

**VÍAS Y LÍMITES A LA UNIFICACIÓN DEL
DERECHO PRIVADO EUROPEO: «SOFT LAW
VERSUS HARD LAW» O «COMISIÓN CONTRA
PARLAMENTO»**

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Granada*

SUMARIO: I. ¿HAY QUE OLVIDAR LA IDEA DE UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO?. 1. Los postulados de un derecho privado europeo. 2. El problema competencial. 3. El alcance político de la unificación. 4. El triunfo de las fórmulas *soft* y la rebelión del MCR.-II. LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS. 1. Efectos positivos de un debate. 2. Tendencias puntuales. 3. Algunas incógnitas y paradojas. 4. Conclusión.

I. ¿Hay que olvidar la idea de un Código civil europeo?

1. LOS POSTULADOS DE UN DERECHO PRIVADO EUROPEO

Desde los años ochenta, la Unión Europea ha incrementado de forma exponencial la promulgación de normas de Derecho privado, especialmente directivas, destinadas a la armonización de ciertos aspectos de Derecho privado (contratos celebrados por consumidores, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, mora en las transacciones comerciales, responsabilidad derivada de productos defectuosos, transferencias internacionales, contratos de seguro, contratos de trabajo, contratos de agencia, comercio electrónico, propiedad intelectual, etc.). Estas disposiciones fueron *ab initio* bastante tangenciales y parecían vincularse directamente a ciertos aspectos del mercado interior; pero su progresiva incidencia en el Derecho privado ha provocado un debate académico, incluso político, a propósito de la utilización y de la necesidad de llegar a una unificación del Derecho privado en Europa.

Los argumentos esgrimidos a favor de dicha unificación presentan una justificación tanto económica como jurídica. Desde un punto de vista económico, se

ha señalado que la diversidad jurídica en materia civil entraña un coste de transacción(1), una circunstancia capaz de falsear la competencia en el seno del mercado interior imponiendo riesgos y beneficios diferentes según el sistema jurídico o el mercado nacional en cuestión. A ello se añade el hecho de que la diversidad de sistemas jurídicos supone siempre un coste derivado de la información acerca del Derecho extranjero aplicable(2). Desde un punto de vista jurídico, los innumerables problemas creados por las normas comunitarias de Derecho privado europeo (puntillismo, ausencia de

(1) Cf. ALPA, G., «European Community Resolutions and the Codification of Private Law», *ERPL*, 2000/2, pg. 327; BANGEMANN, M., «Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union», *ZEuP*, 1994/3, pgs. 377-380; BASEDOW, J., «Un droit commun des contrats pour le marché commun», *RIDC*, 1988/1, pgs. 10-17; BLAUROCK, U., «Europäisches Privatrecht», *JZ*, 1994/6, pgs. 270-276; ENGEL, A. J., «Ein Europäisches Zivilrechts Gesetzbuch? Zukunftsperspektiven aus den Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz», *ZfRV*, 1999, pgs. 124-126; GANDOLFI, G., «Per un Codice europeo dei contratti», *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1995, pg. 782; GEBAUER, M., *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, De Winter, 1998, pgs. 101-103; LANDO, O., «Is Codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch law», *ERPL*, 1993, pgs. 157-170; SANDROCK, O., «Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland – Europa – und die Welt», *JZ*, 1996/1, pg. 6.

(2) Cf. MATTEI, U., «A Transaction Cost Approach to the European Code», *ERPL*, 1997, pgs. 537-540. Pueden encontrarse posturas más bien escépticas frente a este argumento: JAMIN, C., «Un droit européen des contrats?», *Le droit privé européen* (dir. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES), Paris, 1998, pg. 54. La respuesta del gobierno británico a esta cuestión (con ocasión de la primera comunicación de la Comisión de 2001) merece ser destacada: si existen costes de información, el principio de proporcionalidad no avala la unificación jurídica, sino la promoción de dicha información deficitaria.

calidad normativa, incoherencia sistemática, imposibilidad de deducir principios interpretativos generales, desplazamiento de una lógica propia del Derecho privado por una lógica ciega de la integración, límites derivados de las directivas como mecanismo armonizador, etc.)⁽³⁾ han alimentado la creencia en la necesidad de alcanzar un Derecho privado europeo más sistemático y completo. Se trata de la estrategia predilecta de las instituciones comunitarias, consistente en crear nuevos problemas para justificar nuevas competencias y de este modo hacer progresar geométricamente el Derecho comunitario. Por otra parte, la introducción en el Título IV del Tratado CE de una competencia comunitaria específica en materia de derecho internacional privado –incluso para el Derecho de familia– ha ayudado sobremanera a reforzar la tendencia señalada.

Las instituciones comunitarias –particularmente el Parlamento Europeo en sus primeras resoluciones de 1989⁽⁴⁾ y de 1994⁽⁵⁾–, parecían orientarse en esta dirección. Gracias al apoyo entusiasta de un sector académico, singularmente alemán, el Parlamento llegó incluso a aventurar el año 2010 como el umbral para la redacción de un Código civil europeo⁽⁶⁾.

(3) Para una exposición más detallada de estos argumentos, *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pgs. 161-191.

(4) DOCE C 158 de 26 de junio de 1989, pg. 400.

(5) DOCE C 205 de 25 de julio de 1994, pg. 518.

(6) *Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros de 15 noviembre de 2001* (DOCE C 140 de 13 de junio de 2002, pg. 542).

2. EL PROBLEMA COMPETENCIAL

La idea de un Derecho privado europeo de fuente comunitaria se enfrenta a múltiples problemas. El primero –y quizás el más evidente– es la ausencia de competencia de las instituciones comunitarias para una unificación global del Derecho privado europeo según el modelo de un código civil. Dicha posibilidad no encuentra base legal alguna en los artículos 94, 95 ó 65 del Tratado CE. Semejante afirmación ya no ofrece dudas⁽⁷⁾ tras la Sentencia TJCE de 5 de octubre de 2000 (As. C-376/98: *Alemania/Parlamento y Consejo*)⁽⁸⁾. Es cierto que se trata de un obstáculo constitucional que puede superarse fácilmente mediante una reforma del Tratado, de la misma manera que se procedió con el Derecho internacional privado en la reforma de Ámsterdam; además, resulta más factible tras el fracaso del proyecto de Constitución Europea, aunque pueda resultar paradójico: El texto constitucional no habría cambiado gran cosa en relación con las competencias de la Unión Europea en materia de armonización y unificación del Derecho privado, pero sin duda habría proporcionado mucha mayor rigidez al texto del Tratado y al plan de competencias previsto. Hoy en día dicho texto continúa siendo tan flexible como siempre lo ha sido, y no puede descartarse la eventualidad de

(7) A pesar de los intentos de la doctrina para minimizar sus efectos (BASEDOW, J., «Rapport de synthèse: Quel droit privé pour l'Europe», *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* (BERGE, J.-S. y NIBOYET, M. L. dir.), Bruylant, Bruselas, 2003, pgs. 234-259, esp. pg. 251.

(8) *Rec.* I-8419.

una reforma destinada a atribuir a las instituciones comunitarias las competencias legislativas que les ha negado el Tribunal de Justicia. Sin embargo, el Tratado de Lisboa no ha introducido variante alguna.

Acaso esta tibieza en el avance de las competencias legislativas sobre la armonización jurídica del Derecho privado se deba a que existen obstáculos más severos que amparan la falta de base legal actual, basados en el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 5.III del Tratado CE. Contrariamente a la opinión mayoritaria de la doctrina científica(9), el principio de subsidiariedad no constituye traba alguna a la armonización del Derecho privado europeo(10). Dada la necesidad de esta armonización para el buen funcionamiento del mercado interior, el test de eficacia impuesto por el principio de subsidiariedad no limita en absoluto las competencias comunitarias, pues la unificación del Derecho privado

(9) TIMMERMANS, C.W.A., al igual que SCHWARZ, I. –que trabajó durante mucho tiempo para la Comisión– subraya el principio de subsidiariedad como un límite significativo para la armonización del Derecho privado (cf. «Zur Entwicklung des europkischen Zivilrecht», *ZEuP*, 1999/1, pgs. 4-5).

(10) Cf. en este sentido NORMAND, J., «Un droit judiciaire privé européen?», *Le droit privé européen* (dir. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES), Paris, Economica, 1998, pg. 131; ENGEL, A. J., *op. cit.*, nota 1^a, pgs. 127-128; BASEDOW, J., *op. cit.*, nota 1^a, pgs. 24-26. En efecto, si la base jurídica está clara y se ha comprobado la necesidad de una unificación, las instituciones comunitarias actuarían en virtud de una suerte de competencia exclusiva que anularía la incidencia del principio de subsidiariedad (cf. MÜLLER-GRAFF, P. C., «EC-Directives as a Mean of Private Law Unification», *Towards a European Civil Code*, 2^a éd., La Haye, 1999, pg. 74).

no podría nunca alcanzarse a partir de la mera acción unilateral de cada Estado miembro. Los límites provienen del test de necesidad (la premisa) comprendido en el principio de proporcionalidad, que obliga a las instituciones comunitarias a autolimitar sus competencias para no ir más allá de lo que verdaderamente es preciso para alcanzar el objetivo perseguido. Este test implica un juicio relativo al equilibrio entre las necesidades del mercado y los intereses nacionales. Por lo que se refiere a la unificación del Derecho privado, los intereses nacionales están representados por los perjuicios que dicha armonización puede acarrear en orden a la coherencia e identidad cultural de los sistemas jurídicos nacionales, incluido un cierto derecho a la diferencia(11).

El alcance de los elementos culturales y axiológicos como un límite para la unificación del Derecho privado europeo ha sido menospreciado por ciertos sectores interesados en la armonización(12). Se trata,

(11) *Vid.* sobre esta cuestión ANTOKOLSKAIA, M., «The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas», *ERPL*, 2003/1, pgs. 37-44. JOERGES, C., «Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example», *ERPL*, 2000, pg. 5; MATTEI, U. y DI ROBILANT, A., «The Art and Science of critical Scholarship. Post-modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe», *ERPL*, 2002/1, pgs. 29-59; MOCCIA, L., «À la recherche d'un droit privé européen», *RIDC*, 2004/2, pgs. 308-309. SMITS, J., *The Making of European Private Law (Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System)*, Amberes, 2002, pgs. 31-32, 271-274.

(12) Los riesgos de mistificación del Derecho privado europeo a través del oscurecimiento del elemento político y axiológico han sido denunciados por KENNEDY, D. en un trabajo notable: «The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law»,

empero, de un argumento que encuentra adeptos en países como Francia(13), el Reino Unido(14) o España(15). No hay que olvidar que estos dos últimos Estados admiten, e incluso promocionan, la diversidad jurídica en materia de Derecho privado dentro de sus propios territorios. Finalmente, la controversia

ERPL, 2001/1, pgs. 7-28. Cf. CHAMBOREDON, A., «The Debate on a European Civil Code. For an “Open Texture”», *The Harmonisation of Private Law*, Oxford, 2000, pgs. 66 y ss.; LANDO, O., «Die Regeln des Europäischen Vertragsrecht», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., 1999, pgs. 568-569. KOPMANS, T., «Towards a European Civil Code», *ERPL*, 1997, pgs. 542-547. VAN HOECKE, M., «The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, pgs. 1-9, esp. pg. 2. MATTEI, U., *op. cit.* nota 1ª, pg. 359.

(13) Vid. especialmente SEFTON-GREEN, R., «Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code», *The Politics of a European Civil Code* (M.W. Hesselink ed.), La Haya, Kluwer, 2006, pgs. 71-88; *Id.*: «Social Justice and European Identity in European Contract Law», *European Review of Contract Law*, 2/2006, pgs. 275-286. Vid. también la posición extrema de LEGRAND, P., «Sens et non-sens d'un Code civil européen», *RIDC*, 1996, pgs. 779-812, también en inglés bajo el título «Against a European Civil Code», 60 *Modern Law Review*, 1997, pgs. 44-63; «European Legal Systems are Not Converging», 45 *ICLQ*, 1996, pgs. 52-81; «Le primat de la culture», *Le droit privé européen*, 1998, pgs. 1-19; «La leçon d'Apollinaire», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, 2001, pgs. 37-56; «On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations», *ERPL*, 2002, pgs. 61-76.

(14) COLLINS, H., «European Private Law and the Cultural Identity of States», *ERPL*, 1995, pgs. 353-365; WEATHERILL, S., «Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC», *ERPL* 2004/5, pgs. 647-653.

(15) SÁNCHEZ LORENZO, S., «What Do We Mean when We Say “Folklore”? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law», *ERPL*, 2006/2, pgs. 197-219.

doctrinal –a menudo violenta(16)– viene a demostrar un debate más bien filosófico y político, que enfrenta a una ideología moderna y universalista partidaria de una unificación *hard* (código civil) con una posición más pluralista y postmoderna que defiende soluciones blandas (*soft law*).

3. EL ALCANCE POLÍTICO DE LA UNIFICACIÓN

La confrontación indicada pone de relieve el alcance político de cualquier proceso de codificación europea del Derecho privado. El Parlamento Europeo es consciente de la significación política de la unificación del Derecho privado europeo. En su *Resolución de 15 de noviembre de 2001*(17) subraya que «el debate sobre una armonización a gran escala del derecho civil básico de los Estados miembros es un tema delicado y con gran carga política». En cierto modo resucita la polémica sobre la codificación en el siglo XIX, y la doctrina aparece dividida entre los partidarios de SAVIGNY y los segui-

(16) A propósito de la armonización del Derecho privado europeo se deslizan referencias a una cuestión de «guerra o paz», o se la señala como un objetivo imperativo si no se quiere retornar a Auschwitz (*vid.* el dato en LEGRAND, P., «On the Unbearable...», cit. nota 12^a). U. MATTEI, U. y DI ROBILANT, A. están convencidos de una perversión europea de la teoría normteamericana de los *Critical Legal Studies* tendente al fascismo, y comparan a Savigny y Nietzsche con Hitler y Karadzic (cf. *op. cit.* nota 10^a, pg. 41). VAN HOECKE, M. piensa que LEGRAND, P. debería callarse, pues no es más que un franco-canadiense (cf. *op. cit.* nota 11^a, pg. 2).

(17) *Vid. supra* nota 6^a, pg. 538.

dores de THIBAUT(18). Las raíces ideológicas de la codificación son bien conocidas. En el siglo XIX incluso la doctrina científica se puso al servicio de la política de unificación nacional. La pandectística alemana y la jurisprudencia de los conceptos sirvieron a los intereses de la unificación alemana(19), de la misma forma que el Código de Napoleón respondía a los intereses de la burguesía heredera de la Revolución Francesa. Pero ya a mediados del siglo XIX se reclamaba por primera vez la unificación de los códigos civiles europeos(20).

En el siglo XXI los riesgos de la codificación no son exactamente los mismos. En todo caso, la petrificación del Derecho resultaría aún más peligrosa en un mundo sujeto a un dinamismo sin precedentes, dadas sobre todo la rigidez y la lentitud de los procedimientos legislativos comunitarios. Con todo, el principal problema político del Código civil europeo sería el déficit democrático. Habitualmente esta cuestión se trae a colación

(18) La analogía siempre está presente en la doctrina (cf. *ad. ex.* BERGER, K. P., «The Principles of European Contract Law and the Concept of the “Creeping Codification of Law”», *ERPL*, 2001, pg. 35; CÁMARA LAPUENTE, S., «Hacia un Código Civil europeo: ¿realidad o quimera?», *La Ley*, año XX, núm. 4748, 5 de marzo de 1999, pg. 1; REMIEN, O., «Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? – Legislative und gerichtliche Wege», *JZ*, 1995, pg. 120; WILHELMSSON, T., «Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?», *ERPL*, 2002/1, pg. 85).

(19) Cf. SCHULZE, R., «Allgemeine Rechtsgrundsätze und Europäisches Privatrecht», *ZEuP*, 1993, pgs. 442-447.

(20) Esta reivindicación fue escrita en francés por ANTOINE DE SAINT-JOSEPH (cf. *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon*, Paris, 1856) et ERNEST MOULIN (cf. *Unité de législation civile en Europe*, Paris, 1865).

en relación con las estructuras del poder legislativo comunitario, pero, cualesquiera que fueran, siempre estarían muy lejos del ciudadano.

Por lo demás, la descodificación que se produjo a lo largo del siglo XX –tal como ha sido descrita por N. IRTI(21)– ha supuesto una verdadera conquista social y una nueva cultura sobre la promulgación de las leyes(22). Frente al centralismo del código y a su fuerza centripetadora, el proceso legislativo experimenta la necesidad de una especialización centrifugadora, y en cada ámbito material concreto hay una participación activa de los grupos sociales y de los colectivos afectados(23). Finalmente, la descodificación se separa del desprecio del conceptualismo universalista hacia las prácticas sociales y reivindica una vuelta a la interacción entre el Derecho privado y dichas prácticas sociales. Si se admite la importancia de los elementos culturales y axiológicos en dichas prácticas de las que se ocupa el Derecho privado, los vínculos entre el argumento relativo a la descodificación y el referido a la pluralidad cultural de los Derechos nacionales comparten un frente común contra el proyecto de un Código civil europeo.

(21) Vid. *L'età de la decodificazione*, 2ª ed., Milán, 1986, muy especialmente pg. 38.

(22) Vid. MARKESINIS, B., «Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity», *ERPL*, 1997, pg. 520.

(23) Según MANSEL, H. P. las directivas comunitarias, a pesar de sus problemas, han cumplido esta función de descodificación en el marco del Derecho comunitario (cf. «Rechtsvergleichung und europäisches Rechtseinheit», *Juristen Zeitung*, 1991, pg. 532).

4. EL TRIUNFO DE LAS FÓRMULAS *SOFT* Y LA REBELIÓN DEL MCR

Frente al ambicioso proyecto de un Código civil europeo, incluso de un mero Código europeo de los contratos, la evolución del debate en el seno de la Unión Europea se inclina progresivamente hacia fórmulas *soft*. En la primera Comunicación de 2001 de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo(24), la Comisión planteó cuatro opciones para las futuras iniciativas comunitarias en materia de Derecho de los contratos. Las respuestas de los académicos, gobiernos, empresas y otros interesados no dejaron lugar a la menor duda. Las dos posibilidades extremas (pasividad total o adopción de una legislación completa en el ámbito comunitario) obtuvieron un apoyo muy minoritario. Las respuestas se orientaron preferentemente hacia posiciones intermedias, relativas a la mejora de la calidad de la legislación comunitaria ya en vigor y a la promoción de los estudios de Derecho comparado y de otras iniciativas tendentes a la elaboración o puesta a punto de principios comunes de Derecho contractual. De forma plenamente consecuente, la Comisión abandonó sus posiciones originales, sustituyéndolas por un plan de acción más realista y modesto, contenido en la *Comunicación de 12 de febrero de 2003 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción*(25). Por vez primera se emplea la expre-

(24) DOCE C 255 de 13 de septiembre de 2001, pg. 1.

(25) DOCE. C 63 de 15 de marzo de 2003, pg. 63.

sión «*marco común de referencia*» (MCR), que se define como una especie de regulación modelo del Derecho contractual atinente a un doble objetivo: de un lado, debe servir a la Comisión como referencia en los procesos de revisión del acervo actual en materia de contratos, permitiendo superar sus innegables defectos; en segundo lugar, el MCR debe cumplir la tarea de una Ley modelo –facultativa se entiende– en la que los legisladores nacionales podrían inspirarse como *ratio scripta* al hilo de las revisiones del Derecho contractual nacional. Además, como cabía sospechar(26), el MCR está llamado a convertirse en la base de un instrumento legislativo comunitario, de naturaleza opcional(27), relativo al Derecho de los contratos y pensado para que las partes pudieran elegirlo como ley aplicable al contrato en las operaciones transfronterizas(28). La *Comunicación de 11 de octubre de la Comisión al parlamento Europeo y al Consejo: Derecho contractual europeo y*

(26) El propio H. BEALE con un protagonismo cierto tanto en los PECL como en el MCR ha expresado sus reservas y los problemas que pueden derivar de su utilización como un instrumento opcional a los Derechos estatales, especialmente por la dificultad de integrar lagunas sin una referencia a algún Derecho estatal (*vid.* BEALE, H., «The Future of Common Frame of Reference», *ERCL*, 2077/3, pgs. 257-276).

(27) Acerca de la idoneidad de las distintas fórmulas al respecto, *vid.* HEISS, H. Y DOWNES, N., «Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law: Reflections from a Private International Law Perspective», *ERPL*, 2005/5, pgs. 693-712.

(28) *Vid.* para un análisis muy completo del alcance del Marco Común de Referencia en relación con las diferentes fuentes del Derecho y los distintos sectores afectados: «Beiträge des ZeuP-Symposiums 2006 in Graz», *ZEuP*, 1/2007, pgs. 109-323.

revisión del acervo: perspectivas para el futuro(29) acredita la decantación definitiva del debate hacia fórmulas de *soft law*. La Comisión lo confirma abiertamente asegurando que «no pretende proponer un “código civil europeo” que armonice el Derecho contractual de los Estados miembros, y que dicha reflexión (sobre la oportunidad de un instrumento opcional) no debería interpretarse como un cuestionamiento de los métodos aplicados actualmente para fomentar la libre circulación mediante soluciones flexibles y eficaces».

El MCR se convierte, en consecuencia, en el instrumento de creación del nuevo Derecho privado europeo, cuya indefinición(30), falta de un programa de medidas concretas y ausencia de calendario fueron puestas de relieve por el propio Parlamento(31). La lista de expertos del MCR (MCR-net) comenzó sus actividades el 15 de diciembre de 2004, centrándose sobre la revisión del acervo en materia de contratos concluidos por los consumidores(32). Independientemente

(29) COM (2004) 651 final.

(30) Como indica ZIMMERMANN, E. en su introducción al Symposium de Graz citado en la nota 26ª: «El especial encanto de este nuevo concepto radica en que nadie sabe exactamente qué se esconde detrás de él» («Der besondere Charme dieses neuartigen Bregisffs besteht darin, daß niemand genau weiß, was sich dahinter verbirgt»).

(31) Particularmente en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Un Derecho europeo de contratos más coherente – Plan de acción» de 2 de septiembre de 2003» (DOCE C 76 de 25 marzo 2004, pg. 95).

(32) Primer Informe anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo: COM (2005) 456 final.

de los trabajos de los expertos, se suponía que la notable obra de la Comisión Lando que redactó los PECL sería una influencia primordial. Y así ha sido, pero sólo en parte. El Proyecto de MCR de 29 de diciembre de 2007(33) desveló, empero, una cierta germanización del nuevo modelo, desplazado desde el contrato a las obligaciones, que ha justificado las críticas del propio O. LANDO(34).

Nadie puede dudar actualmente –ni siquiera el Parlamento Europeo– de que este instrumento no podrá ser más que facultativo. Y los operadores decidirán si el MCR, que mantiene un menor tributo que el Derecho inglés a la seguridad jurídica, es un competidor capaz de desplazar el protagonismo internacional del *common law*. Ése sería un veredicto verdaderamente democrático. Cabe sospechar que las dudas pueden llevar a intentar una opción más autoritaria, aunque parezca descabellado hoy en día. Pero también parecía claro no hace mucho que el MCR debería haberse inclinado por una tendencia más sectorial, hacia una reglamentación parcial de los contratos de consumo, de seguros, etc., en tanto que el proyecto actual es una ambiciosa reglamentación que cubre con detalle una auténtica Parte General del Derecho de Obligaciones, un verdadero Código civil europeo encubierto. Por lo demás, el Parlamento siempre insiste en una utilidad más gene-

(33) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference)*, Munich, Sellier, 2008.

(34) *Vid.* LANDO, O., «The Structure and Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)», *ERCL*, 2007/3, pgs. 245-256.

rosa del MCR, que pueda servir para la elaboración de un auténtico Derecho privado europeo. En ese sentido, la capitulación de la Comisión nunca ha sido extensible al Parlamento Europeo. En su *Resolución de 23 de marzo de 2006 sobre el Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*(35), el Parlamento reconoce que la iniciativa sobre un Derecho contractual europeo debería considerarse esencialmente «como un ejercicio encaminado a mejorar la elaboración de la legislación comunitaria» (un «toiletage» del acervo en el ámbito de la protección del consumidor); en todo caso, «a pesar de que la Comisión haya negado que éste sea su objetivo», el Parlamento insiste aún en que «numerosos investigadores y terceros interesados que trabajan en el proyecto están convencidos de que el resultado final a largo plazo será la redacción de un Código Europeo de Obligaciones o de un Código Civil Europeo plenamente desarrollado». Se puede percibir una especie de resentimiento del Parlamento Europeo frente a la Comisión, e incluso de advertencia cuando se afirma que «en el futuro, podría existir una verdadera voluntad política de adoptar dicho código», indicándose la experiencia del Código civil holandés como modelo a seguir. El guante está echado, y parece que el proyecto MCR pretende ayudar a que la Comisión lo recoja. De ahí que el Parlamento pida a la Comisión en su *Resolución legislativa de 12 de diciembre de 2007 sobre Derecho contractual euro-*

(35) P6_TA-PROV(2006)0190. *Vid.* los comentarios críticos de MARAIS, A., *Revue des contrats*, 2006/4, pgs. 1276-1278.

peo(36) que se mantengan abiertas todas las opciones posibles sobre la finalidad y la forma jurídica del futuro instrumento del MCR, incluida la del carácter optativo del mismo.

II. La construcción de un Derecho europeo de los contratos

1. EFECTOS POSITIVOS DE UN DEBATE

Esperando lo que depare el futuro –en que sabremos si la Comisión habrá recogido el guante–, cabe intentar extraer algunas conclusiones del debate a propósito del futuro del Derecho contractual europeo. El fracaso de la idea de un Código civil europeo no resta valor alguno a las iniciativas desarrolladas hasta la fecha. Al menos se han detectado los graves problemas del acervo comunitario en materia contractual, y se han elaborado unos principios muy útiles para racionalizar, en especial, el régimen de los contratos celebrados por los consumidores, disperso en múltiples directivas muchas veces no muy afortunadas(37). En este ámbito podríamos ir ensayando un *requiem* por la armonización mínima, ya anunciado por la *Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001*. En efecto, una armonización de mínimos impide una auténtica armonización del Derecho de los contratos de consumo, pero sobre todo dificulta la obligación de una «interpreta-

(36) P6_TA-PROV(2007)0615.

(37) Se trata de los «Acquis Principles»: *Principles of the Existing EC Contract Law: Contract I*, Munich, Sellier, 2007.

ción conforme» (38). En este caso, la «lógica del Derecho privado» (optimizar la protección del consumidor) (39) debe ceder ante la necesidad de una cierta seguridad jurídica y la «lógica de la integración». Será necesario, pues, un modelo común de protección de los consumidores.

Por otra parte, la autonomía del Derecho de los contratos celebrados por los consumidores (*business to consumer-B2C*) –denostada constantemente por el Parlamento Europeo– parece una de las conclusiones innegables de un análisis del Derecho contractual europeo en clave comunitaria. De hecho, un Código Europeo del Consumo –cuyo contenido bien podría ir más allá del Derecho contractual, incluyendo la responsabilidad por productos defectuosos, el Derecho procesal, etc.– no plantearía problemas competenciales ni dudas sobre su base legal, al responder a una política bien definida en el art. 152 del Tratado CE. La sectorialización del Derecho de los contratos, tal y como se concibe en la *Comunicación de la Comisión de 2004* y en la *Resolución del Parlamento de 2006*, permite

(38) Vid. I. KLAUER, I., «General Clauses in European Private Law and “Stricter” National Standards: the Unfair Terms Directive», *ERPL*, 2000, pgs. 187-210, esp. pgs. 202-210; DE KLUIVER, H. J., «Harmonisation of Law, Substantive Review and Abuse of Rights in the ECC – Some Observations from the Perspective of EC Company Law», *Auslegung, europkischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pg. 51.

(39) Cf. DUMOLLARD, B., «L’intégration des Directives communautaires relatives à la protection des consommateurs en droit français», *Europkische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pgs. 175-176.

identificar dos nuevos ámbitos independientes: el Derecho de los contratos comerciales (*business to business-B2B*) y los contratos con entes públicos. Ciertamente, esta división clara del Derecho contractual no se acomoda al espíritu de los PECL ni del Proyecto MCR, que han optado por una reglamentación general y omnicompreensiva del Derecho contractual, más en la línea ya desvelada de un embrión de Código civil europeo.

2. TENDENCIAS PUNTUALES

Si descendemos a cuestiones concretas para apreciar ciertas tendencias del Derecho contractual europeo *in statu nascendi*, podríamos equivocarnos creyendo en el fin del causalismo, que está en la base del asunto *Marleasing*(40). La Europa *sine causa*(41) no es una simple consecuencia de la desaparición de la causa lícita como elemento indispensable de la validez del contrato. Es absolutamente cierto que los sistemas romanistas están dispuestos a eliminar la causa, al igual que en el *common law* no se ve con malos ojos la eliminación de la engorrosa doctrina de la *consideration*. Pero el hecho de eliminar la causa como condición de validez del contrato, devorada por la exigencia de un objeto lícito, no permite afirmar la admisión de una concepción contractual abstracta. Se trata de una corrección que

(40) Sentencia TJCE de 13 de noviembre de 1990 (As. C-106/89).

(41) Cf. la expresión en BASAN, V. y MINCKE, W., «Europa sine causa?», *ZEuP*, 1997, pgs. 599-614.

no va a borrar otras influencias de la tradición causalista o romanista(42).

Otra tendencia igualmente clara es la supresión de los contratos «reales», cuya validez depende de un acto de transmisión de la posesión o de otras condiciones reales. El contrato europeo será, sin duda, exclusivamente consensual, y su validez será la mera consecuencia de un encuentro entre dos declaraciones de voluntad.

La cultura romano-germánica se impondrá a la hora de establecer las reglas de interpretación del contrato. En la determinación del sentido de lo expresado en el contrato se tendrá en cuenta el contexto tanto subjetivo como objetivo, incluyendo con un papel prioritario las negociaciones previas y la conducta subsiguiente de las partes. Se procederá asimismo a utilizar instrumentos objetivos, como la buena fe, a la hora de integrar las lagunas del contrato.

En contrapartida, la concepción del *common law* dominará en la comprensión del incumplimiento del contrato. Los sistemas romanistas verán, con alivio, cómo desaparecerán los regímenes especiales en caso de mora, vicios ocultos o evicción, beneficiándose de un concepto mucho más amplio y eficiente del «incumplimiento».

(42) Vid. STORME, M., «The Binding Character of Contracts – Causa and Consideration», *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya, 1998, pg. 239.

3. ALGUNAS INCÓGNITAS Y PARADOJAS

Aún es demasiado pronto para vislumbrar el ámbito de aplicación espacial del Derecho privado europeo. Una reglamentación facultativa, tal como se concibe hoy en día, parece más bien reservada al sector de la contratación internacional. El art. 3.3º del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales prevé la aplicación de las normas imperativas nacionales si todos los elementos del contrato se incardinan en el mismo Estado. Esta regla, al parecer, permanecerá intacta, como casi todo el Convenio, en el futuro Reglamento Roma I. En contrapartida, el art. 22 de la Propuesta de la Comisión de 2005 dispone en su artículo 22 que «el presente Reglamento no afectará a la aplicación o adopción de actos que emanen de las instituciones de las Comunidades Europeas que...b) rijan las obligaciones contractuales y que, por voluntad de las partes, se apliquen a las situaciones que impliquen un conflicto de leyes»(43).

Pero si se llegan a colmar las últimas aspiraciones del Parlamento Europeo y de muchos académicos involucrados, a través de la adopción de una normativa imperativa en materia contractual, el debate sobre su ámbito espacial no está cerrado en modo alguno. La Convención de Viena de 1980 o los principios UNIDROIT comparten un ámbito de aplicación reducido a los contratos internacionales. En contraste, los PECL

(43) Bruselas 15.12.2005 COM (250) 650 final – 2005/01261 (COD).

elaborados por la Comisión Lando se concibieron en todo momento, como el Proyecto MCR, para sustituir a las normativas nacionales aplicables a los contratos puramente internos. La eficiencia del sistema jurídico aconseja la unificación de ambas reglamentaciones sobre los mismas reglas y principios jurídicos. Un sistema uniforme de Derecho contractual independiente de las circunstancias espaciales será de más fácil aplicación para el juez, al tiempo que reducirá los costes de producción jurídica de los operadores, que preferirán la normalización y estandarización de sus contratos, cualquiera que sea el mercado afectado en cada transacción. Pero semejante unificación debería ser el fruto de una decisión unilateral de cada Estado. En efecto, incluso si se admite la perentoriedad de una acción armonizadora para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, la extensión de dicha reglamentación a las situaciones puramente internas no encuentra ninguna base legal, dado que las libertades de circulación que se pretenden garantizar no afectan a las situaciones puramente internas⁽⁴⁴⁾. Tal es el caso, concretamente, de la libre circulación de personas, trabajadores y servicios. Si la reglamentación comunitaria de estas libertades económicas deja intactos los sistemas jurídicos nacionales cuando se trata de regular situaciones puramente internas, no se acaba de comprender muy bien cómo podría justificarse una armonización del Derecho contractual relativo a estas

(44) Cf. DROBNIG, U., «Scope and General Rules of a European Civil Code», *ERPL*, 1997, pgs. 491-492.

situaciones, cuando carecen de vínculo alguno con otro Estado miembro.

Otra cuestión crucial debe arrostrarse en el caso de adopción de una reglamentación imperativa, incluso limitada a un Código Europeo de los contratos celebrados por los consumidores: la fuente apropiada. Aunque las directivas se acomodan a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, es preciso reconocer sus insuperables fallas, singularmente cuando contemplan relaciones jurídico-privadas. En este sentido, el balance del efecto armonizador de las directivas existentes es más bien decepcionante. Tratándose de Derecho privado, han provocado un Derecho deforme, más que uniforme. El reglamento, en definitiva, se presenta como la única opción razonable si la finalidad real es unificar de manera eficiente el Derecho privado. Si la opción no facultativa triunfa alguna vez, cabe esperar la fórmula reglamentaria, tal y como es requerida por la *Resolución del Parlamento Europeo de 2001*.

Más allá de una reglamentación prudente *ratione materiae*, es decir, orientada más bien a la elaboración de un Código europeo del Derecho del consumo, el proyecto de un Código europeo de los contratos de alcance más general pone en entredicho sus mismas premisas. En efecto, se acusa a la pluralidad de sistemas nacionales de producir obstáculos a la libre circulación de productos y servicios en el mercado interior, de falsear la competencia y aumentar los costes indirectos de transacción. Se afirma que un mercado único exige reglas únicas. Pero las empresas europeas –y aquí sub-

yace la paradoja— no están condenadas a comerciar exclusivamente dentro del mercado interior, del mismo modo que no están forzadas a contratar en el interior del Estado en que se encuentra su sede. Más allá de la Unión Europea espera un mercado globalizado de interés para todos los agentes económicos y políticos. Si la política comunitaria se orienta en el futuro de una manera muy clara a la elaboración de una reglamentación típicamente europea del régimen de los contratos internacionales, corre el riesgo de incurrir en el mismo defecto que trataba de subsanar: el nacionalismo (o regionalismo) del Derecho contractual. Una reglamentación europea de Derecho de los contratos no va a hallar eco fácilmente fuera de las transacciones intracomunitarias. El resto del mundo busca una armonización global que facilite realmente el cosmopolitismo jurídico. El «parroquialismo» europeo estaría muy bien representado por una reglamentación de los contratos internacionales diferenciada del proyecto universal, tal vez cifrado en los Principios UNIDROIT(45). Independientemente de la respectiva calidad de cada instrumento, la concurrencia de los Principios Europeos o de un Código Europeo con un texto universal conduciría a los mismos obstáculos y costes de transacción denunciados para justificar la unificación europea. Tratándose de contratos interna-

(45) Los PECL están muy próximos a los Principios UNIDROIT, pero existen diferencias notables (cfr. BONELL, M. J., «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?», *Uniform Law Review*, 1996, pgs. 235 y ss.)

cionales *business tu business*, se antoja preferible participar en un proyecto verdaderamente universal, que permitiría alcanzar una regulación acorde a las exigencias de la globalización de los mercados. Al cabo, el proyecto de un Código Europeo de los contratos comerciales podría considerarse, desde una perspectiva global, como un producto regionalista, apenas cosmopolita y bastante contraproducente.

Por fortuna, el riesgo de intervención de las instituciones europeas sobre la *lex mercatoria* parece desarticulado. En el Plan de Acción de 2003 y en la Comunicación de 2004 la Comisión buscaba la promoción de la elaboración de cláusulas contractuales-tipo en el mercado interior, incluso mediante la creación de una página web para facilitar su incorporación y difusión. Esta iniciativa era errónea a todas luces; tan errónea como identificar los Principios UNIDROIT o los PECL con la *lex mercatoria*(46). Cuando se emplea este término, se quieren significar las prácticas contractuales, los pactos estandarizados en un sector del comercio, en definitiva las reglas creadas por los operadores comerciales. Los Principios no son una creación de la práctica ni de los operadores, sino de académicos y expertos, aunque puedan inspirarse en esas prácticas. De hecho, varias

(46) Cf. ZIEGLER, A. VON, «Particularities of the Harmonisation and Unification on International Law Trade and Commerce», *Private Law in the International Arena: From national Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, pgs. 879 y 881-883. S. SÁNCHEZ LORENZO, «La unificación del Derecho del comercio internacional», pgs. 239 y ss. spéc. pgs. 246-250.

reglas de los Principios y del Derecho privado europeo no siguen las prácticas contractuales o contienen soluciones absolutamente novedosas y desconocidas hasta la fecha. La *lex mercatoria* y la práctica deben seguir siendo lo que siempre han sido. Su dinamismo y su espontaneidad son irreducibles y no pueden ser codificadas, sin perder su propio papel. La rectificación llegó, por suerte, y en el primer informe anual de la Comisión se olvidó esa web, debido a su coste, pero aceptando también la dificultad y la ineficacia del proyecto, la velocidad con que las cláusulas devienen obsoletas, la ardua comprobación de su conformidad con determinadas legislaciones nacionales restrictivas, etc.

Una reflexión final aconseja negar cualquier posibilidad de armonización del Derecho privado europeo a través de la armonización del Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado no es una tercera vía(47). Con seguridad, la armonización de las normas de conflicto se antoja más fácil, pero nunca podrá cumplir las tareas propias de la armonización del Derecho material. El Derecho internacional privado desplegará una crucial función complementaria,

(47) *Vid.* con más detalle SÁNCHEZ LORENZO, S., «La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado», *Derecho patrimonial europeo*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, pgs. 363.-402. Siguiendo la opinión de BERGÉ, J.-S. y ROBIN-OLIVIER, S., «Il faut alors se méfier, sans doute, du lien hâtif qui renverrait la coordination communautaire aux méthodes propres aud droit international privé» (cfr. «La généalogie des rapports entre le droit communautaires et le droit privé», *Petites affiches*, mars 2007).

determinando el ámbito de aplicación espacial del Derecho privado europeo, señalando al Derecho nacional aplicable para colmar las lagunas, proporcionando su experiencia comparativa. Pero la unificación del Derecho internacional privado no puede sustituir una unificación del Derecho privado material que se considere necesaria. Por lo demás, esta unificación del Derecho privado material puede servir asimismo al propio Derecho internacional privado europeo ya en vigor, ávido de conceptos autónomos o armonizados tales como el «lugar de ejecución del contrato»(48).

4. CONCLUSIÓN

Para la creación de un Derecho privado europeo hará falta un largo camino. Antes de iniciarlo no vendría mal «*écrasez l'infâme*», eliminar la superstición acerca de la necesidad de redactar un Código civil europeo, que considera una herejía la posibilidad de alcanzar una suficiente armonización por vías menos agresivas y acaso más inteligentes. Después de esto, y siguiendo con las imágenes volterianas, bastará con cul-

(48) La jurisprudencia del TJCE ha tenido que reservar a la ley aplicable al contrato la determinación del lugar de ejecución del que depende la competencia judicial (Sents. de 6 de octubre de 1976, As. 12/1976: «*Tessili/Dunlop*»; de 26 de junio de 1994, As. C-288/1992: «*Custom Made Commercial Ltd/Starwa Metallbau GmbH*»; de 28 de septiembre de 1999, As. C-440/1997 «*Concorde*»; de 5 de octubre de 1999, As. C-420/1997: «*Leathertex Divisione Sintetici SpA/Bodetex BVBA*»). La ausencia de un criterio común provoca la falta real de armonización de las reglas de competencia judicial contenidas en el Reglamento 44/2001 (art. 5.1º).

tivar cándidamente nuestro huerto, haciendo del Derecho contractual comparado el más precioso instrumento.

