
LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO A LA LUZ DE LAS COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN SOBRE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y SOBRE UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO MÁS COHERENTE - PLAN DE ACCIÓN

DANIEL CORREA SABAT*

RESUMEN: El autor analiza dos documentos elaborados por la Comisión de las Comunidades Europeas, en aras de explorar los planteamientos sobre una posible armonización del Derecho contractual europeo. Un objetivo permanente de la Unión Europea es perfeccionar su mercado interior, donde la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada; sin embargo, se ha de considerar, que el intercambio de bienes y servicios se rige por contratos, por lo que los problemas relacionados con su celebración y ejecución podrían perturbar el correcto funcionamiento del mismo. Normalmente, los sistemas nacionales instituyen como principio angular del derecho contractual el de la autonomía de la voluntad, pero cada contrato está regulado por normas y decisiones judiciales de un Estado miembro en particular. Por tanto, los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en principio, no plantean

* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor (c) en Derecho y Magíster en Estudios Internacionales, Universitat Pompeu Fabra, España. <dicorrea@uc.cl>.

problemas, tanto en cuanto son las partes las que eligen la normativa aplicable al contrato; sin embargo, pueden surgir conflictos entre normas imperativas de un determinado Estado miembro y normas imperativas contradictorias de otra normativa nacional. Estos conflictos, sin duda alguna, pueden influir negativamente en las transacciones transfronterizas, los cuales tenderían a diluirse a medida que avance la discusión acerca de la armonización del Derecho contractual europeo.

ABSTRACT: The author analyzes two documents elaborated by the Commission of the European Communities, in order to explore the debate on a possible harmonization of the European Contractual Law. One of the main aims of the European Union is to improve its internal market, which assures the free movement of goods, people, services and capitals; nevertheless, exchange of goods and services is ruled by contracts, thus there is a risk of malfunction of the market derived from problems with celebration and execution of the agreements. Usually, the national systems establish the autonomy of will as an essential principle of the contractual law, but each agreement is regulated by norms and judicial decisions of a particular State Member. Therefore, the diverse juridical national systems, at first, are not problematic, since the parts are the ones who choose the applicable regulation to the contract; although, conflicts may arise between the imperative norms of a certain State Member and the contradictory imperative norms of another national regulation. These conflicts, undoubtedly, can influence negatively in the cross-border transactions. Above mentioned conflicts might tend to disappear as the discussion of the harmonization of the European Contractual Law progresses.

PALABRAS CLAVES: derecho contractual europeo – armonización de legislación contractual europea – transacciones en el mercado europeo

KEY WORDS: Contractual European Law - harmonization of contractual European legislation - transactions on the European market

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La realización del mercado común¹ en la Unión Europea –hoy, mercado interior²– ha requerido para su consecución de la eliminación de todas las trabas a los intercambios intracomunitarios con vistas a la fusión de los mercados nacionales en un mercado único que funcione en condiciones lo más similares posibles a las de un verdadero mercado interior, lo cual implica un espacio interno sin fronteras y donde la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada.

Para conseguir este objetivo, los tratados constitutivos han concedido poderes a las instituciones comunitarias con el objeto de facilitar el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado interior. Ello ha permitido a la Unión Europea lograr una reducción significativa de todo tipo de impedimentos contra los cuales se enfrentan los agentes económicos a la hora de desarrollar sus negocios dentro de la Comunidad Europea (barreras arancelarias, medidas de efecto equivalente, restricciones cuantitativas, normas discriminatorias, entre otros). Sin embargo, queda mucho por avanzar; todavía no se han alcanzado mercados tan eficaces como podrían ser, lo que redundaría en detrimento de todas las partes interesadas.

En este orden de cosas, es necesario hacer hincapié en un punto fundamental para los efectos del presente estudio, tomando en consideración que el intercambio de bienes y servicios se rige por contratos, los problemas relacionados con la celebración, exégesis y ejecución de los mismos pueden perturbar –y, de hecho, lo hacen– el correcto funcionamiento del mercado interior. Por regla general, los sistemas nacionales de derecho contractual establecen como principio angular el de la autonomía de la voluntad, es decir, las partes son libres para convenir sus propios términos contractuales. Pese a ello, cada contrato está regido por normas y decisiones judiciales de un Estado miembro en particular. Los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en principio, no plantean problemas, tanto en cuanto son las partes las que eligen la normativa aplicable al contrato; sin embargo, pueden surgir conflictos entre normas imperativas de un determinado Estado miembro y normas imperativas contradictorias de otra normativa nacional. Estos conflictos, sin duda alguna, pueden influir negativamente en las transacciones transfronterizas.

De este modo, a lo largo de los últimos años se ha incrementado el debate sobre la posible armonización del derecho material privado, en particular del

¹ Para una exhaustiva comprensión del concepto, *vid.* BALASSA (1964) pp. 2 y ss.

² Para una revisión de la noción de mercado interior europeo, *vid.* TUGORES (2006) p. 109.

derecho contractual europeo, con miras a facilitar la negociación de contratos en el mercado interior y, así, garantizar de mejor manera las libertades de circulación propias de éste último. Ya a fines de los años 80, el Parlamento Europeo creyó necesario estudiar la armonización de determinados sectores del Derecho privado europeo, puesto que lo juzgó como indispensable para el establecimiento del mercado interior. De esta forma, en 1989 y 1994 elaboró sendas resoluciones para proclamar la oportunidad de efectuar trabajos preparatorios de redacción de un Código Civil europeo común y unitario³. Con todo, no sería hasta su Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa de trabajo de la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante, también, denominada la Comisión)⁴ cuando realmente se echa a andar la institucionalidad comunitaria a los efectos de estudiar decididamente una posible armonización del derecho contractual europeo. Mediante esta resolución, el Parlamento Europeo mandata a la Comisión a elaborar un estudio comprehensivo en este ámbito, dada la necesidad esencial de lograr una mayor armonización de la normativa contractual para conseguir verdaderamente un mercado sin fronteras. Ante esto, la Comisión inicia un proceso de consulta y debate sobre los medios para resolver, a nivel europeo, los problemas surgidos de las disconformidades entre los diversos Derechos contractuales nacionales de la Unión Europea. Así, elabora la denominada *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Derecho contractual europeo*, de 11 de julio de 2001⁵ (en adelante, también, la Comunicación). Este punto de inflexión en el trabajo de armonización del derecho contractual europeo encuentra su consumación en la llamada *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de Acción*, de 12 de febrero de 2003⁶ (en adelante, también, denominado el Plan de Acción), en virtud de la cual la Comisión presenta sus conclusiones al proceso iniciado por la Comunicación, aunque siempre manteniendo el carácter consultivo del mismo.

Es en este contexto, donde se enmarca el objeto de este artículo, esto es, explorar los planteamientos sobre una posible armonización del derecho contractual europeo a la luz de la Comunicación y del Plan de Acción elaborados por la

³ Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la simplificación, clarificación y codificación del Derecho Comunitario (1989) p. 400; y Resolución del Parlamento Europeo sobre la transparencia del Derecho Comunitario y la necesidad de su codificación (1994) p. 518.

⁴ Resolución del Parlamento Europeo sobre el programa de trabajo de la Comisión de las Comunidades Europeas (2000).

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Derecho contractual europeo (2001).

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de Acción (2003).

Comisión. Por consiguiente, el trabajo se dividirá en dos grandes bloques: en primer lugar, un análisis de las ideas fundamentales trazadas por la Comunicación; y, en segundo término, un examen de las principales conclusiones a las cuales llega la Comisión presentes en el Plan de Acción. Para llevar a cabo este estudio, dedicaremos la primera parte del presente trabajo a esbozar el contexto previo que permitió a la Comisión elaborar la Comunicación; luego, reseñaremos el propósito mismo de la Comunicación; a continuación, examinaremos la cuestión de la inexistencia de una armonización sistemática del Derecho contractual europeo y su posible problemática planteada en la Comunicación; consecutivamente, analizaremos las diversas alternativas que la Comunicación propone para armonizar el Derecho contractual europeo; posteriormente, nos referiremos a las reacciones más relevantes de las instituciones europeas y demás grupos de interés frente a la Comunicación, las cuales se han utilizado de base para confeccionar el Plan de Acción; seguidamente, exploraremos los inconvenientes que denota el Plan de Acción respecto a la aplicación uniforme del Derecho comunitario y al correcto funcionamiento del mercado interior; para, finalmente, exponer las medidas propuestas en el Plan de Acción con la finalidad de armonizar el Derecho contractual europeo.

2. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

2.1. Contexto Político e Institucional Previo

Para una cabal comprensión de la Comunicación es necesario describir el contexto político e institucional anterior a su elaboración, el cual permitió que un 11 de julio de 2001 la Comisión adoptara la decisión crucial de abrir el debate a nivel comunitario en torno a la armonización del Derecho contractual europeo.

Puede decirse que la Comunicación es el resultado del accionar de tres fuerzas convergentes⁷: los continuos intentos por parte del Parlamento Europeo de promover el estudio de la posible armonización del Derecho material privado europeo; el arduo trabajo académico que se estaba llevando a cabo en este ámbito; y el impulso proporcionado por el Consejo Europeo en la materia.

Como ya hemos vislumbrado en las Consideraciones Preliminares de este trabajo, la discusión sobre una posible armonización del Derecho contractual europeo comienza a tomar cuerpo, en una fase embrionaria, cuando el Parlamento Europeo adopta las resoluciones de 1989 y 1994. A través de ellas se dejó constancia de que la armonización de determinadas áreas del

⁷ Vid. STAUDENMAYER (2002) pp. 250 y ss.

Derecho privado europeo era un requisito *sine qua non* para el establecimiento y consolidación del mercado interior. A pesar de esta advertencia, ni la Comisión ni el Consejo adoptaron medidas significativas para desarrollar esta idea. Las causas de esta falta de reacción por parte del resto de las instituciones comunitarias, probablemente, tienen su basamento en hechos políticos que sucedieron en Europa en fechas próximas a la adopción de ambas resoluciones y que las superaron dada la envergadura de los acontecimientos. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la simplificación, clarificación y codificación del Derecho Comunitario, de 26 de mayo de 1989, salió a la luz sólo unos cuantos meses antes de la caída del Muro de Berlín, en noviembre de ese mismo año. Obviamente, este evento desvió la atención de las instituciones europeas hacia la reunificación de Alemania y sus posibles consecuencias para la integración europea. Lo mismo ocurrió con la Resolución del Parlamento Europeo sobre la transparencia del Derecho Comunitario y la necesidad de su codificación, de 6 de mayo de 1994, época en la cual las instituciones europeas estaban desplegando sus fuerzas para preparar el camino a la ampliación de la unión a la Europa de los 15. Pasará media década para que el Parlamento Europeo decida dar un nuevo impulso en la materia, elaborando en 1999 un estudio preliminar sobre determinadas áreas del Derecho material privado europeo y su necesidad de armonización. Este estudio será la base de la Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa de trabajo de la Comisión, fuente inmediata de la Comunicación.

El trabajo académico que se desarrollaba en torno a la cuestión de la armonización del Derecho contractual europeo fue otro de los motores que hicieron que la Comisión se decantara por la adopción de la Comunicación. La razón de ello estribaba en el hecho de que, cualquiera fuese la decisión que finalmente se adoptase sobre el particular, era indispensable que toda iniciativa de armonización del Derecho contractual europeo se basase en un trabajo académico profundo y extenso, que incluyera un análisis comparado de los ordenamientos jurídicos existentes en los diversos Estados miembros de la Unión Europea y contemplare soluciones desarrolladas a partir de modelos fundados en las legislaciones nacionales y los problemas reales ante los cuales se enfrentaban. El ofrecer enmiendas sobre la base de la experiencia legislativa y la casuística judicial de los Estados miembros es algo ampliamente aceptado por la sociedad europea en la búsqueda de ajustes jurídicos a nivel comunitario. Ejemplos del trabajo académico desplegado han

sido los *Principios de Derecho Contractual Europeo*⁸ elaborados por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo o “Comisión Lando”; la constitución de un grupo de estudios para redactar un Código Civil europeo en 1999; y el proyecto de un Código contractual europeo⁹, sobre la base de la labor realizada por la Academia Europea de Especialistas en Derecho Privado, de la Universidad de Pavia, respecto del cual la misma Comunicación hace referencia.

Finalmente, podemos denotar que el envío dado por el Consejo Europeo fue crucial para la adopción de la Comunicación. En octubre de 1999, el Consejo Europeo de Tampere requirió en sus conclusiones un estudio amplio sobre la necesidad de aproximar la legislación civil de los Estados miembros¹⁰. Hay que tomar en consideración que los progresos en la distintas etapas de la integración europea han sido sopesados y decididos bajo el alero del Consejo Europeo y que los más importantes pasos hacia la plena integración adoptados por él han sido implementados. De esta forma, no se puede desconocer la fuerza vinculante de las conclusiones del Consejo de Tampere de 1999 como factor determinante a la hora de adoptar, por parte de la Comisión, la Comunicación en estudio, toda vez que dichas conclusiones pueden ser consideradas una piedra angular desde el punto de vista político para la concreción del examen de una posible armonización del Derecho contractual europeo.

2.2. Objetivo de la Comunicación

La aproximación comunitaria de determinados ámbitos específicos del Derecho contractual europeo, a la fecha de la Comunicación, abarcaba un número importante de problemas que se solucionaban a través de la adopción de directivas cuando se detectaba una necesidad concreta de armonización. De esta forma, la armonización era sólo sectorial¹¹.

⁸ Vid. LANDO (2000).

⁹ El proyecto contiene un conjunto de normas y soluciones basadas en las leyes de los Estados miembros de la Unión Europea y Suiza, abarcando los siguientes ámbitos: formación, contenido y forma de los contratos; interpretación y efectos contractuales; cumplimiento e incumplimiento de contratos; cesación y extinción, y otras anomalías y recursos contractuales.

¹⁰ Vid. Consejo Europeo de Tampere (1999). Conclusiones de la Presidencia. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm>.

¹¹ Ejemplo de ello es la Directiva 85/374/CEE del Consejo (1985), relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, o la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2000), por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Frente a este estado de la situación, la Comunicación pretende ampliar el debate sobre la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance en el ámbito del Derecho contractual europeo, en la medida que el planteamiento sectorial podría no resolver todos los problemas que pudieran surgir.

La Comunicación es consciente de que las tradiciones jurídicas de los Estados miembros son diferentes, que no existe un *ius commune* propiamente tal en Europa, pero también lo es de la presencia de normas y conceptos comparables en la mayoría de los ordenamientos de Derecho contractual de los países de la Unión Europea. Además, no se olvida que todo esto se enmarca en un entorno jurídico comunitario, donde el Derecho contractual constituye la principal normativa de regulación de las transacciones dentro del mercado interior.

Por la razón anterior, este instrumento se circunscribe en el ámbito del Derecho contractual, dejando de lado el Derecho de familia, por ejemplo, a pesar de que el Consejo de Tampere haya solicitado una aproximación de la legislación civil, en general. La Comunicación establece expresamente que el Derecho laboral y el Derecho de familia plantean problemas particulares que no están previstos en la misma. Es más, centra su campo de acción, sobre todo, en los contratos de compraventa y en toda clase de contratos de servicios. Incluye, además, las normas en materia de garantías de crédito relativas a bienes muebles, la normativa de enriquecimiento sin causa y la normativa sobre responsabilidad civil vinculada a los contratos. Este ejercicio de restricción lo hace teniendo en consideración la relevancia de estas materias para el contexto económico y transaccional del mercado interior. En relación con lo mismo, cabe hacer mención del fundamento jurídico para realizar una posible armonización del Derecho contractual europeo: el artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea permite una aproximación a materias de Derecho patrimonial y no la aprueba respecto de aquellas materias vinculadas a la libre circulación de personas (donde podemos encuadrar las relaciones de familia y laborales)¹².

¹² El artículo 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en la versión dada por el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, y el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997; y modificado por el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001) reza lo siguiente: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo 94 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 14. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. / 2. El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos

Ahora bien, una vez delimitado el ámbito de aplicación de la Comunicación, ésta pone sobre la mesa dos grandes cuestiones a ser debatidas tanto por el resto de las instituciones comunitarias como por los grupos de interés de la sociedad europea (consumidores, empresas, organizaciones profesionales, entre otras entidades): por una parte, plantear los posibles problemas que puedan generar las divergencias entre los diversos Derechos contractuales nacionales; y por otra, y en caso que sea necesaria la intervención de la Comunidad Europea, cuál es el curso de acción que debe seguir ésta de conformidad a las distintas opciones que se presentan para el futuro del Derecho contractual europeo.

e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. / 3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo. / 4. Si, tras la adopción por el Consejo o por la Comisión de una medida de armonización, un Estado miembro estimare necesario mantener disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 30 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, dicho Estado miembro notificará a la Comisión dichas disposiciones así como los motivos de su mantenimiento. / 5. Asimismo, sin perjuicio del apartado 4, si tras la adopción de una medida de armonización por el Consejo o la Comisión, un Estado miembro estimara necesario establecer nuevas disposiciones nacionales basadas en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización, notificará a la Comisión las disposiciones previstas así como los motivos de su adopción. / 6. La Comisión aprobará o rechazará, en un plazo de seis meses a partir de las notificaciones a que se refieren los apartados 4 y 5, las disposiciones nacionales mencionadas, después de haber comprobado si se trata o no de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros y si constituyen o no un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior. Si la Comisión no se hubiera pronunciado en el citado plazo, las disposiciones nacionales a que se refieren los apartados 4 y 5 se considerarán aprobadas. Cuando esté justificado por la complejidad del asunto y no haya riesgos para la salud humana, la Comisión podrá notificar al Estado miembro afectado que el plazo mencionado en este apartado se amplía por un período adicional de hasta seis meses. / 7. Cuando, de conformidad con el apartado 6, se autorice a un Estado miembro a mantener o establecer disposiciones nacionales que se aparten de una medida de armonización, la Comisión estudiará inmediatamente la posibilidad de proponer una adaptación a dicha medida (...)".

2.3. Planteamiento de la Cuestión y Problemática en la Comunicación

Como vimos, la Comunicación parte de un hecho cierto e incontrovertible: la armonización del Derecho contractual europeo ha sido únicamente sectorial. La aproximación del legislador comunitario ha sido poco ordenada, basada solamente en la adopción de directivas para regular armónicamente contratos específicos a medida que se han ido generando los problemas. No ha existido una coordinación y sistematización de la normativa contractual en general. De esta manera, la primera cuestión que se formula es si el legislador europeo debe continuar por esta vía o, debido a los problemas que existirían para el mercado interior, es necesario que adopte una aproximación más comprehensiva del Derecho contractual europeo.

Para develar lo anterior, la Comunicación pone de relieve los posibles inconvenientes, para el buen funcionamiento del mercado interior, que conlleva la inexistencia de una armonización del Derecho contractual europeo.

La Comunicación menciona ejemplos de potenciales problemas que puede suscitar una falta de armonización para la debida marcha del mercado interior. Sin embargo, hay uno de ellos al cual le presta especial atención. Establece que la existencia de normas legales nacionales divergentes puede acarrear mayores costes para los agentes económicos a la hora de concluir transacciones que traspasen sus fronteras nacionales (especialmente, costes de información y posibles litigios). Es verdad que para las grandes compañías esto no es un problema real, puesto que los grandes negocios están detallados, en lo que a aspectos jurídicos se refiere, en contratos altamente sofisticados. Sin embargo, esto no es así para las pequeñas y medianas empresas y, en particular, para los consumidores: la necesidad de obtener información y asesoramiento legal sobre la interpretación y aplicación de una ley extranjera es especialmente significativa para la parte cuya normativa nacional no ha sido elegida como ley aplicable al contrato, lo que sucede generalmente cuando esta parte es aquélla económicamente débil en la relación contractual (un consumidor, por ejemplo). Así, para los consumidores y las empresas de menor tamaño, el desconocimiento de otros sistemas de Derecho contractual puede desincentivar la realización de transacciones transfronterizas, lo cual genera un problema no menor para el desenvolvimiento del mercado interior. Algunos autores plantean que, con todo lo anterior, aumenta la incertidumbre por la complejidad de las relaciones jurídico-comerciales y se pueden llegar a reducir los niveles de competencia en el mercado interior¹³.

¹³ El temor a encontrarse con “sorpresas legales” inhibe a las empresas de menor tamaño y a los consumidores a llevar a cabo negociaciones contractuales más allá de las clásicas fronteras

Otro tipo de problema dice relación con la cuestión de la aplicación uniforme del Derecho comunitario, en dos niveles: la aplicación uniforme del Derecho comunitario respecto de sí mismo; y la aplicación uniforme del Derecho comunitario respecto de los Derechos nacionales.

La primera problemática se suscita cuando los instrumentos legislativos comunitarios son inconsistentes. Las razones de la falta de consistencia de las normas comunitarias pueden ser diversas¹⁴. Uno de los motivos puede ser que el rápido desarrollo comercial en diversos ámbitos de la economía ha exigido elaborar contratos innominados cada vez más sofisticados para resolver situaciones no contempladas originalmente por la normativa comunitaria a la época de su adopción. Otra razón de la indicada inconsistencia puede venir dada por los cambios de prioridades en la política comunitaria. Una última causa puede ser la aproximación sectorial que ha hecho el legislador comunitario a la hora de armonizar; por ejemplo, podría suceder en una determinada circunstancia¹⁵ que se aplique simultáneamente la Directiva referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales¹⁶ y la Directiva sobre la adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido¹⁷.

La segunda problemática aparece cuando la utilización de términos abstractos en el Derecho comunitario da lugar a una aplicación no uniforme de la legislación comunitaria y de la normativa nacional. En la legislación nacional, los términos abstractos, por regla general, están acompañados por dispo-

estatales y dentro del mercado interior. *Vid.* VON BAR-LANDO-SWANN (2002) pp. 194 y 195.

¹⁴ *Vid.* STAUDENMAYER (2002) p. 255.

¹⁵ Tomando en consideración que, hoy en día, dentro de los derechos del propietario de un inmueble a tiempo compartido está presente la prestación de diversos servicios (como mantenimiento del edificio, acceso a zonas recreativas comunes, entre otros), podría ocurrir que también se aplicase la Directiva sobre venta a domicilio, tanto en cuanto esta última considera la prestación de servicios similares. Así, puede suceder que a una misma situación pueda aplicarse una distinta normativa (desde ya el derecho de renuncia que tiene el consumidor en la Directiva sobre venta a domicilio es de 7 días, mientras que en la Directiva sobre la adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido es de 10 días).

¹⁶ Directiva 85/577/CEE del Consejo (1985) referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

¹⁷ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (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.

siciones que definen su sentido y alcance¹⁸. Esto no sucede en la normativa comunitaria: no sólo existen términos abstractos que tienen un uso diverso en las distintas directivas y demás normas sino que, además, no hay disposiciones generales sobre definiciones de conceptos de amplia utilización en el entramado jurídico comunitario. Por ejemplo, la Directiva referente a los paquetes vacacionales contiene una disposición que permite al consumidor exigir una indemnización por el daño causado a raíz del incumplimiento del contrato¹⁹. Ahora bien, la pregunta que aparece de inmediato es si el Estado miembro respectivo, en aplicación de la directiva recién mencionada, debe o no considerar dentro del daño al “daño moral”. De este modo, puede acontecer que esto esté reconocido en un determinado país miembro y en otro no, surgiendo la situación –a todas luces injusta– que dos personas enfrentadas a la misma situación puedan obtener resultados jurídicos muy disímiles dependiendo del Estado donde soliciten la indemnización. En definitiva, la ausencia de una conceptualización uniforme, en el Derecho comunitario, de los términos generales puede significar la concreción de resultados diferentes en las prácticas jurídicas de los Estados miembros. Todo esto se agrava considerando que no existe en Europa una lengua única para definir los términos jurídicos abstractos: no hay una lengua que tenga irrogada la importancia que tenía el latín para el Derecho en su época; lo cual conlleva a que, incluso existiendo un mismo término –como daño moral– en dos países miembros con distinta lengua, la interpretación de dicho concepto pueda ser diversa y, por lo tanto, el efecto jurídico de su aplicación también lo sea²⁰.

¹⁸ Suele suceder que muchos Códigos Civiles presentan un primer capítulo con definiciones generales de términos abstractos como “daño”.

¹⁹ Vid. artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE (1990) relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

²⁰ Al respecto *vid.* VON BAR-LANDO-SWANN (2002) pp. 201 y 202. Un ejemplo paradigmático a nivel europeo de resultados divergentes debido al uso de distintas lenguas es la interpretación diversa que hacen del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos está redactado en inglés y francés, y el artículo 8 del mismo trata del derecho a la inviolabilidad del domicilio: el texto en inglés contiene la palabra *home* para referirse a este concepto y el texto en francés utiliza la palabra *domicile* para indicar lo mismo. En el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Hoechst contra Comisión* (1989), siguiendo el texto en inglés, se plantea que el derecho a la inviolabilidad del domicilio abarca sólo el ámbito de desenvolvimiento de la libertad personal del hombre y no puede por tanto extenderse a los locales empresariales, como lo solicitaba Hoechst. Cosa distinta interpretaría, con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Niemietz contra Alemania* (1992), pues termina por sentenciar que la palabra francesa *domicile* tiene una

2.4. Distintas Opciones que la Comunicación Sugiere para Armonizar el Derecho Contractual Europeo

Frente a los problemas –actuales o potenciales– anteriormente examinados, la Comisión propone una serie de opciones o medidas que pueden permitir una armonización general de la normativa comunitaria.

En todo caso, la Comunicación destaca que cualquier medida que adopte una institución comunitaria se debe de enmarcar dentro del principio de subsidiariedad²¹. La familia, los grupos intermedios y el Estado (a nivel de gobierno local, regional o nacional) satisfacen una parte de los fines de la persona, los cuales son complementados por la institucionalidad comunitaria en cuanto medio de realización del bien común en la sociedad europea. La institucionalidad comunitaria es necesaria, pero esto no significa que no respete los espacios autónomos de las diversas entidades familiares, intermedias y estatales, ya que sólo puede intervenir la organización política mayor cuando sea insuficiente o incapaz la actividad de esas organizaciones menores, pero siempre desarrollando una actitud complementaria, supletoria y subsidiaria respecto de ellas. El principio de subsidiariedad en el ámbito comunitario está contemplado en el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea, y tiene por objeto garantizar que las decisiones se tomen lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que vaya a emprenderse a escala comunitaria se justifique en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. Concretamente, es un principio según el cual la Unión Europea, salvo en sus ámbitos de competencia exclusiva, sólo interviene en la medida en que su acción sea más eficaz que una intervención a nivel nacional, regional o local. Por lo tanto, la necesidad de armonización debe ser contemplada en el supuesto que dichas entidades menores no puedan hacerlo, caso en el cual las autoridades comunitarias tienen la justificación para actuar. Respetando este principio, la Comisión se permite formular las guías de actuación para llevar a cabo el objetivo de la Comunicación.

Además del principio de subsidiariedad, las instituciones comunitarias deben someterse al principio de proporcionalidad²², en virtud del cual nin-

connotación más amplia; por ende, se extendería la protección del derecho a la inviolabilidad al domicilio profesional de una persona, entendiendo que el ámbito de aplicación de un derecho debe de interpretarse de la forma más inclusiva posible. Es así, como vemos que para dos situaciones iguales, y por interpretación de un término en distintos idiomas, el resultado jurídico puede llegar a ser muy desigual.

²¹ Para un extenso desarrollo del principio de subsidiariedad, en general, *vid.* SOTO KLOSS (1996) p. 152 y ss.

²² Al respecto *vid.* SÁNCHEZ (2002) pp. 221-223.

guna de sus acciones puede exceder de lo necesario para lograr los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea. Frente a la armonización del Derecho contractual europeo, el principio de proporcionalidad requiere un balance entre las necesidades y objetivos del mercado interior y del “perjuicio” que dicha armonización puede infligir, en especial, a la identidad nacional de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Una vez reseñados estos principios que deben inspirar el actuar de las instituciones comunitarias en este ámbito, procederemos a explicar, a grandes rasgos, cada una de las opciones que prevé la Comunicación:

A. DEJAR QUE EL MERCADO RESUELVA LA PROBLEMÁTICA

Esto implica, básicamente, la no intervención por parte de las instituciones comunitarias. La idea es que el mercado podría ser lo suficientemente eficaz para desarrollar sus propias soluciones, como resultado de la libre competencia y la sola actuación de las empresas, consumidores y demás agentes económicos dentro del mercado interior. La progresiva fusión de los mercados europeos nacionales en uno incitaría a los políticos y legisladores nacionales a encontrar soluciones adecuadas a los problemas que se van presentando. Esta opción es lo que podríamos denominar *soft harmonization*, puesto que no requiere una elaboración de normas comunitarias.

Dejar actuar sólo al mercado ha generado ciertas reticencias. Fundamentalmente, se argumenta que no existe evidencia empírica sobre el hecho de que las fuerzas del mercado sean capaces de brindar una regulación consistente en el ámbito del Derecho contractual en lo relativo a la formación, validez e interpretación de los contratos.

B. CREAR PRINCIPIOS COMUNES DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

El establecimiento de principios comunes podría ser de gran utilidad para las partes a la hora de negociar y redactar sus contratos, y para los jueces y árbitros al momento de dictar una sentencia que implique decidir un caso en el cual están involucradas distintas legislaciones nacionales. Estos principios no tendrían una naturaleza jurídica obligatoria, sino que formarían parte de un conjunto de soluciones comunes que constituirían una mera guía opcional para resolver los problemas de armonización. Para alcanzar esto,

la Comisión fomentaría el estudio y la investigación en materia de Derecho comparado por parte de académicos, jueces y otros expertos²³.

Una vez definidas estas directrices, los Estados miembros deberían difundirlas de manera que sean gradualmente aceptadas y utilizadas cada vez con mayor frecuencia, todo lo cual redundaría en una convergencia coherente del Derecho contractual europeo. La Comunicación, incluso, llega a manifestar que, en caso que estos principios llegasen a alcanzar un convencimiento compartido y general de la sociedad europea, aquéllos podrían transformarse en una especie de Derecho consuetudinario de los contratos.

En relación a esta alternativa, la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo y el grupo de estudios para redactar un Código Civil europeo han manifestado que la formulación de principios es un paso fundamental para la armonización del Derecho contractual europeo y, por consiguiente, para la integración europea²⁴. Sostenemos, estando plenamente de acuerdo con ambas entidades a este respecto, que sólo la creación de principios comunes y su generalizada aceptación²⁵, a la luz de un estudio profundo de Derecho comparado, será capaz de hacer visible la existencia de valores legales compartidos por los Estados miembros, desarrollando una terminología común que permita a los juristas y actores económicos desenvolverse con mayor previsibilidad en la celebración de actos jurídicos y negocios más allá de sus fronteras estatales. No creemos aconsejable una unificación codificada del Derecho contractual europeo ni mucho menos²⁶, pero sí una aproximación, mediante estos principios, de las pautas de solución a los mismos problemas que se enfrentan la mayoría de los Derechos contractuales nacionales en Europa. Luego, se logrará la armonización efectiva una vez que se “enseñen” los mencionados principios por parte de las universidades, las academias judiciales, entre otras instituciones. Para ello, es indispensable que las instituciones comunitarias promuevan esta enseñanza.

²³ Sobre el papel del Derecho comparado en la búsqueda de principios comunes *vid. ídem.*, pp. 299-304.

²⁴ *Vid.* VON BAR-LANDO-SWANN (2002) p. 221.

²⁵ Cabe destacar, que ya salió editada la tercera parte de los Principios de Derecho contractual de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo que recoge una serie de principios elaborados por ella; la que, sin embargo, no ha sido suficientemente difundida para alcanzar una aceptación generalizada por los distintos operadores jurídicos y demás actores interesados, y tener, así, un efecto armonizador concreto. *Vid.* LANDO-BATLLE (2008).

²⁶ Respecto a los argumentos en contra de una unificación codificada del Derecho contractual europeo *vid.* CHAMBOREDON (2000) pp. 82-87.

C. MEJORAR LA CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA VIGENTE

El acervo comunitario existente debe ser revisado en profundidad con el objeto de eliminar las inconsistencias, llenar los vacíos legales y adaptarlo al importante desarrollo que ha tenido el comercio intracomunitario. Se trata de trazar puentes entre las normas en vigor para configurar soluciones comunes a problemas iguales.

Mejorar este acervo implica, en primer término, adecuar los instrumentos jurídicos vigentes a los nuevos tiempos. Para ello, la Comisión plantea como norte el realizar una consolidación, codificación y refundición²⁷ de la normativa comunitaria existente. En segundo lugar, se debe revisar cualitativamente la redacción de tales instrumentos, con el fin de lograr una mayor coherencia en la terminología. En tercer y último lugar, se podrían simplificar las disposiciones de la gran cantidad de directivas sobre Derecho contractual europeo²⁸.

En nuestra opinión, esta opción es de mínimos, puesto que, siendo absolutamente necesaria, es parte del deber de hacer una correcta labor legislativa comunitaria. En otras palabras, la presente alternativa, realmente, no debiera ponerse en el debate por parte de la Comisión, sino que simplemente debe llevarse a cabo por el “deber-ser” de una legislación comunitaria a la altura de las exigencias de una integración europea avanzada. Es más, la sociedad europea espera que sus instituciones funcionen y muestra de ello es el requerimiento de que el acervo comunitario existente sea constantemente perfeccionado. Con todo, esta opción no puede ser elegida excluyendo a las demás, tanto en cuanto su adopción aislada traería beneficios limitados sólo

²⁷ Estos tres conceptos son explicitados en el Plan de Acción de la misma Comisión. Así, la *consolidación* consiste en reunir en un mismo texto no vinculante las disposiciones actuales de un determinado instrumento regulador, esto es, las disposiciones originales y aquéllas de los posteriores actos modificatorios. Por su parte, la *codificación* implica adoptar un nuevo instrumento jurídico que reúne en un solo texto, sin cambios con respecto al fondo, un acto antiguo y sus posteriores modificaciones; de manera que el nuevo instrumento sustituye al anterior y lo deroga. Finalmente, la *refundición* significa adoptar un acto jurídico único y nuevo donde se han realizado los cambios de fondo necesarios, se codifican dichos cambios con las normas del acto anterior no modificadas y se deroga éste último. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de Acción (2003).

²⁸ La Comunicación hace referencia, en este ámbito, al proyecto SLIM o iniciativa de simplificación de la legislación del mercado interior. *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “Simplificación de la legislación en el mercado interior (SLIM): proyecto piloto” (1997).

a aquellas materias contractuales específicas ya reguladas, dejando de lado una revisión armonizada del Derecho contractual europeo a la luz de un estudio de Derecho comparado de conformidad a lo ya explicado. Lo anterior se explica por una razón muy sencilla: no se pueden extrapolar soluciones específicas a problemas contractuales generales.

D. ADOPTAR UN NUEVO INSTRUMENTO JURÍDICO COMUNITARIO

Una última opción es la adopción de una nueva legislación a nivel comunitario que contenga normas sobre cuestiones generales del Derecho contractual europeo y sobre contratos en particular. Para determinar la viabilidad de esta alternativa es necesario dilucidar dos aspectos: la elección de un determinado instrumento legislativo de Derecho comunitario²⁹; y la naturaleza vinculante de la medida adoptada.

En cuanto al primero de los factores, esto es, determinar el instrumento legislativo que más se adecue a la necesidad de modulación del Derecho contractual europeo, debemos analizar el grado de armonización que se pretende del mismo. Si se opta por una directiva, los Estados miembros tendrían cierto margen de maniobra a la hora de adaptar las disposiciones respectivas; lo cual, desde ya, podría obstaculizar el funcionamiento del mercado interior, en cuanto permanecerían las diferencias al interior de cada país. En caso que se elija un reglamento, se eliminaría la capacidad autónoma del Estado para ajustar la disposición comunitaria a su realidad, pero se alcanzaría un mayor grado de armonización. Por último, sólo se podría seguir la vía de una recomendación si el sistema se decanta por un modelo totalmente optativo.

Con respecto al segundo de los factores, las posibilidades que plantea la Comunicación son tres: un modelo opcional; un modelo automático; y un modelo obligatorio. El modelo opcional consiste en que las partes deben elegir entre la normativa comunitaria y la nacional, de modo que el instrumento jurídico comunitario sólo se aplicará si éste está expresamente³⁰ previsto en el contrato como Derecho aplicable. El modelo automático, por su parte, implica que, salvo estipulación en contrario, el contrato se regirá por el instrumento jurídico comunitario. Y el modelo obligatorio viene a sustituir la normativa nacional en vigor, puesto que la aplicación del mencionado instrumento jurídico comunitario no se puede excluir del contrato.

²⁹ Para una explicación sistemática de los distintos tipos de instrumentos legislativos comunitarios *vid.* DIEZ DE VELASCO (2007) pp. 652-657.

³⁰ Cabe destacar que no se discute la posibilidad de una adopción tácita o presunta del instrumento jurídico comunitario.

En nuestro concepto, para comenzar a debatir sobre la adopción de un posible instrumento jurídico comunitario es menester delinear, en forma preliminar, los principios comunes de Derecho contractual europeo. Incluso, una vez que estos hayan sido ampliamente acogidos, recién podríamos estar en pie para plasmar esto en una norma comunitaria. De lo contrario, estaríamos saltándonos, en un tema tan sensible como este, un paso fundamental para la legitimación de la nueva normativa por parte de la sociedad europea y, específicamente, de los agentes interesados. Si las instituciones europeas pretendiesen embarcarse en una empresa legislativa de largo aliento, es imprescindible tener antes una base de principios que guíen dicha iniciativa. En este contexto, sería prematuro deliberar sobre un instrumento legislativo de Derecho comunitario en concreto y sobre el grado de fuerza vinculante del mismo.

Desde ya la Comunicación, a lo largo de su texto, no se decanta por ninguna de las cuatro opciones, puesto que su carácter eminentemente consultivo le impide tomar partido por una u otra alternativa. La Comunicación esperará el *feedback* del resto de las instituciones comunitarias, del sector empresarial, de las asociaciones de consumidores y del mundo académico para adoptar una medida más concreta sobre el particular, cuestión que terminará por hacer en su Plan de Acción del año 2003, que a continuación pasamos a revisar.

3. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO MÁS COHERENTE

3.1. Respuestas a la Comunicación que Sirven de Base para Elaborar el Plan de Acción

El Plan de Acción de la Comisión es el resultado de las diversas reacciones que generó la Comunicación, tanto por parte de algunas instituciones comunitarias como de los grupos de interés.

Las instituciones comunitarias que dieron respuesta a la Comunicación fueron: el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social de la Unión Europea³¹.

El Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar la legislación civil de los Estados miembros, de 16 de diciembre de 2001, no contiene men-

³¹ Vid. Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar la legislación civil de los Estados miembros (2001); Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y comercial de los Estados miembros (2001); y Opinión del Comité Económico y Social (2002).

sajes detallados, aunque presenta una inquietud claramente identificable: la necesidad de que haya una mayor coherencia del acervo comunitario existente. Es interesante, también, la mención que hace del problema de la falta de uniformidad de los términos legislativos y, en consecuencia, del riesgo de causar resultados diversos en la práctica comercial y jurídica.

En contraste con el informe del Consejo, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y comercial de los Estados miembros, de 15 de diciembre de 2001, es más aterrizada y concreta. En primer lugar, menciona que las directivas existentes no exhiben una correcta coordinación entre ellas, lo que hace que su implementación en los Derechos nacionales sea bastante deficiente. De esta manera, y expresamente, la resolución hace un llamado a armonizar el Derecho contractual europeo con el objetivo de facilitar las transacciones transfronterizas dentro del mercado interior. En segundo término, requiere de la Comisión el llevar a cabo un plan de acción con tres fases progresivas para armonizar el Derecho contractual europeo. En el corto plazo, la Comisión debería desarrollar una base de datos que contenga los problemas que presentan las normativas nacionales sobre Derecho contractual y la jurisprudencia en este ámbito. Sobre este sustento, y haciendo un estudio de Derecho comparado, se debe trabajar en el despliegue de conceptos jurídicos y soluciones comunes útiles para todos los Derechos nacionales. En el mediano plazo, la Comisión tendría que publicar lo anterior y todas las instituciones comunitarias estarían obligadas a aplicar los indicados conceptos jurídicos y soluciones comunes en el marco del proceso legislativo comunitario. Y, en el largo plazo, el producto de esta legislación entraría en vigor para que las partes en un contrato pudieran elegir como Derecho aplicable al mismo la normativa nacional o la comunitaria.

A diferencia de las dos posturas anteriores, la Opinión del Comité Económico y Social, de 7 de diciembre de 2002, manifiesta que la mejor opción para armonizar el Derecho contractual europeo es elaborar un texto jurídico comunitario. En cuanto a su naturaleza vinculante, este instrumento jurídico debería adoptar, en una primera etapa, un modelo opcional y, en una segunda etapa, un modelo automático. De acuerdo al Comité Económico y Social, sólo una regulación de este tipo podría reducir los costes de transacción para pequeñas y medianas empresas, y para consumidores.

Por su parte, los grupos de interés aportaron importantes contribuciones en respuesta a las interrogantes de la Comunicación. El resultado de los aportes los sintetiza el propio Plan de Acción: una minoría optó por la primera opción de la Comunicación, es decir, dejar la solución de los problemas sólo a las fuerzas del mercado; un gran apoyo obtuvo la segunda alternativa, esto es, crear principios comunes de Derecho contractual europeo que sean de utilidad tanto para

abogados, como para jueces y árbitros; la gran mayoría se decanta por la tercera opción, que consiste en revisar y mejorar el acervo comunitario existente³²; y un importante número considera que la cuarta alternativa, o sea, elaborar un nuevo instrumento jurídico comunitario, es una cuestión que se debería dejar para más adelante, una vez desarrolladas la segunda y tercera opciones.

3.2. Problemas que Exhibe el Plan de Acción respecto a la Aplicación Uniforme del Derecho Comunitario y al Buen Funcionamiento del Mercado Interior

El Plan de Acción es una segunda fase en los intentos de la Comisión por armonizar el Derecho contractual europeo, luego de la Comunicación emitida el año 2001. El Plan de Acción mantiene el carácter consultivo que tenía la Comunicación, avanzando en el debate sobre los problemas de la aplicación uniforme del Derecho comunitario y las complicaciones que presenta para el mercado interior, aportando finalmente medidas para contrarrestar dichos inconvenientes.

A. APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO COMUNITARIO

La primera categoría de problemas en la aplicación uniforme del Derecho comunitario dice relación con una cuestión que ya había sido sugerida en la Comunicación: se tratan de manera diversa situaciones idénticas, sin que ello esté justificado de forma pertinente³³. Entre los ejemplos citados, el Plan de Acción menciona las diferentes modalidades del derecho de desistimiento³⁴ en las directivas referentes a la protección de los consumidores en el caso de

³² Es evidente por qué la mayoría de los grupos de interés optaron por esta alternativa: como ya vimos, porque es una opción de mínimos. En nuestra opinión, reiteramos que esta iniciativa ni siquiera debería de haber sido incluida en el debate, ya que, por las razones que ya hemos expuesto, las partes interesadas, obviamente, esperan que el legislador comunitario legisle de buena forma.

³³ Se critica que la legislación en materia de protección de los consumidores, por ejemplo, no garantiza la uniformidad de soluciones en situaciones semejantes, tal como lo exige el mercado interior. Es interesante lo que al respecto señalan VON BAR-SWANN (2003) pp. 618 y 619.

³⁴ Las directivas presentan diferencias en cuanto a los plazos y los métodos de cálculo de los plazos de desistimiento.

contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales³⁵, la venta a distancia³⁶ y la venta a distancia de servicios financieros³⁷.

La segunda categoría de problemas, que también fue mencionada por la Comunicación, viene dada por la utilización de términos jurídicos abstractos en muchas directivas que no los definen o lo hacen de forma vaga³⁸. El inconveniente de que un determinado concepto jurídico esté definido en una directiva y no en otra puede resolverse, en parte, estableciendo si es posible interpretar dicho término comprensivamente para ser aplicado, a través de una exégesis sistemática, en un área determinada del Derecho contractual europeo³⁹.

La tercera categoría de problemas está constituida por las inconsistencias en la aplicación de los instrumentos jurídicos de transposición nacionales, puesto que las directivas contienen términos que son ajenos a la normativa nacional existente. Así, cuando se aplica una directiva sobre una determinada materia, en muchas ocasiones, los legisladores nacionales mantienen a la vez la legislación nacional vigente que versa sobre el mismo ámbito, creando una situación de inseguridad jurídica que no propicia el buen funcionamiento del mercado interior.

B. PROBLEMAS PARA UN CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO INTERIOR

En este orden de cosas, los obstáculos con los cuales se enfrenta el mercado interior se derivan, directa o indirectamente, de las divergencias recién expuestas.

El Plan de Acción, antes de abordar los problemas concretos⁴⁰, que afectan al funcionamiento del mercado interior, distingue entre disposiciones nacionales imperativas y no imperativas. Muchas de las dificultades tienen que ver con las normas imperativas nacionales, que se aplican aun cuando las

³⁵ Directiva 85/577/CEE del Consejo (1985) referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

³⁶ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1997) relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

³⁷ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2002) relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

³⁸ Para un acabado desarrollo de la problemática *vid.* GAMBARO (2003) pp. 771 y ss.

³⁹ *Vid.* STAUDENMAYER (2003) p. 119.

⁴⁰ Debido a la naturaleza de este estudio y con el objeto de no extendernos en demasía, nos referiremos a los principales problemas concretos que aborda el Plan de Acción.

partes hayan elegido otro Derecho aplicable al contrato, produciéndose un conflicto normativo no deseado para el buen desenvolvimiento del mercado interior. Esto no sucede con las normas no imperativas, ya que no se genera conflicto con una adecuada elección de ley aplicable; salvo en aquéllos casos en que la parte débil debe adherirse sin más a lo escogido por la parte económicamente más fuerte. Esta última situación implica, necesariamente, para la parte débil un costo de transacción mayor, debido al requerimiento de asesoría jurídica en la aplicación de la ley extranjera, y una cierta inseguridad jurídica por el desconocimiento de dicha normativa foránea. Esta inseguridad, por ejemplo, puede causar desventajas competitivas para una pequeña empresa que desee adjudicarse la posibilidad de ejecutar un determinado contrato en un país extranjero frente a otra empresa de ese país que pretenda hacer lo mismo, puesto que la primera de ellas deberá incluir en sus cálculos los costes de información y la segunda no tendrá la necesidad de hacerlo.

Lo que acabamos de explicar, nos lleva inmediatamente al primer tipo de problemas concretos: existen cuestiones fundamentales de Derecho contractual que están reguladas de forma diferente, lo que hace aumentar los costes de transacción⁴¹. La única forma de obtener seguridad jurídica es contratar a un abogado que conozca del Derecho aplicable al contrato; no obstante, se considera que para los negocios cotidianos es una solución extremadamente cara.

Otra clase de problemas se refiere a las divergencias de las normativas nacionales en materia de inclusión de las cláusulas tipo de los contratos. En algunos ordenamientos jurídicos es suficiente hacer referencia a las cláusulas tipo, mientras que en otros deben adjuntarse al contrato o firmarse por separado. Entre los Estados miembros hay, también, importantes diferencias con respecto a cuáles cláusulas tipo son consideradas inadmisibles por los tribunales y, por tanto, no válidas. Esta circunstancia genera incertidumbre en las empresas que utilizan este género de cláusulas.

Se presentan, asimismo, problemas relativos al distinto tratamiento que tiene la cesión de créditos en las diversas legislaciones contractuales nacionales. Específicamente, algunos Estados miembros limitan la cesión de créditos futuros; en cambio, otros tienen una normativa más liberal en la materia. Esto podría dar lugar a distorsiones significativas en la competencia, debido a que

⁴¹ Se ha argumentado que la existencia de una diversidad jurídica es, en sí misma, un hecho que provoca una internalización de los costes externos de información jurídica y una inseguridad en el operador económico, desincentivándolo al momento de realizar operaciones transfronterizas. Vid. Sánchez (2002) pp. 154-156.

la cesión de créditos es un instrumento de gran importancia a la hora de financiar las exportaciones.

En el ámbito de los servicios financieros, se pone de manifiesto que las empresas no pueden ofrecer servicios financieros en el extranjero porque sus productos están concebidos de conformidad a los requisitos jurídicos locales, o bien porque la necesidad de cumplir otros requerimientos contemplados en otros ordenamientos jurídicos les supondría un coste excesivo, generándose nuevas distorsiones para la competencia.

Por último, en el contexto de la protección a los consumidores, existen grandes diferencias entre una legislación nacional y otra, lo que crea obstáculos para los negocios transfronterizos de consumo dentro del mercado interior. Se culpa de ello al principio de armonización mínima en el que se basan las directivas europeas sobre el particular, lo que permite a los Estados miembros mantener normas más favorables para los consumidores que las previstas en la normativa comunitaria⁴². Así, las empresas continúan teniendo dificultades para desarrollar estrategias de comercialización que puedan utilizarse en todo el mercado interior, ya que las normas adoptadas por los países que van más allá de la armonización mínima prescrita por la legislación comunitaria son inevitablemente diferentes.

3.3. Medidas Propuestas en el Plan de Acción

Las medidas propuestas por la Comisión en el Plan de Acción son una combinación de las distintas opciones que originalmente preveía la Comunicación. Básicamente, el Plan de Acción invita a perseguir la segunda y tercera opciones que sugería la Comunicación, es decir, la creación de principios comunes de Derecho contractual europeo y la mejora de la calidad de la legislación comunitaria vigente, respectivamente. El Plan de Acción considera, para una reflexión de largo plazo, la cuarta opción de la Comunicación, esto es, la elaboración de un nuevo instrumento jurídico comunitario siguiendo, eso sí, un modelo opcional. Pasaremos, entonces, a analizar, las medidas propuestas:

A. MEJORAR LA CALIDAD DEL ACERVO COMUNITARIO, EXISTENTE Y FUTURO, EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONTRACTUAL

Luego de que la Comisión recibió las distintas reacciones a la Comunicación, concluye en el Plan de Acción que la Unión Europea puede

⁴² Vid. Staudenmayer (2003) pp. 121 y 122.

seguir manteniendo un enfoque sectorial. No obstante, las respuestas hicieron, también, hincapié en la necesidad de aumentar la coherencia del acervo existente sobre Derecho contractual y evitar nuevas incoherencias en el futuro. Así, el objetivo que se propone en el Plan de Acción es alcanzar un acervo comunitario en materia de Derecho contractual europeo con un alto grado de coherencia tanto en su formulación como en su puesta en práctica. A través de un acervo comunitario mejorado se facilitaría el buen funcionamiento de las transacciones transfronterizas dentro del mercado interior. Para cumplir con esta meta, el Plan de Acción expone que se puede proceder en dos etapas sucesivas: la primera de ellas es el establecimiento del denominado *Marco Común de Referencia*; y la segunda es la puesta en práctica de este marco.

La primera etapa consiste en formular el Marco Común de Referencia, el que debe contener unos principios y términos jurídicos comunes⁴³ aplicables al ámbito del Derecho contractual europeo. Es un texto que será accesible a todo público y traducido en los distintos idiomas de la Unión Europea, y que ayudará a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo existente y futuro en la materia. En plena concordancia con el Plan de Acción, sostenemos que si el Marco Común de Referencia llega a ser aceptado generalizadamente como el sistema de Derecho contractual europeo que mejor responde a los requerimientos de los agentes económicos, es probable que sea admitido también como criterio de referencia por los poderes legislativos de los Estados miembros de la Unión Europea, lo cual implicaría una reducción de las divergencias entre los diversos Derechos contractuales nacionales.

El Plan de Acción establece que el Marco Común de Referencia debe contemplar, por una parte, principios acerca de la celebración, validez, interpretación y ejecución de los contratos y, por la otra, las mejores soluciones posibles con respecto a la terminología. Con este sustrato la Comisión persigue tres objetivos: a) utilizar el Marco Común de Referencia cuando se revise el acervo existente y se propongan nuevas medidas; b) que el Marco Común de Referencia pueda llegar a ser un instrumento para la mayor convergencia entre los Derechos contractuales de los Estados miembros; y c) basar en el Marco Común de Referencia las reflexiones sobre la posibilidad de formular un nuevo instrumento jurídico comunitario facultativo⁴⁴.

⁴³ La necesidad de que existan términos jurídicos comunes está ampliamente desarrollada por Pozzo (2003) pp. 754-767.

⁴⁴ Vid. Von Bar-Swann (2003) p. 597.

Una vez establecido el Marco Común de Referencia, se pasa a la segunda etapa sugerida en el Plan de Acción: que este marco sea utilizado por la Comisión para revisar el acervo existente y apuntar nuevas propuestas, y por el legislador comunitario para mantener elevados niveles de calidad y coherencia a lo largo del proceso legislativo. La coherencia de la legislación comunitaria debe asegurarse a la luz de los problemas identificados, lo cual significa: a) eliminar las incoherencias identificadas en el Derecho contractual europeo; b) analizar la calidad de la formulación normativa; c) simplificar y clarificar la legislación existente⁴⁵; d) adecuar la normativa existente a la evolución de las prácticas comerciales; y e) llenar las lagunas del acervo comunitario que han planteado problemas en la aplicación del mismo.

B. PROMOVER LA ELABORACIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES TIPO

De acuerdo con el Plan de Acción, la presencia de cláusulas contractuales tipo en el ámbito europeo podría facilitar, en gran medida, las transacciones transfronterizas y ayudarían a evitar algunos de los problemas con los cuales se enfrenta el mercado interior. La idea de la Comisión es promover proyectos de las partes interesadas en crear cláusulas contractuales tipo aplicables de forma generalizada en la Unión Europea. Si estas cláusulas llegasen a utilizarse a gran escala podrían resolver muchos de los inconvenientes ya mencionados para el correcto funcionamiento del mercado interior.

La Comisión pretende promover la confección de estas cláusulas a través de dos vías: facilitando el intercambio de información sobre las distintas iniciativas; y proponiendo directivas sobre la utilización de dichas cláusulas. Para suscitar la producción de cláusulas tipo es conveniente, en primer lugar, preparar una lista de las iniciativas existentes, la cual estaría disponible para las partes interesadas que deseen elaborar nuevas cláusulas y requieran información para no cometer las mismas faltas de los demás y aprovechar sus éxitos⁴⁶. Y, en segundo término, la Comisión proyecta publicar directrices con el fin de recordar a las personas, empresas y organizaciones interesadas que deben respetarse determinados límites jurídicos para no sobrepasar las normas comunitarias ni la política general de la Unión Europea.

⁴⁵ Cuando sea necesario deberá considerarse la posibilidad de consolidar, codificar y refundir los instrumentos jurídicos existentes, de conformidad a los conceptos que vimos anteriormente sobre el particular.

⁴⁶ La Comisión tendrá a disposición de las partes interesadas una página web para los efectos de intercambiar información.

Promover la producción de cláusulas contractuales tipo, en nuestro concepto, es una medida muy beneficiosa para agilizar la negociación de contratos transfronterizos dentro del mercado interior. Las partes interesadas tenderán a recurrir a estas cláusulas con el fin de estandarizar sus relaciones jurídicas, disminuir los costes de transacción e instituir, de este modo, un trato contractual caracterizado por una mayor certidumbre, eficiencia y claridad.

C. REFLEXIONAR SOBRE LA OPORTUNIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS NO SECTORIALES, SINO HORIZONTALES, COMO UN INSTRUMENTO FACULTATIVO DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

La existencia de un instrumento facultativo de Derecho contractual europeo podría proveer a las partes de un contrato un cuerpo independiente de normas para ser elegido como Derecho aplicable a tal contrato. Este instrumento ofrecería tanto a la parte económicamente fuerte como a la débil una solución aceptable y adecuada, sin que sea necesario aplicar el Derecho nacional de una de las partes. Con el paso del tiempo, los operadores económicos se familiarizarían con estas reglas, facilitando la participación activa de las pequeñas y medianas empresas, y de los consumidores en el mercado interior. Por tanto, un instrumento de estas características favorecería considerablemente el comercio transfronterizo de bienes y servicios.

Ahora bien, esta aproximación genera numerosas cuestiones que deben resolverse antes de elaborar el instrumento.

En cuanto a la elección de un determinado instrumento legislativo de Derecho comunitario, se podrían prever normas en materia de Derecho contractual europeo consagradas en un reglamento o recomendación⁴⁷, que no sustituirían a los Derechos nacionales, sino que coexistirían con ellos. Lo que queda despejado es que no se debería elegir una directiva como instrumento legislativo, puesto que ésta, por definición, obliga a los Estados miembros a alcanzar el resultado que persigue, debiendo integrar, con cierta autonomía, reglas comunitarias en sus ordenamientos jurídicos nacionales, cuestión que no cuadra con la idea de un cuerpo independiente de normas a nivel comunitario que exista en paralelo a las legislaciones contractuales nacionales.

En lo referente a su naturaleza vinculante, el Plan de Acción opta por un modelo opcional, es decir, las partes recurrirían al nuevo instrumento expresamente si éste respondiera mejor a sus necesidades económicas y jurídicas. Con esto, se estaría garantizando un principio fundamental del Derecho

⁴⁷ No se ha llegado a un consenso respecto a si el instrumento legislativo de Derecho comunitario debe ser un reglamento o una recomendación.

contractual europeo: la libertad contractual⁴⁸. Se respetaría la autonomía de la voluntad contractual en dos sentidos: por el hecho de que las partes podrían elegir entre adoptar este instrumento o la ley nacional aplicable; y debido a que las partes tendrían el poder de modificar las reglas respectivas del instrumento. Debemos poner de relieve, en nuestro concepto, que un modelo automático, también, respetaría el principio de la libertad contractual, ya que las partes siguen manteniendo la autonomía para elegir cualquier otro Derecho aplicable al contrato⁴⁹. Sin embargo, de todas formas, nos decantamos por un modelo opcional por el hecho de que, en un principio y en aras de advertir cómo funciona el nuevo instrumento, es mejor que las partes sólo se rijan por él si lo manifiestan abiertamente y, en caso de silencio, no se encuentren con la "sorpresa" de que ya no les es aplicable un determinado Derecho nacional sino una norma jurídica comunitaria todavía desconocida en la práctica. En este orden de cosas, se plantea que sólo un número limitado de disposiciones del instrumento serían imperativas, como aquéllas referidas a la protección del consumidor, de manera que si las partes lo eligen no podrían sustraerse de estas normas.

Otra cuestión que se plantea es si el instrumento jurídico de Derecho comunitario debería cubrir todo el ámbito de aplicación del Marco Común de Referencia o solamente elementos de éste; y si debería incluir únicamente normas generales relativas a los contratos o, además, contrato específicos. Aun cuando, el Plan de Acción no da respuesta a este asunto, sí deja en claro que la Comisión tomará en consideración el contenido del Marco Común de Referencia para reflexionar acerca de este tema.

Con todo, en nuestra opinión, si se llegase a elaborar un instrumento jurídico como el descrito, su éxito dependerá de la aceptación que tenga por parte de los futuros usuarios, a sabiendas que seguirá un modelo opcional. Y para lograr dicha acogida deberá, sin lugar a dudas, ostentar una gran calidad legislativa y soluciones a los problemas prácticos que hemos ido develando a lo largo de este estudio.

4. REFLEXIONES FINALES

El debate sobre la armonización del Derecho contractual europeo a la luz de la Comunicación y el Plan de Acción debe ser visto dentro de un contexto de largo plazo. La Comunicación de la Comisión en el 2001 echó

⁴⁸ Para un desarrollo interesante del principio general de libertad contractual *vid.* VIAL (2000) pp. 51-55.

⁴⁹ Nuestra visión es confirmada por VON BAR-SWANN (2003) p. 610.

a andar un proceso con dos características: su necesaria prolongación en el tiempo; y su focalización en una discusión permanente y abierta a todos los grupos de interés. El Plan de Acción de 2003 ha sido la continuación de dicho proceso, todavía en desarrollo. Con independencia del resultado final al cual se pueda llegar en la discusión acerca de la armonización del Derecho contractual europeo, el proceso debería seguir en la línea de extender la participación a los agentes económicos, académicos, abogados, jueces y demás interesados para que, de esta forma, exista una amplia garantía de que las eventuales soluciones que puedan surgir se correspondan a los más variados problemas prácticos y, en definitiva, sean aceptadas por el conjunto de aquella sociedad europea que las aplicará a diario en el mercado interior.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BALASSA, B. (1964): *Teoría de la integración económica* (México, Utema).
- CHAMBOREDON, A. (2000): "The Debate on a European Civil Code: For an Open Texture", *The Harmonisation of European Private Law* (Oxford, Hart Publishing) pp. 63-99.
- DIEZ DE VELASCO, M. (2007): *Las Organizaciones Internacionales* (14ª edición reimpresa, Madrid, Tecnos).
- GAMBARO, A. (2003): "The Plan d'Action of the European Commission – A Comment", *European Review of Private Law* (vol. 6): pp. 768-781.
- HESSELINK, M. (2004): "The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?", *European Review of Private Law* (vol. 4): pp. 397-419.
- LANDO, O., BATLLE, A. (2008): *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte III: (Los Trabajos de la "Comisión de Derecho Contractual Europeo")* (Madrid, Colegios Notariales de España).
- LANDO, O., BEALE, H. (2000): *Principles of European Contract Law. Parts I and II* (La Haya, Kluwer).
- POZZO, B. (2003): "Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology", *European Review of Private Law* (vol. 6): pp. 754-767.
- SÁNCHEZ, S. (2002): *Derecho privado europeo* (Granada, Comares).

SOTO KLOSS, E. (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

STAUDENMAYER, D. (2002): "The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?", *European Review of Private Law* (vol. 2): pp. 249-260.

_____ (2003): "The Commission Action Plan on European Contract Law", *European Review of Private Law* (vol. 2): pp. 113-127.

TUGORES, J. (2006): *Economía Internacional. Globalización e Integración Regional* (Madrid, Mc Graw Hill).

VERENA, A. (2008): "Conference 'CFR and Existing EC Contract Law', Münster, 10–11 December 2007", *European Review of Private Law* (vol. 2): pp. 375-380.

VIAL, V. (2000): *Teoría General del Acto Jurídico. Actos Jurídicos y Personas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

VON BAR, C., LANDO, O., SWANN, S. (2002): "Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", *European Review of Private Law* (vol. 2): pp. 183-248.

VON BAR, C., SWANN, S. (2003): "Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law", *European Review of Private Law* (vol. 5): pp. 595-622.

JURISPRUDENCIA CITADA

Hoechst contra Comisión (1989): Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 21 de septiembre de 1989.

Niemietz contra Alemania (1992): Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de diciembre de 1992.

NORMAS CITADAS

Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Directiva 85/577/CEE del Consejo, 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

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.

Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

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

Resolución del Parlamento Europeo sobre la simplificación, clarificación y codificación del Derecho Comunitario, de 26 de mayo de 1989 (DOCE C 158).

Resolución del Parlamento Europeo sobre la transparencia del Derecho Comunitario y la necesidad de su codificación, de 6 de mayo de 1994 (DOCE C 205).

Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo "Simplificación de la legislación en el mercado interior (SLIM): proyecto piloto", de 10 de abril de 1997 (DOCE A 108).

Resolución del Parlamento Europeo sobre el programa de trabajo de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 16 de marzo de 2000 (DOCE C 377).

Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y comercial de los Estados miembros, de 15 de diciembre de 2001 (DOCE C 140).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en la versión dada por el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, y el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997; y modificado por el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001).

OTRAS REFERENCIAS

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001 (DOCE C 255).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de Acción, 12 de febrero de 2003 (DOCE A 5-0256).

Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm>, fecha consulta: 23 de junio de 2010.

Informe del Consejo de la Unión Europea sobre la necesidad de aproximar la legislación civil de los Estados miembros, 16 de diciembre de 2001.

Opinión del Comité Económico y Social de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2002 (DOCE C 241).

