



# JUDICATUS

**Revista del Poder Judicial  
del Estado de Nuevo León**

Enero / Junio

2016

3<sup>a</sup>. Época

Año 4

Número 7





# JUDICATUS

PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN



Número de reserva al título  
en derechos de autor:  
04-2001-021213581900-30

Certificado de licitud de título y contenido:  
Aprobado por la SEGOB  
el 30 de junio del 2000

ISSN en trámite

D. R.© Consejo de la Judicatura  
del Estado de Nuevo León  
15 de Mayo 423 Oriente  
entre Escobedo y Emilio Carranza  
Zona Centro Monterrey, Nuevo León  
México, C. P. 64000

Judicatus es una publicación semestral  
y contiene artículos especializados de estudios jurídicos.  
Editada por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León.

Impreso y hecho en México

*Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la presente obra, haciendo mención de la fuente.  
Los trabajos publicados en Judicatus, no expresan necesariamente, el punto de vista del Poder Judicial  
del Estado de Nuevo León. El contenido es responsabilidad de los autores.*

## II : JUDICATUS





## COMITÉ CIENTÍFICO

### **Director**

Magistrado Dr. Carlos Emilio Arenas Bátiz  
Presidente del Tribunal Superior de Justicia  
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

### **Consejo editorial**

Dr. Hugo Alejandro Campos Cantú  
Lic. Juan Pablo Raigosa Treviño  
Consejeros de la Judicatura del Estado de Nuevo León

### **Coordinadores de edición y publicación**

Lic. Alan Pabel Obando Salas  
Dra. Jaanay Sibaja Nava  
Lic. Joaquín Hernández Pérez  
Lic. Leonardo Marrufo Lara

### **Asistente editorial**

Cynthia Mendoza Ibarra

### **Colaboración en Diseño**

Cecilia Elvira Arellano Luna

**JUDICATUS : III**





## ÍNDICE

EDITORIAL ..... 1

### ESTUDIOS JURÍDICOS GENERALES

1. Algunas reflexiones en torno a la nueva Ley de Amparo de abril del 2013  
Carlos Martín Gómez Marinero ..... 3
2. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en la Constitución Política de Chile de 1980  
Francisco Vega Méndez ..... 31
3. Legislación procesal penal, sistema acusatorio y criminalidad organizada en Italia  
Ottavio Sferlazza ..... 73

### ESTUDIOS JURÍDICOS ESPECIALIZADOS

4. Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en internet  
Carlos María Romeo Casabona ..... 111
5. Reflexiones sobre los convenios privados entre acreedores y el eventual deudor fallido en el derecho concursal venezolano  
Alberto Baumeister Toledo ..... 157
6. Rol del derecho del consumo en la construcción del derecho contractual europeo  
Roberto Cippitani ..... 186

JUDICATUS : V



7. Hipoteca inversa	
Francisco de Asís Gámez Morales .....	216

## ACTUALIDAD JURÍDICA

8. Entrevista científica .....	250
9. Lectura recomendada .....	259
ANEXO .....	VII





## ROL DEL DERECHO DEL CONSUMO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO<sup>1</sup>

ROBERTO CIPPITANI

CATEDRÁTICO JEAN MONNET, INVESTIGADOR DE  
DERECHO PRIVADO, COORDINADOR ACADÉMICO DEL  
CENTRO DE EXCELENCIA JEAN MONNET “RIGHTS AND  
SCIENCE” DE LA UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA.

Sumario: 1. Integración europea y construcción del derecho privado comunitario. 2. Los consumidores como otros actores del mercado. 3. La legislación comunitaria en materia de contratos del consumo. 4. Posición de las partes y asimetrías informativas. 5. Remedios. 6. Cláusulas generales. 7. Otros aportes al derecho contractual. 8. El derecho del consumo como nuevo paradigma para el derecho contractual. 9. Modalidad de construcción y perspectivas del derecho contractual europeo. 10. Fuentes.

### 1. INTEGRACIÓN EUROPEA Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

En la segunda mitad del Siglo XX la “invención comunitaria”<sup>2</sup> ha cambiado el destino del continente europeo, y también, por lo que aquí interesa, muchos conceptos tradicionales concernientes al derecho privado y, especialmente, al contractual.

En los años 50 del siglo pasado se inició el proceso de la integración europea<sup>3</sup>, que se tradujo en una profunda crisis en la forma de pensar respecto a los sistemas jurídicos nacionales.

<sup>1</sup> Se agradece a la Doctora Jaanay Sibaja Nava por la revisión de este artículo.

<sup>2</sup> OLIVI, B. *L'Europa difficile...*

<sup>3</sup> PAMPILLO, J. P. “Integración regional y derecho comunitario”, en Álvarez Ledesma M. I. y Cippitani, R. (coords.). *Diccionario analítico de...*, pgs. 305-312.



Los tratados comunitarios originarios establecieron principalmente una cooperación económica entre los estados, a través de una unión aduanal y la creación de un mercado comunitario.

Ese “mercado” se convirtió en un espacio sin frontera, en el que se garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales<sup>4</sup>. Sin embargo, el mercado comunitario no se debe considerar como un mero contexto económico, sino un ordenamiento jurídico, como ha reconocido el Tribunal de Justicia ya desde las sentencias *Van Gend en Loos*<sup>5</sup> y *Costa vs. Enel*<sup>6</sup>.

De hecho, la construcción comunitaria se ha basado en una compenetación no solo económica, sino también jurídica entre los estados miembros<sup>7</sup>. Incluso, antes del Tratado de Ámsterdam, que introdujo una competencia comunitaria en materia de asuntos jurídicos civiles y penales<sup>8</sup>, se argumentó que la construcción del mercado tiene por objeto eliminar todos los obstáculos de los intercambios intracomunitarios, con la finalidad de que los mercados nacionales se conviertan en uno solo, estableciéndose condiciones, lo más próximas posibles, a las de un auténtico mercado interior<sup>9</sup>. La jurisprudencia establece que las ventajas de este, “no solo son para el comercio profesional, sino también para los particulares que efectúen operaciones económicas más allá de las fronteras nacionales”<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Vid. Art. 26, párr. 2 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea – en adelante Tratado FUE –. Así también a PIZZOLO, C. “Libre circulación de personas: alcance y límites”. *Derechos individuales e...*, pgs. 205-252.

<sup>5</sup> Tribunal de Justicia, sent. 5 de febrero de 1963, 26-62, *Van Gend en Loos/ Administratie der Belastingen*, Rec., 1963, pg. 3.

<sup>6</sup> Tribunal de Justicia, sent. 15 de julio 1964, 6/64, *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, Rec. 1964, pg. 1141.

<sup>7</sup> Tribunal de Justicia, sent. 18 de mayo de 1982, 155/79, *AM&S Limited/ Comisión*, Rec. 1982, pg. 1575, punto 18.

<sup>8</sup> Para las fuentes jurídicas y para los documentos de las instituciones comunitarias, la materia civil es la piedra angular para la construcción de un espacio jurídico europeo. Véase el capítulo VII de las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999.

<sup>9</sup> Tribunal de Justicia, sent. 5 de mayo de 1982, 15/81, *Schul*, Rec., 1982, pg. 1409, punto 33.

<sup>10</sup> *Idem*.



En este contexto, el derecho comunitario ha regulado, inicialmente, las situaciones jurídicas así como las relaciones entre los sujetos que desempeñan una actividad económica (trabajadores asalariados y empresas)<sup>11</sup>.

Con el fin de lograr un efecto útil para la aplicación de las libertades comunitarias, especialmente en derecho a la libre circulación de las personas<sup>12</sup>, la interpretación de ambos conceptos ha sido amplia<sup>13</sup>, con base a la hermenéutica teleológica de los tratados.

En primer lugar, respecto al concepto de trabajador asalariado, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en el sentido de que este abarca a cada persona física que desarrolla actividades reales y efectivas a favor y bajo la dirección de otra, recibiendo a cambio un pago<sup>14</sup>. Como se pudo observar, esta definición jurisprudencial se refiere no solo a las relaciones de trabajo dependiente en sentido estricto, sino también al autónomo y subordinado, así como a otras relaciones de empleos “atípicos”. De hecho, el Tribunal de Justicia ha reconocido como trabajador a quien efectúa una pasantía<sup>15</sup>; a quien labora como voluntario en un instituto con finalidades sociales y asistenciales<sup>16</sup>; al titular de una pensión<sup>17</sup>, etc.

En segundo lugar y tratándose de la palabra “empresa”, se ha establecido

<sup>11</sup> Vid. Tribunal de Justicia, sent. 8 de abril de 1976, 48/75, *Royer*, Rec. 1976, pg. 497.

<sup>12</sup> CIPPITANI, R. “Interpretación de las Cortes regionales”, en Álvarez Ledesma, M. I. y Cippitani, R. (coords.). *Diccionario analítico de...*, pgs. 312-324.

<sup>13</sup> Tribunal de Justicia, sent. 23 de marzo de 1982, 53/81, *Levin*, Rec., 1985, pg. 1035.

<sup>14</sup> Entre otras, Tribunal de Justicia, sent. 3 de julio 1986, 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 2121, párrs. 16 y 17; Id. sent. 26 de febrero de 1992, C-3/90, *Bernini*, Rec. 1992, I-1071; Id. sent. 7 de septiembre de 2004, C-456/02, *Trojani*, Rec. 2004, pg. I-7573, punto 15.

<sup>15</sup> Vid. Sentencias *Lawrie-Blum*, 19 y *Bernini*, 15; véase también Tribunal de Justicia, sent. 17 de marzo de 2005, C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, pgs. I-2421, párrs. 15 y 16.

<sup>16</sup> Vid. Sentencia *Trojani*, cit., párrs. 20 y ss.

<sup>17</sup> Tribunal de Justicia, sent. 15 de marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni* y ISA, Rec., 2001, pg. I-2189.



que esta, prescindiendo de su estado jurídico<sup>18</sup>, hace referencia a toda entidad que realiza una actividad económica, en donde intervienen varios sujetos, tales como: cooperativas<sup>19</sup>, asociaciones<sup>20</sup>, empresas públicas o con cuotas de participación pública<sup>21</sup>, organizaciones de sector entre empresas<sup>22</sup>, etc. La amplitud y flexibilidad del término, permite incluir a profesionales, como son los casos de médicos<sup>23</sup>, abogados<sup>24</sup> o expedidores<sup>25</sup>.

Ahora bien, independientemente del desarrollo de una actividad económica, el Acta Única del 1987 y el Tratado de Maastricht del 1992 establecieron la libertad de circulación de los sujetos. Siendo las libertades del mercado la base para la introducción de la noción jurídica de la “ciudadanía de la Unión Europea”<sup>26</sup>, formalizada por el Tratado de Maastricht<sup>27</sup>.

Todas las personas físicas, por tanto, y por el solo hecho de ser “ciudadanos” de la Unión, disfrutan de la más amplia capacidad para el ordenamiento comunitario, independientemente de la cualificación de “trabajadores” o de la aplicación de las disposiciones que se refieren a categorías específicas de sujetos<sup>28</sup>.

<sup>18</sup> Tribunal de Justicia, sent. 23 de abril 1991, C-41/90, *Höfner et Elser/Macrotron*, Rec.1991, pg. I-1979.

<sup>19</sup> Tribunal de Justicia, sent. de 25 de marzo 1981, 61/80, *Cooperative Stremsel-en Kleuselafabriek/Comisión*, Rec. 1981, I-3851.

<sup>20</sup> Decisión de la Comisión, 92/521/CEE de 27 de octubre 1992, *Distribuzione dei pacchetti turistici Cappa Mondiali* 1990 en G.U.C.E. L 326, 31.

<sup>21</sup> Tribunal di primera instancia, sent. 12 de diciembre 2000, T-128/98, *Aéroports de Paris/Comisión*, Rec. 2000, II-3929, puntos 106-130.

<sup>22</sup> Cfr. Tribunal de Justicia, sent. de 19 de febrero 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, Rec. 2002, pg. I-1577, párrs. 50 y ss.

<sup>23</sup> Tribunal de Justicia, sent. de 12 de septiembre 2000, C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov y otro. / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Rec 2000, pg. I-6451, párr. 77.

<sup>24</sup> Tribunal de Justicia, sent. 19 de febrero de 2002, *Wouters y otro*. cit., párr. 48.

<sup>25</sup> Tribunal de Justicia, sent. 18 de junio de 1998, C-35/96, *Comisión/Italia*, Rec. 1998,pg. I-3851, párr. 38.

<sup>26</sup> MOLINA DEL POZO, C. F. *La ciudadanía europea...*, pgs. 167-182.

<sup>27</sup> La ciudadanía de la Unión europea hoy en día está especialmente prevista en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión y en el Tratado FUE (vid. en particular el art. 20).

<sup>28</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, 7 de septiembre de 2004, *Troiani*, C-456/02, cit.



## 2. LOS CONSUMIDORES COMO OTROS ACTORES DEL MERCADO

Pese a la elaboración de un estatus general sobre el ciudadano de la Unión Europea<sup>29</sup> y del acrecentamiento de las competencias comunitarias, el derecho europeo sigue interesándose – aunque ya no exclusivamente – en el funcionamiento del mercado interno como dimensión económica de la integración jurídica continental.

Respecto al derecho de la Unión, este ha ido avanzando paulatinamente, de tal manera que ahora se ha identificado un sujeto más – además del de los trabajadores y empresarios –, que incluso, no existía en el derecho interno de muchos estados miembros, a saber, “el consumidor”. Los tratados de los años 50s del siglo pasado, en su forma original, no preveían competencias, de las entonces comunidades, concernientes específicamente a los consumidores.

Este nuevo sujeto se ha definido como aquella persona física que compra bienes y servicios para fines no relacionados con una actividad profesional<sup>30</sup>, siendo por tanto, la contraparte de la empresa.

Como ha ocurrido en otras áreas, la propuesta de introducir una competencia en esa materia fue presentada durante la Cumbre de París del 1972, entre los jefes de Estado y de Gobierno de los entonces seis países de la Comunidad Económica Europea. En los años inmediatamente siguientes, la comisión presentó su primer plan de acción sobre la protección de los consumidores<sup>31</sup>, en donde se esbozaban las acciones que hoy en día son la base de la legislación comunitaria en esa materia.

<sup>29</sup> COLCELLI, V. *Status en el...*, pgs. 653-659.

<sup>30</sup> Así lo afirma el Tribunal de Justicia, en sent. 22 de noviembre de 2001, C-541/99 y C-542/99, *Cape snc/Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas/OMAI srl*, Rae. 2001, pg. I-9049), que se refiere al art. 2, let. b), directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

<sup>31</sup> Véase Diario oficial e C 92, del 25 de abril de 1975.



La competencia comunitaria en el ámbito del consumo se ha constitucionalizado con la entrada en vigor del Acta Única Europea. La cual introdujo el art. 100 A en el Tratado de Roma, el cual permite a la Comisión proponer medidas para tutelar a los consumidores sobre la base de “un alto nivel de protección”. Por tanto, las acciones de la Comisión fueron aumentadas.

Los programas entorno a la protección de los consumidores abordan, entre otros, los siguientes aspectos: representación (se ha configurado un comité consultivo de consumidores); información; seguridad de los productos y de las transacciones. A finales de los años noventa, del siglo pasado, se han adoptado normas concernientes – en particular –, a la seguridad de los productos, pagos transfronterizos, cláusulas contractuales abusivas, venta a distancia, multipropiedad, etc. Con el Tratado de Maastricht esta se convierte en una de las principales acciones de la Unión<sup>32</sup>.

El “alto nivel de protección” de los consumidores es un objetivo horizontal, al referirse a toda una política comunitaria<sup>33</sup>. Sus propuestas respecto a la aproximación de las legislaciones de los países europeos, debe ser en pro de la comisión europea<sup>34</sup>. Este se ve reflejado en la tutela de la salud, de la seguridad e intereses económicos de los consumidores, así como en la promoción del derecho a la información, a la educación y en el apoyo a las organizaciones que salvaguardan sus intereses – art. 169 del *Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea* (en adelante TFUE) –.

La protección de los consumidores se considera de gran trascendencia, pues es uno de los aspectos específicos que se pueden invocar – aunque

<sup>32</sup> Cfr. art. 3, let. S del *Tratado de la Comunidad Europea*. Hoy en día, la protección de los consumidores es una competencia compartida entre la Unión y los estados miembros – art. 4.<sup>º</sup> párr. 2, let. f, del TFUE –.

<sup>33</sup> En este sentido, se recomienda ver el art. 12 del TFUE, así como el art. 38 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

<sup>34</sup> Art. 114, párr. 2 del TFUE.



de manera temporal y proporcional – para limitar la libre circulación de mercancías, entiéndase ello por salud, seguridad pública<sup>35</sup>.

### 3. LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE CONTRATOS SOBRE CONSUMO

En aras de proteger los intereses de los consumidores, la legislación comunitaria se ha ocupado de dictar normas que regulen, especialmente – no exclusivamente –, contratos con los profesionales.

En materia civil, es importante el derecho contractual comunitario, el cual se rige por una serie de técnicas, en donde convergen las intervenciones legislativas y acciones no legislativas<sup>36</sup>. Los temas regulados bajo esta línea normativa, de contratos entre consumidores y profesionales, se encuentran:

- Venta de bienes de consumo y de los consumidores (véase la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999);
- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993);
- Viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados (Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990);
- Protección del consumidor en materia de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985);
- Crédito al consumo legales (véase la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986, y su versión modificada por la Directiva 90/88/CEE y la Directiva 98/7/CE);
- Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997).

<sup>35</sup> Tribunal de Justicia, sent. 13 de diciembre de 1979, 44/79, *Hauer*, Rec. 1979, pg. 3727. Vid. art. 36 del TFUE.

<sup>36</sup> Comunicación de la Comisión Europea. *Mayor coherencia en el derecho contractual europeo: un plan de acción*. COM (2003) 68 del 12 de febrero del 2003, punto 77.



Recientemente ha sido aprobada la Directiva 2011/83/UU del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2011. El 13 de junio de 2014 modificó y sustituyó otras directivas sobre los derechos de los consumidores: Directiva 93/13/CEE; Directiva 1999/44/CE; Directiva 85/577/CEE, y Directiva 97/7/CE).

Por otro lado, hay ordenamientos que regulan las relaciones entre profesionales y consumidores, especialmente aquellas que tienen que ver con la responsabilidad de las empresas, en materias específicas como:

- Transporte aéreo (véanse los Reglamentos (CE) n.º 261/2004 y (CE) n.º 2027/97, sobre compensación y asistencia a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o retraso de los vuelos, y sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (pasajeros y equipajes); n.º 2299/89 sobre los sistemas informatizados de reserva (SIR); n.º 2409/92 implementa procedimientos y criterios comunes aplicables a la determinación de las tarifas y fletes cobrados por las compañías aéreas por servicios dentro de la UE; y el n.º 2320/2002, el cual establece normas comunes para la seguridad de la aviación civil);
- Servicios de telecomunicación (véase la Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 2007/65/CE, que garantiza la libre circulación de los servicios de radiodifusión);
- Servicios financieros (véase, por ejemplo, la Directiva 2002/65/CE que regula la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores); la prohibición de las prácticas comerciales desleales, la publicidad engañosa y la comparativa (véase la Directiva 2005/29/CE y la Directiva 2006/114/CE);
- Crédito al consumo (disciplinado por la Directiva 2008/48/CE); la resolución alternativa de litigios – RAL – (véase, principalmente, la Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento (UE) n.º 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea).



Además de las anteriores, existen otras fuentes comunitarias que disciplinan los instrumentos de protección de la salud de los consumidores entre las que se encuentran: la Directiva 2001/95/CE que señala un sistema de seguridad general de los productos; el Reglamento (CE) n.º 1223/2009 sobre los productos cosméticos y; la Directiva 2009/48/CE que se refiere a los requisitos de seguridad de los juguetes.

Esta compleja normatividad se caracteriza por algunos aspectos que son interesantes por sí mismos, y también porque permiten elaborar nociones de derecho contractual, a menudo, distintas, con respecto a las tradicionales.

#### 4. POSICIÓN DE LAS PARTES Y ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

Si bien es cierto que en el derecho contractual tradicional se considera a los sujetos como formalmente iguales, en el derecho comunitario no es así; ya que, especialmente tratándose de la normativa sobre la protección de consumidores, este admite la posibilidad de que las partes del contrato no se encuentren en el mismo nivel<sup>37</sup>. Las diferencias sirven, por un lado, para evitar la discriminación, y por otro, para proteger a los sujetos más débiles, principalmente al consumidor<sup>38</sup>.

Varias fuentes jurídicas prevén la necesidad de ofrecer una amplia gama de información, previa a la celebración del contrato. Veamos a continuación algunas de ellas.

- Directiva 97/5/CE sobre las transferencias transfronterizas. Esta, además de la información requerida por los contratos entre profesionales y consumidores, obliga a que se proporcionen datos sobre el tiempo de ejecución de la operación y sobre el gasto (véase el art. 3).

<sup>37</sup> Un buen ejemplo de esto lo podemos ver en la jurisprudencia comunitaria, en el caso *Courage*, donde se indica cómo una parte puede estar en una situación de “inferioridad grave”. Cfr. Tribunal de Justicia, sent. 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, Rec. 2001 pg. I-6297.

<sup>38</sup> Un tema primordial para el derecho comunitario es el de la protección de las partes que pueden estar afectadas en sus intereses porque tienen menos información que otras.



## ROL DEL DERECHO DEL CONSUMO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular sobre comercio electrónico en el mercado interior, exige en su art. 10 que:
  1. Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el derecho comunitario, los estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido:
    - a) Los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato;
    - b) Si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y si este va a ser accesible;
    - c) Los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido;
    - d) Las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato.
  2. Los estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, el prestador de servicios indique los códigos de conducta correspondientes a los que se acoja y facilite información sobre la manera de consultar electrónicamente dichos códigos.
  3. Las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que este pueda almacenarlas y reproducirlas.
  4. Los apartados 1 y 2 no son aplicables a los contratos celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente.
- Directiva 87/344/CEE referente al seguro de defensa jurídica establece que se debe informar al cliente que goza de la “libertad de elegir por sí mismo su abogado o cualquier otra persona que tenga las cualificaciones admitidas por la legislación nacional...”<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Cfr.[http://www.inade.net/LEXINADE/ver\\_legislacion\\_texto.asp?id\\_tema=29&id\\_tipo=1&id=144](http://www.inade.net/LEXINADE/ver_legislacion_texto.asp?id_tema=29&id_tipo=1&id=144)



- Directiva 90/314/CEE tocante a los viajes combinados indica en su art. 4.<sup>o</sup> que, antes de la celebración de un contrato se debe dar informe general y necesario al consumidor sobre este, así como facilitarle por escrito las especificaciones del mismo.
- Directiva 92/96/CEE sobre seguros de vida, señala que el asegurador deberá informar al asegurado sobre la compañía de seguros y las condiciones de póliza – arts. 31, párr. 2, y anexo II –.
- Directiva 87/102/CEE sobre el crédito al consumo. Esta determina que el consumidor debe ser informado de cualquier cambio en la tasa de interés anual y otras cargas aplicables (art. 6, párr. 2).
- Directiva 97/5/CE relativa a las transferencias trasfronterizas indica que, tras la ejecución de una trasferencia, el banco está obligado a proporcionar al cliente la información necesaria para identificar la operación, la cantidad inicial, los honorarios y gastos a su cargo – art. 4.<sup>o</sup> –.

La necesidad de información se expresa con un enfoque diferente respecto a la “forma” del contrato. En el derecho civil tradicional, como es sabido, el principio dominante es el de la libertad de forma, el cual puede ser derogado únicamente en casos excepcionales, para cumplir con ciertos aspectos como la publicidad de un acto<sup>40</sup>. Y en el derecho comunitario, “el formalismo” sirve para comunicar, permitir y verificar si se ha cumplido con el contenido previsto; como indica JANNARELLI, realiza la misma función que una etiqueta de productos, ya que devela las características del contrato<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Por ejemplo, ver el art. 1350 del *codice civile* italiano.

<sup>41</sup> JANNARELLI, A. “La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori”, en Lipari, N. (coord.). *Trattato di diritto...*, pgs. 50 y ss.



Este acercamiento al tema de las informaciones es también evidente en el Draft Common Frame of Reference – en adelante DFCR –<sup>42</sup>, en donde se establece una lista de informaciones pre-contractuales que las partes deben intercambiar, ya sea en general o con referencia a los contratos con los consumidores, o entre los profesionales – arts. 14 al 29 –. La consecuencia de la violación de la obligación de información implica daños no solo por el interés negativo, sino también por haber celebrado el contrato en condiciones diferentes a las que se habrían aceptado (art. 30).

## 5. REMEDIOS

La reglamentación comunitaria en materia de contratos prevé un cuadro detallado de las consecuencias, en caso de un incumplimiento de las normas. Por un lado, se establecen los instrumentos para la protección de intereses superiores a los de las partes. Esta salvaguardia consiste en la inserción automática de las normas y la ineficacia de los acuerdos ilícitos<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> El *Common Frame of Reference* – Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo –, elaborado por el *Study Group on a European Civil Code* y por el *Research Group on EC Private Law* (“Acquis Group”), coordinado por Christian von Bar, Eric Clive y Hans Schulte-Nolke. De este trabajo ha surgido un Draft (por supuesto el DFCR), publicado por la Comisión europea en mayo de 2011, y elaborado con la participación de stakeholders y otros sujetos. En este sentido, FUCHS, A. *A plea a... y CLIVE, E. An introduction to...*

<sup>43</sup> Herramientas conocidas tanto en el derecho interno como en el italiano – vid., respecto a la nulidad, el art. 1339 del *codice civile* italiano, que se refiere a la inserción automática de las cláusulas, y el art. 1419, apartado 2, que establece la nulidad de la cláusula contraria a las disposiciones de obligado cumplimiento –. Este es el caso de invalidez de pleno derecho, establecida por los acuerdos en conflicto con las normas comunitarias que regulan la competencia, de conformidad con el art. 101, párr. 2 del TFUE. En estos casos, el derecho comunitario deja a nivel nacional la disciplina de las consecuencias de la nulidad – Tribunal de Justicia, sent. 1 de diciembre de 1983, 319/82, *Société de vente de ciments et bétons*, Rec., 1983, pg. 4173; Id. 18 de diciembre de 1986, VAG France SA, Rec. 1986, pg. 407 –.



El objetivo primordial de la protección de esos intereses y, especialmente, del consumidor o la parte más débil, es una solución diferente a la ineffectuación. En este sentido, las directivas proporcionan diferentes soluciones técnicas que a menudo no se encuentran en los códigos tradicionales. Es el caso del derecho de desistimiento, que el art. 9 de la Directiva 2011/83/UE define como el derecho del consumidor para “desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste”, dentro de un periodo de 14 días.

Dicho derecho no actúa solo en los contratos entre consumidores y profesionales, sino en la forma de la resolución voluntaria, incluso en el caso de las relaciones entre los profesionales (véase por ejemplo, el art. 15 de la Directiva 86/653/CEE, que se refiere a los agentes comerciales). Los derechos mencionados permiten disolver la relación contractual sin necesidad de probar el incumplimiento.

Otra solución alternativa a la invalidez es la interpretación en favor de la parte a proteger. Esto es el caso de la Directiva 93/13, que señala por una parte que, las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor – art. 6 –, y por otra que, “en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable” para aquel – art. 5 –, para evitar que la ineffectuación de una cláusula pueda afectar sus intereses.

Tratándose de un contrato de compraventa, entre el profesional y el consumidor, el derecho comunitario no se limita a exigir la rescisión o reducción del precio – como en el art. 1492 *codice civile* italiano –, solo en el caso de que los defectos excedan los límites de tolerancia – art. 1497 *codice civile* italiano –. No obstante, establece que en caso de cualquier falta de conformidad, el comprador tiene derecho a la resolución y la reducción del precio, así también a la reparación o reemplazo del bien sin cargo alguno<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. Art. 3 de la Directiva 99/44/CE relativa a las ventas de bienes de consumo, y art. 5 de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados.



El derecho comunitario también utiliza la técnica de la indemnización de los daños, como es el caso de la falta de entrega de bienes y servicios, o la entrega no conforme con los requisitos contractuales – que se puede encontrar en la Directiva 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes (art. 17); en la Directiva 97/5/CE relativa a las transferencias transfronterizas y en la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados (véase el art. 4, apartados 6 y 7) – .

La Directiva 95/46/CE sobre la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos personales – art. 23, párr. 1 – establece una compensación específica en el caso de tratamiento ilícito. Por su parte, la Directiva 2000/35/CE sobre la morosidad establece que, salvo que el deudor no sea responsable del retraso, el acreedor tendrá derecho a reclamar una indemnización por todos los costos incurridos por demora – art. 3, punto e –. Por otra parte, también la Directiva 2000/35/CE reconoce el derecho del acreedor respecto los intereses de demora – art. 3 –. Sin embargo, la indemnización no se refiere solo a los daños patrimoniales, como lo ha establecido la jurisprudencia Leitner de 2002 (C-168/00) del Tribunal de Justicia, en relación con el art. 5 de la Directiva sobre los contratos de viaje con todo incluido.

En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia resalta que diferentes interpretaciones del concepto de la indemnización podrían afectar la competencia y la armonización de las disciplinas de las legislaciones de los estados miembros y la eficacia de la protección de los consumidores ofrecidas por las directivas.

En los casos de resolución voluntaria por parte del consumidor, así como en los de cancelación por el proveedor, por razones distintas de la culpa del consumidor, algunas directivas prevén el derecho al reembolso de las sumas pagadas con base al contrato<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. art. 7, párr. 2, Directiva 97/7/CE sobre los contratos a distancia; art. 4, párr. 6, Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados.



## 6. CLÁUSULAS GENERALES

Los códigos civiles normalmente no hacen referencia a conceptos indeterminados. En cambio, el derecho comunitario del consumo hace un amplio uso de ellos. Un ejemplo es el principio de “buena fe”, que ahora aparece en los ordenamientos europeos y que antes de la incorporación de las reglas comunitarias estos no lo utilizaban<sup>46</sup>.

La Directiva 93/131/CEE en su art. 3.<sup>º</sup>, párr. 1, hace referencia a la noción de buena fe cuando señala:

Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato<sup>47</sup>.

En la jurisprudencia comunitaria este principio tiene un alcance más amplio de lo que sucede en el derecho nacional<sup>48</sup>, en donde únicamente sirve como parámetro para verificar el cumplimiento de las obligaciones, la lealtad de las negociaciones y la ejecución del contrato<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Véase la decisión de la *House of Lords*, Director General of Fair Trading vs. First National Bank de 2001, que se refiere a la aplicación de la Directiva 93/13/CEE en el ordenamiento inglés. A propósito de la aplicación del derecho de buena fe en los países europeos (WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R. “Good faith in european contract law: surveying the legal landscape”, en Zimmerman, R. y Whittaker, S. (coords.). *Good faith in...*, pgs. 7 y ss.; y pgs. 44 y ss.; WILLETT, C. “General clauses and the competing ethics of european consumer law in the UK”, *Cambridge Law Journal...* pgs. 412 y ss.).

<sup>47</sup> En este sentido, vid. RIZZO, V. “Il significativo squilibrio “malgrado” la buona fede nella clausola generale dell’art. 1469 bis c.c.: un collegamento ambiguo da chiarire”, en *Rassegna di diritto...*, pg. 497.

<sup>48</sup> Cfr. Tribunal de primer instancia, 22 de enero de 1997, T-115/94, *Opel Austria/Consejo*, Rec. 1997, pg. II-39. El juez comunitario a menudo construye el principio de buena fe, con referencia al derecho internacional. Véase la jurisprudencia de Corte internacional de justicia: véase la sentencia del 25 de mayo de 1926, *Intérêts allemands en Haute-Silésie polanaise*, CPJI, serie A, n.<sup>º</sup> 7, pgs. 30 y 39, sucesivamente, incluido en la Convención de Viena sobre los tratados internacionales de 1969.

<sup>49</sup> Vid., arts. 1175, 1337 y 1375 del *codice civile* italiano.



En cambio, en el derecho de la Unión, la buena fe es el estándar por el cual se determina el contenido de todas las obligaciones que surgen del derecho comunitario y, especialmente, de los que están en una posición de ventaja, como las administraciones públicas (véase la disciplina de los contratos públicos) y, por supuesto, de los profesionales en sus relaciones con los consumidores (véase las normas sobre cláusulas abusivas)<sup>50</sup>.

La buena fe exige que el ejercicio de una posición de ventaja debe tener el carácter de transparencia, con el fin de evitar el abuso del derecho<sup>51</sup> y tener en cuenta las legítimas expectativas (*confiance légitime*)<sup>52</sup> de otros sujetos, la necesidad de seguridad del derecho (*sécurité juridique*), así como el respeto de la legalidad y de la igualdad de trato<sup>53</sup>.

Otro concepto de gran importancia en el derecho comunitario es el principio de equidad. Por ejemplo, la Directiva 87/102 relativa a los créditos al consumo, en su art. 8 hace mención de este, al establecer el derecho a una reducción equitativa del coste total del crédito, si el consumidor ejerce su derecho de cumplimiento anticipado.

El principio de equidad es ampliamente utilizado por el juez comunitario<sup>54</sup>. Su función típica en la jurisprudencia comunitaria se remota

<sup>50</sup> Véase el 16.<sup>º</sup> “considerando” de la Directiva 93/13/CEE (sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), según la cual “la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”.

<sup>51</sup> GALGANO, F. “Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte”, *Contratto e impresa...*, pg. 420 y FRANZESE, L. *Ordine economico e...*

<sup>52</sup> Véase Tribunal de Justicia, snt. 3 de mayo de 1978, 112/77, *Töpfer/Comisión*, Rec., 1978, pg. 1019, punto 19.

<sup>53</sup> Tribunal de primera instancia, 24 de abril de 1996, T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 y T-234/94, *Industrias Pesqueras Campos y otr. /Comisión*, Rec. 1996, pg. II-247.

<sup>54</sup> Entre otras, vid. Tribunal de Justicia, sent. 18 de enero de 1996, C-446/93, SEIM, Rec., 1996, pg. I-73, párr. 41; Id., sent. 26 de marzo de 1987, C-58/86, *Coopérative agricole d'approvisionnement des Arivrons*, Rec. 1987, pg. 1525, párr. 22; Id. sent. 15 de diciembre de 1983, C-283/82, *Schoellershammer/Comisión*, Rec. 1983, pg. 4219, párr. 7; Tribunal de primer instancia, 4 de julio 2002, SCI UK/ Comisión, T-239/00, Rec. 2002, pg. II-2957, párrs. 44, 50.



a las cortes medievales para adoptar la norma general al caso concreto, *aequitas singularis*<sup>55</sup>.

El DCFR hace referencia a cláusulas generales como cuando utiliza el concepto de reasonableness – art. I-1: 104 – o expresiones cuales: *contracts infringing fundamental principles* – art. II.-7: 301 –.

## 7. OTROS APORTES AL DERECHO CONTRACTUAL

La disciplina comunitaria en materia de contratos entre profesionales y consumidores contiene otras importantes variaciones con respecto a las reglas del derecho contractual clásico.

Dichas diferencias se justifican en particular por la necesidad de proteger a los intereses patrimoniales y no patrimoniales de los consumidores. Entre otras, por ejemplo, en el derecho comunitario del consumo no se toman en cuenta principios como la exclusiva eficacia entre las partes del contrato, mientras que en el código civil italiano, en su art. 1411, se determina que los terceros solo pueden beneficiarse de los efectos de un contrato bajo particulares condiciones:

Contrato a favor de terceros. Es válida la estipulación a favor de un tercero, cuando el estipulante tuviera interés en ella. Salvo pacto en contrario, el tercero adquiere el derecho contra el promitente por efecto de la estipulación. Pero esta podrá ser revocada o modificada por el estipulante mientras el tercero no haya declarado, aun respecto del promitente, que quiere aprovecharla. En caso de revocación de la estipulación o de la negativa del tercero a aprovecharse de ella, la prestación quedará a beneficio del estipulante, salvo que otra cosa resultase de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> SASSI, A. “Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed europeo”, en Tommaso Sediari (ed. lit.). *Cultura dell'integrazione...*

<sup>56</sup> Efectos relativos del contrato <http://wwwetorresvasquez.com.pe/pdf/CONTRATO-EN-FAVOR-DE-TERCER.pdf>



En el derecho comunitario el principio es otro. Los contratos, más allá de la voluntad de las partes, deben proteger derechos e intereses relevantes para el ordenamiento jurídico, como los derechos de los consumidores y la competencia. Siendo posible pedir compensación por el daño causado por comportamientos o contratos que pueden restringir o falsear el juego de la competencia – art. 101 del TFUE en cuanto norma predispuesta a otorgar directamente derechos a los individuos, incluso los que no forman parte del contrato –. Por lo tanto, cualquier particular puede invocar ante los tribunales lo señalado por el art. 101 del TFUE, si esto afecta los derechos de ese particular. De hecho:

La plena eficacia del artículo [101] del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia<sup>57</sup>.

La normatividad que se refiere a la competencia tiene efectos directos en las relaciones horizontales, y atribuye a los particulares derechos que los jueces nacionales tienen que tutelar. Es el caso de la jurisprudencia comunitaria, esta establece que el consumidor afectado por un acuerdo ilegítimo, con base en el art. 101 del TFUE (entre compañías aseguradoras), tiene el derecho de pedir una indemnización<sup>58</sup>.

La necesidad de tutelar al consumidor prevalece sobre otras reglas tradicionales en materia contractual, como es el caso del comodante en el contrato de comodato – la responsabilidad de la parte asume una obligación sin contraprestación –. Para el derecho comunitario no se debe considerar menos grave la responsabilidad por los daños producidos por la

<sup>57</sup> Tribunal de justicia, sent. 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage et Creban*, cit.

<sup>58</sup> Tribunal de justicia, sent. de 13 de julio de 2006, C-295/04 y C-298/04, *Manfredi y otro*, Rec. 2006 pg. I-6619.



la empresa que entrega gratuitamente a un consumidor un bien para fines promocionales (por ejemplo, un operador telefónico que da en comodato un smartphone o una tableta)<sup>59</sup>. Se observa el acercamiento entre derecho en materia de contratos y la disciplina de los bienes. Es lo que sucede en el caso de la disciplina del “tiempo compartido” – Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 –.

La Directiva 2008/122/CE en su art. 1.<sup>º</sup>, párr. 1.<sup>º</sup>, indica:

El objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y lograr un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros con respecto a determinados aspectos de la comercialización, venta y reventa de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de productos vacacionales de larga duración, así como a los contratos de intercambio.

Dicha directiva entiende en su art. 2.<sup>º</sup> que la duración de un contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico es de un año “en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación”.

Aunque la mencionada directiva se refiera a los bienes, se prevén exclusivamente disposiciones relativas a los contratos que se relacionan con este derecho. No obstante, más allá de los objetivos explícitos, esta ha introducido, a través del contrato, un nuevo derecho real. Eso a pesar de la tradicional distinción entre derechos reales y contratos<sup>60</sup> y la competencia nacional en materia de definición de los derechos reales, en este sentido, el art. 345 del TFUE prevé que “Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los estados miembros”.

<sup>59</sup> El caso de la Comunicación de la comisión sobre las promociones de ventas en el mercado interior, COM (2001) 546 final.

<sup>60</sup> JIMÉNEZ, F. *Teoría del contrato...*, pg. 8.



## 8. EL DERECHO DEL CONSUMO COMO NUEVO PARADIGMA PARA EL DERECHO CONTRACTUAL

A manera de síntesis, las páginas que anteceden muestran cómo el derecho del consumo en la Unión Europea se establece de una manera distinta a la tradicional.

El contrato en los códigos civiles tiene la función esencial de permitir la circulación de los derechos sobre las cosas y determinar el nacimiento, modificación y extinción de las obligaciones. De hecho, los contratos son el principal medio de circulación de elementos patrimoniales, así se puede observar en el art. 1321 del *codice civile* italiano, y en los demás códigos civiles europeos<sup>61</sup>. Esta función se lleva a cabo dentro de la esfera de la autonomía que se otorga a los sujetos, tal vez excepcionalmente limitada por el sistema legal<sup>62</sup>.

Por consiguiente, en el derecho comunitario el contrato sigue desempeñando la función asignada dentro de los sistemas nacionales, pero se inserta en un nuevo marco legal, con fines distintos de los tradicionales<sup>63</sup>.

En primer lugar, la metáfora del mercado interno hace que los sujetos se consideren no de forma aislada, sino de manera relativa entre ellos. Eso se observa en la legislación en materia de consumo, así como en las nociones comunitarias de pequeña y mediana empresa – PME –<sup>64</sup>, y de grupo de empresas<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Especialmente, ver el art. 1101 del *code civil* y el art. 1254 del código civil español.

<sup>62</sup> Sobre la autonomía se recomienda el texto de JIMÉNEZ, *Teoría del contrato...*, pg. 9.

<sup>63</sup> Véase el análisis de la posición de Carnelutti por parte de Natalino IRTI (IRTI, N. *L'ordine giuridico...*, pgs. 41 y ss.).

<sup>64</sup> Tribunal de Justicia, sent. 24 abril 2004, C-91/2001, *Italia / Comisión*, Rec .2004, pg. I-4355. Vid. También las conclusiones del Abogado general Jacobs 18 septiembre 2003.

<sup>65</sup> Tribunal de Justicia, sent. de 25 de noviembre 1971, 22/71, *Béguelin*, Rec. 1971, pg. 949; Id. sent. de 14 de julio 1972, 48/69, ICI/ *Comisión*, Rec. 1972, pg. 619). Vid. Conclusiones del Abogado general Philippe Léger de 23 septiembre 1999 en la asunto C-176/98, *Holst Italia SpA/Comune di Cagliari, Rubranner AG, International Water Management SpA*. El Abogado general cita la jurisprudencia de las sentencias *Ballast Nedam Groep* de 14 de abril 1994 (asunto C-389/92, Rec. pg. I-1289 y de 18 diciembre 1997 (asunto C-5/97, Rec. pg. I-7549).



Por consiguiente, el contrato ya no es un espacio aislado que regula la relación entre las partes, con independencia del contexto y la exclusión de los efectos con respecto a terceros.

Como se ha visto en líneas anteriores, en el derecho comunitario se puede observar, por una parte, un creciente número de intervenciones integradoras sobre la regulación de los particulares, y por otra, que la ley toma en cuenta diversos efectos del acuerdo sobre varios otros sujetos de derecho distintos de las partes.

La autonomía contractual, en este contexto, no puede entenderse simplemente como la intención de las partes destinadas a producir un efecto jurídico directo, reconocido por el ordenamiento, como afirmaba WINDSHEID en el párr. 69 de su *Lehrbuch des Pandektenrechts*, sobre la noción de la palabra “negocio”.

Si la autonomía privada ha perdido la función exclusiva de regular las relaciones entre las partes, ahora ha adquirido, en muchos casos, la tarea de integrar las fuentes legales. Sigue siendo vista como un instrumento para conseguir el mercado comunitario, pero incluyendo la tutela de intereses ulteriores, a los que se añaden los económicos. Pues el derecho comunitario considera el contrato como uno de los instrumentos de la regulación de mercado, aunque, por supuesto, en una posición subordinada en la jerarquía de las fuentes.

El contrato también, como se ha dicho, ya no puede ser considerado en términos de “transacción económica” como la adquisición o intercambio de bienes o servicios, ni puede ser reducido a un mecanismo de equilibrio entre los intereses, sino que se convierte en una fuente de valores económicos<sup>66</sup>.

De hecho, según las directivas comunitarias, el contrato es una herramienta para la creación de nuevos bienes, como es el caso de las

<sup>66</sup> LIPARI, N. “Introduzione”, en Lipari, N. (coord.). *Diritto privato europeo...*, pg. 14.





disciplinas de los productos financieros, de la utilización de los bienes inmuebles a tiempo compartido o de los contratos que tengan por objeto los bienes intangibles. Como se ha dicho, esta es como una nueva forma de alquimia que en lugar de producir oro de la nada, crea riqueza por medio de las palabras contenidas en los contratos<sup>67</sup>.

## 9. MODALIDAD DE CONSTRUCCIÓN Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Para concluir con este artículo, cabe destacar que los contratos entre consumidores y profesionales constituyen el más importante ejemplo de la modalidad y las consecuencias de la integración jurídica europea en materia de derecho privado.

Se trata de un proceso muy difícil que se expresa con un enfoque sectorial y gradualista, como se afirma en los documentos de las mismas instituciones comunitarias que toman como ejemplo, especialmente, la disciplina del consumo<sup>68</sup>.

En la comunicación sobre derecho contractual europeo y en la que se refiere a la “Mayor coherencia del derecho contractual”, la Comisión, en particular, subraya que el enfoque del derecho comunitario conduce a toda una serie de problemas, verbigracia, la utilización de conceptos generales que se interpretan de manera diferente en cada derecho nacional – contrato, obligación, daño –. La legislación adoptada por un estado para

<sup>67</sup> GALGANO, F. “Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte”, *Contratto e impresa...*, pg. 211; y del mismo autor, *La globalizzazione nello...*, pgs 18 y ss.

<sup>68</sup> Véase los siguientes documentos de la Comisión: Comunicación de 11 de julio de 2001 sobre el derecho contractual europeo, cit.; Comunicación, mayor coherencia en el derecho contractual europeo: un plan de acción, cit.; Comunicación de 11 de octubre de 2004: “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro” [COM(2004) 651 final]; el Libro verde “sobre la transformación en instrumento comunitario de la Convención de Roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales y la renovación de la misma” [(COM (2002) 654 de 14 de enero de 2003)]; Informe de la Comisión de 25 de julio de 2007: “Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia” [COM(2007) 447].



dar cumplimiento a las directivas comunitarias utiliza nociones de derecho interno que varían considerablemente de un país a otro; en algunos casos, se puede aplicar en el mismo asunto, dos o más fuentes comunitarias de manera contradictoria<sup>69</sup>; las situaciones similares se tratan de manera diferente sin justificación para la diferencia de trato<sup>70</sup>.

Como señala la comisión, los aspectos problemáticos del derecho civil comunitario, especialmente respecto a los contratos, y las diferencias entre las disciplinas nacionales, tienen como efecto disuadir los acuerdos transfronterizos<sup>71</sup>. Por consiguiente, las opciones para gestionar una materia así de compleja pueden ser varias<sup>72</sup>. Aunque la perspectiva de codificación europea tiene pocos puntos claros.

<sup>69</sup> En la comunicación mayor coherencia... se afirma que “pueden aplicarse varios actos comunitarios que producen resultados contradictorios. Un ejemplo señalado es el de la limitación de la responsabilidad en la directiva sobre viajes combinados, en conexión con el convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal), por una parte, y el Reglamento sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, por otra. Otro, se refiere al hecho de que la directiva sobre venta a domicilio y la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido son aplicables al mismo tiempo, como confirmó el TJCE en el asunto ‘Travel Vac’” (Véase el párr. 3.1, apartado 17, de la comunicación).

<sup>70</sup> De acuerdo al párr. 3.1., apartado 16 de la comunicación Mayor coherencia...: “Entre las categorías de incoherencias propias del derecho contractual de la UE, se señaló que se tratan de manera diferente situaciones idénticas sin que ello esté justificado de manera pertinente. Se hizo hincapié en el problema de los requisitos y las consecuencias divergentes de algunas directivas aplicables a la misma situación comercial. Entre los ejemplos citados se encuentran las modalidades diferentes aplicables al derecho de desistimiento en las directivas sobre la venta a domicilio, la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, la venta a distancia y la venta a distancia de servicios financieros, en particular, las diferencias en lo relativo a los plazos y los métodos de cálculo de los plazos de desistimiento. Otros mencionaban los enfoques incoherentes de los requisitos de información de la directiva sobre el comercio electrónico y las dos directivas sobre venta a distancia, o los requisitos de información divergentes de diferentes directivas sobre protección de los consumidores con respecto al derecho contractual”.

<sup>71</sup> Véase la comunicación Mayor coherencia en el derecho contractual europeo: un plan de acción, cit., párr. 3.2.

<sup>72</sup> La primera propuesta que ha producido un amplio debate en literatura y que ha derivado de dos resoluciones del parlamento europeo, la podemos encontrar entre otros en: ALPA, G. “Il codice civile europeo e pluribus unum”, *Contratto e impresa...*, pg. 695;



La misma noción de “código” a la que ha hecho referencia el parlamento europeo, ha sido durante mucho tiempo utilizada de manera desigual en el debate doctrinal: como una herramienta que es el resultado de la codificación nacional, es decir, en un sentido tradicional; o como una noción más amplia que incluye conceptos diferentes, como los modelos de *soft law*<sup>73</sup>.

En este contexto, la posibilidad de codificar el derecho privado en Europa ha representado por sí solo el punto de partida de la discusión. Aunque en realidad esta no puede limitarse a establecer la conveniencia de la codificación, sino tiene que dirigirse a la búsqueda e implementación de los instrumentos necesarios para la construcción del derecho contractual supranacional<sup>74</sup>.

Lo anterior no puede negarse, incluso por aquellos que consideran críticamente la hipótesis de una codificación. El mismo SAVIGNY, no obstante, consideraba que el derecho es resultado de un Volkgeist que no hubiera podido cristalizarse sin la ayuda de un código. Él desarrolló un sistema coherente de normas que se basaban en la tradición romano-germánica<sup>75</sup>.

La solución al problema de la complejidad de la materia contractual

---

BUSSANI, M. y MATTEI, U. BUSSANI, M. y MATTEI, U. “The common core approach to european private law”, *Columbia Journal of...*, pgs. 339 y ss.; CAFAGGI, F. (coord.). *Quale armonizzazione per...*; BASEDOW, J. “Un comune diritto dei contratti per il mercato comune”, *Contratto e impresa...*, pgs. 81 y ss.; CASTRONOVO, C. “Savigny e la codificazione europea”, *Europa e diritto...*, pg. 219. En cuanto a las resoluciones del parlamento: De 1989 la Resolución A2-157/89, en D.O., C 158, de 26 de junio de 1989, pg. 400; de 1994 la Resolución A-3 -0329/94, D.O. C 205 de 25 de julio 1994, pg. 518; y de 16 de marzo de 2000. En particular el parlamento europeo, en la Resolución de 1989, pidió la elaboración de un código común de derecho privado europeo, como un complemento necesario del mercado comunitario.

<sup>73</sup> ROPPO, V. “Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico”, *Europa e diritto...*, pg. 468 y ss.

<sup>74</sup> DE WITTE, B. “The convergence debate”, *Maastricht Journal of...*, pgs. 105 y ss.

<sup>75</sup> CASTRONOVO, C. “Savigny e la codificazione europea”, *Europa e diritto...*, pg. 219.



europea es, actualmente, la combinación del acercamiento legislativo y de las acciones no legislativas. Aunque la primera sea la preferible, no puede ser la única, dado el carácter plural y difícil del ordenamiento jurídico comunitario.

El derecho contractual europeo se basa, por tanto, en las normas legislativas adoptadas por las instituciones, así como en los principios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia. Estos últimos, sirven para dar coherencia al conjunto fragmentario de la disciplina comunitaria y para permitir una mejor integración entre el derecho nacional y comunitario, consolidando un *ius commune* contractual europeo<sup>76</sup>.

En los documentos comunitarios es evidente la necesidad de crear un marco común de referencia que establezca principios y terminología comunes para garantizar una mayor coherencia, y por consiguiente, mejorar el *Acquis* comunitario presente y futuro<sup>77</sup>.

Elaboraciones de recopilaciones como el marco común de referencia podrían servir para alcanzar los objetivos actuales del derecho privado comunitario. Los principios, aunque no sean obligatorios, se utilizan en la legislación nacional y comunitaria.

Para ilustrar esto, la *Corte di Cassazione* italiana, en una decisión de 2010, opinó que la obligación de indemnización por incumplimiento de la buena fe es coherente con los “principios reconocidos en el contexto europeo”<sup>78</sup>. Lo mismo ha ocurrido en otros ordenamientos nacionales: los principios europeos influyeron en la reforma de la ley alemana de obligaciones en

<sup>76</sup> Cfr. ADAR, Y. y SIRENA, P. “Principles and rules in the emerging european contract law: From the PECL to the CESL, and beyond”, *European review of...*, pgs. 1-37, quienes además han afirmado que: “*principles are the norms of the Union’s law which encapsulate the common core of the laws of the Member States and which (with particular regard to subsidiarity and proportionality) create the conditions to apply it at the European level, especially by the Court of Justice. In contrast, rules are those norms of the Union’s law which impose a binding norm of conduct irrespectively of the laws of the Member States, or even against those laws?*”.

<sup>77</sup> Comisión europea, Simplificar y mejorar el marco regulador, COM (2001) 726.

<sup>78</sup> *Corte di Cassazione*, 11 de junio de 2010, n.º 14056, en [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)



## ROL DEL DERECHO DEL CONSUMO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

2002 y del código civil de los Países Bajos. Aquellos principios de derecho contractual son ya utilizados por el Tribunal de Justicia en sus sentencias y son la referencia para el desarrollo del sistema legal<sup>79</sup>.

Como se ha podido observar, sin duda, los principios, al igual que la jurisprudencia, tienen gran influencia en la creación de las normas legislativas<sup>80</sup>. Tratándose de los conceptos que derivan de las normas y de la interpretación, concernientes al derecho de los consumidores, estos representan la base esencial para la elaboración de los principios de derecho contractual, y por ende de todo el derecho privado europeo.

<sup>79</sup> Como ejemplos de referencia a los principios de la Comisión, vid. Tribunal de Primera Instancia, sent. 27 de septiembre de 2007, T-9/95 y T-8/95, *Pelle y Konrad/Conjunto y Comisión*, Rep. 2007, pg. II-4117; por las referencias a el *Common Frame of Reference*, vid., las conclusiones del *Advocado General Verica Trstenjak* del 7 de mayo 2009, en el asunto C-227/08, *Eva Martín Martín/EDP Editores, S.L.*

<sup>80</sup> ZIMMERMANN, R. “The present state of European private law”, *American Journal of...*, pgs. 479-512; VENDRELL, C. VENDRELL, C. “The application of the principles of european contract law by spanish courts”, en *Zeitschrift für Europäisches...*, pgs. 534 y ss.; y BUSCH, B. “The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands-On the Influence of the PECL on Dutch Legal Practice”, *Zeitschrift für Europäisches...*, pgs. 549 y ss.



## 10. FUENTES

### Autores

ADAR, Y. y SIRENA, P. "Principles and rules in the emerging european contract law: From the PECL to the CESL, and beyond", *European review of contract law*, 2013.

AKEHURST, M. "The application of the general principles of law by the court of justice of the european communities", *The british year book of international law*, 1981.

ALPA, G. "Il codice civile europeo e pluribus unum", *Contratto e impresa/Europa*, 1999.

BASEDOW, J. "Un comune diritto dei contratti per il mercato comune", *Contratto e impresa/Europa*, 1997.

BUSCH, B. "The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands-On the Influence of the PECL on Dutch Legal Practice", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008.

BUSSANI, M. y MATTEI, U. "The common core approch to european private law", *Columbia Journal of European Law*, 1997-1998.

CAFAGGI, F. (coord.). *Quale armonizzazione per il diritto privato europeo dei contratti?* Padova: Cedam, 2003.

CASTRONOVO, C. "Savigny e la codificazione europea", *Europa e diritto privato*, 2009.

CIPPITANI, R.

- "El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea", *JuríPolis*, México, 2007.
- "El ordenamiento jurídico de género nuevo: metáforas



## ROL DEL DERECHO DEL CONSUMO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

y estrategias en la jurisprudencia comunitaria”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Molina Suárez, C. de J. (coords.), *El juez constitucional en el Siglo XXI*. México: Porrúa, 2009. T. II.

- “Interpretación de las Cortes regionales”, en Álvarez Ledesma, M. I. y Cippitani, R. (coords.). *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG, 2013.

CLIVE, E. *An introduction to the academic draft common frame of reference*. Berlín: Era Forum, 2008.

COLCELLI, V. *Status en el derecho de la Unión Europea*, en Álvarez Ledesma, M. I. y Cippitani, R. (coords.). *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG, 2013.

DE NOVA, G. “Criteri generali di determinazione dell’abusività delle clausole ed elenco di clausole abusive”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994.

DE WITTE, B. “The convergence debate”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996.

FERRI, G. B. “Il Code Europeen des Contrats”, *Contratto e impresa/Europa*, 2002.

FRANZESE, L. *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova: Cedam, 2004.

FUCHS, A. *A plea a europe-wide discussion of draft common frame of reference*. Berlín: Era forum, 2008.

GALGANO, F.

- “Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte”, *Contratto e impresa/Europa*, 1997.
- *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005.



IRTI, N. *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari: Laterza, 2003.

JANNARELLI, A. "La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori", en Lipari, N. (coord.). *Trattato di diritto privato europeo* (L' attività e il contratto), Padova: Cedam, 2002. Vol. III.

JIMÉNEZ, F. *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Legis, 2015.

LIPARI, N. "Introduzione", en Lipari, N. (coord.). *Diritto privato europeo*. Padova: Cedam, 1997.

MOLINA DEL POZO, C. F. "La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea", en Álvarez Ledesma, M. I. y Cippitani, R. (coords.). *Derechos individuales e integración regional (antología)*. Roma-Perugia-México: ISEG, 2013.

OLIVI, B. *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea 1948-2000*. Bologna: Il Mulino, 2001.

PAMPILLO, J. P. "Integración regional y derecho comunitario", en Álvarez Ledesma M. I. y Cippitani, R. (coords.). *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG, 2013.

PAPADOPOULOU, R. E. *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concretization*. Bruxelles-Athenes: Bruylants-Sakkoulas, 1996.

PIZZOLO, C. "Libre circulación de personas: alcance y límites", Álvarez Ledesma, M. I. y Cippitani, R. (coords.). *Derechos individuales e integración regional (antología)*. Perugia-Roma-México: ISEG, 2013.

RIZZO, V. "Il significativo squilibrio "malgrado" la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento ambiguo da chiarire", en *Rassegna di diritto civile*, 1996.



## ROL DEL DERECHO DEL CONSUMO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

ROOPPO, V. "Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico", *Europa e Diritto privato*, 2004.

SASSI, A. "Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed europeo", en Tommaso Sediari (ed. lit.). *Cultura dell'integrazione europea*. Torino: Giappichelli, 2005.

VENDRELL, C. "The application of the principles of european contract law by spanish courts", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008.

WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R. "Good faith in european contract law: surveying the legal landscape", en Zimmermann, R. y Whittaker, S. (coords.). *Good faith in european contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

WILLETT, C. "General clauses and the competing ethics of european consumer law in the UK", *Cambridge Law Journal*, 2012.

ZIMMERMANN, R. "The present state of european private law", *American Journal of Comparative Law* (AJCL), n.º 2, vol. 57, 2009.