

De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*¹

*Imperio rationis
si no razione imperii
(Por mandato de la razón
y no por la autoridad del imperio)*

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Doctor en derecho y abogado

RESUMEN

Es notable la atención que en fechas recientes han dedicado los autores españoles a la armonización del derecho privado europeo, sin duda, por el convencimiento acerca de la trascendencia del mismo.

Ahora bien, esta incidencia se ha venido observando ya en las múltiples sentencias de nuestros tribunales que vienen citando entre sus argumentos y razonamientos las soluciones de este derecho contractual europeo.

Como novedad en esta tarea armonizadora del Derecho Privado Europeo, ha de señalarse que el propósito del Draft Common Frame of Reference de 2009, ha sido dar respuesta a los requerimientos del Plan de Acción presentado por la Comisión Europea en 2003, conteniendo los Principios, Definiciones y Modelos de Reglas del mismo, por ello lo que pretende es ayudar al proceso de desarrollo del actual acervo comunitario y redacción de la futura legislación de la Unión Europea en el campo del Derecho Privado, colaborando en la identificación de medidas que han de ser adoptadas con este fin.

PALABRAS CLAVE

Armonización del Derecho Privado Europeo.–Marco común de referencia.

¹ Actualizado el día 26 de enero de 2010.

El presente trabajo es fruto de la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 18 de marzo de 2010.

SUMARIO: I. *Preliminar.*—II. *El proceso de europeización del derecho privado.*—III. *Los Principios Lando.*—IV. *Hacia el marco común de referencia.*—V. *La incidencia en España de las corrientes armonizadoras del Derecho Contractual Europeo.*—VI. *Epílogo.*

I. PRELIMINAR

En bastantes ocasiones y ésta es una de ellas, resulta no sólo sugerente sino también conveniente comenzar la exposición de un determinado tema, en este caso, el de la europeización del derecho privado, exponiendo los motivos que a uno le han llevado al tratamiento del mismo.

Sinceramente, en mi caso, esos motivos no son más que la creencia desde antaño en la vigencia —no directa, por razones obvias— de los viejos textos del Derecho Romano como fuente inspiradora no sólo para el conocimiento de los propios derechos nacionales, sino también como pilar indispensable en la metodología jurídica histórico-comparativa que debiera atenderse en la construcción de lo que también, por qué no, podríamos denominar «espacio común jurídico privado».

Puede resultar un atrevimiento comenzar esta disertación dejando vislumbrar la posición del que la realiza, incluso arriesgarse «*ab initio*» de que el discurso pueda ser tachado de neopandectista, o de recordar antiguas disputas jurídicas como las que enfrentaron a los seguidores del «*Mos Italicus*» y del «*Mos Gallicus*», en cuanto a la dogmática y pragmática de las fuentes clásicas romanas; o como las que tuvieron lugar en cuanto a la necesidad o no de una codificación en la Alemania del siglo XIX; o incluso, entre los conocidos como «centralistas» y «foralistas» de nuestra codificación civil decimonónica (que bien pudieran tener su traslado en la actual situación del derecho privado europeo, entre los partidarios de la armonización del mismo, y sus detractores).

Sin embargo, las razones de la propia posición adoptada implican la motivación de la misma. Evidentemente, no es mi interés exponer posicionamientos a favor de una u otras posturas a modo de sugerencia, al menos, en cuanto a ellas, como si de una rejuvenecida «Ley de Citas» del Código Teodosiano se tratara, aunque sí abordar el estado de la cuestión, desde las diferentes ópticas y su evolución desde la elaboración de los conocidos «Principios Lando» a la reciente publicación en el año 2009 de la nueva versión del «Draft Common Frame of Reference».

La elaboración de una Ciencia Jurídica Europea, mediante la técnica de la armonización o mediante la de la codificación, o sea, bajo la fórmula del «soft law» o del carácter vinculante de sus disposiciones, supone bien la base, o bien, la positivización definitiva de las normas jurídicas privadas de los diferentes países de la Unión Europea, lo que implica, a nuestro juicio, un nuevo impulso de la vetusta aspiración tendente a la creación de un derecho de carácter supranacional, máxime cuando es una realidad en nuestros días la existencia de una verdadera Unión Europea; aunque como recuerda el profesor Van Caenegem², «...Es claro que existe una única Europa, basada en los Tratados, en las Directivas y en un muy extenso ya Derecho de Casos. Sin embargo, este Derecho se ocupa solamente de temas muy particulares y muy separados y con frecuencia en directa conexión con los problemas económicos del Mercado común. Un Código civil europeo no parece realista... Se admite, por otra parte, que se puede estar formando una ciencia del Derecho privado y se recuerda que se necesitarían muchos siglos de *Ius Commune* en todos los juristas europeos y de uso de un único lenguaje jurídico así como de un conjunto de conceptos, nociones, categorías y normas fundamentales».

Este proceso es lo que se ha dado en llamar la «Europeización de la Ciencia del Derecho», sobre el modelo del que fuera uno de sus precursores, Helmut Coing³, quien ya mantuvo que la fundación de una ciencia del derecho privado europeo debía ser el primer paso para la unificación del Derecho en Europa.

Coing⁴ ya defendía a principios de la década de los 90 (del siglo pasado) que la Ciencia del Derecho en Europa tenía carácter nacional y no común y que pese a la existencia de fundamentos comunes, las interpretaciones jurídicas realizadas sobre el ordenamiento privado de los diferentes países europeos se realizaban más desde la distancia que desde la aproximación de los mismos, estando presentes aún ante juristas eminentemente nacionales y no europeístas. Ante lo cual, Coing mantenía que en el proceso de convergencia en la construcción europea, el derecho privado debía ser objeto de un tratamiento supranacional, poniendo como ejemplo de la existencia disgregadora en los diversos sistemas jurídicos la diferente manera de interpretar en cada país la normativa comunitaria.

² R. C. VAN CAENEGEM, *Pasado y Futuro del Derecho Europeo*, traducción de Luis Díez-Picazo, Thomson-Civitas. 2003, p. 45.

³ HELMUT COING, *Eurpäische der Rechtswissenschaft*, Neue Juristische Wochenschrift, 1990, pp. 937 ss. Vid. Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo*. Fundación Cultural del Notariado, 1996.

⁴ De lo que se hace eco Ignacio CREMADES UGARTE en su Estudio introductorio y traducción de la obra de Reinhard ZIMMERMANN, *Europa y el Derecho Romano*, Marcial Pons, 2009.

Ante esta situación, Coing advertía de la existencia de precedentes no sólo pretéritos, como es el claro caso del «*Ius Commune*», sino de modelos actuales, tales como el «*Common Law*» de los Estados Unidos y su sistema de «*Restatements*», más interesantes que el primero ya que, según Coing, en los Estados Unidos sí que existe una unidad de ciencia y formación jurídica compatible con las diferencias existentes, en mayor grado que en el ámbito de influencia del viejo «*Ius Commune*».

Los posicionamientos en torno a una u otra opción han de pasar ineludiblemente por atender a las diferentes características que conllevan una «armonización» frente a una «codificación». Así, «*in genere*», puede decirse que la codificación es comprensiva, sistemática, interna y estática, mientras que la armonización prevé el ofrecimiento de respuestas parciales a determinadas cuestiones dirigidas a un ámbito supranacional, con el propósito de adecuarse con mayor facilidad que lo codificado a las innumerables circunstancias cambiantes del tráfico jurídico no sólo nacional, sino evidentemente, internacional.

El debate sobre el modelo a seguir en dicha construcción jurídica europea no es nuevo, como someramente hemos ya apuntado; así, el propugnado en su día por la Comisión de Derecho Contractual Europeo (más conocida como «Comisión Lando») sobre la base de la armonización y el seguido por la Academia de Iusprivatistas Europeo («Grupo Gandolfi»⁵) en cuanto a la elaboración de un Código Europeo de Contratos, resulta heredero de las discusiones que ya tuvieron lugar en la Alemania del Siglo XIX sobre la necesidad o no de elaborar un Código Civil alemán.

En 1814, el profesor de Derecho Romano de la Universidad de Heidelberg, Thibaut, publicó un opúsculo con el título «Sobre la necesidad de un derecho civil para Alemania»⁶ donde defendía la elaboración de un código civil alemán que ayudara a la creación del Estado alemán mediante la unificación de los diferentes «*Länder*», a imagen del Código Civil de Napoleón de 1804. Sin embargo, Savigny, como respuesta a las ideas de Thibaut, publicó su obra «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho», donde se oponía a la idea codificadora por conside-

⁵ En nuestro país, un grupo de autores han publicado unos comentarios al Código Europeo de Contratos en homenaje al Profesor D. José Luis de los Mozos y de los Mozos. Vid. *Código Europeo de Contratos*. Academia de Iusprivatistas europeos (Pavía). I y II. Editorial Dykinson, 2003.

⁶ Vid. Antón Friedrich JUSTUS THIBAUT, Friedrich Carl VON SAVIGNY, *La Codificación*. Una controversia programática basada en sus obras: Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania, de Thibaut; De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho, de Savigny. Introducción y selección de textos de Jacques Stern. Traducción del alemán de José Díaz García (1970).

rarla esencialmente inorgánica, anticientífica, arbitraria y enemiga de la tradición. No obstante, Savigny al igual que Thibaut sí estaba a favor de la uniformidad jurídica alemana, aunque ésta no debía pasar mediante la elaboración de un código civil, sino mediante la creación de una ciencia jurídica común.

De esta forma, Savigny mantenía que estaba de acuerdo con Thibaut, es decir, en la creación de un derecho común para toda la nación, aunque el camino correcto no era el de la creación de un acto legislativo codificado sino el de una «*organización progresiva de la ciencia del derecho, la cual puede ser común a toda la nación*». Con estas aspiraciones, Savigny publicaría sus conocidas obras, tales como: «Tratado de la Posesión» (1803), «Historia del Derecho Romano en la edad media» (1815-1831), «Sistema de Derecho Romano actual» (1840-1849) y «Derecho de Obligaciones» (1851-1853). Así, como nos recuerda el Profesor Zimmerman⁷ Savigny «... Razonaba que el derecho de una determinada época no puede ser entendido aisladamente, puesto que el presente se halla indisolublemente unido al pasado del que procede. Por consiguiente, la ciencia jurídica debe ser necesariamente de naturaleza histórica, y su principal cometido consiste en el análisis, rejuvenecimiento y conservación de la materia jurídica que nos ha sido transmitida».

Esta escuela de pensamiento de Savigny –inicialmente triunfante frente a las ideas de Thibaut, hasta la publicación del BGB alemán– es la que se conoció como Pandectística, que con base en el Digesto Justiniano pretendió la creación de un sistema jurídico lógico y coherente de reglas y principios jurídicos.

El Derecho Romano había servido como base del conocido «*Ius Commune*», que ha de ser considerado como un gran intento legislativo con aspiraciones supranacionales, el cual era citado «*imperio rationis si no ratione imperii*», ya que nunca llegó a estar reconocido como un auténtico Derecho Positivo, al igual que le ocurriera a su heredero, es decir, al Derecho Natural o «*Ius Naturale*» de Grocio y Puffendorf.

De esta forma, tanto aquél basado en el Digesto Justiniano como éste en la Razón Natural, no fueron como ya hemos advertido un vinculante Derecho Positivo, lo que no conlleva que haya de negárseles la excepcional contribución de ambos a la deslocalización jurídica, ya que sin el «*Ius Commune*», como dice Van Caenegem⁸ «... Habrían existido muchos más sistemas nacionales, puesto

⁷ Reinhard ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Editorial Civitas, 2000, p. 24.

⁸ *Vid. op. cit.*, p. 102.

que a Europa le habría faltado la enseñanza cosmopolita de las Escuelas y estos Derechos se habrían basado más sobre la costumbre y el Derecho de casos de los tribunales superiores que en la teoría», lo que en nuestra opinión, hubiera supuesto un agravamiento a este proceso constructivo científico jurídico europeo, así como un reforzamiento de las tesis pesimistas que continúan viendo como una de las barreras infranqueables para el mismo, las existentes entre el «Common Law» y el Derecho Continental.

En efecto, el «*Ius Commune*» basado en el «*Corpus Iuris Civilis*» del emperador Justiniano, puede considerarse el primer Derecho supranacional por excelencia, aunque carente del carácter positivo al que antes hemos mencionado, su importancia al principio dogmática se fue revelando paulatinamente en pragmática, de ahí que Van Caenegem⁹ nos exponga la misma al referirse al «*Ius Commune*» del siguiente modo: «... Al principio, el estudio del *Corpus*, en la forma de explicaciones literales o glosas, fue un mero ejercicio académico, pero pronto las Escuelas comenzaron a tener noticias del mundo real del medievo del mismo modo que este mundo real empezó a tener noticias de ellas y el razonamiento y las categorías neo-romanas se aplicaron incluso a instituciones feudales, aunque el sistema feudal fuera insoñable en el mundo de Ulpiano y Modestino. El Derecho romano comenzó a influir en los tribunales, primero en los eclesiásticos y después en los seculares, y de esta manera afectó en general a la fábrica social».

Por ello, la construcción de la Ciencia europea del Derecho Privado ha de efectuarse, también en nuestra opinión, tomando en cuenta la tradición romanística, la labor comparada de los diferentes derechos privados europeos y desde un análisis histórico de las instituciones jurídico privadas. De ahí que el viejo «*Ius Commune*», pueda servir como punto de partida a estos efectos. Enormemente reveladoras son las palabras de Zimmerman¹⁰ al respecto: «... Ya ha existido una cultura jurídica europea con una ciencia jurídica común orientada a las mismas fuentes como norte. Este “viejo” derecho privado recibe la denominación de *ius commune* romano-canónico, y tiene su base en la recepción del derecho romano en la Europa medieval. Constituye el punto de partida más próximo y natural para –en palabras de Savigny– una “organización progresiva de la ciencia del Derecho”. A diferencia de Savigny, por supuesto, no podemos acudir directamente al *ius commune*. Al fin y al cabo, ni el *Specimen usus moderni pandectarum* de Samuel Stryck ni el *Lehrbuch des Pandetenrechts* de Bernand

⁹ Vid. op. cit., p. 28.

¹⁰ R. ZIMMERMAN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, op. cit., p. 58.

Windscheid contienen el derecho actualmente vigente. Pero también cabe preguntarse si, a pesar de la fragmentación nacional del derecho y de la ciencia jurídica, bajo el manto de la desconcertante diversidad de nuestras modernas reglas jurídicas no se esconden unos fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e ideológicos comunes, capaces de formar el núcleo del derecho europeo. Una especie de derecho natural, como lo llamó Paul Koschaker, no el sentido de un sistema de reglas de pretensión de validez axiomática, sino de principios, razonamientos e instituciones que comparten los ordenamientos jurídicos europeos como consecuencia de su desarrollo común».

Estas posturas que han venido a denominarse (y rechazarse, por algunos) como neopandectísticas, han sido objeto de numerosas críticas por parte de quienes entienden que la elaboración de una ciencia jurídica europea ha de elaborarse soltando lastres del pasado en contra de la modernización del Derecho Romano que en su día propusiera Koschaker en su obra *Europa y el Derecho Romano*¹¹⁻¹² críticas, que por otro lado, han puesto especial énfasis en las –a su juicio– insalvables diferencias entre el Sistema continental codificado y el Sistema del «*Common Law*».

Si bien este último debate ya se vislumbraba en la obra de los profesores De Witte y C. Forder bajo el título «*The common law of Europe and the future of legal educations. Le droit común de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*», el trabajo que supuso una auténtica revolución en la materia se lo debemos de nuevo al profesor Zimmerman con el título de «El carácter europeo del derecho inglés. Conexiones históricas entre Derecho civil y Derecho común»¹³, donde se concluye a través de la teoría del contrato desde la Edad Media hasta el Siglo XIX la existencia de las evidentes conexiones entre el «*Common Law*» y el «*Civil Law*».

Por otro lado, en 1995¹⁴ Van Gerven también propuso la idea de una europeización del derecho privado en base a la exploración de los principios jurídicos comunes, manteniendo –a diferencia de Zimmermann–, que el punto de partida deberían ser los casos y tratados jurídicos existentes más que el propio «*Ius Commune*».

¹¹ KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München, 1947.

¹² Vid. HESSELINK, *The New European Private Law*, La Haya, 2002.

¹³ R. ZIMMERMANN, *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1993), 4-51. Vid. Traducción española en *Estudios de Derecho Privado Europeo*, op. cit., pp. 161 ss.

¹⁴ W. VAN GERVEN. «Naar een Europees gemeen recht van algemene rechtsbeginselen?» *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, núm. 10, 233-43.

Por su parte, Steenhoff¹⁵ también mantuvo una europeización del derecho privado superando las franqueables diferencias entre ambos sistemas, con apoyo en la conocida obra pro unificadora de Markesinis¹⁶. Con posterioridad a estos trabajos armonizadores, cabe citar también el trabajo de De Groot en 1997 con el título «Hacia un Código Civil Europeo»¹⁷, en la línea de Van Gerven, propugnando la unificación sobre un derecho de casos.

Asimismo, como recuerda Van Caenegem¹⁸, K. Luig¹⁹ de modo ecléctico en relación con las dos posturas favorables a la armonización antes citadas, entiende que el modelo ha de construirse sobre la base de las decisiones del Tribunal Europeo de Justicia, pero sin obviar la reglas del Derecho Romano que no han perdido validez.

Por ello, Zimmermann²⁰, recordando las palabras de Koschaker cuando decía que «No hay ninguna rama de la ciencia del Derecho que tenga tan pronunciado carácter europeo como la ciencia del Derecho privado», concluye la importancia del Derecho Romano en esta elaboración de una ciencia iusprivatista europea al afirmar que: «El estudio del Derecho romano y de su desarrollo desde los tiempos de los glosadores lograba que pudiéramos ser conscientes de que el Derecho privado de Europa está construido sobre los conceptos, reglas, principios y máximas, los casos prácticos y ejemplos escolares, los argumentos y los fundamentos sistemáticos, en suma, sobre las experiencias de una centenaria y común ciencia del Derecho privado. Tenemos así lo que le corresponde hacer al Derecho romano para un cambio de perspectiva: junto a lo puramente histórico debe proceder de nuevo a una decidida observación del Derecho moderno, a esa que precisamente posibilita en general una profunda comprensión del mismo, pone de manifiesto las peculiaridades de su desarrollo en comparación con otros ordenamientos europeos y hace con esto posible que de nuevo pueda trascenderse el limitado horizonte de la jurisprudencia nacional».

Un ejemplo del pragmatismo de lo anterior, puede verse en la frecuente utilización que los tribunales europeos hacen de las máxi-

¹⁵ G. J. W. STEENHOFF, *Nationale sitjlverschillen in de doctrine en de vorming van een Europee rechtswetenschap*. Weekblad voor privaatrecht, notariatt en registratie 127 (1996), 523-9.

¹⁶ B. S. MARKESINIS, *The gradual convergence, Foreign ideas, foreign influences and Englis law on the eve of the twenty-first century*, Oxford, 1994.

¹⁷ R. DE GROOT, *European private law between utopia and early reality*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 1997.

¹⁸ *Vid. op. cit.* p. 42.

¹⁹ K. LUIG., «The history of Roman Private Law and the unification of the European law». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 5, 1997.

²⁰ *Vid. ZIMMERMANN, Europa y el Derecho romano*, p. 48.

mas y reglas procedentes del Derecho Romano, sin duda, por su característica de comunes principios a las diferentes legislaciones nacionales²¹.

Pero si la esencialidad del papel del Derecho Romano que creo haber podido justificar con lo anterior es primordial en este proceso, también coincido con aquellas posturas que defienden para la Historia del Derecho un papel no menos esencial, entre las que cabe citar las de Schulze²²; posturas que también han sido objeto de críticas por aquellos historiadores del Derecho que piensan que la investigación histórica de la dogmática jurídica sólo sería posible desde unos presupuestos equivocados ya que podría dar lugar a una distorsionada observación del pasado por causa de las necesidades del presente.

Por el contrario, y correctamente en mi opinión, la investigación histórica de los dogmas «no solamente posibilita la comprensión del pasado, sino también la del Derecho vigente, porque muestra cómo y por qué el Derecho se ha desarrollado como lo ha hecho, como hoy lo encontramos; porque deja claras las premisas en las que se apoya el Derecho moderno; porque pone a nuestra disposición un rico tesoro de experiencias, que son tan importantes para la política del Derecho como para la dogmática jurídica, y porque hace posible que se descubran desarrollos defectuosos avisando ante su repetición»²³.

Prueba de la importancia de las concepciones anteriores, esto es, las que propugnan la armonización desde la base jurídico-romana común a través de una investigación histórica de los dogmas, o sea, desde la «civilian tradition», se percibe en las experiencias del propio Zimmermann en sus ponencias en el seno de la Comisión Lando. De esta forma, Zimmermann²⁴ describe la misma en relación con las reglas básicas del derecho europeo de obligaciones: «Estas reglas básicas se consideran a sí mismas como una suerte de Restatements, siendo de este modo, naturalmente, expresiones de la “civilian tradition”. Como ejemplo pudieran servir los dos capítulos de los que fui responsable como ponente: la compensación y el Derecho de prescripción. Los requisitos de la compensación (una institución de derecho sustantivo) son reciprocidad y homogenei-

²¹ Vid. R. KNÜTEL. «Ius Commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union, Jus». *Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, 9, 1996. R. KNÜTEL. «Rechtseinheit in Europa und römisches Recht», *Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, 1994. Andrés SANTOS. «Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law». *European Review of Private Law*, 2004.

²² Reinhard SHULZE. «De la aportación de la Historia del Derecho a una Ciencia del Derecho Privado Europeo». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1996.

²³ R. ZIMMERMANN (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999.

²⁴ Vid. ZIMMERMANN, *Europa y el Derecho Romano*, pp. 121, 122 y 123.

dad de los créditos, exigibilidad y vencimiento de la deuda que se compensa por el deudor, así como cumplimiento del tiempo establecido para la prestación, por el deudor, del crédito del acreedor. Se trata así de características que proceden del Derecho romano y que forman hasta hoy un común elemento central del Derecho privado europeo. Justiniano estableció, además, para cortar abusos, que sólo se pudiera compensar un contra-crédito líquido. Estas ideas las recoge el artículo 13.102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos e intenta mediar con ello entre las diversas configuraciones que se han encontrado en los modernos ordenamientos (...) Las líneas de desarrollo que caracterizan el modelo de prescripción de los Principios son en cambio de fecha más reciente. También aquí, no obstante, se esfuerzan enérgicamente los Principios en integrarse en esos desarrollos como los que han encontrado su reflejo ante todo en nuevas codificaciones y leyes singulares. Esto concierne al acortamiento y a la fijación de un plazo máximo. Al Derecho común se remontan, por el contrario, los conceptos de la interrupción (ahora: nuevo comienzo) y de la suspensión de la prescripción, además de la regla “*agere non valenti non currit praescriptio*” en sus diversas manifestaciones».

En suma, armonización del Derecho privado europeo sobre la tradición romanística común y atendiendo a la investigación histórica de los dogmas, en el contexto de un análisis comparado de las diferentes respuestas jurídicas, es el sistema que –a mi juicio– resultaría el adecuado para la elaboración de una ciencia jurídica privada europea.

II. EL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994, supusieron el primer impulso oficial en dicho proceso europeizante.

Así, la Resolución de 26 de mayo de 1989 «sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros»²⁵ explicó cómo la cobertura jurídica de temas concretos no resultaba suficiente para las necesidades y aspiraciones de un mercado único y sin fronteras, por lo que acabó sugiriendo que se iniciaran los trabajos preparatorios para la elaboración de un «Código europeo común de derecho privado».

²⁵ DOCE 158 (26.6.1989), 400.

Posteriormente, la Resolución de 6 de mayo de 1994, «sobre la armonización de determinados sectores del derecho privado de los Estados miembros», solicitó expresamente que se diera comienzo a los trabajos preparatorios indispensables para la elaboración de un «Código europeo común de derecho privado». Sin embargo, debido a que no fueron generalmente atendidas por sus destinatarios, y a la vista de la lentitud mostrada en la ejecución de lo previsto en el artículo K.1 del Tratado de Maastricht, el Consejo de Europa en sus conclusiones realizadas en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999 instó a una mayor convergencia del Derecho Civil señalando que había de procederse a un «estudio global sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles». Como consecuencia de dichas conclusiones del Consejo de Europa, la Comisión Europea publicó el día 11 de julio de 2001 una «Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo» cuyo propósito era: «ampliar el debate sobre derecho contractual europeo entre las instituciones políticas de la Unión y los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia», y aunque haciendo referencia explícita al derecho contractual europeo, se señala también en la misma que, teniendo en cuenta el contexto económico, también podrían incluirse las garantías de crédito relativas a bienes inmobiliarios, el enriquecimiento injusto y la responsabilidad civil²⁶.

Por otro lado, la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo, de 12 de febrero de 2003, sobre «un derecho contractual más coherente: plan de acción»²⁷, ha supuesto uno de los mayores impulsos a estos cometidos por parte de las instituciones europeas, ya que estructura un Plan de Acción en torno a tres tipos de medidas: (1) la mejora de la calidad del acervo comunitario en el ámbito del derecho contractual gracias a una terminología común que se expresará en el denominado «Common Frame of Reference», (2) la promoción de la elaboración de una guía de condiciones generales de la contratación aplicables en la Unión Europea y (3) la adopción de un «instrumento facultativo» en el ámbito del derecho contractual europeo.

Para la puesta en marcha del Plan de Acción, la Comisión Europea propone el establecimiento de un Marco Común de

²⁶ COM (2001). DOCE 2002, C-241/1. Para comentarios a esta comunicación, *Vid. C. VON BAR y O. LANDO (2002), Communication on European Contract Law: Joint Response of Comisión on European Contract Law and the Study Group on European Civil Code*, ERPL 2/2002, 183-248.

²⁷ COM (2003). DOCE 2003 C 246/1.

Referencia (CFR) al decir que: «La Comisión considera que un marco común de referencia que establece principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo constituye un paso importante para mejorar el acervo en materia de Derecho contractual. Este marco común de referencia será un documento accesible al público que ayudará a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del Derecho contractual europeo. Este marco común de referencia debería responder a las necesidades y las expectativas de los operadores económicos de un mercado interior que aspira a convertirse en la economía más dinámica del mundo».

Además, con el ánimo de superar las contradicciones nacionales, se menciona en dicha Comunicación la elaboración de un «instrumento facultativo», con el que se alcanzarían una serie de reglas generales aplicables a los contratos transfronterizos en sustitución de las reglas locales. Así la Comunicación decía que: «Se presentaron algunos argumentos a favor de la adopción de un instrumento facultativo que ofrecería a las partes contratantes un conjunto modernizado de reglas particularmente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior (...). Este instrumento ofrecería tanto a la parte económicamente más fuerte como a la más débil una solución aceptable y adecuada, sin que debieran aplicar necesariamente el Derecho nacional de una de las partes, lo que facilitaría las negociaciones».

De nuevo la Comisión impulsa esta labor unificadora mediante la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 11 de octubre de 2004²⁸ «sobre derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro», donde se vuelve a insistir en la necesidad de consolidar un marco común de referencia para «mejorar la calidad y coherencia del acervo en el ámbito del derecho contractual», diciéndose en la misma que: «La Comisión utilizará el MCR, cuando proceda, como herramienta para presentar propuestas de mejora de calidad y coherencia del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en el ámbito del Derecho contractual. Además, permitirá simplificar el acervo. El MCR definirá con precisión términos jurídicos, enunciará los principios fundamentales y presentará modelos coherentes de normas de derecho contractual inspiradas en el acervo comunitario y en las mejores soluciones recogidas en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros».

²⁸ COM (2004). DOCE 2005 C 14/6.

Por tanto, la elaboración de un Marco Común de Referencia (CFR) dirigido a la mejora de la calidad de la legislación y a la coherencia del acervo comunitario existente y futuro en materia de contratos, sirviendo dicho CFR como base de uno o varios instrumentos facultativos de derecho europeo de contratos, constituyen los mandatos de dichas Comunicaciones de la Comisión, por lo que la elaboración de un texto normativo contractual europeo tiene ya su base en las propias Comunicaciones de la Comisión, debiendo ser su culminación la conclusión del Marco Común de Referencia.

Pero con anterioridad a dichos documentos comunitarios oficiales, la armonización del derecho privado europeo tiene en los Principios elaborados por la Comisión Lando, su gran propulsor, por lo que a continuación trataremos sobre los mismos.

III. LOS PRINCIPIOS LANDO

Sobre el origen de los mismos el propio Ole Lando expone en el Prefacio de su obra²⁹ que en 1974 se celebró un simposio en la «Copenhagen Business School», sobre el borrador de un Convenio CEE sobre la legislación aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, y tras el mismo el Dr. Hauschild que dirigía el grupo de expertos que prepararon el borrador del citado convenio y el profesor Lando, manifestaron estar de acuerdo sobre la insuficiencia de las opciones propuestas para lograr una uniformidad legal necesaria en un mercado único europeo, por lo que el Dr. Hauschild exclamó entonces que «Necesitamos un Código de obligaciones europeo».

Los trabajos de la primera Comisión comenzaron en Bruselas en diciembre de 1980, empezándose a discutir los Principios en noviembre de 1982 en Hamburgo.

Así los Principios de Derecho europeo de los contratos son el resultado del trabajo llevado a cabo por la Comisión de Derecho Europeo de Contratos, un grupo de juristas reclutados por todos los países de la Unión Europea, bajo la presidencia del Profesor Ole Lando³⁰.

²⁹ Principios de Derecho Contractual Europeo, partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo», edición Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española, pp. 15 ss.

³⁰ Existe una amplísima bibliografía sobre los Principios Lando, así por ejemplo, la citada por Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Los Principios Lando. Derecho Contractual Europeo*, Editorial Bosch, 2009 pp. 179 ss. Cabe destacar entre nuestra literatura jurídica nacional, la obra de Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Editorial Civitas, 2002.

Según los autores de los mismos, los beneficios de la formulación de unos principios europeos contractuales serían los siguientes:

A) *El fomento del comercio transfronterizo dentro de Europa*

Las medidas de armonización confieren beneficios particulares a las partes contratantes que hacen negocios en diferentes Estados, porque se aplican de manera uniforme en el territorio de los diversos Estados, se separan de cualquier ordenamiento jurídico particular, se encuentran disponibles en idiomas de los cuales uno al menos será seguramente conocido por las partes, y que, con el tiempo, serán mucho más familiares para quienes las utilizan que las reglas nacionales individuales de los diversos Estados extranjeros en los que lleven a cabo negocios.

B) *El fortalecimiento del mercado único europeo*

La armonización de unos principios de Derecho de contratos tiene especial importancia para el buen funcionamiento del mercado único europeo, cuya esencia principal es un enfoque ampliamente unitario del Derecho y de la reglamentación que supere los obstáculos al comercio y las distorsiones del mercado resultantes de las diferencias entre los Derechos nacionales de los Estados miembros con consecuencias para el comercio dentro de Europa.

C) *La creación de una infraestructura para leyes comunitarias que rijan en sede de contratos*

Se han promulgado Directivas que afectan a contratos en relación con los seguros, empleo, agencia comercial, crédito al consumo, seguridad de los consumidores, ventas a domicilio y cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores, por sólo mencionar algunos, y la lista no deja de aumentar. Sin embargo, todavía no existe una infraestructura general de Derecho de contratos para apoyar esas medidas comunitarias específicas. En la actualidad, existen disparidades considerables entre los Derechos de los Estados miembros que rigen los contratos, incluidos aspectos tan importantes como la formación, validez formal y sustancial, efectos sustantivos o esenciales, remedios para caso de incumplimiento y condiciones bajo las que no se exige el cumplimiento. No hay ni siquiera una terminología común. En consecuencia, los Principios no se destinan puramente a reducir los efectos perjudiciales de las diferencias entre los Derechos nacionales dentro del mercado único

europeo, sino también para servir como base para un Derecho de contratos dentro de la Comunidad, sobre el que podrán edificarse medidas más específicas de armonización. Sin unos principios de este tipo de Derecho de contratos a nivel comunitario, se debilitaría de manera significativa el efecto de muchas de las medidas adoptadas a favor de la integración jurídica europea en lo tocante a transacciones de consumidores y transacciones mercantiles.

D) *La previsión de unas guías para tribunales nacionales y legislación*

Los Principios tratan de reflejar un núcleo común de soluciones a problemas del Derecho de contratos. Algunos de ellos plantean cada vez más mayores dificultades para los tribunales nacionales y para los legisladores. Los Principios también tratan de ser progresistas. En muchas cuestiones cubiertas por el Derecho nacional ofrecen una respuesta más satisfactoria que la que se obtendría desde el enfoque y el razonamiento jurídico tradicional. Por ejemplo, las disposiciones que se refieren a las garantías del cumplimiento y al otorgamiento de protección en el caso de que un cambio de circunstancias convierta el cumplimiento del contrato en algo excesivamente oneroso, se ocupan de manera equilibrada de dificultades que se repiten con frecuencia y sobre las que nada dice la mayoría de los ordenamientos nacionales. Los Principios, desde luego, están a disposición de los tribunales europeos y de las legislaciones para asegurar el desarrollo floreciente del Derecho de contratos a nivel de toda la Unión. Incluso más allá de las fronteras de la Unión Europea, los Principios podrían servir como inspiración para los legisladores del centro y del este de Europa que están reformando actualmente su legislación de contratos para cubrir las necesidades de una economía de mercado.

E) *La construcción de un puente entre el «Civil Law» y el «Common Law»*

Uno de los problemas más difíciles de la integración jurídica en Europa es reconciliar las familias del *civil law* y del *common law*. Desde luego, es cierto que hay diferencias notables incluso entre los ordenamientos del Derecho civil entre sí; también es cierto que, en muchos casos, los problemas corrientes se solucionan de manera muy parecida por los diversos sistemas jurídicos, con independencia de la familia a la que pertenecen. Pero sigue habiendo diferencias muy grandes entre los ordenamientos del «Derecho civil» y

del «Derecho común» en cuanto a la estructura jurídica y razonamiento, terminología, conceptos fundamentales y clasificaciones y política jurídica. Para ilustrar este punto son suficientes dos ejemplos del ámbito cubierto por los Principios. El primero es que en los sistemas del «Derecho civil» el principio de la buena fe es de carácter general e impregna todo el ordenamiento; en los sistemas europeos de «Derecho común» este principio general no existe. En ellos se exige la buena fe únicamente en situaciones concretas y tienen una serie de reglas específicas que llegan a algunos resultados similares a los que exigiría la buena fe, si bien no se hace mención a dicho concepto. El segundo es que el *civil law* considera legítimo que un contrato contenga cláusulas penales destinadas a disuadir que una parte rompa el contrato; el *common law* considera que imponer sanciones (frente a la liquidación de daños por vía de compensación por pérdidas anticipadas) es algo inconveniente e inejecutable. Tales diferencias son contrarias al buen funcionamiento del Mercado único europeo. Uno de los mayores beneficios ofrecidos por los Principios es el de disponer un puente entre el Derecho civil y el Derecho común previendo reglas destinadas a reconciliar sus diferentes filosofías jurídicas.

F) *Una base para la legislación europea*

Los Principios prevén la base jurídica necesaria para las medidas ya tomadas y las que deben tomarse en un futuro por parte de los órganos de la Unión Europea. Los Principios ayudarán tanto a los órganos de la Comunidad a redactar medidas como a los tribunales, árbitros y asesores jurídicos en la aplicación de las medidas comunitarias. Uno de los objetivos de los Principios de Derecho europeo de los contratos es servir de base para cualquier futuro Código europeo de contratos. Podrían constituir un primer paso en ese trabajo.

G) *Una formulación moderna de la lex mercatoria*

Las partes que intervienen en contratos internacionales que quieren que su acuerdo se rija por principios aceptados a nivel internacional o que no son capaces de celebrar su negocio con base en un concreto ordenamiento jurídico nacional, tienen la opción de adoptar la *lex mercatoria* para regir su contrato. Con frecuencia se da la situación de que optan por el arbitraje, basándose o bien directamente en la *lex mercatoria*, o bien en los denominados «principios generales del Derecho», «principios aceptados a nivel internacional» o alguna otra expresión similar. Es difícil determinar la

posición del árbitro que ha de ocuparse de un contrato de este tipo a la hora de localizar esos principios. Puede intuir que sabe lo que se acepta a nivel de costumbre, o puede sentirse capaz de emitir un juicio con sentido común, pero ninguna de las dos maneras es un sistema fiable para decidir el caso. Si los principios internacionalmente aceptados constan en algún sitio, la posición del árbitro será seguramente más fácil y la incertidumbre generada cuando las partes adoptaron una frase así se verá reducida. Uno de los objetivos inmediatos de los Principios es prever una declaración de los mismos que sea aceptable dentro de Europa y que se pueda aplicar directamente por los árbitros en casos como los citados –lo que, en efecto, se constituiría en una *lex mercatoria* europea moderna.

H) *Un modelo para el desarrollo judicial y legislativo del Derecho de contratos*

Los Principios ofrecen una ayuda a los tribunales y a los árbitros que tienen que decidir cuestiones que no se encuentran reguladas de manera adecuada por la legislación nacional o por algún otro sistema normativo que resulte aplicable. El tribunal o árbitro puede adoptar la solución aportada por los Principios sabiendo que representa el núcleo común de los ordenamientos europeos, o un desarrollo progresivo de este núcleo común. De igual forma, los legisladores que están reformando su Derecho de contratos pueden adoptar las soluciones de los Principios. La Comisión confía particularmente en que los Principios sean útiles a quienes tienen la tarea de reformar el Derecho de contratos en las democracias más recientes de Centroeuropa.

I) *Una base para la armonización*

Es posible, en fin, que los Estados miembros de la Unión Europea deseen armonizar su Derecho de contratos. Los Principios pueden servir como un modelo en que basar esa tarea de armonización. De ahí que los Principios tengan tanto objetivos inmediatos como objetivos a largo plazo. Se encuentran a disposición para que las partes que celebren un contrato los utilicen de manera inmediata, como para su uso por parte de los tribunales y árbitros al resolver conflictos sobre contratos, como para que los apliquen los legisladores al redactar normativa contractual, ya sea a nivel europeo o a nivel nacional. Su objetivo a largo plazo es apoyar y conseguir la armonización del Derecho general de contratos dentro de la Unión Europea.

IV. HACIA EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA

Como ya hemos expuesto las bases del Marco Común de Referencia las han puesto diferentes Comunicaciones y Resoluciones del Parlamento, destacando la Comunicación de 2001 sobre derecho contractual europeo, y el citado Plan de Acción presentado por la Comisión Europea en 2003. Asimismo, también hemos visto como en 2004 el Consejo indicó cómo se iba a desarrollar el Marco Común de Referencia para reforzar la coherencia del acervo relacionado con la protección del consumidor fijando el horizonte para 2009 y desechando que la tarea inicial trate de elaborar un Código Civil o un Código de derecho contractual.

Con posterioridad la Comisión ha publicado también dos informes de seguimiento del proceso de elaboración del Marco Común de Referencia³¹ donde señala el carácter de «herramienta» (*toolbox*) del Marco Común de Referencia.

De especial importancia para entender el alcance y sentido del Marco Común de Referencia resulta la Conclusión 20.^a de la Presidencia del Consejo Europeo tras el Consejo de Bruselas celebrado los días 19 y 20 de junio de 2008, que afirma que «el Consejo Europeo subraya la necesidad de continuar rápidamente los trabajos sobre el proyecto para establecer un marco común de referencia para el Derecho contractual europeo».

Por otro lado y con gran interés, la Resolución del Parlamento Europeo de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo, establece lo siguiente:

«D. Considerando que el proyecto de MCR no es sino un documento académico, y que la posible selección de las partes del proyecto de MCR que deben integrarse en el próximo documento de la Comisión constituye un ejercicio de carácter eminentemente político,

1. Acoge favorablemente la presentación del proyecto de MCR y espera el proyecto académico definitivo de MCR que debe ser presentado a la Comisión a finales de diciembre de 2008;

2. Pide a la Comisión que presente un plan detallado y transparente sobre la forma en que se organizará y coordinará el proceso de selección que conducirá a la elaboración del documento de la

³¹ El primero de 23 de septiembre de 2005, «Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo» [COM (2005) 456]; y el posterior Informe de la Comisión, de 25 de julio de 2007, «Segundo Informe de la situación sobre el Marco Común de Referencia» [COM (2007) 447].

Comisión, especialmente por lo que respecta a todas las direcciones generales implicadas;

3. Pide a la Comisión que vele para que el proyecto de MCR esté disponible en el mayor número posible de lenguas pertinentes a fin de garantizar que todas las partes interesadas tengan acceso al mismo;

4. Pide a la Comisión que examine la posibilidad de encargar el proyecto a la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, con la plena participación de todas las demás direcciones generales competentes, dado que el MCR va mucho más allá del Derecho contractual en materia de consumo, y que facilite los recursos materiales y humanos que sean necesarios;

5. Señala que el documento de la Comisión constituirá la base de la decisión de las instituciones europeas y de todas las partes interesadas sobre la finalidad futura del MCR, su contenido y su efecto jurídico, que puede variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta la base de un instrumento opcional en el Derecho contractual europeo;

6. Considera que, independientemente de la futura configuración del MCR, deben adoptarse medidas para garantizar su actualización regular a fin de que refleje los cambios y la evolución nacional en el Derecho contractual;

7. Señala que, a la hora de adoptar una decisión sobre el contenido del MCR, la Comisión debe tener en cuenta la declaración del Consejo de 18 de abril de 2008, según la cual el MCR debe ser un instrumento para legislar mejor y constituir un conjunto de orientaciones no vinculantes que deben utilizarse a escala comunitaria;

8. Sugiere que, en ese caso, el MCR sea lo más posible y considera que no tiene por qué ser necesario excluir contenidos ni materiales en esta fase; [...]

9. Propone que, de utilizarse como instrumento legislativo no vinculante, las partes pertinentes del MCR se adjunten a cualquier propuesta legislativa o comunicación futura elaborada por la Comisión que afecte al Derecho contractual, con objeto de garantizar que el legislador comunitario lo tiene en cuenta;

10. Señala que, a la hora de adoptar una decisión sobre el contenido del MCR, la Comisión debe tener presente que el MCR podría ir mucho más allá de un mero instrumento legislativo y convertirse en un instrumento opcional;

11. Sugiere que, si es probable que el formato futuro del MCR sea el de un instrumento opcional, se limite a aquellos ámbitos en los que el legislador comunitario haya actuado o vaya a actuar pro-

bablemente en un futuro próximo, o que están estrechamente relacionados con el Derecho contractual; sugiere que cualquier posible instrumento opcional se base en el proyecto de MCR; considera que, en cualquier caso, debe velarse por que el proceso de selección no ponga en peligro la coherencia global del instrumento opcional [...]»

Ya en 2008, se presentó a la Comisión y al debate público un Borrador de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) de carácter académico por el «*Study Group on a European Civil Code*» y el «*Research Group on EC Private Law (Aquis Group)*»³² que fue concebido con el citado carácter académico por los propios autores del mismo y adoptado con carácter provisional a expensas de la preparación del definitivo Marco Común de Referencia.

Este *Draft Common Frame of Reference* de 2008 está inspirado en los Principios del Derecho Europeo de Contratos de la Comisión Lando, habiéndose revisados los mismos y ajustados al contenido del *Draft Common Frame of Reference*.

Este *Draft Common Frame of Reference* de 2008 contiene normas sobre la formación, validez, interpretación y contenido del contrato y, por analogía, respecto de otros actos jurídicos, también sobre el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato y los remedios frente al incumplimiento de las mismas. También, contiene normas relativas a los derechos y obligaciones en general (por ejemplo, pluralidad de deudores, cesión de derechos, compensación y prescripción). Pero además, contiene normas sobre contratos en particular y acerca de derechos y obligaciones derivados de los mismos. Por último, se ocupó también sobre cuestiones propias de las obligaciones no contractuales, tales como el enriquecimiento injusto, daños y gestión de negocios ajenos, no recogiendo reglas sobre la propiedad de bienes muebles, aunque previendo que la versión final del mismo incluya normas sobre la transmisión de la propiedad, garantías y trust.

Pese a los loables cometidos del *Draft Common Frame of Reference* de 2008 (expuestos detalladamente por sus autores en la Introducción al mismo), aparecieron críticas por parte de autores prestigiosos, que merecen ser tenidas en cuenta. Valaquer Aloy³³, las expone del siguiente modo, en relación con el conocido núme-

³² Sobre los grupos de trabajo y el contenido del mismo, puede verse con carácter extenso al respecto, Francisco J. INFANTE RUIZ. «Entre lo político y lo académico: Un Common Frame of Reference de derecho privado europeo», Barcelona, abril de 2008, *Indret* 2/2008, pp. 12 ss.

³³ Vid. Antoni VALAQUER ALOY, «El Marco Común de Referencia. Derecho Contractual Europeo...» pp. 253 ss.

ro 11 de junio de 2008 de la *Juristenzeitung*³⁴. De esta forma, aunque en el *Draft Common Frame of Reference* de 2008 se enumeran los objetivos y valores generales del Derecho Privado Europeo, tales como la justicia, libertad, protección de los derechos humanos, bienestar económico, solidaridad y responsabilidad social, junto con los específicos suyos como son la promoción del mercado interno y la preservación de la diversidad cultural y lingüística, la información de las reglas modelo de derecho privado europeo, la razonabilidad, certidumbre jurídica, predictibilidad y eficiencia, sin embargo, no se ofrecen soluciones a los conflictos que pueden surgir entre dichos principios y cometidos, por ejemplo entre la libertad y la solidaridad en relación con el bienestar económico. Se dice que la justicia, puede ser, conmutativa o distributiva, de esta forma el dolo por la reticencia a ofrecer la información necesaria a la contraparte debe juzgarse según «el coste que supone a la parte adquirir esa información» (II.- 7:203), pese a que la noción de base económica no se encuentra en el concepto de error que se contiene en el II.-7:201. También se dice que existen múltiples referencias a la buena fe y a la honradez en los tratos (especialmente II.-1:102.1), conceptos que no coinciden con bastantes de los anteriormente citados. La crítica tiene también por objeto el que se utilizan demasiados conceptos jurídicos indeterminados como el de la buena fe, cuyo recurso continuado en los Principios del Derecho Europeo de Contratos estaba justificada, no así en el Marco Común de Referencia, por su carácter potencial de Código Civil.

Otro grupo de críticas están realizadas sobre el acento del poco carácter social del *Draft Common Frame of Reference* de 2008, ya que por ejemplo, no se realiza una regulación y definición de precio justo en el marco de las cláusulas abusivas. También se ha criticado la falta de carácter sistemático del mismo, en la regulación por ejemplo, de la representación, el mandato y el arrendamiento de servicios, ya que la representación es un concepto abstracto, el mandato es un contrato con efectos representativos y el contrato de servicios suele incluir un mandato. En este sentido, también se echa en falta una regulación coherente de los remedios en sede de compraventa y arrendamiento, que aún siendo esencialmente idénticos, tienen una redacción diferente.

Se critican las definiciones de los conceptos básicos por ser incompletas y por la utilización poco consistente de los conceptos jurídicos, como ocurre con la definición de «acto jurídico»,

³⁴ HORST EIDENMÜLLER, FLORIAN FAUST, HANS CHRISTOPH GRICOLEIT, NILS JANSEN, GERHARD WAGNER, REINHARD ZIMMERMANN, «Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfrage und Kodifikationsprobleme», *Juristenzeitung*, 2008, pp. 529 ss.

así como las distinciones y definiciones de «righth», «obligation» y «duty».

Pero a pesar de dichas críticas, no es menos cierto que con el *Draft Common Frame of Reference* de 2008 se dispuso de un cuerpo prelegislativo omnicomprensivo del Derecho de obligaciones y contratos, que cumple con la tarea de mejorar la calidad del acervo comunitario, que debería servir, ante la más que imposible realización en la actualidad de un Código Civil europeo, de un conjunto de reglas que si bien no supongan derecho aplicable, sí que podría cumplir la función de «soft law» a la que hemos hecho referencia y con los propósitos unificadores expuestos.

Con estos antecedentes, a principios de 2009 el «*Study Group on a European Civil Code*» y el «*Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*» han presentado, como sus propios autores reconocen en su introducción, la versión revisada y final del Borrador para un Marco Común de Referencia³⁵, aunque se trata de una versión sin notas y comentarios, la cual se espera finalizar en el plazo de un año³⁶.

Esta edición de 2009, en relación con la edición de 2008, contiene como novedades principales la regulación de los contratos de préstamo y la donación, así como las reglas sobre la adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes, los derechos de garantía sobre bienes muebles y la previsión de los trusts. Además, y debido a que el trabajo de 2008 tenía como uno de sus cometidos el hecho de que pudiera ser objeto de comentarios por las partes interesadas, el texto de 2009 ha sido enriquecido con los comentarios que fueron debatidos y aceptados por los grupos de trabajo.

Sus autores vuelven a incidir en la idea de que el texto de 2009 se trata de un texto académico y no políticamente autorizado, que es el resultado de las iniciativas de ciertos juristas europeos, haciendo notar que no contiene ninguna regla singular, definición o principio que haya sido aprobado o provenga de ningún órgano político europeo ni a nivel a nacional, excepto aquello que resulte coincidente con la existente legislación europea o nacional, pudiendo ser considerado el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 como un trabajo que integre el futuro Marco Común de Referencia, aunque este extremo, dicen sus autores, ha de ser decidido por otros.

De nuevo en la introducción del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 sus autores lo conciben (entre otras cosas) como un

³⁵ «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)». Outline Edition. Sellier, European law publishers, München, 2009.

³⁶ Según nuestras noticias más recientes. Esta obra se ha completado en octubre de 2009.

posible modelo para el político Marco Común de Referencia, reconociendo que éste no precisa tener el mismo contenido que el presente *Draft Common Frame of Reference* de carácter académico, aunque éste no tiene por qué ser considerado únicamente como el pilar para un futuro Marco Común de referencia de carácter político, sino que ha de tener su propio significado y relevancia con independencia de lo que ocurra con el Marco Común de Referencia, y promoverá el conocimiento del derecho privado en las diferentes jurisdicciones de la Unión Europea, aunque se espera que el *Draft Common Frame of Reference* sea conocido más allá del mundo académico como un texto inspirador para alcanzar soluciones para cuestiones de derecho privado.

El *Draft Common Frame of Reference* de 2009 contiene lo que se han denominado «Principios», «Definiciones» y «Modelos de Reglas».

El concepto de «Principios», no aparece en ninguna de las Comunicaciones de la Unión Europea, pudiendo ser objeto de diversas interpretaciones. Así en numerosas ocasiones es usado como sinónimo de reglas que no han alcanzado fuerza de ley, como por ejemplo, se definen así mismo los Principios del Derecho Europeo de Contratos 1:101 (1), o bien, con el mismo alcance que se les otorga a los mismos en los Principios Unidroit de la contratación internacional. Los autores del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 afirman que éste debe ser el significado de los «Principios», esto es reglas sin fuerza de ley, aunque a veces la palabra «principios» también puede ser reservada para aquellas reglas que tienen una naturaleza más amplia, como aquellas relativas a la libertad para contratar o a la buena fe.

Así, los «principios subyacentes» del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 se agrupan bajo las categorías de la libertad, la seguridad, la justicia y la eficiencia; estableciéndose como «principios fundamentales» los de la protección de los derechos humanos, la promoción de la solidaridad y la responsabilidad social, la preservación de las diversidades culturales y lingüísticas, la protección y promoción del bienestar, así como la promoción del mercado interior. Así, por ejemplo, el principio fundamental de protección a los derechos humanos se observa notablemente en las reglas relativas a la no discriminación establecidas en los Libros II y III, así como en muchas de las reglas del Libro VI relativo a la responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados a otro. En cuanto a la promoción de la solidaridad y la responsabilidad social, que aunque son más propias del Derecho Público no son completamente ajenas al Derecho Privado, encontrándose por ejemplo en

aquellas reglas relativas a la gestión de negocios ajenos las cuales tratan de desincentivar la actuación insolidaria.

Por otro lado, las «Definiciones» tienen la función de promover el desarrollo de una terminología legal uniforme, conteniéndose específicamente un listado que figura como Anexo al *Draft Common Frame of Reference* de 2009. Y por último, los «Modelos de Reglas», que informan la mayor parte del *Draft Common Frame of Reference* a través del contenido de sus diez libros, tienen la consideración de «*soft law*» del mismo modo que por ejemplo eran considerados los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

Los propios autores del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 afirman que éste va más allá que los propios Principios del Derecho Europeo de Contratos, pese que éstos ya gozaban de una amplia cobertura, puesto que tenían reglas relativas no sólo sobre la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos, sino que también contenían otros actos jurídicos tales como los relativos al cumplimiento de las obligaciones contractuales, y los remedios para el incumplimiento de dichas obligaciones, regulando incluso en sus últimos capítulos muchas reglas del derecho de obligaciones, tales como las reglas sobre pluralidad de partes, la cesión de derechos, la compensación y la prescripción.

Con esta mayor amplitud, el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 contiene en su Libro IV una serie de Modelos de Reglas sobre los denominados «contratos específicos» y los derechos y obligaciones derivados de los mismos. Igualmente, el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 también regula las obligaciones no contractuales, por ejemplo, aquellas que derivan del enriquecimiento injusto, de la responsabilidad extracontractual, la gestión de negocios ajenos, y las obligaciones que resulten para personas que estén en posesión de activos que hayan sido objeto de garantías, o las que deriven de su condición de «trustee» o fiduciario. Es decir, la regulación de las obligaciones no contractuales en el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 es mucho más amplia que la realizada en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Siendo también objeto novedoso de regulación los asuntos relativos a la propiedad mobiliaria, tales como, la adquisición y pérdida de la propiedad, garantías y trusts.

Al hilo de lo anterior, también hay que reconocer que la cobertura del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 es considerablemente más extensa que el contenido que para el Marco Común de Referencia había ideado la Comisión Europea, ya que el «marco de referencia académico» no está sujeto a las restricciones del «marco de referencia político», porque aunque el *Draft Common*

Frame of Reference de 2009 está necesariamente ligado al Marco Común de Referencia, se ha concebido como un texto independiente a éste.

Con estos propósitos la estructura del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 viene dada por diez libros con el siguiente contenido: Libro I (Preceptos Generales), Libro II (Contratos y otros actos jurídicos), Libro III (Obligaciones y derechos correspondientes), Libro IV (Contratos en particular y derechos y obligaciones derivados de los mismos), Libro V (Gestión de negocios ajenos), Libro VI (Responsabilidad extracontractual derivada del daño causado a otro), Libro VII (Enriquecimiento injusto), Libro VIII (Adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles), Libro IX (Derechos de garantía sobre activos mobiliarios) y Libro X (Trusts).

Pese a la mayor amplitud de cobertura que el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 tiene en relación con los Principios del Derecho Europeo de Contratos, no es menos cierto que los Libros II y III de aquél contienen muchas reglas de éstos, que han sido incorporadas con el expreso consentimiento de la Comisión Lando, de quien es sucesora el «Study Group», aunque debido al diferente propósito, estructura y extensión del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 en relación con los Principios del Derecho Europeo de Contratos (por ejemplo, para abarcar cuestiones de protección de los consumidores), éstos no podían ser simplemente incorporados sin más, de ahí que se haya elaborado una tabla de desviaciones con respecto a estos.

En este sentido, el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 tiene entre otros motivos, el desarrollo y esclarecimiento de los conceptos y la terminología del derecho privado europeo, por lo que una de las diferencias esenciales en esta materia con los Principios del Derecho Europeo de Contratos, es el esclarecimiento de la distinción existente entre contrato (considerado como un tipo de convenio o acto jurídico) y la relación contractual (usualmente consistente en recíprocos derechos y obligaciones). Así por ejemplo, en el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 el contrato no es lo que se cumple, sino lo que se concluye; son las obligaciones las que son objeto de cumplimiento. De forma análoga, el contrato no es lo que se extingue, sino que son las relaciones contractuales o los particulares derechos y obligaciones derivados del contrato los que son objeto de extinción. Así, el nuevo enfoque de los derechos y obligaciones realizados en el Libro III del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 ha sido posible mediante el uso apropiado de conceptos como «acreedor» y «deudor» en vez de términos como «parte agraviada» y «otra parte» que eran común-

mente utilizados en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Igualmente, la decisión de utilizar en el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 el término «obligación» como la otra cara del derecho al cumplimiento, ha implicado también cambios en relación con los Principios del Derecho Europeo de Contratos que utilizaban el término «deber» con el mismo sentido que el propio de la «obligación».

Otras innovaciones en relación con los Principios del Derecho Europeo de Contratos han venido dadas por los comentarios de las partes interesadas («*stakeholders*») realizados en los talleres de trabajo («*workshops*») propiciados por la Comisión Europea. Por ejemplo, las reglas sobre la representación, las relativas a los tratos precontractuales, las concernientes sobre las variaciones por los tribunales de los derechos contractuales, y las propias del cambio de circunstancias.

Debido al cambio y desarrollo de las circunstancias desde la publicación de los Principios del Derecho Europeo de Contratos que han venido dadas por el desarrollo de diferentes legislaciones nacionales e instrumentos nacionales, se ha considerado ventajoso incluir en este *Draft Common Frame of Reference* de 2009 la regulación de los «contratos mixtos» en el Libro II y una regla general sobre notificaciones de disconformidad en el Libro III, así como generalizar los remedios del vendedor.

Otros cambios de redacción realizados con los propósitos esclarecedores expuestos, son por ejemplo, los llevados a cabo en relación con el término «reclamación», ya que los Principios del Derecho Europeo de Contratos utilizaban el mismo tanto como afirmación del derecho como derecho al cumplimiento, mientras que el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 usa la palabra «reclamación» en el primer sentido, mientras que utiliza «derecho al cumplimiento» en aquel contexto en que esta acepción debe ser utilizada. Otro ejemplo de refinamiento en la redacción viene dado porque los Principios del Derecho Europeo de Contratos usaban la palabra «términos» o bien «cláusulas» del contrato, mientras que el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 utiliza sólo la palabra «términos» del contrato con el objeto de ser omnicompreensivo tanto de los escritos como de los no escritos.

En función de lo anterior, el propósito de este *Draft Common Frame of Reference* de 2009, ha sido dar respuesta a los requerimientos del Plan de Acción presentado por la Comisión Europea en 2003, conteniendo los Principios, Definiciones y Modelos de Reglas mencionados en ellos, por ello este trabajo lo que pretende es ayudar al proceso de desarrollo del actual acervo comunitario y

redacción de la futura legislación de la Unión Europea en el campo del Derecho Privado, colaborando en la identificación de medidas que han de ser adoptadas con este fin.

Pero en nuestra opinión, el espíritu del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 se conoce mejor si nos acercamos más –aunque muy someramente– a los cuatro principios subyacentes antes citados, a saber, la Libertad, la Seguridad, la Justicia y la Eficiencia.

En relación con la Libertad, el punto de partida es el de la libertad para contratar, es decir, las personas deben ser libres para decidir si contratan o no, así como con quien contratan, lo que se reconoce en el II.-1:102 (1) del DCFR (2009); siendo igualmente libres las partes contractuales en cualquier momento para modificar los términos de su contrato o para poner fin a su relación contractual, tal y como prevé el II.-1:103(3) del DCFR (2009). Sin embargo, existe un principio relacionado con la libertad para contratar que no está expresamente recogido en el DCFR (2009) que es el relativo a las limitaciones de los efectos del contrato con respecto a terceros, ya que se asume que las partes sólo pueden contratar para sí mismas, a menos que otra cosa hayan previsto, y que como regla general, los contratos, regulan sólo derechos y obligaciones entre las partes que los concluyen. Así, el DFCR (2009) se limita en esta materia a citar las excepciones a esta regla general, principalmente en materia de representación, así como en las reglas sobre la estipulación a favor de tercero reguladas en II.-9:301 y II.-9:303.

Otra manifestación de la Libertad es la invalidez de los contratos que vulneren la Ley y el Orden Público, aunque el DFCR (2009) no desarrolle cuándo un contrato se considera que vulnera la Ley y el Orden Público, ya que escapa de su contenido al ser esta materia más propia de las normas penales y protectoras de la competencia de los diferentes Estados miembros en que se hayan convenido las obligaciones contractuales.

Dentro del principio de la libertad de contratar, aunque a veces se ha ubicado su análisis en sede del principio de Justicia, se encuentran las reglas del DFCR (2009) acerca del consentimiento contractual viciado, regulando la invalidez del contrato en el que una de las partes contractuales haya prestado su consentimiento mediando error o dolo. Cabe hacer notar que los remedios que el DFCR (2009) otorga para el caso del dolo no pueden ser excluidos o restringidos por pacto de las partes, II.-7:215 (1), a diferencia de lo que ocurre para el caso del error, II.-7:215 (2).

Por otro lado y como restricciones a las libertades de las partes para contratar, se ha hecho necesario debido a las diferentes regulaciones de los vicios de la voluntad que existen entre los diversos

Estados miembros (por ej. en algunas legislaciones se exige la esencialidad del error como causa de anulabilidad contractual), que el DFCR (2009) haya impuesto a las partes contractuales la obligación de suministrarse toda aquella información para que se puedan formar correctamente su juicio de voluntad y poder contratar.

El principio de Libertad también se encuentra latente a través de aquellas reglas modelo reguladoras de la responsabilidad extracontractual, la cual sólo ha de derivarse o venir impuesta cuando se encuentre claramente justificada, así por ejemplo, el gestor de negocios ajenos tiene justificada su actuación cuando hubiera razones suficientes para la misma, y no las habrá si podía conocer las intenciones del principal y sin embargo no lo hizo, o bien si conocía o tenía expectativas de conocer que su intervención se haría en contra de los intereses del principal, V.-1:101 (2).

También como restricción a la libertad para contratar y en sede de la regulación del derecho de propiedad y dado que los efectos jurídico-reales tienen repercusión también para terceros, el DFCR (2009) prohíbe la libertad para establecer prohibiciones de disponer sobre bienes muebles, ya que la libre disponibilidad de los mismos no es sólo importante para las personas a quien pudiera afectarles, sino para toda la sociedad en general, VIII.-1:301. No obstante, y en materia de propiedad mobiliaria, la libertad de contratar también resulta reforzada en reglas tales como que las partes pueden pactar sobre el momento de adquisición de la propiedad, VIII.-2:103; así como en la regla en virtud de la cual las partes son libres para pactar en materias tales como las relativas a los efectos que se derivan de bienes mezclados o combinados que pertenecen a varias personas. Esta libertad para contratar, en su vertiente de autonomía de la voluntad contractual, también se ha visto enaltecida, por ejemplo, en materia de garantías donde pueden acordarse sin carácter posesorio, es decir, sin que el acreedor garantizado deba tener en su posesión el bien dado en garantía, lo cual no era permitido en algunos países.

El principio de Seguridad está también presente a lo largo de todo el DFCR (2009), pudiéndose citar como ejemplo las reglas destinadas a la protección de la razonable confianza y expectativas contractuales, las cuales aparecen en diferentes partes del mismo, como por ejemplo, en materia de interpretación contractual, II.-8:101, así como en las reglas relativas al error, II.-7:201.

La Seguridad contractual supone el pleno respeto de la regla del *pacta sunt servanda*, de ahí que los contratos sean plenamente exigibles entre las partes, a menos que las mismas acuerden un mutuo disenso o bien se produzca la terminación anticipada del contrato

en aquellos contratos que tienen un carácter indefinido habiendo mediado el correspondiente preaviso, regulación de estos aspectos que nos ofrece el DFCR (2009) en II.-1:103; II.-1.108; y III.-1:109; previéndose también los efectos *rebus sic stantibus* o cómo afectan al contrato la alteración sobrevenida de las circunstancias, II.-1:102 y III.-1:110 (3).

También los remedios del acreedor ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, tales como el derecho al cumplimiento (III.- 3:301), el derecho a suspender la ejecución del cumplimiento (III.- 3:301), la terminación (III.-3:501) la reducción del precio (III.-3:601) y la indemnización de los daños y perjuicios existentes (III.-3:701), son manifestaciones del principio de seguridad contractual.

Por otro lado, las expresiones del principio de Justicia en el DFCR (2009) son aquellas que predicán el trato por igual, lo que se observa principalmente en las reglas contractuales protectoras de la no discriminación (II.-2:101 a II.-2:105 y III.-1:105); las reglas tendentes a que nadie pueda contar con su propia conducta ilegal, deshonesta o irrazonable, como por ejemplo aquella que dicta que el deudor no es responsable de los daños sufridos por el acreedor respecto de los cuales hubiera tenido la oportunidad de mitigar mediante la adopción de medidas adecuadas (III.-3:705); las que prohíben la obtención de beneficios excesivos o ventajas injustas, como por ejemplo sucede en los casos en que se permite la anulación del contrato a una parte si en el momento de su conclusión dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo (II.-7:207); las reglas que impiden la obtención de demandas excesivas, como por ejemplo el caso en que una parte queda liberada del cumplimiento de la obligación si prueba que no puede proceder al mismo debido a una imposibilidad fortuita (III.-3:104); las reglas tendentes a regular la responsabilidad por las consecuencias de las obligaciones, generalmente en el ámbito de las obligaciones no contractuales (Libro VI); las reglas que protegen a la parte más vulnerable del contrato, como por ejemplo, se pueden observar en aquella parte reguladora de la responsabilidad precontractual.

Por último, como ejemplos del Principio de Eficiencia, los autores del DFCR (2009) aluden a las mínimas formalidades y

restricciones procedimentales que se regulan en el mismo, ya que el DFCR (2009) trata de mantener las formalidades al mínimo, por ejemplo, sin que se requiera siquiera la formalidad escrita para los contratos, o bien, sin que la anulación del contrato requiera ningún trámite judicial valiendo sólo con la comunicación a la contraparte (II.-7:209), al igual que ocurre con la resolución del contrato (III.-3:507); incluso la propiedad de los bienes muebles puede ser transferida sin entrega (VIII.-2:101). De igual modo, no se requiere la existencia de causa o motivo para la conclusión de un contrato válido (II.-4:101); y se reconoce la validez y efectividad de los compromisos unilaterales (II.-1:103) (2).

En conclusión, hasta la fecha, este es el estado material de los trabajos realizados en el seno de estos grupos, tendentes a la armonización del derecho contractual europeo, con especial mención a la versión final de este *Draft Common Frame of Reference* (2009) la cual, como hemos adelantado, se había previsto concluir en el plazo de un año, teniendo lugar en octubre de 2009 y estando acompañada de notas y comentarios por los propios autores. (*Vid.* nota 35).

V. LA INCIDENCIA EN ESPAÑA DE LAS CORRIENTES ARMONIZADORAS DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Como señala, Gómez Gállico³⁷ desde su conocimiento de la misma por su pertenencia al Ministerio de Justicia, la postura del Reino de España sigue siendo la de rechazar la elaboración de un Código Civil europeo de aplicación general a los países miembros, ya que lo que se apoya es la elaboración de unos principios de derecho contractual europeo no vinculantes («soft law»).

Es notable la atención que en fechas recientes han dedicado los autores españoles a la armonización del derecho privado europeo, sin duda, por el convencimiento acerca de la trascendencia del mismo³⁸.

³⁷ *Vid. Derecho Contractual Europeo*, pp. 546 y 547. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, «La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo».

³⁸ Con carácter general, *Vid. Derecho Privado Europeo. Estado actual y perspectivas de futuro*, Jornadas de la Universidad Autónoma de Madrid, 14 y 17 de noviembre de 2007. AA.VV. Editorial Thomson-Aranzadi, 2008.

Sobre estudios particulares al respecto, *Vid. Derecho Contractual Europeo*, op. cit., así como los trabajos publicados en *Indret* (www.indret.com), como por ejemplo: Xavier BASOZABAL ARRUE, «Claves para entender la compensación en Europa» (*Indret* 4/2009); Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, «La prescripción en los PECL y en el DFCR» (*Indret* 3/2009); Javier J. INFANTE RUIZ y Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado

Ahora bien, esta incidencia se ha venido observando ya en las múltiples sentencias de nuestros tribunales que vienen citando entre sus argumentos y razonamientos las soluciones de este derecho contractual europeo. De esta forma, como indica González Pacanowska³⁹, en algunos casos se hace referencia a los mismos como un elemento comparativo entre distintos sistemas, como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 (RJ 2006/6080) en relación con el principio de la buena fe previsto en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2007 (RJ 2007/5731), donde se compara el artículo 1287 del Código Civil con normas de la Convención de Viena de 1980 y de los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

En otros casos, se les otorga un gran valor interpretativo para la solución de supuestos no regulados legalmente o bien sobre los que la «Doctrina discute y la Jurisprudencia vacila»; así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8631), sobre la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento y resolución cuando el plazo hubiera transcurrido en función del artículo 8:106 (3) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos; la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2007 (RJ 2007/4702); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 13 de septiembre de 2007 (JUR 2007/335298), en la que se acude al artículo 4:102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos sobre el régimen jurídico de la imposibilidad inicial; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de octubre de 2003 (RJ 2003/8687), en la que se cita el artículo 9:102 (3) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en relación con el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica en tiempo razonable, cuya doctrina se reitera en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 22 de marzo de 2007 (AC 2007/1811).

Otro grupo de casos, son como afirma González Pacanowska, aquellos en que los instrumentos armonizadores son citados a mayor abundamiento. Así, cabe citar la Sentencia del Tribunal

europeo» (Indret 3/2009); Ana SOLER PRESAS, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DFCR» (Indret 2/2009); Rocío DIEGUEZ OLIVA, «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia» (Indret 2/2009); Josep SOLÉ I FELIÚ, «El daño moral por infracción contractual. Principios, modelo y derecho español» (Indret 1/2009); Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, «Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DFCR y a los PECL» (Indret 4/2008); Paloma DE BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el marco común de referencia» (Indret 3/2008).

³⁹ Vid. *Derecho Contractual Europeo*, pp. 174-177, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los principios Lando».

Para un estudio jurisprudencial en este sentido, Vid. C. VENDRELL CERVANTES, «PECL in Spain», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2008.

Supremo de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8576), donde el requisito del incumplimiento para la aplicación del mecanismo resolutorio previsto en el artículo 1124 del Código Civil se explica en relación con lo dispuesto en el artículo 8:103 (c) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, entendiéndose que no es necesaria la «tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento», sino que bastará que se «malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte», al igual que ocurre, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921) y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/3091), la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008 (JUR/2009/8393), y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008 (Id. Cendoj: 280791100012008101164), doctrina que igualmente se reproduce en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de noviembre de 2007 (JUR 2008/84397), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de abril de 2008 (JUR 2008/189148), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 17 de abril de 2008 (JUR 2008/332125), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 2008 (JUR 2008/187683) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de julio de 2008 (JUR 2008/292158). De igual forma, en relación con la solidaridad mercantil y la compensación judicial, pueden observarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006 (RJ 2006/4977) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007 (RJ 2007 /321).

Pero sin duda alguna, es necesario hacer notar en este contexto los loables esfuerzos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ya que en su seno han visto la luz dos trabajos importantísimos por la trascendencia de los mismos en cuanto al calado de las modificaciones del Código Civil que con ellos se pretenden ⁴⁰.

Un primer trabajo titulado «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Contrato de Compraventa» ⁴¹ motivado principalmente por la incorporación al Ordenamiento español de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, a través de una ley especial, la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo (hoy ubicada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores

⁴⁰ Sobre estos aspectos, *Vid.* Antonio Manuel MORALES MORENO, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, 2006.

⁴¹ Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1998, pp. 108 ss.

y Usuarios). Como es conocido, el legislador español optó por este sistema de implementación, a diferencia de lo ocurrido en otros países europeos (v. gr. Alemania) donde se efectuó mediante una reforma del BGB en el año 2001.

En palabras de la propia «Exposición de Motivos» de dicha Propuesta «La Directiva que se acaba de incorporar se caracteriza por regular la responsabilidad del vendedor en lo que a las cualidades de la cosa se refiere de modo diferente al tradicional, utilizado por el Código civil español y otros Códigos europeos, tanto latinos como germánicos. Emplea el sistema de responsabilidad contractual de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, ratificada por España, que es el que también proponen, con vistas a la unificación, los Principios del Derecho Contractual Europeo. Es además al que en buena medida se viene orientando desde hace tiempo la evolución del propio Ordenamiento español».

En tiempos mucho más recientes ha cristalizado el segundo de los trabajos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, con el título de «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos»⁴², la cual después de razonar los motivos de la misma recoge como precedentes la meritada Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías de 1980, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT), los Principios del Derecho Europeo de Contratos y las directivas comunitarias sobre protección de consumidores, con la finalidad de que «... hay que tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren, lo cual significa tratar de eliminar las posibles dosis de arbitrariedad que en la aplicación de los anejos conceptos pudieran existir y, al mismo tiempo, dotarlas de operatividad, de manera que la suerte de los contratos y de las obligaciones resulte aquella que concuerde mejor con el desarrollo económico. Una segunda finalidad, ésta evidente, habrá de ser buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy. No es discutible que la existencia de diferencias no muy grandes entre unos y otros ordenamientos dentro de la Unión Europea, puede facilitar lo que reiteradamente se denominan operaciones transfronterizas. Y todo ello, en espera de una unificación de las normas

⁴² Boletín del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

de Derecho Europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse».

Éstas son principalmente, a mi juicio, las bases y las finalidades pretendidas con la proyectada reforma de nuestro Código Civil, en mi opinión la de mayor importancia en sus años de historia, junto con la reforma del Título Preliminar que tuviera efectivamente lugar mediante el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionaba con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar.

No obstante y como antes he hecho referencia, hasta la espera de la unificación de las normas del Derecho Europeo, la Sección Civil de la Comisión General de Codificación ha tenido a bien, de forma muy acertada, acometer la reforma de nuestras decimonónicas normas de nuestro Derecho de Obligaciones y Contratos, en aras sin duda del favorecimiento de la contratación y de las operaciones transfronterizas, entre otros motivos, ya que la armonización vía directivas comunitarias o la solución a través de las reglas de Derecho Internacional Privado no se han venido estimando como suficientes al respecto.

Se trata de una propuesta de reforma normativa, como he apuntado, de gran calado aunque necesaria, por lo que igual de importante supone que desde sus orígenes –sea considerada con un carácter más preliminar o no– haya de ofrecerse el conocimiento de la misma a la comunidad jurídica, no sólo científica sino práctica.

Puede que tenga que transcurrir tiempo hasta que la misma se lleve a cabo, incluso años, pero a nadie escapa su enorme interés, vuelvo a reiterar, no sólo desde el punto de vista dogmático sino también pragmático, máxime si tenemos en cuenta que incluso nuestros tribunales, según hemos expuesto, ya vienen acogiendo los dictados de los textos internacionales que han servido como base a la reforma del Código Civil propuesta.

Por ello, sería fructífero (y animo a ello desde ahora) realizar un estudio y análisis de la reforma proyectada, con el objeto de ofrecer no sólo el conocimiento de su articulado sino también el espíritu y bases de la misma, cuyo indudable valor sería el de mostrarnos tales antecedentes, el examen comparado de los textos internacionales citados y los motivos de cada uno de los preceptos del Código Civil objeto de la propuesta modificativa citada, lo que como en su día dijo García Goyena, en cuanto a la importancia de su obra, que «esa interpretación y resoluciones pueden considerarse auténticas, por haberse hecho previa discusión con aprobación de las secciones».

Como es conocido, la obra de García Goyena (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, 1851) resultó y

sigue resultando clave para la interpretación del Código Civil de 1889. Así, el referido autor daba explicaciones sobre cada precepto haciendo referencia a las legislaciones extranjeras que se habían tenido en cuenta en su redacción (Francia, Holanda, Vaud, Luisiana, Austria, Prusia, Baviera, Nápoles y Cerdeña), previo recurso a los textos romanos y de nuestro Derecho Histórico, ya que como decía el ilustre autor en el Prólogo a su citada obra «a un simple golpe de vista se descubrirá la legislación, que puede llamarse universal, sobre la materia del artículo, y esto es lo que yo comprendo en la palabra «concordancias».

García Goyena, realizó luego sus «motivos» ya que «sabiendo el origen, las causas y fines de la ley, en una palabra, su espíritu, no ha de ser difícil aplicarla con acierto aun á los casos que á primera vista aparezcan dudosos: en los motivos se descubrirá también por qué se ha dado la preferencia a un código sobre los otros, ó nos habemos separado de todos».

Finalmente, García Goyena nos expuso sus «comentarios» que en sus palabras «no son sino consecuencias y aplicaciones del espíritu del artículo: en ellos se notan los puntos hasta ahora dudosos y que dejan ya de serlo por el artículo; se previenen y resuelven, según el espíritu del mismo, algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en la práctica».

De la importancia de la obra de García Goyena no cabe duda, habiendo tenido la oportunidad de ensalzarla, entre otros muchos, el profesor Lacruz en un excelente trabajo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* con el título «Las “concordancias” de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil»⁴³, quien la calificó de valor excepcional e incomparable, en la fijación de la voluntad del legislador.

Es decir, existen antecedentes en nuestra literatura jurídica de extrema importancia para apreciar y concretar la «*mens legislatoris*», tales como la citada obra de García Goyena.

Dichos antecedentes nos hacen decantar por la conveniencia de que los trabajos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación sean analizados y tratados con el rigor que se merecen puesto que a buen seguro, en un futuro, un trabajo como el aquí propuesto puede ser clave igualmente para la interpretación de los textos positivos reformados. Pero no sólo con vistas a dicho futuro, sino también en la actualidad, la práctica de unos comentarios al articulado del Código Civil que se pretende reformar coadyuvará sin duda a acercar a la totalidad de la comunidad jurídica los textos internacionales que han servido como bases de dicha reforma pro-

⁴³ *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1974, pp. 289 a 302.

yectada, lo cual redundará en un mayor conocimiento y utilización práctica de los mismos.

De hecho aunque con carácter parcial ya existe la preocupación por un acercamiento a esta pretendida modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos⁴⁴, nuestra propuesta pasa por un análisis global de la misma, ya que el trabajo que consideramos conveniente pasaría pues por explicar los antecedentes del precepto reformado con base a la normativa internacional citada, en ofrecer cómo se aborda el supuesto de hecho correspondiente en otras legislaciones (cuando así se estime) y el tratamiento del mismo en resoluciones jurisprudenciales (nacionales y comparadas), mostrando la evolución que en muchos aspectos han venido atendándose desde las mismas. Para ello, serán de indudable valor los trabajos y comentarios que de dichos textos se han venido realizando y los que en la actualidad se realizan, como por ejemplo, los efectuados sobre el «*Common Frame of Reference*».

VI. EPÍLOGO

Como hemos tenido ocasión de comprobar los iniciales objetivos de las instituciones comunitarias consistían en la elaboración de un Código Civil europeo, especialmente en las Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de junio de 1989 y 25 de julio de 1994. Incluso la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 marcó como fecha final para dicha codificación el año 2010.

Sin embargo, la Comisión Europea abandona también sus iniciales posiciones y se decantó en 2003 por la elaboración de un Plan de Acción que pasaría por la elaboración de un Marco Común de Referencia con el objetivo de revisar el acervo comunitario y de actuar como Ley Modelo facultativa que sirviera de guía a los legisladores nacionales. Definitivamente, la fórmula del «soft law» es la querida por la Comisión Europea, aunque el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de diciembre de 2007 solicite a la Comisión que se mantenga abierta a cualquiera de las formas jurídicas en que pudiera cristalizar el Marco Común de Referencia.

Pese a las reseñadas bondades de la finalidad del Marco Común de Referencia consistentes principalmente en la obtención de un texto académico altamente cualificado que puede servir como mate-

⁴⁴ Vid. por ejemplo, Ignacio MARÍN GARCÍA, «La cláusula penal en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Indret* 2/09; Pablo SALVADOR CORDECH, «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Indret* 4/09.

rial científico para la discusión académica y política, y aún con la indefinición que supone su propio concepto, no es menos cierto, que el mismo no ha estado exento de numerosas críticas. Cabe citar, en el ámbito internacional las vertidas acerca de su falta de legitimidad democrática por el «*Study Group on Social Justice in European Private Law*»⁴⁵, donde autores como G. Alpa, M. Barcellona, M. Bussani, H. Collins, S. Grundmann, M. Hesselink, C. Joerges, D. Kennedy, U. Mattel, G. Teubner y T. Wilhelmsson, afirman que el Marco Común de Referencia se está realizando por una serie de élite jurídica ligada a poderosos intereses económicos.

En nuestro país, destacan a nuestro juicio las críticas a esta pretendida armonización europea realizada en clave internacionalista, como por ejemplo, las efectuadas por Sixto Sánchez Lorenzo⁴⁶ claramente contrarias a la codificación europea, argumentando problemas de falta de competencia comunitaria para la elaboración de un código europeo y aduciendo además que el Derecho comunitario permite solamente la unificación de los Derechos nacionales, incluidas la relaciones internas «cuando la diversidad de legislaciones afecte de forma sensible a las condiciones de competencia en el mercado».

Igualmente, merecedoras de cita, aunque desde óptica más civilista, se encuentran las críticas efectuadas por Tomás Rubio Garrido⁴⁷, quien aboga en contra de la codificación europea por estar en contra de la desaparición de los Estados nacionales, por considerar que el «*ius commune*» no es más que un mito historiográfico, por entender que existe un pobre nivel doctrinal en la actualidad para afrontar dicha tarea, porque existe una ausencia de consenso político-constitucional mínimo sobre el Código Civil europeo y porque la Unión Europea carece de competencias para la elaboración de dicho Código Civil europeo, así como por entender que tras estas tendencias se encuentran diferentes *lobbies* jurídicos y económicos con intereses transnacionales.

En nuestra opinión, no puede sostenerse que los trabajos armonizadores del derecho privado europeo sean frutos de teóricos del derecho ajenos a la práctica jurídica que atienden única y exclusivamente a los intereses particulares de dichos grupos de científicos. Siempre hemos creído –como decía Savigny en su Sistema de Derecho Romano Actual– en la unión de la teoría y de la práctica,

⁴⁵ «Social Justice in European Contract Law: a Manifiesto», *ELJ*, vol. 10, n.º 6, 2004, pp. 653-674.

⁴⁶ *Vid. Derecho Contractual Europeo*, op. cit., pp. 101 ss.

⁴⁷ Tomás RUBIO GARRIDO, «Interrogantes y sombras sobre el código europeo de derecho privado y los juristas europeístas». *Revista de Derecho Privado*, núm. 11/2005, noviembre-diciembre de 2005.

puesto que de no ser así la «teoría corre el riesgo de convertirse en un vano ejercicio del espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico». Quizás lo anterior se comprenda con mayor facilidad si por «teoría jurídica» entendemos⁴⁸ «la reflexión sobre la naturaleza y los caracteres generales del Derecho; el estudio del fenómeno jurídico con pretensión de dar cuenta de su presencia social, de su estructura y funcionamiento, e incluso de cómo mejor comprenderlo», entendiéndose por «práctica jurídica» la «determinación o identificación de lo que el Derecho dispone en un caso, sea abstracto o concreto; incluye tanto la investigación sobre el sentido específico de las prescripciones jurídicas (interpretación) como la atribución autorizada de dicho sentido para un caso concreto (aplicación)», de ahí que con carácter general coincidamos con Ronald Dworkin que el teórico del derecho no pueda abstenerse de practicarlo en algún modo, apreciación sobre la que dicho filósofo del Derecho ha elaborado su conocida tesis acerca de la indiferenciación entre teoría y práctica jurídicas.

Pues bien, aunque el propio Marco Común de Referencia haga énfasis en el carácter académico del mismo, dicho «academicismo» no puede ser consideradamente aislado en sí mismo de la «pragmática» jurídica europea actual, respecto de la cual, creemos haber ofrecido suficientes muestras sobre su insuficiencia para el ofrecimiento de soluciones jurídicas adecuadas en el marco del proceso integrador europeo, ante todo, por la dispersidad y diversidad de dichas respuestas las cuales (y salvo excepciones) vienen otorgándose desde un excesivo localismo jurídico.

La comprensión teórica de la labor integradora del derecho europeo hasta estas fechas indudablemente ha de redundar en una mejor interpretación y aplicación de las normas jurídicas de los diferentes sistemas legislativos de los países miembros de la Unión Europea, así como en la obtención de un cuerpo jurídico que aunque no sea directamente vinculante porque no sea un sistema normativo codificado, sí que ha de servir al teórico-práctico del derecho privado para atender a la resolución de la múltiple problemática que se ofrece a través de principios que encuentran su raíz en los sistemas clásicos jurídicos.

Esta labor integradora no está ni mucho menos finalizada, es más consideramos que aún resta un largo camino por recorrer, y en cuanto a éste es para el que seguimos propugnando que la armonización del derecho privado se haga en atención a los postulados jurídicos comunes propios de nuestra tradición jurídica europea y

⁴⁸ Vid. Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, «La demarcación entre teoría y prácticas jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVIII, enero 2000.

de los que indudablemente gozan tanto el Sistema Continental como el Sistema del *Common Law*, en función de una atendida investigación histórica de las diferentes normas jurídicas y los sistemas en que se incardinan.

Dije al comienzo que pese aunque se pretendiera que estas ideas y sugerencias no fueran tomadas como una moderna Ley de Citas, no es menos cierto, que entendemos que este Marco Común de Referencia ha de servir como un conjunto normativo de aplicación voluntaria y por razón de la autoridad de sus principios y no como directa e imperativamente aplicable, puesto que a nadie se le escapa la inviabilidad de la elaboración de un Código Civil europeo en la actual situación de la Unión Europea, pues si tanto trabajo ha costado la adhesión de los países miembros al Tratado de Lisboa, mayor sería en la actualidad el rechazo a la elaboración de un verdadero Código Civil europeo, tanto entre la clase política dirigente, como entre la sociedad civil, e incluso entre determinados miembros de la comunidad científico-jurídica.

Han pasado ya bastantes años desde que en 1974 en la *Copenhagen Business School*, el Dr. Hauschild y el profesor Lando, manifestaran estar de acuerdo sobre la insuficiencia de las opciones propuestas para lograr una uniformidad legal necesaria en un mercado único europeo, y muchos han sido los trabajos herederos de aquellas primigenias inquietudes, que aunque no hayan cristalizado aún en la elaboración de un Código Civil europeo realmente han supuesto un gran avance en el estudio y aplicación del derecho privado en la Unión Europea.

Estos trabajos han ofrecido textos como son los Principios del Derecho Europeo de Contratos elaborados por la Comisión Lando y el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 y pese a las críticas en cuanto a redacción y contenido que pueda hacerseles a los mismos, no cabe duda de que son de indudable valor para los propósitos que ambos se marcaron. Críticas en cuanto a su «cuerpo», no en cuanto a su «espíritu», el cual no sólo ha de considerarse de carácter necesario sino que su persecución debe continuar y proseguirse.

Igualmente, los mismos han contribuido a la vez, a lo que se ha dado en llamar «Modernización del Derecho de Obligaciones», la cual se ha potenciado no sólo desde la práctica de la legislación comunitaria al uso, sino mediante auténticas reformas legislativas llevadas a cabo en algunos países miembros de la Unión Europea, como por ejemplo la efectuada en Alemania en 2001 sobre su BGB, o las que se pretenden también en otros países en base a los mismos, como demuestran las recientes propuestas de modificación

del Código Civil efectuadas en el seno de nuestra Comisión General de Codificación. Y no es menos cierto que la influencia y el recurso a los mismos (en una u otra dirección) se está dejando notar en las decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en resoluciones judiciales de los diferentes países de la Unión Europea.

En conclusión, la armonización del derecho privado europeo, con independencia de las modernizaciones de los sistemas legislativos nacionales, ha de ser una de las metas a conseguir en el seno del proceso unificador europeo. La práctica en este caso ofrece la razón de ser de dicho proceso y la teoría debe ofrecer los postulados básicos para el mismo.

Por ello, ante lo propuesto y el curso de los acontecimientos, ninguno de los diferentes agentes jurídicos debiera mostrar ante esta armonización la antigua postura del juez romano del «non licet», puesto que el *Draft Common Frame of Reference* de 2009, al igual que los Principios del Derecho Europeo de Contratos, ya ofrecen un conjunto de respuestas científicamente construidas a la problemática actual propia del derecho privado europeo.

También y por las merítadas razones, tanto los órganos comunitarios como nacionales competentes tampoco deberían abstenerse a modo de «non licet» ante la presentación de propuestas tendentes a dicho proceso unificador.

En suma, *imperio rationis si no ratione imperii*, esto es, por «mandato de la razón y no por la autoridad del imperio», ha de contribuir el Marco Común de Referencia a los propósitos unificadores del derecho privado europeo.