². En 1995 publicaron una Parte I⁴³, que volvieron a publicar junto con una parte II en el año 2000⁴⁴, detallando una serie de principios en materia de formación, validez, interpretación y contenido de los contratos, autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes, cumplimiento de las obligaciones contractuales y remedios en caso de incumplimiento. Además, está pendiente de publicación una parte III, que ya puede ser consultada a través de Internet⁴⁵, donde se contienen otra serie de principios relativos a condiciones, efectos de ilegalidad, pluralidad de acreedores y deudores, cesión de créditos, compensación y prescripción.

Esos principios, en su presentación y estructura, se asemejan bastante a los elaborados por UNIDROIT⁴⁶. Su art. 1 delimita también de modo similar sus posibilidades de aplicación: cuando las partes lo hayan acordado, cuando en el contrato figure una referencia a los principios generales del derecho o *lex mercatoria*, cuando no hayan escogido el derecho aplicable, o cuando habiéndolo hecho éste no suministre una solución. Según sus elaboradores, están destinados además a servir como borrador de una parte del futuro Código Civil europeo.

En estrecha relación con los trabajos de la mencionada Comisión de Derecho europeo de los contratos, se sitúan los que está llevando a cabo el denominado Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo, dirigido por C. VON BAR⁴⁷. Este Grupo comenzó a trabajar en 1999 con un objetivo más amplio, ofrecer en base a un estudio de derecho comparado una serie de principios en el ámbito del derecho patrimonial. Y para ello se han establecido diversos equipos de trabajo, que se ocupan de las siguientes cuestiones: normativa aplicable a ciertos tipos de contratos (compraventa, servicios, garantías, seguros, y contratos comerciales de larga duración: agencia, distribución y franquicia), obligaciones extracontractuales, y cuestiones relacionadas con el derecho de propiedad que tienen incidencia en el mercado interior⁴⁸.

Mencionaremos por último al Grupo de Pavía, que ha publicado recientemente un proyecto preliminar de Código contractual europeo⁴⁹, sobre la base de la labor reali-

42. Para más información sobre su composición, funcionamiento, resultados alcanzados y bibliografía, vid. http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html

43. O. LANDO y H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht, 1995.

44. O. LANDO y H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I and II*, La Haya, Kluwer, 2000.

45. Vid. *supra* nota 42.

46. Cabe señalar, como muestra de las similitudes que existen entre ellos, que en la Sentencia arbitral de la CCI n. 8128/1995 se aludió al art. 7.4.9(2) de los Principios de UNIDROIT, añadiendo que coincide con el art. 4.507(1) de los Principios de derecho europeo de los contratos, *Journal du droit international*, 1996, pág. 1027, con nota de D. HASCHER, págs. 1028-1030.

47. También dispone de una dirección en Internet donde ofrece información sobre su estructura y funcionamiento, así como diversas referencias bibliográficas relativas a sus trabajos: <http://www.sgecc.net>.

48. Se han elaborado ya algunos borradores sobre estas materias, que pueden ser consultados en la dirección de Internet mencionada en la nota anterior.

49. *European Contract Code - Preliminary Draft*, Università di Pavia, 2001. Se ha publicado en italiano en la revista *Europa e diritto privato*, 2002, 2, págs. 275-343.

zada por la Academia europea de especialistas en Derecho privado⁵⁰. Este texto recoge una serie de normas, basadas igualmente en un estudio de derecho comparado, relativas a la formación, contenido y forma de los contratos; interpretación y efectos contractuales; cumplimiento e incumplimiento de contratos; extinción, otras anomalías y recursos contractuales⁵¹.

La labor de todos estos grupos resulta muy importante, ya que están ofreciendo una base de trabajo que puede ser muy útil en el caso de que se decida elaborar un derecho contractual europeo. La única crítica que puede formularseles es que tanta proliferación de grupos puede llevar a una duplicidad de esfuerzos, y que deberían quizás coordinarse⁵².

III. ANÁLISIS DE LAS OPCIONES QUE SE PLANTEAN EN LA COMUNICACIÓN

Como señalamos al iniciar este trabajo, la preparación de propuestas legislativas mediante comunicaciones, libros verdes o blancos constituye un modo de consultar a las distintas instituciones y partes interesadas, sobre la necesidad y contenido que debe darse a un instrumento legislativo a fin de alcanzar los objetivos fijados.

En línea con esa finalidad, la Comunicación objeto de análisis, tras esbozar la situación actual del derecho contractual, plantea una serie de opciones sin carácter limitativo para tratar de mejorarla, e invita a todas las partes interesadas a que señalen cuál es la que estiman más conveniente. Vamos a pasar a su análisis, teniendo en cuenta las respuestas recibidas.

50. Señala M.A. PARRA LUCÁN, que esta Academia se fundó en 1992 por iniciativa del profesor G. Gandolfi, y está formada en la actualidad por cerca de 70 juristas de los Estados de la Unión Europea y Suiza, provenientes fundamentalmente del ámbito universitario, «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil Europeo?», op. cit., pág. 5 en la versión de Internet.

51. Entre los trabajos que se han publicado sobre este proyecto cabe destacar los siguientes: G. GANDOLFI, «Pour un Code européen des contrats», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, págs. 702-736; *idem*, «Per la redazione di un codice europeo dei contratti», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, págs. 1073-1093; J.L. DE LOS MOZOS, «El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía», *La unificación jurídica europea*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 253-265; *idem*, «El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía», *La Ley* núm. 5629, 9 octubre 2002; G.B. FERRI, «Il Code européen des contrats», *Europa e diritto privato*, 2002, págs. 345-358; y L. GATT, «Sistema normativo e soluzioni innovative del Code Européen des contrats», *Europa e diritto privato*, 2002, págs. 359-379.

52. Decimos esto porque, aparte de los grupos mencionados, hemos tenido noticia de la existencia de otros. S. CÁMARA LAPUENTE, en su respuesta a la Comunicación, se lamenta de que no se haya tenido suficientemente en cuenta el trabajo de los siguientes grupos: «The Common Core of Private Law in Europe - Trento Group», dirigido por U. Mattei y M. Busani, que está realizando valiosas contribuciones en el derecho europeo de los contratos, responsabilidad extracontractual, propiedad y trusts; y «The Tilburg Group on Torts», que está tratando desde 1993 diferentes aspectos de la responsabilidad extracontractual, vid. supra nota 10. V. HEUZE alude a la colaboración entre el Centro de derecho de obligaciones de la Universidad católica de Lovaina y el Centro de investigación en derecho privado de la Universidad París I (Panthéon-Sorbonne), que ha llevado a la publicación de diversos trabajos, «A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats», *La Semaine Juridique*, 29, 17 julio 2002, pág. 1343. Y W. VAN GERVEN, en su respuesta a la Comunicación, se refiere a la preparación por un grupo de profesores y jueces de una serie de Casebooks for the Common Law of Europe, «Codifying European Private Law», vid. supra nota 10. Además, no podemos descartar que existan otros grupos de trabajo aparte de los referidos.

1. Opción I: La no actuación de la Comunidad Europea

La primera opción que se plantea la Comisión en su Comunicación es que no se produzca ninguna actuación a nivel comunitario. Y ello no porque se considere que la situación actual del derecho contractual es satisfactoria, sino porque se baraja la posibilidad de que el mercado desarrolle sus propias soluciones.

La Comunicación viene a decir, resumidamente, que el mercado crea con frecuencia problemas de interés público, pero puede resolverlos autónomamente respondiendo a los distintos valores sociales y a la opinión pública. Añade que en la resolución de dichos problemas pueden jugar un papel fundamental los grupos de interés afectados y las distintas asociaciones comerciales, ofreciendo ayuda y asesoramiento a las empresas que se embarquen en operaciones transfronterizas⁵³.

Esta opción, o posible vía para la resolución de los problemas derivados de la pluralidad legislativa, que entendemos que alude a la capacidad de los comerciantes para autorregular sus operaciones, no es precisamente novedosa. Hace ya mucho tiempo que estos vienen desarrollando una serie de usos y prácticas, a los que se suele aludir genéricamente bajo la expresión de Nueva Lex Mercatoria, para regir sus negocios⁵⁴.

El problema es que dichos usos y prácticas se han desarrollado con carácter fragmentario. Como se pone de manifiesto en una de las respuestas presentadas a la Comunicación, las soluciones que ofrece el mercado han evolucionado con éxito en ciertas áreas, pero en otras es muy poco probable que lo hagan. Así, por ejemplo, las Reglas y usos uniformes en materia de créditos documentarios y los INCOTERMS⁵⁵ son

53. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 8.

54. Como ha señalado P. KAHN, el origen de la Nueva Lex Mercatoria se remonta a principios del siglo XIX, fue en ese momento cuando los comerciantes que operaban en mercados internacionales comenzaron a prescindir de la normativa interna de sus respectivos países, para aprovechar la libertad contractual que les era reconocida por el conjunto de Derechos europeos. Y el uso de esa autonomía llevó a que surgieran agrupaciones de comerciantes de una misma rama profesional, que empezaron a fomentar la adopción de usos comunes, la formulación de contratos tipo y el recurso al arbitraje, P. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Sirey, París, 1961, págs. 20 y ss.

Establecido el germen, su crecimiento se debió a una serie de factores económicos y legales, que son sintetizados por A. GOLDSTAJN: el factor económico estuvo representado por el incremento cuantitativo de las operaciones de comercio internacional que se produjo a partir de la 2ª Guerra Mundial; y entre los factores legales que influyeron menciona el carácter dispositivo del derecho nacional, su inadecuación al comercio internacional, y la posibilidad de recurrir al arbitraje para la solución de controversias, «The New Law Merchant Reconsidered», *Law and International Trade, Festschrift für C.M. Schmitthoff zum 70 Geburtstag*, F. Fabricius (Hrsg.), Athenäum Verlag, Frankfurt, 1973, pág. 175.

Se han publicado numerosos trabajos sobre el origen, desarrollo, contenido y valor jurídico de la Nueva Lex Mercatoria. Cabe destacar, entre otros, los siguientes: B. GOLDMAN, «La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», *Travaux du Comité Français de droit international privé*, 1977-79, págs. 221-271; P. LAGARDE, «Approche critique de la Lex Mercatoria», *Le droit des relations économiques, études offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, págs. 125-150; O. LANDO, «The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration», *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, págs. 747-768; y F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, LGDJ, 1992.

55. Han sido formulados por la Cámara de Comercio internacional (CCI), que es una organización no gubernamental en la que están representados grupos profesionales de los diferentes sectores de la economía.

generalmente aplicados, pero no cabe esperar que el mercado ofrezca soluciones satisfactorias cuando se trata de proteger a una parte débil⁵⁶.

Es cierto, no obstante, que se han producido esfuerzos para sistematizar y completar el contenido de la Nueva Lex Mercatoria. Los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional, a los que ya nos referimos en un epígrafe anterior, conforman un conjunto sistemático de reglas que pueden ser aplicadas a título de Nueva Lex Mercatoria. Igualmente los Principios de Derecho europeo de los contratos, que aunque están destinados a servir como borrador de una parte de un futuro Código Civil europeo, no descartan su aplicación como expresión de la Nueva Lex Mercatoria. Pero incluso en estos casos se pueden presentar lagunas, de hecho, los trabajos en torno a los principios continúan para ampliar el número de cuestiones reguladas.

Todo ello lleva a que el sentir general sea que esta opción no constituye la solución más adecuada. Así, los gobiernos que han respondido a la Comunicación se muestran mayoritariamente en contra⁵⁷; las asociaciones de consumidores rechazan esta opción, señalando que cuando hay que proteger a una parte débil la solución no puede quedar en manos del mercado⁵⁸; y los juristas también se oponen mayoritariamente⁵⁹.

Para conocer más detalladamente las actividades de este organismo se debe consultar su dirección de Internet: <http://www.iccwbo.org/arb/index.htm>

56. O. LANDO y C. VON BAR. «Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», op. cit., pág. 163. G. GANDOLFI y J.L. DE LOS MOZOS, en nombre del Grupo de Pavía, también insisten en el carácter fragmentario de los usos y prácticas, «Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht», vid. supra nota 10.

57. En el resumen conjunto de las respuestas se señala que Francia considera que es incompatible con un buen funcionamiento del mercado interior, Italia menciona el peligro de una mayor fragmentación del derecho contractual, y los Estados federados alemanes plantean la necesidad de claridad y transparencia para los agentes económicos. No se alude en este punto al gobierno polaco, que también ha manifestado con respecto a la Opción I que la experiencia práctica muestra que este método no conduce a un progreso satisfactorio en la armonización de los contratos internacionales.

En sentido contrario, el Gobierno británico considera que el mercado tiene capacidad para desarrollar soluciones, y alude como ejemplo a los contratos tipo; y los Estados del EEE y AELC también señalan que el mercado ha mostrado a veces que puede ofrecer soluciones en las relaciones entre comerciantes, vid. supra nota. 10.

58. El Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) dice con razón lo siguiente: «Option 1, which proposes to take no EC action, is –in the field of consumer protection– a non-option for obvious reasons: Consumer protection law exists for the very reason that the market does not develop desirable solutions on its own regarding the relationship business/consumer». Y de modo similar se manifiesta el European Consumer Law Group.

Existe no obstante otra entidad, denominada Consumers' Association, que opina que mientras no haya evidencias de que la diversidad de legislaciones afecte al mercado interior, es mejor dejar la solución al mercado, vid. supra nota 10.

59. Anteriormente recogimos la opinión de O. LANDO, C. VON BAR, G. GANDOLFI y J.L. DE LOS MOZOS que acusan a la Nueva Lex Mercatoria de fragmentaria. Cabe añadir la opinión de M. FONTAINE, en nombre del Centre de droit des obligations de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, que considera que una intervención es deseable.

En contra se muestra sin embargo la Society of Public Teachers of Law in Great Britain and Northern Ireland (SPTL), que pone el ejemplo de la regulación en materia de créditos documentarios, para señalar que en las áreas donde las prácticas se desarrollan con éxito es mejor no interferir, vid. supra nota 10.

Es quizás en el mundo empresarial, fundamentalmente de las grandes empresas, donde las opiniones han sido más favorables, pero sin que falten posturas más matizadas, que la defienden sólo parcialmente, o contrarias⁶⁰.

En definitiva, no creemos tras todo lo dicho que esta opción vaya a ser la que inspire la futura política legislativa de las instituciones comunitarias.

2. Opción II: El fomento de la definición de principios comunes de derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales

La Comunicación baraja dos posibilidades dentro de esta segunda opción. La primera, a la que dedica mayor atención, dice que la Comisión podría fomentar la investigación en materia de derecho comparado y la cooperación de académicos y profesionales de la justicia, a fin de que pudieran establecerse una serie de principios comunes, directrices o códigos de conducta específicos para determinados tipos de contratos. Se considera que podría desarrollarse la labor que ya ha sido realizada en este área, y que para ello podría crearse una asociación de cuya coordinación se encargarían las instituciones comunitarias⁶¹.

Esos principios, prosigue diciendo la Comunicación, serían de utilidad para las partes contratantes en la fase de redacción y ejecución de los contratos; útiles igualmente para los tribunales e instancias arbitrales que tengan que decidir sobre cuestiones jurídicas –referidas sobre todo a casos transfronterizos– y constituirían una solución común a todos los sistemas nacionales de derecho contractual, facilitando a los tribunales una mejor comprensión de la normativa extranjera que eventualmente tuvieran que aplicar⁶².

Se considera además, y es interesante recogerlo, que una aplicación prolongada y continua de dichos principios favorecería su consideración como derecho consuetudinario, y que aumentaría así la convergencia en el ámbito del derecho contractual europeo⁶³.

La segunda posibilidad que se contempla dentro de esta Opción II, es que la Comisión fomente la elaboración de contratos tipo. Se dice que éstos son utilizados en gran número en todos los Estados miembros, debido a que proporcionan cierto nivel de certeza al no tener que renegociar las partes los términos de cada nueva operación; y que con la elaboración de contratos tipo destinados a ser utilizados en toda la Comunidad, se facilitarían las operaciones intracomunitarias⁶⁴.

60. Así, por ejemplo, The Advertising Association apoya decididamente la Opción I; la Federation of European Direct Marketing reconoce que en determinados casos el mercado puede dar una respuesta satisfactoria; y el Comité Européen des Assurances rechaza la Opción I, diciendo que es necesaria una intervención para avanzar en el trabajo que ya se ha hecho para establecer el mercado interior, vid. supra nota 10.

61. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 9.

62. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 9.

63. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 9.

Pues bien, comenzando por la primera de las posibilidades mencionadas, hay que señalar que, al igual que dijimos a propósito de la Opción I, tampoco nos encontramos aquí con algo realmente novedoso. Esos principios europeos, que podrían ser útiles para los contratantes, jueces o instancias arbitrales, ya han sido elaborados por la Comisión Lando. Se trataría en este caso de que se profundizara en su estudio y elaboración, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en otros círculos académicos, y así poder darles un cierto respaldo.

En el epígrafe anterior señalamos que esos principios pueden ser aplicados como expresión de la Nueva *lex Mercatoria*, atendiendo a la voluntad expresa o tácita de los contratantes. Pero en el marco de esta segunda opción, esto es, con el apoyo de las instituciones comunitarias, hay que reconocer que ganarían en autoridad, y que se potenciarían sus posibilidades de aplicación.

Por otra parte, la promoción de unos principios europeos sin carácter vinculante tiene además la ventaja de que es algo que no suscita gran oposición. Muchas de las respuestas enviadas a la Comunicación se muestran favorables a la elaboración de los mencionados principios, aunque en algunos casos difieren en cuanto al objetivo a conseguir con los mismos. Veremos algunos ejemplos.

El gobierno británico se mostraba partidario de la Opción I, pero no se opone e incluso considera oportuno que se identifiquen una serie de principios comunes, útiles por ejemplo para los tribunales a la hora de aplicar el derecho extranjero, siempre que con ellos no se pretenda una mayor convergencia de los derechos nacionales. En otra línea se sitúa el gobierno portugués, que apoya igualmente su elaboración para que los contratantes tengan la oportunidad de someterse voluntariamente a ellos, añadiendo que constituyen un paso obligado en el caso de que se pretenda una mayor armonización —Opción IV—⁶⁵.

Entre los juristas, C. VON BAR y O. LANDO señalan que la elaboración de una serie de principios comunes constituye un paso esencial en la actuación por etapas que proponen de cara a la elaboración y aceptación de un futuro Código Civil común⁶⁶. Pero otros defienden posturas más moderadas, R. GOODE por ejemplo está igualmente a favor de su elaboración, a fin de que las partes puedan someterse voluntariamente a ellos, y añade a este respecto que debería modificarse el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 de modo que fuera posible su elección, pero en contra de que lleguen a sustituir con el tiempo a los derechos nacionales⁶⁷.

64. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 9.

65. Vid. supra nota 10.

66. «Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», op. cit., págs. 169 y ss. Estas ideas son apoyadas por S. CÁMARA LAPUENTE, vid. supra nota 10; N. CHARBIT, que se muestra sin embargo un tanto escéptico, «L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats», *La Semaine juridique*, 1-2 janvier 2002, pág. 16; y M. FONTAIN, «Réponse a la Communication sur le droit européen des contrats», Centre de droit des obligations, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, vid. supra nota 10.

67. «Communication on European Contract Law»; W. VAN GERVEN también es partidario de que los principios tengan carácter voluntario, pero con el argumento de que en la actualidad no existe una base jurídica a nivel comunitario que permita su adopción con carácter vinculante, «Codifying European Private Law», vid. supra nota 10.

En el ámbito empresarial la verdad es que no se ha mostrado gran entusiasmo⁶⁸. Y las asociaciones de consumidores vuelven a oponerse, alegando en este caso que la normativa aplicable a su sector debe tener fundamentalmente carácter imperativo, y que la formulación de una serie de principios con carácter voluntario no se ajusta a sus necesidades⁶⁹.

La segunda posibilidad referente a la elaboración de contratos tipo no ha recibido gran atención. El Gobierno danés se ha declarado favorable⁷⁰, pero desde el ámbito empresarial se ha cuestionado la actuación de la Comisión, señalando que ello debe dejarse a los agentes económicos⁷¹.

En definitiva, y tras todo lo dicho, creemos que la opción II sí tiene posibilidades de prosperar fundamentalmente en la primera de las modalidades previstas, a pesar de las reticencias que suscita en algunos sectores. Pensamos que desde las instituciones comunitarias se van a fomentar y apoyar los estudios de derecho comparado, de cara a la identificación de soluciones o principios compartidos, y a la propuesta de alternativas en caso de divergencias⁷². Lo que resulta más difícil de prever es si los resultados de dichos estudios van a tener en la práctica las utilidades a las que se refiere la Comunicación, esto es, si van a ser voluntariamente asumidos por sus destinatarios, contribuyendo con el tiempo a la convergencia de los derechos nacionales.

3. Opción III: La mejora de la calidad de la legislación ya en vigor

La Comunicación baraja como tercera opción la adopción de una serie de medidas para mejorar la calidad de la legislación vigente. Concretamente, se propone el desarrollo de acciones, ya en curso, de consolidación, codificación, refundición o simplificación de instrumentos existentes, orientadas a la transparencia y claridad; una revisión de su redacción, en aras de una mayor coherencia en la presentación y terminología; y también, una evaluación de los efectos de la legislación comunitaria, para proceder a su modificación en caso necesario⁷³.

Las acciones que se están llevando a cabo, según prosigue diciendo la Comunicación, podrían servir en el ámbito contractual para mejorar la legislación existente,

68. Existen por supuesto empresas que apoyan la elaboración de los principios, pero otras cuestionan su utilidad o defienden firmemente la Opción I. Se puede consultar, a modo de ejemplo, la respuesta del Comité Européen des Assurances, que es partidario de las Opciones II y III, relativa esta última a la mejora de la legislación comunitaria; CBI y European Publishers Council, *vid. supra* nota 10.

69. El Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) admite no obstante que la preparación de unos principios podría ser una base de trabajo para llegar a la Opción IV; y European Consumer Law Group propone que se elaboren una serie de principios particulares en el sector del consumo, *vid. supra* nota 10.

70. *Vid. supra* nota 10.

71. Se pueden consultar, a modo de ejemplo, la respuesta de EuroCommerce, *vid. supra* nota 10.

72. De hecho, ya se ha encargado un «Estudio relativo a los derechos reales y a las acciones de responsabilidad extracontractual y su relación con el derecho contractual», para completar el tema tratado en la Comunicación objeto de análisis. Se puede acceder a esta información a través de la siguiente dirección de Internet: http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm

73. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, *op. cit.*, págs. 9-10.

reducir el volumen de los instrumentos reglamentarios, o para corregir las incoherencias y contradicciones que puedan existir entre instrumentos jurídicos⁷⁴. Se cita, a modo de ejemplo, la iniciativa SLIM, que tiene como objetivo simplificar y mejorar la legislación existente, centrándose en las disposiciones que originan costes de aplicación o cargas administrativas excesivas, interpretaciones o medidas nacionales de aplicación divergentes, o bien dificultades para llevarlas a la práctica⁷⁵.

Por último, la Comunicación se plantea también en el marco de esta Opción III adaptar, en caso necesario, el contenido de los instrumentos jurídicos existentes, antes de tener que aprobar otros nuevos. Dice, en línea con el deseo de evitar tanta proliferación normativa, que numerosas directivas tienen un ámbito de aplicación muy limitado, y que podrían extenderse a los contratos y operaciones que presentan características similares, y que por diversos motivos no se incluyeron en su ámbito de aplicación⁷⁶.

Pues bien, esta Opción merece ser acogida positivamente, ya que se plantea, en su conjunto, mejorar la calidad del acervo comunitario, y superar las críticas de que es objeto⁷⁷.

Así, en el Plan de Acción «Simplificar y mejorar el marco regulador», que es mencionado por la Comunicación al hilo de las consideraciones realizadas en el marco de esta Opción⁷⁸, está previsto reforzar el control de las transposiciones que se realizan en los distintos Estados miembros, y que se tomen medidas contra las posibles infracciones.

Por otra parte, las divergencias derivadas del uso de términos abstractos, y en general, la vulgaridad o pobreza de que se acusa al acervo comunitario⁷⁹, también podrían ser solucionadas o al menos paliadas con la propuesta que se hace de revisar la redacción⁸⁰.

74. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 10.

75. Vid. Informe de la Comisión sobre el proyecto piloto SLIM, COM (1996) 559, de 6 de noviembre de 1996; y Reexamen del Proyecto SLIM, COM (2000) 104, de 28 de febrero de 2000.

76. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 10.

77. Vid. supra epígrafe II.2.

78. La Comunicación se refiere al Informe provisional de la Comisión al Consejo Europeo de Estocolmo «Mejorar y simplificar el marco regulador», COM (2001) 130, de 7 de marzo de 2001. Pero con posterioridad ha habido otros documentos que vienen a completar ese informe provisional: Comunicación de la Comisión «Simplificar y mejorar el marco regulador», COM (2001), 726, de 5 de diciembre de 2001; y Comunicación de la Comisión, Plan de Acción «Simplificar y mejorar el marco regulador», COM (2002), 278, de 5 de junio de 2002.

79. Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho privado europeo, op. cit., págs. 170 y ss.; en la respuesta a la comunicación de M.P. GARCÍA RUBIO y J. LETE también se alude a este problema, vid. supra nota 10.

80. La Comunicación menciona el Acuerdo interinstitucional de 22 de diciembre de 1998 relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción comunitaria (DOCE C 73, de 17 de marzo de 1999), que sintetiza muy bien en su primer considerando la importancia de la redacción: «Una formulación clara, sencilla y precisa de los actos legislativos comunitarios es esencial para que la legislación comunitaria sea transparente, y para que la opinión pública y los medios económicos la comprendan sin dificultad. Es también necesaria para la ejecución correcta y la aplicación uniforme de la legislación comunitaria en los Estados miembros».

Y la crítica al carácter fragmentario, sectorial o puntillista de la normativa comunitaria podría ser igualmente solventada con las acciones de consolidación, codificación, refundición o simplificación de instrumentos existentes, y con la propuesta que se hace de adaptar su contenido para extenderlos a contratos u operaciones que presentan características similares.

En definitiva, que las actuaciones previstas en el marco de esta Opción III son acertadas y necesarias, teniendo en cuenta además que no resultan incompatibles con una posible política más ambiciosa en materia contractual, cuyos resultados entendemos que se verían necesariamente a largo plazo. Así parecen entenderlo también todos los sectores consultados, que en general se han mostrado partidarios de la misma.

Los gobiernos, por un motivo u otro, están de acuerdo en que hay que mejorar la legislación comunitaria⁸¹. Las empresas también se muestran conformes⁸². Las asociaciones de consumidores estiman que las medidas propuestas son oportunas⁸³. Y los juristas reconocen igualmente la utilidad de estas medidas, aunque poniendo de manifiesto en algunos casos sus limitaciones⁸⁴.

4. Opción IV: La adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario

La Comunicación propone como última opción la aprobación de un texto, bajo la forma de directiva, reglamento o recomendación, que contenga disposiciones sobre cuestiones generales de derecho contractual y sobre contratos específicos⁸⁵.

81. A modo de ejemplo, el gobierno francés quiere que se redacte con más precisión; el gobierno británico alude a SLIM, señalando que debería funcionar mejor y ofrecer mejores resultados; y para los Estados del EEE y AELC ciertas directivas deberían actualizarse. Por otra parte, algunos gobiernos proponen una combinación de esta opción con otras; siguiendo con el muestreo, estos últimos países del EEE y AELC opinan que se deberían adoptar las opciones II y III; y los gobiernos italiano, portugués y polaco consideran que la Opción III podría ser una etapa hacia la IV, vid. supra nota 10.

82. A modo de ejemplo, el Comité Européen des Assurances se refiere a la iniciativa SLIM en el ámbito de los seguros; la Federation of European Direct Selling Association opina que deberían evitarse las cláusulas de armonización mínima para eliminar las divergencias; y la Federation of European Direct Marketing se declara partidaria de combinar las opciones III y IV, vid. supra nota 10. En general, y salvo que se defienda firmemente la Opción I, hay acuerdo en que se deben llevar a cabo las acciones previstas en la Opción III, combinándola según unos con la II y según otros con la IV.

83. A modo de ejemplo, el Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) opina que la Opción III es necesaria, entre otros motivos, por los problemas de interpretación que se plantean con la normativa comunitaria cuando debe ser aplicada en relación con las nuevas tecnologías, y añade que debería combinarse con la IV, vid. supra nota 10.

84. Según N. REICH, no debemos estar ante una opción sino ante un requisito que inspire la práctica habitual de la Comunidad con cualquier instrumento legislativo, vid. supra nota 10. C. VON BAR y O. LANDO opinan que esta opción es positiva, pero que carece de gran significado ya que los materiales existentes se limitan a resolver problemas muy específicos, «Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», op. cit., pág. 177. Y de modo similar, M. FONTAINE señala que la mejora de la calidad de la legislación vigente es un objetivo deseable, pero que no se sitúa en el mismo plano que las otras opciones, ya que dicha legislación es demasiado fragmentaria, vid. supra nota 10.

85. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 10.

Una directiva, según prosigue diciendo la Comunicación, tiene la ventaja de que daría a los Estados miembros cierto margen de flexibilidad para adaptarla a su ordenamiento, pero el inconveniente de que podrían producirse divergencias; un reglamento reduciría ese margen de libertad, pero garantizaría una mayor uniformidad y transparencia normativa; y una recomendación sólo tendría sentido si a la normativa se le diera carácter opcional⁸⁶.

Y es que en relación con esto último la Comunicación baraja también varias alternativas: un modelo puramente opcional que habrían de elegir las partes para regular su contrato; un conjunto normativo de aplicación automática salvo disposición contractual en contrario, como es por ejemplo el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías; o una serie de normas cuya aplicación no se pudiera excluir⁸⁷.

Pues bien, esta opción entendemos que resulta demasiado ambiciosa por el momento. Como se recordará, cuando analizamos los instrumentos de unificación material tomamos como ejemplo el mencionado Convenio de Viena, para poner de manifiesto lo difícil que resulta elaborar una normativa común. Y no cabe pensar que en un ámbito regional como la Unión Europea vaya a resultar más fácil, porque lo conseguido hasta ahora tiene un carácter muy sectorial o fragmentario.

Así parecen entenderlo además todos los sectores consultados, que como hemos visto en las líneas precedentes, se declaran partidarios bien de la mejora del acervo comunitario, o bien de la promoción de los estudios de derecho comparado para el establecimiento de una serie de principios comunes que vayan siendo libremente asumidos y conocidos por sus destinatarios, añadiéndose en algunos casos que así podría prepararse el camino hacia la Opción IV⁸⁸.

Entre los juristas se ha cuestionado, por otra parte, si las instituciones comunitarias tienen competencia para aprobar un texto general en materia contractual⁸⁹, giran-

86. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., págs. 10-11.

87. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 11.

88. Entre los gobiernos citaremos a modo de ejemplo la opinión del Gobierno Portugués, que considera la Opción IV como un objetivo poco realista a corto plazo, aunque añadiendo que podría estudiarse su viabilidad una vez materializada la Opción II. Las empresas en general no se muestran muy entusiasmadas con la Opción IV, aunque aceptan en algunos casos que pudiera ser un objetivo a largo plazo. Entre las asociaciones de consumidores, el Bureau Européen des Unions de Consommateurs considera que la unificación del derecho contractual europeo es una tarea difícil, pero que se podría comenzar por los contratos de consumo al existir ya en este ámbito un mayor desarrollo normativo. Vid. supra nota 10.

Los juristas, que son quizás los más firmes defensores de la idea de un Código Europeo, también reconocen que no es algo que pueda lograrse a corto plazo. C. VON BAR y O. LANDO opinan que se debería actuar siguiendo una serie de etapas: en primer lugar, habría que promover una serie de principios de carácter no vinculante, que fueran progresivamente conocidos y estudiados por sus destinatarios; en una segunda fase habría que darles el carácter de normas dispositivas, para que las partes pudieran someterse voluntariamente a ellas; en una tercera etapa, dichos principios deberían ser aplicados a menos que las partes los excluyeran; en una cuarta fase deberían aplicarse sin posibilidad de exclusión a las transacciones internacionales; y el proceso finalizaría con su extensión a las transacciones internas, «Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», op. cit., págs. 186-187.

89. También algunos gobiernos han manifestado su preocupación al respecto. Así, por ejemplo, el

do el debate fundamentalmente en torno a si el art. 95 del TCE es base jurídica suficiente para ello⁹⁰.

Este art. 95 contempla la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Se explica por ello la insistencia de la Comunicación en que se aporten ejemplos o supuestos concretos en los que la disparidad de legislaciones afecte a su correcto funcionamiento y desarrollo⁹¹.

El Parlamento Europeo parece considerar, en su Resolución de 15 de noviembre de 2001 sobre la aproximación del derecho civil y mercantil de los Estados miembros, que dicho art. 95 es una base jurídica adecuada, ya que anima a la Comisión a recurrir a este precepto como fundamento jurídico, cuando se trate de seguir consolidando y desarrollando la armonización del Derecho civil⁹².

Pero los juristas se refieren a la Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98 Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo, que ha realizado una interpretación restrictiva de la aplicabilidad del art. 95 TCE, señalando que sólo puede acudir a este precepto cuando la armonización es necesitada, no para eliminar barreras ficticias o distorsiones mínimas a la competencia, sino riesgos concretos⁹³.

A ello se añade, por otra parte, que toda medida que se adopte debe respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, tal como se establece en el art. 5 TCE y en el protocolo relativo a la aplicación de dichos principios.

En cualquier caso, no le falta razón a D. STAUDENMAYER cuando señala que estamos ante una discusión un tanto prematura, ya que la Opción IV sólo podría realizarse a largo plazo, y en la próxima conferencia intergubernamental prevista para el año 2004 pueden introducirse modificaciones que afecten a esta cuestión⁹⁴.

Bayerisches Staatsministerium der Justiz opina que en la actualidad las instituciones comunitarias no disponen de una base jurídica que les permita adoptar un texto general en materia contractual, añadiendo que la cuestión podría volver a estudiarse tras la Conferencia intergubernamental del año 2004, vid. supra nota 10.

90. W. TILMANN y W. VAN GERVEN, en un análisis que hacen sobre esta cuestión, descartan que el art. 65 TCE pueda ser una base jurídica adecuada, y añaden que el art. 308 TCE sólo puede aplicarse con carácter subsidiario, cuando no exista en el Tratado otra norma que pudiera resultar aplicable, «The Competence of the EU to create a Uniform European Law of Obligations and Property and the Potential Legal Bases», «The Private Law Systems in the EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code», op. cit., págs. 190 y s. A esta cuestión también se refiere S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho privado europeo, op. cit., págs. 194 y ss.

91. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., págs. 4, 6 y 7.

92. DOCE C 140 E, de 15 de noviembre de 2001, págs. 538 y ss., especialmente pág. 542.

93. Al respecto vid. S. WEATHERHILL, «The European Commission's Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality», *Journal of Consumer Policy*, 2001, págs. 363 y ss; Editorial Comments, «On the Way to a European Contract Code?», *Common Market Law Review*, 2002, págs. 222-223; y N. REICH, «Some Critical Comments on the Commission Communication of 11-7-2001, Com (2001) 398 final, On European Contract Law», vid. supra nota 10.

94. D. STAUDENMAYER, «The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?», op. cit., pág. 260.

IV. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos tratado de dilucidar si es posible que exista en un futuro próximo o lejano un derecho contractual europeo. La conclusión, tras todo lo expuesto, nos resulta bastante clara a corto plazo, y es que por el momento no cabe considerar tal posibilidad.

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, la mayoría de los sectores consultados se declaran partidarios bien de la mejora del acervo comunitario, o bien de la promoción de los estudios de derecho comparado para el establecimiento de una serie de principios comunes que vayan siendo libremente asumidos y conocidos por sus destinatarios, añadiéndose en algunos casos que así podría prepararse el camino hacia la Opción IV

Esa visión realista y prudente coincide además con la que tienen las propias instituciones comunitarias. Así, en un Proyecto de informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil de 29 de octubre de 2001, se aludió a la necesidad de seguir reflexionando sobre las posibles acciones en esta materia, teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, la problemática de la base jurídica⁹⁵.

El Parlamento Europeo, que siempre ha sido el más firme defensor de la idea de un código europeo, también reconoció en su Resolución de 15 de noviembre de 2001 sobre la aproximación del derecho civil y mercantil de los Estados miembros, que es prematuro plantearse directamente su aprobación, señalando que deben fomentarse inicialmente los estudios en materia de derecho comparado⁹⁶.

La Comunicación y documentos mencionados se presentaron además al Consejo Europeo de Laeken⁹⁷, y en las conclusiones de la Presidencia se dijo simplemente que era necesario proseguir los esfuerzos encaminados a salvar las dificultades relacionadas con las diferencias de los sistemas jurídicos⁹⁸.

En definitiva, muchas referencias a la necesidad de seguir trabajando en esta materia, que nos permiten descartar la idea de un derecho contractual europeo a corto plazo, pero no para un futuro más lejano.

La Comisión tiene previsto presentar sus observaciones y recomendaciones, si es necesario en forma de Libro verde o blanco, para finales de 2002. Con este documento, que en el momento de concluir estas líneas aún no se ha presentado, va a tratar, entre otras cuestiones, de identificar las áreas en las que la diversidad de legislaciones nacionales puede afectar al buen funcionamiento del mercado interior, y describir más detalladamente las opciones de intervención a las que da preferencia teniendo en cuenta los resultados de la consulta⁹⁹.

95. Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 29 de octubre de 2001, JUSTCIV 129.

96. Vid. supra nota 92. El Comité Económico y Social también ha reconocido que debe concebirse como una idea a largo plazo, vid. DOCE C 241, de 7 de octubre de 2002, págs. 1 y ss.

97. Vid. D. STAUDENMAYER, «The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?», op. cit., pág. 252.

98. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, 14 y 15 diciembre 2001, SN 300/1/01 REV 1.

99. Vid. Respuestas a la Comunicación sobre derecho contractual, supra nota 10.

Puede que con esos trabajos se vaya haciendo más factible la idea de un derecho contractual europeo. Pero pensamos, en cualquier caso, que es algo que requerirá bastante tiempo¹⁰⁰.

100. Como dice P. MALAURIE, «la codification européenne du droit des obligations et des contrats demande du temps, une longue durée et surtout beaucoup d'humilité», «Le Code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte», La Semaine Juridique, núm. 6, 6 février 2002, pág. 285.