

# EL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN

por  
BEATRIZ CAMPUZANO DIAZ,  
*Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Sevilla*

## I. INTRODUCCIÓN

En las líneas que siguen pretendemos analizar el impacto que tiene el proceso de globalización o mundialización que vive nuestra actual sociedad internacional<sup>1</sup>, sobre un aspecto concreto relacionado con el sector de la contratación, más precisamente, sobre la pretensión existente de elaborar un derecho contractual uniforme o común a todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Si la globalización o mundialización consiste básicamente, desde un punto de vista económico, en la tendencia de los mercados y empresas a extenderse para alcanzar una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales, es lógico pensar que ello trae consigo un importante desarrollo del comercio internacional<sup>2</sup>.

Y dicho desarrollo o cambio de la realidad social exige, como ha puesto de relieve la doctrina, una oportuna adaptación de las normas de Derecho internacional privado<sup>3</sup>. Así, se puede decir en trazos muy generales, que en el sector de la contratación internacional asistimos a un replanteamiento de la utilidad de la técnica conflictual, y a una revalorización del papel que puede desempeñar el derecho material uniforme, y más especialmente la Nueva Lex Mercatoria.

<sup>1</sup> Para un análisis de los distintos factores condicionantes de la actual sociedad internacional, vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Discurso en el Acto de investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Salamanca», Universidad de Salamanca, Secretaría General, 2001, págs. 38 y ss.

<sup>2</sup> Sobre el significado, origen y efectos de la globalización, vid. A. M. ÁVILA ÁLVAREZ y M. A. DÍAZ MIER, «Mundialización: Reflexiones sobre un concepto extendido», Noticias de la Unión Europea, 1999, núm. 172, págs. 7 y ss.; U. BECK, ¿Qué es la globalización?, Paidós, Barcelona, 1998; J. P. LÓPEZ DE SILANES MARTINEZ, «La globalización y la regulación del comercio internacional», Noticias de la Unión Europea, 1999, núm. 172, págs. 51 y ss.; M.S.M. MAHMOUD, «Mondialisation et souveraineté de l'Etat», Journal du droit international, 1996, págs. 611 y ss.; P. MOREAU DEFARGES, La mondialisation, Que sais-je?, PUF, París, 1997.

<sup>3</sup> En nuestra doctrina ya se han consagrado algunos estudios a esta cuestión, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Globalización y Derecho internacional privado, LiberLibro.com, Murcia, 2002; y P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «El Derecho internacional privado ante la globalización», Anuario español de Derecho internacional privado, Tomo I, 2001, Iprolex, Madrid, 2001, págs. 37 y ss.

Pues bien, en ese marco vamos a situar y valorar la mencionada propuesta de «regionalización jurídica en materia contractual», a fin de poder determinar su viabilidad y utilidad.

## II. VISIÓN GENERAL DE LA ADAPTACIÓN NORMATIVA EN MATERIA CONTRACTUAL

1. La adaptación de las normas de Derecho internacional privado en el ámbito contractual pasa, en primer término, y tal como decíamos anteriormente, por un replanteamiento de la utilidad de las normas de conflicto o técnica localizadora.

Como ya sabemos, las normas de conflicto tienen por misión designar el derecho u ordenamiento que debe aplicarse a una relación jurídica. Dichas normas pueden ser establecidas autónomamente por cada Estado, con las particularidades y diferencias que ello conlleva; o pueden ser adoptadas conjuntamente, compartidas, igual para todos los Estados parte en un convenio de unificación conflictual.

En el primer caso, esto es, cuando hay que recurrir a las normas de conflicto de un país u otro en función de donde se presente el litigio, el resultado de su aplicación puede ser difícilmente previsible. Los convenios presentan como ventaja que aportan mayor seguridad o previsibilidad jurídica, ya que al disponerse en los distintos Estados parte de un mismo sistema conflictual, el derecho aplicable al contrato no tiene por qué variar<sup>4</sup>.

No obstante, en ambos casos se concluye con la aplicación del derecho interno de un país u otro, y el contrato internacional va a quedar regido por una normativa ideada para transacciones meramente internas<sup>5</sup>, lo cual supone, además, 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 que ello se traduce inevitablemente en una serie de costes adicionales.

Esas críticas a la norma de conflicto ya venían formulándose en realidad desde hace mucho tiempo. No olvidemos que el desarrollo de los trabajos de unificación material y el resurgir de la *Nueva Lex Mercatoria* durante el siglo pasado, estuvieron debidos fundamentalmente a lo insatisfactoria que resultaba la técnica conflictual. La novedad o crítica adicional que se formula en esta época de la globalización es que la localización de la relación jurídica en un determinado ordenamiento puede resultar poco apropiada en el caso de transacciones realizadas a través de Internet.

Estamos ante un medio de comunicación que resulta clave en el proceso de transformación que vive nuestra sociedad, y para el que se defienden soluciones materiales propias, hablándose de la *lex informatica*<sup>6</sup>, o una adaptación al menos de los sistemas

<sup>4</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ reconoce esta ventaja de los acuerdos internacionales, señalando a propósito del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, que introduce normas uniformes que responden al criterio de eficiencia, pues se evita con ellas el tener que informarse sobre las normas de conflicto de los demás Estados parte, *Globalización y Derecho internacional privado*, op. cit., pág. 92.

<sup>5</sup> F. DE LY, «Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalization and International Self-Regulation», *Diritto del commercio internazionale*, 2000, pág. 555; P. A. DE MIGUEL, «El Derecho internacional privado ante la globalización», op. cit., pág. 70.

<sup>6</sup> Según E. JAYME, esta *lex informatica* podría contenerse en un código de conducta de los usuarios de Internet, «Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2000, t. 282, págs. 33-34.

de DIPr, que pasaría en el plano conflictual por el abandono de ciertas conexiones territoriales rígidas en favor de criterios flexibles<sup>7</sup>.

2. Los procesos de unificación o armonización material han recibido tradicionalmente una valoración positiva. Hay que tener en cuenta que con ellos lo que se pretende es que los Estados compartan unas mismas normas sustantivas o de fondo para regir las operaciones internacionales, en algunos casos incluso para regir también las operaciones internas, y evitar así los inconvenientes asociados a la norma de conflicto<sup>8</sup>.

Diversos autores piensan que el fenómeno de la globalización puede provocar un reforzamiento de tales procesos, esto es, que ante el incremento y mayor complejidad de las relaciones internacionales se verán favorecidas las iniciativas unificadoras<sup>9</sup>. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS señala además, que ante el debilitamiento del control estatal que se produce sobre las actividades económicas de las grandes empresas, el derecho material uniforme puede servir para evitar que éstas elijan el sistema jurídico más favorable, cuando ello implique perjuicios para terceros<sup>10</sup>.

Pero el problema es que la experiencia existente hasta la fecha en materia de unificación material no permite ser muy optimistas. La elaboración de Convenios suele estar plagada de dificultades, imponiéndose en muchos casos una limitación de objetivos o soluciones de compromiso. No hay más que pensar en la regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías, los trabajos comenzaron en el seno de UNIDROIT en torno a 1930, y fue necesario que se retomaran con la creación de UNCITRAL, para concluir en 1980 con la aprobación de un Convenio, del que sí podemos decir al menos que ha sido ampliamente aceptado<sup>11</sup>.

Es cierto que esas dificultades se ven motivadas, en parte, porque el Convenio es un cauce de unificación muy rígido y exige un alto nivel de compromiso. Desde hace ya algún tiempo se recurre por ello, con carácter alternativo, a otros métodos más flexibles pero que tienen como contrapartida el producir un menor efecto unificador. Cabe citar,

<sup>7</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ realizan una síntesis muy completa de las posturas existentes a este respecto, decantándose por una adaptación de los sistemas de DIPr. *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, págs. 15 y ss.

<sup>8</sup> R. GOODE añade que las normas materiales uniformes, al estar redactadas normalmente en varios idiomas, son más accesibles que el Derecho nacional: que suponen un derecho neutral para las partes, al que pueden acceder en condiciones de igualdad; que conllevan un ahorro de tiempo y costes en la determinación del derecho aplicable; y que facilitan la existencia de un mercado común, «Reflections on the Harmonisation of Commercial Law», *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*, 1991, pág. 73.

<sup>9</sup> J. BASEDOW, «The Effects of Globalization on Private International Law», *Legal Aspects of Globalization. Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, J. Basedow and T. Kono (eds.), Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pág. 7; R. MULLERAT, «Globalización del mundo. Globalización del derecho. Globalización de los abogados», *La Ley*, núm. 5396, 15 de octubre de 2001, pág. 3; D. TALLON, «Quel droit comparé pour le XXIème siècle?», *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*, 1998-2/3, pág. 706.

<sup>10</sup> J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Discurso en el Acto de investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Salamanca», op. cit., pág. 50.

<sup>11</sup> Para un análisis de los antecedentes y de la elaboración del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980, 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.

a modo de ejemplo, las guías jurídicas o leyes modelo de UNCITRAL<sup>12</sup>, o más importante aún, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT.

Estos Principios no tienen carácter jurídicamente vinculante, como dice su Preámbulo, se aplicarán cuando así lo acuerden los contratantes, o cuando se refieran a la *lex mercatoria* u otra expresión equivalente<sup>13</sup>. Y como ello ha facilitado su aprobación, y no ha impedido que sean ampliamente aceptados y aplicados por sus destinatarios<sup>14</sup>, cabe cuestionarse si la unificación material se desarrollará fundamentalmente al margen del Estado, esto es, en el marco de la *Nueva Lex Mercatoria*.

3. La *Nueva Lex Mercatoria* es pluriforme en su contenido, se compone de un conjunto de usos, prácticas y disposiciones diversas para regir las operaciones internacionales, que comparten la característica de haber sido elaborados al margen del legislador estatal. Su desarrollo o expansión se produjo a mediados del siglo pasado, y está asociado al incremento de relaciones comerciales que hubo tras la conclusión de la 2ª Guerra Mundial, y que hizo que fueran más evidentes los problemas asociados a la norma de conflicto<sup>15</sup>.

Con la globalización es lógico pensar que la *Nueva Lex Mercatoria* puede recibir otro impulso<sup>16</sup>. La superación de los Estados nacionales y el protagonismo de las grandes empresas, sintoniza muy bien con la elaboración de disposiciones extraestatales con un pretendido carácter mundial. Hemos visto además que puede tener un nuevo campo de actuación, como *lex informatica* para las operaciones realizadas a través de Internet.

A ello se añade, por otra parte, que ante las dificultades que conllevan los procesos de unificación material protagonizados por los Estados, se están imponiendo métodos más flexibles incardinables en la *Nueva Lex Mercatoria*. Anteriormente nos referimos a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT, pero hay que situar también aquí los Principios europeos de los contratos elaborados por la Comisión Lando<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Entre las primeras normas materiales uniformes que se han elaborado para las transacciones realizadas a través de Internet, figura precisamente una Ley Modelo de UNCITRAL: Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno, adoptada en 1996.

<sup>13</sup> En la página web de UNIDROIT (<http://www.unidroit.org/>) se dedica un apartado a estos principios, ofreciéndose 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. La bibliografía sobre estos principios es amplísima, destacaremos en la doctrina española, D. MORÁN BOVIO (coord.), Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional, Aranzadi, Pamplona, 1998.

<sup>14</sup> Numerosas instancias arbitrales están recurriendo a los principios para fundamentar sus decisiones, e incluso los órganos jurisdiccionales de algunos países, Vid. UNILEX on CISG & UNIDROIT Principles, International Case Law & Bibliography, se puede acceder a esta base de datos a través de la dirección de Internet mencionada en la nota anterior.

<sup>15</sup> A. GOLDSTAJN, «The New Law Merchant Reconsidered», Law and International Trade, Festschrift für C.M. Schmitthoff zum 70 Geburtstag, F. Fabricius (Hrsg.), Frankfurt, Athenäum Verlag, 1973, pág. 175.

<sup>16</sup> Así lo creen también M.S.M. MAHMOUD, «Mondialisation et souveraineté de l'Etat», op. cit., págs. 640-641; y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Globalización y Derecho internacional privado, op. cit., págs. 48-49.

<sup>17</sup> Vid. infra nota 38.

### III. EL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

#### 1. ANTECEDENTES

Las instituciones comunitarias han estado barajando la posibilidad de unificar o armonizar ramas completas del Derecho privado desde hace ya cierto tiempo. El Parlamento Europeo aprobó una Resolución el 26 de mayo de 1989, donde señalaba que la cobertura jurídica de temas concretos no resultaba suficiente para las necesidades y aspiraciones de un mercado único y sin fronteras, y que debían comenzar por ello los trabajos preparatorios para la elaboración de un Código europeo común de derecho privado<sup>18</sup>.

Pero en ese momento dicha propuesta no tuvo mucha acogida, muestra evidente de ello es que el Parlamento Europeo aprobó otra Resolución el 6 de mayo de 1994, donde volvió a insistir en que comenzaran los mencionados trabajos preparatorios<sup>19</sup>. Al parecer, las circunstancias políticas no eran favorables para tales proyectos<sup>20</sup>, y tampoco en esta segunda ocasión se suscitaban reacciones significativas en la Comisión y el Consejo.

La situación cambió a raíz del Consejo de Europa celebrado en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999. En sus conclusiones se dijo que había que realizar un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil, a fin de eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, y que el Consejo debía informar de ello antes de finales de 2001<sup>21</sup>.

Y esa circunstancia se aprovechó por el Parlamento Europeo, 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 debía elaborarse un estudio al respecto<sup>22</sup>.

Lógicamente, la Comisión en esta ocasión sí se comprometió a presentar una comunicación a las demás instituciones comunitarias y al público en general, respetando la fecha fijada en Tampere. Y la presentó efectivamente el 11 de julio de 2001, aunque con un ámbito más restringido del inicialmente previsto, referida tan sólo a la materia

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> D. STAUDENMAYER, «The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?», European Review of Private Law, 2002, 2, pág. 251. El Parlamento Europeo no dejó por ello de trabajar en este proyecto, y en junio de 1999 presentó un estudio de derecho comparado donde se analizaba el ámbito que podía tener el Código y la necesidad de su elaboración, «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.

<sup>21</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, Boletín de la Unión Europea, 1999, 10, págs. 7-14, especialmente pág. 12.

<sup>22</sup> 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.

contractual: «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo»<sup>23</sup>.

## 2. LA SITUACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

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 los instrumentos legislativos a fin de alcanzar los objetivos fijados<sup>24</sup>. Con tales medidas se trata, en definitiva, de determinar si es necesario llevar a cabo una acción comunitaria y, en caso afirmativo, en qué ámbitos.

Pues bien, para cumplir dicha misión, la Comunicación objeto de análisis comienza refiriéndose a la situación actual del Derecho contractual. En el ámbito comunitario no se parte de la nada, los países están vinculados por un convenio de unificación conflictual, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; y se han adoptado numerosas normas de Derecho derivado para facilitar el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, que han afectado en diversas ocasiones a la materia contractual, principalmente en el sector del consumo<sup>25</sup>.

Pero dichas disposiciones no han servido para establecer una situación jurídica plenamente satisfactoria. La Comunicación pone de manifiesto una serie de inconvenientes o problemas asociados a la diversidad normativa que presentan los Estados miembros en materia contractual<sup>26</sup>, diversidad que, como sabemos, no se elimina con el Convenio de Roma, y sólo muy parcialmente con el Derecho derivado.

Hay que tener en cuenta que la política armonizadora en el ámbito comunitario ha sido muy sectorial, S. SÁNCHEZ LORENZO señala que la situación actual del Derecho privado comunitario se compara con un estilo pictórico impresionista, el puntillismo<sup>27</sup>. Y a eso se añade que muchas de las directivas aprobadas usan términos abs-

<sup>23</sup> DOCE C 255, de 13 de septiembre de 2001, págs. 1-44.

<sup>24</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 7.

<sup>25</sup> La Comunicación se acompaña de un Anexo I titulado «Acervo comunitario relevante en el ámbito del Derecho privado», donde se analiza brevemente el objeto y contenido de las distintas normas aprobadas, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., págs. 13 y ss. Resulta también muy interesante la clasificación por materias que hace S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, págs. 43 y ss.

<sup>26</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., págs. 4-5.

<sup>27</sup> *Derecho privado europeo*, op. cit., págs. 164-165. Esa política sectorial ha motivado que se acuse al acervo comunitario de falta de sistemática o estructura, y ha llevado también a que se produzcan incoherencias ya que en determinadas circunstancias es posible aplicar más de una directiva, con el problema de que pueden ofrecer soluciones diferentes, vid. D. STAUDENMAYER, «The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?», op. cit., págs. 256-257.

tractos, y la legislación estatal aprobada para darles aplicación remite a las nociones internas de dichos términos, produciéndose divergencias<sup>28</sup>.

Por otra parte, la Comunicación no ignora que los países comunitarios están vinculados también por diversos acuerdos internacionales que trascienden este ámbito regional. Se refiere en concreto al papel de los acuerdos de unificación material, y cita como ejemplo el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías<sup>29</sup>.

Pero deja claro que tampoco se consigue con ellos una situación jurídica plenamente satisfactoria, debido a que suelen presentar dos grandes inconvenientes, que son los límites geográficos y materiales. Así, siguiendo con el ejemplo del mencionado Convenio de Viena, no se aplica en todos los países comunitarios ya que el Reino Unido, Portugal e Irlanda no se han vinculado por el mismo; y tiene un ámbito material limitado pues hay cuestiones relacionadas con el contrato de compraventa que no regula<sup>30</sup>.

En definitiva, que como la situación actual del Derecho contractual es susceptible de mejora, la Comunicación propone a continuación una serie de opciones para determinar cómo podrían actuar las instituciones comunitarias, e invita a todas las partes interesadas a que señalen cuál es la que consideran más conveniente<sup>31</sup>.

## 3. REFERENCIA A LAS OPCIONES PLANTEADAS EN LA COMUNICACIÓN

1. La primera opción que se plantea es que no se produzca ninguna actuación a nivel comunitario, y que sea el mercado el que desarrolle sus propias soluciones. La Comunicación viene a decir, resumidamente, que en el mercado se crean con frecuencia problemas de interés público, pero que pueden ser resueltos autónomamente respondiendo a los distintos valores sociales, gracias a la intervención de los grupos de interés afectados y de las distintas asociaciones de comerciantes<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Esto se puso de manifiesto en la Sentencia del TJCE de 12 de marzo de 2002, asunto C-168/00, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co KG*, a propósito de las diferencias que se habían producido con la transposición de 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, en el derecho austriaco y alemán, 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.

<sup>29</sup> En el Anexo II que acompaña a la Comunicación se ofrece una visión más completa de otros Convenios e instrumentos de unificación material, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., págs. 34 y ss.

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 4.

<sup>31</sup> Se han recibido 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 juristas. Todas estas respuestas se recogen en la siguiente dirección de Internet: [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/index\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/index_en.html). En esta dirección también se ofrece un documento titulado «Respuestas a la comunicación sobre derecho contractual europeo», donde se realiza un resumen conjunto de las mismas.

<sup>32</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 8.

Esta opción se corresponde con la *Nueva Lex Mercatoria*, y como cabe imaginar, es en el mundo empresarial donde recibe mayores apoyos<sup>33</sup>. Pero no parece que pueda ser la que inspire la futura política legislativa de las instituciones comunitarias ya que los gobiernos se muestran mayoritariamente en contra<sup>34</sup>; las asociaciones de consumidores opinan acertadamente que cuando hay que proteger a una parte débil la solución no debe quedar en manos del mercado<sup>35</sup>; y los juristas alegan que los usos y prácticas que desarrolla el mercado tienen carácter fragmentario, a pesar de reconocer los esfuerzos de sistematización que suponen los Principios de UNIDROIT o los Principios europeos de los contratos<sup>36</sup>.

2. La Comunicación baraja como segunda opción la posibilidad de fomentar la investigación en materia de derecho comparado y la cooperación de académicos y profesionales de la justicia, a fin de establecer una serie de principios comunes en materia contractual. Se considera que podría desarrollarse la labor realizada hasta el momento por determinados círculos académicos, y que podría crearse para ello una asociación de cuya coordinación se encargarían las instituciones comunitarias<sup>37</sup>.

Esta opción la verdad es que no parece muy difícil de realizar, ya que los estudios de Derecho comparado han proliferado muchísimo en los últimos años, y existe una sólida base de trabajo. Así, la Comisión de Derecho europeo de los contratos, conocida también como Comisión Lando por el nombre de su presidente, ya ha elaborado como sabemos unos Principios europeos de los contratos<sup>38</sup>. Y en la actualidad, el Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo dirigido por C. VON BAR, pre-

<sup>33</sup> Pero sin que fallen posturas más malizadas, que la defienden sólo para determinados casos, o contrarias. «Respuestas a la comunicación sobre derecho contractual europeo», op. cit. pág. 12.

<sup>34</sup> «Respuestas a la comunicación sobre derecho contractual europeo», op. cit. pág. 12.

<sup>35</sup> El Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) señala 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». Respuesta a la comunicación, vid. supra nota 31, pág. 2.

<sup>36</sup> 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», Europa e diritto privato, 2002, 1, pág. 163; y también G. GALDONI y J. L. DE LOS MOZOS, Respuesta a la Comunicación en nombre del Grupo de Pavía, vid. supra nota 31, pág. 4.

<sup>37</sup> En el marco de esta segunda opción se señala igualmente que la Comisión podría incentivar la elaboración de contratos tipo (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 9). Los sectores consultados no muestran mucho interés al respecto, y se centran fundamentalmente en la opción arriba mencionada, pero no hay que descartar que esta posibilidad pueda prosperar.

<sup>38</sup> En 1995 publicaron una Parte I, que se volvió a publicar junto con una Parte II en el 2000, donde se contienen 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. O. LANDO y H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht, 1995; y O. LANDO y H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I and II*, La Haya, Kluwer, 2000. Está pendiente de publicación además una Parte III, que ya puede ser consultada a través de Internet, donde se recogen otros principios relativos a condiciones, efectos de ilegalidad, pluralidad de acreedores y deudores, cesión de créditos, compensación y prescripción (vid. [http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/index\\_html](http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index_html)).

tende continuar su labor ofreciendo una serie de principios en el ámbito más amplio del Derecho patrimonial<sup>39</sup>.

Por otra parte, la Academia europea de especialistas en Derecho privado de Pavía ha publicado recientemente un proyecto preliminar de Código contractual europeo, cuyas soluciones también pueden ser tenidas en cuenta<sup>40</sup>. Y se añade que en diversas respuestas enviadas a la Comunicación se ha pedido que se considere igualmente el trabajo otros grupos o marcos de colaboración, que vienen dedicándose desde hace tiempo a esta cuestión<sup>41</sup>.

Los principios comunes, una vez que se elaboren teniendo en cuenta todas esas aportaciones académicas, podrían servir, según prosigue diciendo la Comunicación, para las partes contratantes en la fase de redacción y ejecución de los contratos, y para los tribunales e instancias arbitrales que tuvieran que decidir sobre cuestiones jurídicas transfronterizas. Se precisa además que se aplicarían con carácter voluntario, que quizás con el tiempo pudieran considerarse Derecho consuetudinario, y que los Estados deberían respetarlos en la medida de lo posible cuando promulgaran nueva legislación interna a fin de favorecer la convergencia<sup>42</sup>.

Entendemos por todo ello, en definitiva, que se asimilarían bastante a los actuales Principios europeos de los contratos, aunque con una importante diferencia, y es que en este caso contarían con el respaldo de las instituciones comunitarias y aumentarían así las posibilidades de que fueran efectivamente tenidos en cuenta y aplicados. Esto se vería favorecido además por el hecho de que la mayoría de sectores consultados apoyan

<sup>39</sup> El Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo está formado por varios equipos de trabajo que se están ocupando en la actualidad de ciertos tipos de contratos, obligaciones extracontractuales, y cuestiones relacionadas con el derecho de propiedad que tienen incidencia en el mercado interior. Dispone de una dirección en Internet donde ofrece información detallada de su estructura, funcionamiento, resultados alcanzados hasta la fecha y bibliografía: <http://www.sgecc.net>.

<sup>40</sup> En este proyecto se recogen una serie de normas relativas a la formación, contenido y forma de los contratos; interpretación y efectos contractuales; cumplimiento e incumplimiento de contratos; extinción, otras anomalías y recursos contractuales. Está publicado en la revista Europa e diritto privato, 2002, 2, págs. 275-343. Al respecto vid. J. L. DE LOS MOZOS, «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.

<sup>41</sup> S. CÁMARA LAPUENTE se refiere a «The Common Core of Private Law in Europe - Trento Group», dirigido por U. Mattei y M. Busani, que ha realizado valiosas contribuciones en materia de derecho de contratos, responsabilidad extracontractual, propiedad y trusts; y también, a «The Tilburg Group on Torts», que está tratando desde 1993 diferentes aspectos de la responsabilidad extracontractual. Respuesta a la Comunicación, vid. supra nota 31, pág. 8; 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 se ha plasmado en 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 señala que se ha preparado por un grupo de profesores y jueces una serie de Casebooks for the Common Law of Europe, «Codifying European Private Law», Respuesta a la Comunicación, vid. supra nota 31, págs. 29-31.

<sup>42</sup> «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo», op. cit., pág. 9.

su elaboración<sup>43</sup>, aunque discrepan en algunos casos en cuanto al objetivo final a conseguir con los mismos.

Especialmente ilustrativa resulta a este respecto la postura de los juristas. Según O. LANDO y C. VON BAR, la elaboración de una serie de principios comunes constituye un paso obligado en la actuación por etapas que proponen de cara a la elaboración y aceptación de Código Civil común<sup>44</sup>. 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 llegaran a sustituir con el tiempo a los derechos nacionales<sup>45</sup>.

3. La tercera opción que se plantea es una mejora en la calidad de la legislación vigente. La Comunicación hace alusión a diversas acciones que se están llevando a cabo en el ámbito comunitario, y que podrían servir para mejorar la legislación existente en materia contractual, reducir el volumen de instrumentos reglamentarios, y corregir las incoherencias o contradicciones que puedan observarse<sup>46</sup>.

Así, en el Plan de Acción «Simplificar y mejorar el marco regulador»<sup>47</sup>, está previsto reforzar el control de las transposiciones que se realizan de las directivas en los distintos Estados miembros. Las divergencias derivadas del uso de términos abstractos y, en general, la vulgaridad o pobreza de que se acusa al acervo comunitario<sup>48</sup>, podrían solucionarse o al menos paliarse con la propuesta que se hace de revisar la redacción<sup>49</sup>. Y

<sup>43</sup> Las asociaciones de consumidores son las que se muestran más reacias, alegan 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 necesidades. «Respuestas a la comunicación sobre derecho contractual europeo», op. cit., págs. 13-16.

<sup>44</sup> «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.; S. CÁMARA LA PUENTE, Respuesta a la comunicación, vid. supra nota 31, pág. 13; M. FONTAIN, Respuesta a la comunicación, vid. supra nota 31, pág. 4; y 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.

<sup>45</sup> Respuesta a la Comunicación, vid. supra nota 31, pág. 4.

<sup>46</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 10.

<sup>47</sup> 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: 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.

<sup>48</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho privado europeo, op. cit., págs. 170 y ss.; M. P. GARCÍA RUBIO y J. LETE, Respuesta a la Comunicación, vid. supra nota 31, pág. 8.

<sup>49</sup> La Comunicación alude al Acuerdo interinstitucional de 22 de diciembre de 1998 relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción comunitaria, que sintetiza muy bien en su primer considerando la importancia de esta cuestión: «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», DOCE C 73, de 17 de marzo de 1999.

las críticas al carácter sectorial o puntillista de la normativa comunitaria podrían superarse 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<sup>50</sup>.

Como se ha señalado, en este caso no deberíamos estar ante una opción, sino ante una práctica habitual que inspire la actuación de las instituciones comunitarias<sup>51</sup>. Y lógicamente, todos los sectores consultados se muestran partidarios de esas actuaciones, teniendo en cuenta además que no resultan incompatibles con una política más ambiciosa en materia contractual, cuyos resultados se verían necesariamente a más largo plazo<sup>52</sup>.

4. La Comunicación propone como última opción la aprobación de un texto, que en función del grado de unificación o armonización previsto podría ser una directiva, reglamento o recomendación, y que contendría disposiciones sobre cuestiones generales de derecho contractual y sobre contratos específicos. El texto podría tener carácter opcional, en cuyo caso entendemos que se asimilaría bastante a la segunda opción; cabría también la posibilidad de que se aplicara automáticamente, salvo disposición contractual en contrario; o por último, que no fuera posible excluir su aplicación. Se añade, además, que podría sustituir a la normativa nacional, y esto supondría que se aplicaría también a los contratos internos<sup>53</sup>.

Pues bien, los distintos sectores consultados coinciden en señalar que esta opción resulta demasiado ambiciosa por el momento, y como hemos visto, se muestran partidarios de la mejora del acervo comunitario, o 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 como mucho en algunos casos que así podría prepararse el camino hacia esta cuarta opción<sup>54</sup>.

Por otra parte, los juristas se han planteado si las instituciones comunitarias tienen competencia para aprobar un texto general en materia contractual, girando el debate fundamentalmente en torno a si el art. 95 TCE es base jurídica suficiente para ello<sup>55</sup>. Este precepto 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.

El Parlamento Europeo, en una nueva Resolución de 15 de noviembre de 2001 sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, animó a la

<sup>50</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., pág. 10.

<sup>51</sup> N. REICH, «Some Critical Comments», Respuesta a la comunicación, vid. supra nota 31, pág. 6.

<sup>52</sup> «Respuestas a la comunicación sobre Derecho contractual europeo», op. cit., págs. 16-18.

<sup>53</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, op. cit., págs. 10-11.

<sup>54</sup> «Respuestas a la Comunicación sobre derecho contractual europeo», op. cit., págs. 19-23.

<sup>55</sup> W. TILMANN y W. VAN GERVEN analizan también la posibilidad de recurrir a los arts. 65 y 308 del TCE, «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 ss.; igualmente, S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho privado europeo, op. cit., págs. 194 y ss.

Comisión a recurrir al art. 95 TCE como fundamento jurídico cuando se trate de consolidar y desarrollar la armonización del Derecho civil<sup>56</sup>. Pero los juristas se refieren a la Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, *Tobacco Advertising*, donde se ha realizado una interpretación restrictiva de dicho precepto, señalando que sólo puede aplicarse cuando la armonización es necesitada, no para eliminar barreras ficticias o distorsiones mínimas a la competencia, sino riesgos concretos<sup>57</sup>. A ello se añade además que toda medida que se adopte debe respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En cualquier caso, no le falta razón a D. STAUDENMAYER cuando señala que estamos ante una discusión un tanto prematura, ya que esta cuarta opción sólo puede realizarse a largo plazo, y en el futuro pueden introducirse modificaciones que afecten a esta cuestión<sup>58</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Comenzamos este trabajo señalando, a grandes trazos, cuáles son las tendencias de adaptación normativa que se perfilan en el ámbito contractual con motivo de la globalización. Pues bien, la Comunicación plantea una serie de opciones que encajan y van en la línea de lo referido, ya que con todas ellas se pretende, de una forma u otra, superar la diversidad normativa y lograr cierta armonización o unificación material.

Por el momento, las opciones que creemos que tienen más posibilidades de prosperar son la segunda y la tercera, pues reciben un apoyo bastante generalizado. Cabe esperar por tanto que se tomen acciones para la mejora del acervo comunitario, y que se promuevan los estudios de derecho comparado a fin de establecer una serie de principios comunes que puedan ser libremente asumidos por sus destinatarios.

La idea de un Código contractual europeo resulta lejana por ahora, y así lo reconocen las propias instituciones comunitarias, que insisten en la necesidad de seguir trabajando al respecto<sup>59</sup>. En este sentido, la Comisión tiene previsto presentar una serie de

<sup>56</sup> DOCE C 140 E, de 15 de noviembre de 2001, págs. 538 y ss., especialmente pág. 542.

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> D. STAUDENMAYER, «The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?», *op. cit.*, pág. 260.

<sup>59</sup> En el 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 alude a la necesidad de seguir reflexionando sobre las posibles acciones en esta materia, teniendo en cuenta entre otras cuestiones la problemática de la base jurídica, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 29 de octubre de 2001, JUSTCIV 129. El Parlamento Europeo reconoce 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 la idea de un Código y que deben fomentarse inicialmente los estudios de derecho comparado (DOCE C 140 E, de 15 de noviembre de 2001, págs. 538 y ss.). Y el Comité Económico y Social también señala que esta idea sólo puede concebirse a largo plazo (DOCE C 241, de 7 de octubre de 2002, págs. 1 y ss). Por otra parte, en las conclusiones del Consejo Europeo de Laeken celebrado en diciembre de 2001, donde se presentó la Comunicación acompañada de estos documentos, se dijo simplemente que debían proseguir los esfuerzos encaminados a salvar las dificultades relacionadas con las diferencias de sistemas jurídicos, SN 3001/01 REV I.

observaciones y recomendaciones a finales de 2002 —en el momento de concluir estas líneas aún no se ha hecho—, para describir más detalladamente las opciones de intervención y presentar un plan de acción<sup>60</sup>. Puede que con el tiempo todos estos trabajos vayan haciendo más factible la idea de un código contractual europeo, pero entendemos en cualquier caso que es algo que requerirá bastante tiempo<sup>61</sup>.

Por otra parte, cabe cuestionarse la conveniencia de este proyecto en el marco de la globalización. Es cierto que ante la pérdida de poder que sufren los Estados como consecuencia de la extensión mundial de los mercados, surge como defensa la estrategia de la regionalización y que la Unión Europea es el ejemplo más destacado<sup>62</sup>. El debatido código contractual europeo podría considerarse una prolongación de dicha regionalización en el ámbito jurídico, y favorecería las transacciones dentro del mismo. Pero las dificultades que presenta su elaboración son considerables, y una vez aprobado, entraría en concurrencia con otros instrumentos internacionales que tienen vocación mundial, y podría aumentar la complejidad normativa.

<sup>60</sup> «Respuestas a la Comunicación sobre Derecho contractual europeo», *op. cit.*, págs. 24-25.

<sup>61</sup> 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*, n. 6, 6 février 2002, pág. 285.

<sup>62</sup> Para un examen de los distintos procesos de integración regional y de las diferencias existentes entre ellos, vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Civitas, Madrid, 2001.