

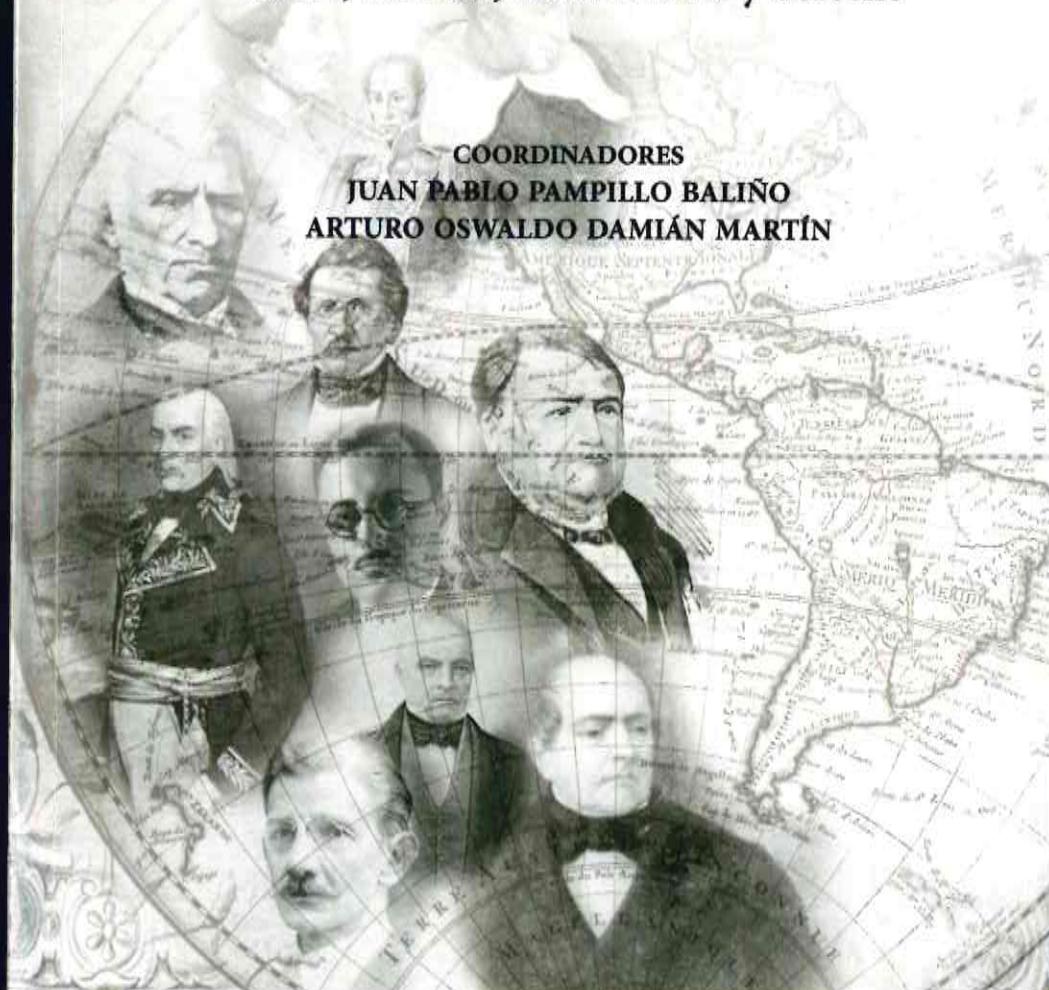
Integraciones Jurídicas Americanas

Teoría, historia, instituciones y derecho

COORDINADORES

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

ARTURO OSWALDO DAMIÁN MARTÍN



OTECA JURÍDICA AMERICANA
Dirigida por Juan Pablo Pampillo Baliño

**INTEGRACIONES JURÍDICAS
AMERICANAS**

TEORÍA, HISTORIA, INSTITUCIONES Y DERECHO

INTEGRACIONES JURÍDICAS AMERICANAS

TEORÍA, HISTORIA, INSTITUCIONES Y DERECHO

Coordinadores

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

ARTURO OSWALDO DAMIÁN MARTÍN



EditorialDorris



Red Internacional de Juristas
para la Integración Americana

Primera edición: 2017

Copyright © 2017

Esta obra y sus características son propiedad de
EDITORIAL Porrúa, SA de CV 07
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro,
06020, Ciudad de México
www.porrua.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-607-09-2598-6

Revisión y edición académica
a cargo de Arturo Osvaldo Damián Martín

IMPRESO EN MÉXICO

RED INTERNACIONAL DE JURISTAS PARA LA INTEGRACIÓN AMERICANA

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:

Juan Pablo Pampillo Baliño

Vicepresidentes:

Roberto Cippitani

César Montaño Galarza

Mariela Morales Antoniazzzi

Hernán A. Olano García

Calogero Pizzolo

Vocales:

Eber Omar Betanzos Torres

Santiago Botero Gómez (*Director Académico*)

Arturo Osvaldo Damián Martín (*Director General*)

John Alberto Tito Ahumada (*Director de Investigación*)

CONSEJO CIENTÍFICO

Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México) • Ricardo Alonso García (Universidad Complutense de Madrid, España) • Rainer Arnold (Universidad de Regensburg, Alemania) • Gilberto Boutin (Universidad de Panamá, Panamá) • Raúl Canosa Usera (Universidad Complutense de Madrid, España) • Guzmán Carriquiry (Pontificio Consejo para América Latina, Vaticano) • Cástor Miguel Díez Barrado (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Rafael Domingo Oslé (Universidad de Emory, Estados Unidos) • Adriana Dreyzin de Klor (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina) • José Sebastião Fagundes Cunha (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasil) • Paulo Ferreira da Cunha (Universidad do Porto, Portugal) • Eduardo Ferrer MacGregor (Corte Interamericana de Derechos Humanos, México) • Héctor Fix-Fierro (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México) • Domingo García Belaunde (Universidad Católica, Perú) • Claudio Grossman (Washington College of Law, Estados Unidos de Norteamérica) • Alejandro Guzmán Brito (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile) • Peter Häberle (Universidad de Bayreuth, Alemania) • José Iturmendi Morales (Universidad Complutense de Madrid) • José Antonio Lozano (Universidad Panamericana, México) • Luca Mezzetti (Universidad de Bolonia, Italia) • Carlos F. Molina del Pozo (Universidad de Alcalá de Henares, España) • Loretta Ortiz Ahlf (Escuela Libre de Derecho, México) • Carlos H. Peña (Universidad Diego Portales, Chile) • Antonio-Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela, España) • Rogelio Pérez-Bustamante (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Leonel Perezniotto Castro (UNAM, México) • Francisco Puy Muñoz (Universidad de Granada, España) • Ricardo Rabinovich-Berkman (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Carlos Ramos Nuñez (Tribunal Constitucional, Perú) • Pedro Salazar Ugarte (UNAM, México) • José Luis Sobejano Fernández (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México) • Emilio Suñé Llinás (Universidad Complutense de Madrid, España) • Ricardo Vigil Toledo (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Perú) • Elizabeth Villalba (Comité Jurídico Interamericano, OEA, El Salvador) • Armin von Bogdandi (Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Público Comparado, Alemania) • Joseph H.H. Weiler (Instituto Universitario Europeo, Italia) • Rodolfo L. Vigo (Universidad Austral y Católica, Argentina) • Michael Vorbeck (Representación Permanente del Principado de Liechtenstein) • Antonio C. Wolkmer (Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil) • Stephen T. Zamora (University of Houston, Estados Unidos).

MEMBRESÍA

Mario Álvarez Ledesma (ITESM, México) • Mauricio Isidro Arellano Cortés (ITESM, México) • Pablo Arrocha Olabuenaga (Secretaría de Relaciones Exteriores, México) • Antonio C. Baeta Minhoto (Universidad de São Caetano do Sul, Brasil) • Magdalena Bas (Universidad de la República, Uruguay) • Eduardo Biacchi Gomes (Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil) • Andrés Botero Bernal (Universidad de Medellín, Colombia) • Jonathan M. Brodsky (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Luis Norberto Cacho Pérez (Escuela Libre de Derecho, México) • Ángeles Cano Linares (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Celso Cancela Outeda (Universidad de Vigo, España) • Salvador Cárdenas Gutiérrez (Poder Judicial Federal, México) • Mauricio Cárdenas Guzmán (Escuela Libre de Derecho, México) • Eugenia Paola Carmona Díaz de León (Instituto de la Judicatura Federal, México) • María Teresa Carrero (Universidad de Manizales, Colombia) • Hedley Christ (Universidad de Brighton, Inglaterra) • Adrián Cisneros Aguilar (Universidad de Shangai, China) • Valentina Colcelli (Universidad de Perugia, Italia) • Julio César Córdón Aguilar (Corte de Constitucionalidad, Guatemala) • Jesús E. Coronado Contreras (Universidad Iberoamericana, México) • Óscar Cruz Barney (UNAM, México) • Carlos A. Dávila (Universidad de Manizales, Colombia) • Juan Javier del Granado (UNAM, México) • Vitor Martins Dias (Fundación Getulio Vargas, Brasil) • Xavier Díez de Urbandía (Universidad Autónoma de Coahuila, México) • Francisco Díez Marina Palacios (Universidad Panamericana, México) • José Antonio Estrada Marún (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México) • David Fabio Esborraz (Universidad de Roma Tor Vergata, Italia) • Jorge Luis Fabra (Universidad de la República, Uruguay)

Gil-Müller (Universidad Autónoma del Noreste, México) • Hugo Ramiro Gómez Apac (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) • Israel González Delgado (Escuela Libre de Derecho, México) • Pablo González Domínguez (Universidad Panamericana, México) • Jorge Alberto González Galván (UNAM, México) • Francisco González de Cossío (Universidad Iberoamericana, México) • Juan Marcelino González Garcete (Universidad de Asunción, Paraguay) • Gemi José González López (Escuela Libre de Derecho, México) • James A. Graham (Universidad de Monterrey, México) • María de los Angeles Guzmán García (Comisión Nacional de Derechos Humanos, México) • Carlos Hakansson Nieto (Universidad de Piura, Perú) • David Hernández González (Escuela Libre de Derecho, México) • Ana Ruth Herrera (Escuela Libre de Derecho, México) • G. Gonzalo Hidalgo N. (Fundación de Estudios Constitucionales y Políticos, Bolivia) • Silvana Insignares (Universidad del Norte, Colombia) • Carlos I. Jaramillo Jaramillo (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia) • Henry Jiménez Guanipa (Universidad de Bochum, Alemania) • Mar Jimeno Bulnes (Universidad de Burgos, España) • Sabrina Lanni (Universidad de Roma Tor Vergata, Italia) • Abel Laureano (Universidad do Porto, Portugal) • Carla Ledezma (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Carolina León Bastos (Universidad Anáhuac, México) • José Manuel Magaña Rufino (Universidad Panamericana, Aguascalientes, México) • Luiz Guilherme Marinoni (Universidade Federal do Paraná, Brasil) • María Isabel Lorca Martín de Villodres (Universidad de Málaga, España) • Emilio Martínez Albesa (Universidad Europea de Roma, Italia) • Rubén Martínez Dalmat (Universidad de Valencia, España) • Pedro Martínez-Fraga (Universidad de Nueva York, Estados Unidos) • Juan Antonio Martínez Muñoz (Universidad Complutense de Madrid, España) • Bernardo Marquardt (Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia) • Alejandro Mayagoitia (Universidad Panamericana, México) • Massimo Meccarelli (Universidad de Macerata, Italia) • Jorge Menabrito (UNAM, México) • Andrea Mensa (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Rubén Minutti Zanatta (Escuela Libre de Derecho, México) • Matthew C. Mirow (Florida International University, Estados Unidos) • Carlos M. Molina Betancur (Universidad de Medellín, Colombia) • Manuel A. Munive Pérez (Escuela Libre de Derecho, México) • José Ramón Narváez (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México) • Fernando Nava Herrera (Escuela Libre de Derecho, México) • Karlos Navarro Medal (Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua) • Dante Negro (Organización de Estados Americanos, Perú) • José Noronha Rodrigues (Universidad de las Azores, Portugal) • Pilar Trinidad Núñez (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Patricia Ordoñez León (Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México) • Pascual Orozco Garibay (Escuela Libre de Derecho, México) • Néstor Osuna (Universidad del Externado, Colombia) • Milagros Otero Parga (Universidad de Santiago de Compostela, España) • Jorge Óviedo Albán (Universidad de La Sabana, Colombia) • Luis María Palma (Universidad de Belgrano, Argentina) • Mihuela Papa (Harvard Law School, Estados Unidos) • Cyntia Autrey Paredes (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México) • Kenneth Pennington (Catholic University of America, Estados Unidos) • Sergio Ramiro Peña Neira (Universidad del Mar, Chile) • Gabriele Pepe (Universidad Marconi, Italia) • Raúl Pérez Johnston (Universidad Anáhuac, México) • Rogelio Pérez-Perdomo (Universidad Central, Venezuela) • Alejandro Daniel Perotti (Universidad Austral, Argentina) • Galo Pico Mantilla (Escuela Judicial para América Latina, Ecuador) • Luis Pomed Sánchez (Tribunal Constitucional, España) • Helena Posener (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Jorge Antonio Quindimil (Universidad de la Coruña, España) • Emma Quintero Niño (Centro de Estudios Europeos, España) • Luis Fernando Rentería Barragán (Supremo Tribunal de Justicia de Sonora, México) • Adolfo Reyes Velázquez (Escuela Libre de Derecho) • Gregorio Robles Mochón (Universidad de las Islas Baleares, España) • Diego Rodríguez-Pinzón (Washington College of Law, Estados Unidos) • Iliana Rodríguez Santibáñez (ITESM, México) • Víctor Rojas Amandi (Universidad Iberoamericana, México) • Leticia Danielle Romano (Universidad de Brasilia, Brasil) • Antonio Saccoccio (Universidad de Brescia, Italia) • Juan Pablo Sáinz (Universidad Panamericana, México) • Mariana Salazar Albornoz (Secretaría de Relaciones Exteriores, México) • Alejandro Salcedo (Universidad Panamericana, Aguascalientes, México) • Jorge Sánchez Cordero (UNAM, México) • Juan Sandoval Mendolea (Secretaría de Relaciones Exteriores, México) • Susana Sanz Caballero (Universidad CEU Cardenal Herrera, España) • Martín Santamaría Vivanco (Fundación Maiestas, España) • Fernando Sarmiento Cifuentes (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia) • María Ángela Sasaki (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Perú) • Ricardo Sepúlveda (Escuela Libre de Derecho, México) • José María Serna de la Garza (UNAM, México) • Jorge A. Schiavon (Centro de Investigación y Docencia Económicas, México) • Luciana Scotti (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Ricardo Sodi Cuellar (Universidad Anáhuac, México) • Claudia F. Storini (Universidad Pública de Navarra, España) • Juan Emilio Suñé Cano (Universidad Complutense de Madrid, España) • Hsien-Li Tan (Universidad Nacional, Singapur) • Attila Tanzi (Universidad de Bolonia, Italia) • José Marco Tayah (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Edgardo Torres López (Escuela Judicial de América Latina) • Eric Tremolada Alvarez (Universidad Externado, Colombia) • Andrea Trisciuglio (Universidad de Turín, Italia) • Javier Gonzaga Valencia Hernández (Universidad de Caldas, Colombia) • Mylene Valenzuela (Universidad Central, Chile) • Anthony Varona (Washington College of Law, Estados Unidos) • Luciano Vaz Ferreira (Faculdade de Direito Rio Grande do Sul, Brasil) • Gerardo Vázquez (Escuela Libre de Derecho, México) • Romeo Velázquez Cabrera (Universidad Salesiana, México) • Hernany Veytia (Cambridge, Inglaterra) • René Alfonso Zoreda (Conferencia Interamericana de Seguridad Social).

TRAYECTORIAS DE DERECHO CONTRACTUAL EN LA UNIÓN EUROPEA¹

ROBERTO CIPPITANI²

A. EL CÓDIGO CIVIL COMO CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE LA MODERNIDAD

La pluralidad de las fuentes y de las jurisdicciones que caracteriza los ordenamientos jurídicos medieval y renacentistas europeos se enfrentó, al final del siglo XVII, con dos fenómenos.

El primero fue de carácter cultural, el racionalismo de la Ilustración, que a través de la obra de los Pandectistas y de la Escuela de la Exegesis, propuso una sistematización del derecho, utilizando como base las fuentes romanísticas y del *ius commune*.³

Los pandectistas construyeron su sistema tomando como material jurídico lo que constituye el *Corpus Juris* de Giustiniano, no sólo para la adherencia a una tradición cultural, sino también por su riqueza y su completitud.⁴ Lo que les interesaba era propiamente el sistema en sí mismo, en cuanto marco conceptual capaz de enmarcar cualquier norma.⁵ Esto es lo que surge claramente de las obras de Savigny (especial-

¹ Se agradece a la Profesora Russy G. Vázquez Fregoso del Departamento de Lenguas de ITESM Campus Guadalajara por la revisión lingüística.

² Investigador de Derecho privado, Catedrático Jean Monnet, Università degli Studi di Perugia.

³ Véase, entre otros, las obras de GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari. Editorial Laterza. 2001, *passim*; SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto privato comparato*. Torino. Editorial Utet. 1980, *passim*; SACCO, Rodolfo, GAMBERO, Antonio. *Sistemi Giuridici Comparati*. Torino. Editorial Utet. 1994; WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung (Jurisprudenz in Einzeldarstellungen)*. Göttingen. Editorial Vandenhoeck & Ruprecht GmbH KG. 1967.

⁴ Cfr. PUGLIESE, Giovanni. *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, en "La formazione Storica del diritto moderno in Europa". Firenze. 1977.

⁵ Sobre el concepto del sistema en el pensamiento jurídico, véase VAN DE KERCKHOVÉ, Michel, OST, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris. Presses universitaires de Bruxelles. 1992.

mente el *System des heutigen römischen Rechts*, Windscheid (véase el *Lehrbuch des Pandektenrechts*) o del trabajo de Domat (*Traité des lois civiles prises dans leur ordre naturel*) y de Pothier (por ejemplo, véase sus *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*).

Se trataba de racionalizar la compleja materia civil, estratificada durante los siglos, mediante el encuadramiento en un "orden natural". Como escribió Domat en su *Traité* "Toutes les matières du Droit Civil ont entre elles un ordre simple et naturel qui en forme un corps, où il est facile de les voir toutes, et de concevoir d'une seule vue en quelle partie chacune a sa place. Et cet ordre a ses fondements dans le plan de la société, qu'on a expliqué".

La idea central de Domat era la de construir un sistema de principios: "deux sortes de principes, l'une de ceux qui peuvent se redire en règles; et l'autre de ceux qu'on ne peut fixer en règles".

Estos principios expresaban la idea de justicia que se consideraba la misma en todo momento y en todo lugar, capaces de dar coherencia al derecho "arbitrario".

En la concepción de Domat, los principios generales, que son verdaderos axiomas de la justicia legal, están unidos entre sí en una cadena de sucesión y especificaciones.

Fue entonces necesario "reducir a un método razonable", el derecho de Justiniano (Pothier) que, sin embargo, tiene que ser considerado como la base conceptual del derecho moderno. Eso es "el arte de lo bueno y justo", un arte fundado en los principios del derecho y en la equidad.

El otro cambio importante fue la construcción de los Estados y la necesidad de establecer un derecho sujeto a una autoridad nacional, rompiendo el universalismo jurídico medieval y renacentista, del cual eran expresión el derecho común y lo eclesiástico.⁶

La forma elegida para fijar el monopolio jurídico del Estado fue el "código", en particular los códigos civiles.

El *Code Civil* de Napoleón de 1804 es el ejemplo paradigmático de esta nueva tendencia.

Los códigos son leyes muy complejas que se basan en una lógica de la causa (los eventos humanos y naturales) y del efecto legal. El legislador del código busca identificar un repertorio de formas y de disciplinas típicas, de manera que el intérprete, en particular el juez, esté vinculado por una interpretación y aplicación estricta de la ley estatal.⁷

⁶ Cfr. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codi-*

Este enfoque llega a eliminar, o por lo menos a reducir, la utilización de las cláusulas generales y de los conceptos abiertos (véase el Artículo 4 del *Code Civil*),⁸ de manera que la codificación sea lo más posible un proceso universal e inmutable.⁹ A diferencia del principio de estricta legalidad en las relaciones civiles, el *Code* no se refiere a conceptos como la buena fe, salvo en el caso del artículo 1382.

En cambio, el *Code* se refiere a conceptos matemáticos, como las distancias legales en las relaciones de vecindad o en el caso de la determinación de la lesión en la formación del contrato.¹⁰

El juez se convirtió en un funcionario público responsable de la aplicación de la ley y el poder judicial se organizó en un sistema jerarquizado.

Los códigos civiles tuvieron un rol "constitucional" en el sentido que expresaban los valores fundamentales del ordenamiento jurídico.¹¹

El *Code Civil* establece los valores de la revolución social burguesa, en particular, la seguridad jurídica y la igualdad formal de los sujetos frente a la ley, a fin de frenar la extrema discrecionalidad, en la época pasada, de la autoridad civil o religiosa que aplicaba el derecho. Como afirmaba Weber, se trataba evitar la "materialización" del derecho, es decir la confusión entre la ética y la ley, que habría amenazaba la seguridad y la previsibilidad del derecho.¹²

En esa época, el derecho privado proporcionaba el marco legal para el ejercicio de la autonomía de los particulares en la regulación de sus propios intereses. Este espacio se basaba en los principios de la justicia correctiva del caso concreto. El espacio de autonomía de los particulares tuvo que estar muy lejos de las políticas públicas y de la acción del Estado dirigida a la asignación de los recursos colectivos.¹³

⁸ PALAZZO, Antonio. *Permanencias*. En ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. y CIPPITANI, Roberto (coord.). "Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica". Roma-Perugia-México. ISEG. 2013. P. 502 ss.

⁹ IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. Milano. Editorial Giuffrè. 1979; CAPRIOTTI, Severino. *Codice civile strutture e vicende*. Milano. Editorial Giuffrè. 2008.

¹⁰ La lesión se realizaba cuando la desproporción era más de un cuarto en la división y, en la venta, cuando el precio pagado por el comprador es menor de los siete doceavos del valor real.

¹¹ SOLARI, Gioele. *Filosofia del diritto privato*. Torino. Editorial Giappichelli. 1959; BARBERA, Augusto. *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Roma-Bari. Editorial Laterza. 1998; GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari-Roma. Editorial Laterza. 1997. P. 113; REALE, Miguel. *Introducción al derecho*. Madrid. Ediciones Pirámides. 1977. P. 271 y sig.

¹² Cfr. Max Weber. *Economia e società*. Vol. II. Milano. Editorial Dozelli. 1961. *passim*, spec. P. 130 ss.; P. 185 ss.

¹³ CHEREDNYCHENKO, Olha. "Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law". En *European Review of Contract Law*. 1/2010. P. 30-65 p. 40.

B. CONTENIDO DEL DERECHO PRIVADO Y FUNCIÓN DEL CONTRATO

El derecho privado, como se representa en los códigos civiles europeos,¹⁴ está construido alrededor de una metáfora patrimonial e individualista. Es un ejemplo de este enfoque el sistema de las relaciones jurídicas que surge de las obras de los pandectistas.

Los elementos del patrimonio, obligaciones y derechos reales, están reglados con respecto a su circulación y a su agregación.¹⁵

Los elementos del patrimonio tienen el carácter de la economía en el sentido que se pueden evaluar en términos monetarios.¹⁶ Los instrumentos legales de las sucesiones constituyen las herramientas

Los contratos y la disciplina de las sucesiones constituyen las herramientas para poner en marcha las obligaciones y los derechos reales.

Otros tipos de relaciones jurídicas, como las familiares, que hoy día se centran en el mantenimiento de las personas físicas (y sobre todo al cuidado de los niños),¹⁷ en el pasado tenían una función sobre todo patrimonial. De hecho, esas relaciones en los códigos participaban en el proceso de circulación del patrimonio, proporcionando las condiciones y límites de las sucesiones y de los testamentos. Para Savigny, solamente los aspectos patrimoniales de las relaciones familiares tenían que considerarse como aspectos jurídicos.

En el sistema del derecho privado de los códigos, los movimientos patrimoniales se basan en la lógica del equilibrio. Cualquier disminución patrimonial debe corregirse a través de la indemnización en caso de daños o de la restitución de los valores patrimoniales adquiridos sin causa admisible.¹⁸

Los contratos son el principal medio de circulación de elementos patrimoniales, como es particularmente claro en la definición de "con-

¹⁴ CAPRIOLI, *Il Codice civile. Struttura e vicende...*; HALPERIN, Jean-Louis, *L'impôt sur le revenu* (Histoires), Paris, Presses universitaires de France, 1992.

¹⁵ Por una definición de patrimonio, véase, por ejemplo, la de los traductores en italiano de la obra de WINDESHEID, FADDA y Bensa, quienes en las notas del *Diritto delle pandette* de 1930, sostienen que el patrimonio es el conjunto de derechos patrimoniales que se refieren a la persona. Es la persona, el sujeto, que es el punto de referencia de todos esos derechos, convirtiendo los convierte en un patrimonio.

¹⁶ Véase la *Relazione al Re al Codice Civile italiano n. 23.*

¹⁶ Vease la Relazione di P. Cippitani, Roberto. *La ricerca giuridica e il diritto di famiglia*. Milano, 1998, p. 71 ss.

¹⁸ El principio de la reacción a los movimientos patrimoniales sin justificación es presente en todo ordenamiento jurídico europeo: Cfr. STEIN, Peter. *I fondamenti del diritto europeo*. Milano, Editorial Giuffrè, 1987. P. 253 y sigs. Incluso en el Derecho romano hubo quien defendió la mantenencia ese principio, como la *conductio*. Véase Dig. 12, 1, 1.

trato" contenida en el artículo del 1321 del *Codice Civile* italiano, y en los demás códigos civiles europeos (especialmente véase el artículo 1101 del *Code Civil* y el artículo 1254 del Código Civil español).

La disciplina de los contratos se basa en el concepto de intercambio, así que Sacco observa que hay un verdadero dogma de la "bilateralidad" en el derecho contractual europeo.¹⁹

El intercambio se lleva a cabo principalmente a través de la onerosidad, es decir a través de la interdependencia de las prestaciones o de las obligaciones,²⁰ por medio del mismo contrato.²¹ La onerosidad es el modo principal que expresa el enfoque patrimonial del derecho privado en los diferentes sistemas jurídicos. Son ejemplos de este acercamiento nociones jurídicas como el contrato bilateral o sinalagmático bilateral del *Code Civil*; el *Gegenseitiger Vertrag* en el BGB (§ 320 y ss.), el *bilateral contract* del common law.²²

C. CRISIS DEL MODELO DEL CÓDIGO

En la primera mitad del siglo XX se comenzó a reflexionar de manera crítica sobre la codificación como un medio para regular las relaciones del derecho privado.

Una primera serie de observaciones críticas fue expresada desde una perspectiva "interna" al paradigma del código civil. Geny, entre otros, señaló el carácter incompleto y vago, contrariamente a lo que se pensaba, de muchos conceptos usados en el *Code Civil*.²³ Por ejemplo, es incompleta la noción de "causa", especialmente cuando se establecía la nulidad del contrato en el caso de causa ilícita (véase los artículos 1108, 1131, 1133).

¹⁹ SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*. En SACCO, Rodolfo (coord.), "Trattato di diritto comparato". Torino. Editorial UTET. 2006. P. 75 y ss.

²⁰ Entre los demás GALGANO Francesco, *Il negozio giuridico*. En "Trattato di diritto civile e commerciale. Milano". Editorial Giuffrè. 1988. P. 465 y sigs.; MESSINEO, Francesco, *Dottrina generale del contratto*. Milano. Editorial Giuffrè. 1948. P. 234 y ss.

²¹ Véase PINO, Augusto. *Il contratto con prestazioni corrispettive*. Padova. Editorial Cedam, 1963, *passim*, especialmente P. 145.

²² Con respecto a la distinción entre *unilateral* y *bilateral contract* en la base de *consideration*, véase, entre otros, GUIDO ALPA. *Il contratto tra passato e avvenire*, introducción a GILMORE, Grant, *La morte del contratto*. trad. ital. de *The Death of Contract*. Milano Editorial Giuffrè, 1988. P. IX y ss., especialmente P. XXII; GORLA, Gino. *Consideration*. En "Enciclopedia del diritto". Vol. X. Milano. Editorial Giuffrè, 1962. P. 176 y sigs.; ATIYAH, Patrick. *An Introduction to the Law of Contract*. Oxford. Oxford University Press. 4a ed. 1989. P. 124 y ss.

²³ GENY, François. *Science et technique en droit privé positif*. Vol. 2. Paris. Editorial

Otras críticas se expresaron desde una perspectiva heterodoxa, poniendo en duda el fundamento ideológico de la codificación, consistente en el individualismo burgués.

El "socialismo jurídico", por ejemplo, criticó el enfoque del BGB lejos de los intereses colectivos, en particular los objetivos de justicia social.²⁴

Otro tipo de crítica, de tipo anti formalista, fue afirmada por la "jurisprudencia de los intereses", que luchaba contra la idea de que el sistema conceptual del código pudiera tener una aplicación universal.²⁵

En la segunda mitad del siglo XX, el modelo del código, su contexto, los valores de referencia, su función, cambió de manera aún más radical.

En particular, tres fenómenos cambiaron el destino de los códigos civiles: la constitucionalización; la depatrimonialización; y la decodificación.

El primero entre estos, se puso en marcha después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, cuando fueron aprobadas las Constituciones nacionales, adelantadas por la breve pero significativa experiencia de Weimar.

Las Constituciones ponen en el centro del ordenamiento jurídico los derechos fundamentales de la persona. El Estado se convierte en el "Estado de derecho",²⁶ que tiene la obligación de proteger los derechos políticos, civiles y sociales de los particulares, en una perspectiva de solidaridad y con la afirmación de la igualdad no sólo formal, sino sustancial.²⁷ El ejercicio y la protección de estos derechos es, de hecho, la primera prioridad del Estado²⁸ y la nueva justificación del poder político.²⁹

El sistema legal conformado por las constituciones es "de-patrimonializado"³⁰ y esto es el segundo proceso que ha afectado la concepción tradicional de los códigos civiles. Los derechos reconocidos a los particulares ya no son sólo los patrimoniales, como la propiedad, sino

²⁴ SACCO, Rodolfo; GAMBERO, Antonio. *Sistemi Giuridici Comparati..., passim*.

²⁵ HECK, Philip. *Das Problem der Rechtsgewinnung*. Tübingen. 1912.

²⁶ Véase entre otros SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo. *El Estado de Derechos*. En ÁLVAREZ LEDESMA, M. I.; CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., P. 239 ss.

²⁷ Véase CIPPITANI, Roberto. *Solidaridad*, en ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I.; CIPPITANI, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., P. 642-648; Id. *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*. Roma-Perugia. Editorial ISEG. 2010.

²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Tecnos. 1991. P. 19.

²⁹ Cfr. Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts. The Belknap Press of Harvard University. 1980. P. 4-7.

bre todo los derechos personales,³¹ los cuales, además, no se reconocen sólo a los ciudadanos de un país, sino a toda persona.³²

Se trata de derechos que, a diferencia de los patrimoniales, no se pueden negociar a través de los actos de la autonomía privada como los contratos.

Además, los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por las constituciones se aplican tanto en las relaciones verticales (aquellos entre los ciudadanos y las autoridades públicas), como en las relaciones horizontales (es decir, las entre los particulares).³³

Esta incidencia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares, que hoy se acepta normalmente, ya se propuso durante el periodo de la Constitución de Weimar.³⁴

La aplicación directa se afirmó, por ejemplo, con respecto al contrato de trabajo y para establecer la prevalencia de la cláusula general del párrafo 242 del Código Civil sobre el principio nominalista que el BGB establecía en las obligaciones monetarias.

Un tercer fenómeno ha tenido un impacto negativo sobre el papel de los códigos civiles. Como afirma Natalino Irti la época actual se debe considerar, desde el punto de vista legal, como "la edad de la decodificación" en la cual el código civil ha perdido el carácter central en el sistema jurídico.³⁵ El código civil ya no es el principal instrumento legal de protección del particular, dado que esta función está desempeñada por las constituciones.

³¹ Con respecto al impacto de los principios constitucionales en el derecho privado, entre otros véase PERLINGERI, Pietro. *Il diritto civile nella sua legalità costituzionale*. Napoli. Editorial ESI, 1991; RODOTÀ, Stefano. *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*. Napoli. Editorial ESI, 2007.

³² Véase FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*. Madrid. Editorial Trotta. III ed. 2002. P. 116 y sigs.

³³ Los principios constitucionales no influyen directamente en la práctica interpretativa: véase, por ejemplo, OST, François. *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit: l'intérêt*. Bruxelles, Vol. II. 1990. P. 161. En Italia algunos autores opinaban que las normas constitucionales establecen reglas programáticas que deben ser implementadas por el legislador ordinario: véase por ejemplo, CRISAFULLI Vezio. *Costituzione e protezione sociale*. En "La Costituzione e le sue disposizioni di principio". Milano. Editorial Giuffrè. 1952. P. 135; BARETTONI ARLERI, Antonio. "L'assistenza nell'attuale momento normativo e interpretativo", en *Rivista Infortunistica*. 1975. II. P. 410 sigs.; CALAMANDREI, Pietro. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova. Editorial Cedam. 1950. P. 28 s.; LUCIFREDI, Roberto. *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*. Milano. 1952. P. 275).

³⁴ Pietro Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. Vol. IV. *L'Età dei totalitari e della democrazia*. Roma-Bari, 2002; Costantino Mortati, *La Costituzione di Weimar*. Firenze, 1946.

³⁵ ASCARELLI, Tullio. *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*.

Ni tampoco el código sirve para proporcionar principios generales, que, al contrario, a menudo están previstos por microsistemas de leyes específicas con respecto a categorías de bienes o de sujetos.³⁶ En un tal contexto el Código Civil ha ido cambiando su posición en el ordenamiento jurídico.

Cada microsistema tiene sus principios autónomos; así que el código civil no puede desempeñar el papel de fuente de principios generales, y esto lo convierte en un derecho residual.

Esta es una época en donde el jurista tiene que abandonar sus seguridades y construir nuevos métodos.³⁷

D. LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

Sin embargo, finalmente otro evento ha cambiado el destino del continente europeo,³⁸ y también, por lo que aquí interesa, la idea del derecho privado y, especialmente, del derecho contractual.

En los años 50 del siglo pasado se inició el proceso de la integración europea, que se tradujo en una profunda crisis de la manera de pensar los sistemas jurídicos nacionales.

El proceso de integración europea desde el principio ha establecido un "mercado" comunitario, es decir un espacio sin frontera, en el cual se garantice la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales.

El mercado comunitario no es un mero contexto económico, sino un ordenamiento jurídico, como ha reconocido el Tribunal de Justicia ya desde las sentencias *Van Gend en Loos*³⁹ y *Costa contra Enel*.⁴⁰

La construcción comunitaria, de hecho, se basa en "una compenetración no sólo económica, sino también jurídica, entre los Estados Miembros".⁴¹ Incluso antes del Tratado de Ámsterdam, que había introducido una competencia comunitaria en materia de asuntos jurídicos civiles y penales, se argumentó que el concepto de "mercado" "tiene por

³⁶ IRTI, *L'età della decodificazione*, op. cit. P. 33.

³⁷ RODOTÀ, Stefano. *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, op. cit. *passim*.

³⁸ Entre otros véase, PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. *Integración regional y derecho comunitario*. En ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I.; CIPPITANI, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídical*, op. cit. P. 305-312.

³⁹ Tribunal de Justicia, 5 de febrero de 1963, 26-62, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, Rec., 1963, p. 3.

⁴⁰ Tribunal de Justicia, 15 de julio 1964, 6/64, *Flaminio Costa / E.N.E.L.* Rec. 1964,

p. 1141.

objetivo la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios con el fin de fundir los mercados nacionales en un mercado único estableciendo condiciones lo más próximas posibles a las de un auténtico mercado interior".⁴² La misma jurisprudencia establece que "las ventajas de este mercado, no sólo al comercio profesional, sino también a los particulares que efectúen operaciones económicas más allá de las fronteras nacionales."

El mercado interior es un sistema legal que no está dirigido a los Estados Miembros. Como se afirma en la sentencia *Van Gend en Loos*, el ordenamiento jurídico comunitario reconoce como sujetos no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales.

El Derecho comunitario establece situaciones jurídicas subjetivas que se aplican incluso en las relaciones entre particulares, a la así llamada "materia civil".

Para las fuentes jurídicas y los documentos de las instituciones comunitarias, la materia civil es la piedra angular para la construcción de un espacio judicial europeo (véase el Capítulo VII de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999).

La construcción del derecho contractual comunitario se lleva a cabo a través un conjunto de técnicas varias, en particular por medio de intervenciones legislativas y de acciones no legislativas.

E. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE CONTRATOS

La legislación comunitaria que, directamente o indirectamente se refiere a los contratos, se ha ido desarrollando de manera muy importante. Aquí sólo se pueden resumir los temas principales de la disciplina comunitaria de los contratos.

1. CONTRATOS ENTRE PROFESIONALES Y CONSUMIDORES

En primer lugar, el derecho comunitario se ocupa de regular de manera especial los contratos celebrados con algunas categorías de sujetos.

Esto es en el caso de los contratos entre profesionales y consumidores, es decir dos categorías de sujetos del mercado, que se encuentran en dos niveles diferentes.

En particular, un consumidor es una persona física que compra bienes y servicios para fines no relacionados con una actividad profesio-

nal.⁴³ En este sentido, el consumidor se opone a la noción de "profesional", que es una persona física o moral, que desempeña una actividad de producción o comercialización de bienes o de servicios. Por definición se supone que el profesional sea la parte contratante "fuerte", en cuanto detiene las informaciones y los recursos que le ponen en una situación de ventaja con respecto al consumidor. Por lo tanto, la legislación protege a los intereses patrimoniales y no patrimoniales de la parte contratante débil.

La protección de la salud y de los intereses económicos de los consumidores se ha convertido, con el Tratado de Maastricht, en una de las principales acciones de la Unión, según lo previsto hoy día por el artículo 4, párr. 2, letra f), Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, así como por el artículo 114, párr. 2 y por el artículo 169 del mismo TFUE.

La relación entre consumidores y profesionales es disciplinada por muchas directivas, y principalmente por las siguientes: Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativa a determinados aspectos de la venta de bienes de consumo y de los consumidores; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores; Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990 relativa a los viajes combinados, a las vacaciones combinadas y a los circuitos combinados; Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985 hasta la protección del consumidor en materia de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo legales, reglamentarias y, en su versión modificada por la Directiva 90/88/CEE y la Directiva 98/7/CE; la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. También hay que recordar las normas sobre tiempo compartido (Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido).

Recientemente ha sido aprobada la Directiva 2011/83/UU del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, que del 13 de junio 2014 que modifica y sustituye otras directivas sobre los derechos

⁴³ Véase Tribunal de Justicia, 22 de noviembre 2001, C-541/99 y C-542/99, *Cape snc v. Comisión de Sanomat et al.* Rec. 2001.D.I-9049, con referencia al

de los consumidores (la Directiva 93/13/CEE; la Directiva 1999/44/CE; la Directiva 85/577/CEE, y la Directiva 97/7/CE).

Las normas particulares son dictadas para reglar las relaciones entre los profesionales y los consumidores, y especialmente los perfiles de la responsabilidad de las empresas en materias específicas como la del transporte aéreo (véase los Reglamentos (CE) nº 261/2004 y (CE) nº 2027/97, sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (pasajeros y equipajes); nº 2299/89 sobre los sistemas informatizados de reserva (SIR); nº 2409/92 establece unos procedimientos y criterios comunes aplicables a la determinación de las tarifas y fletes cobrados por las compañías aéreas por servicios aéreos dentro de la UE; nº 2320/2002 establece unas normas comunes para la seguridad de la aviación civil); los 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); los 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 publicidad comparativa (véase la Directiva 2005/29/CE y la Directiva 2006/114/CE); el 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) nº 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea).

Otras fuentes comunitarias disciplinan los instrumentos de protección de la salud de los consumidores (entre otras la Directiva 2001/95/CE establece un sistema de seguridad general de los productos; el Reglamento (CE) nº 1223/2009 sobre los productos cosméticos y la Directiva 2009/48/CE que se refiere a los requisitos de seguridad de los juguetes).

2. CONTRATOS ENTRE EMPRESAS

Además, el Derecho comunitario de los contratos se ocupa de las relaciones entre las empresas, sobre todo para regular algunos aspectos tales como la protección de los profesionales "débiles", la disciplina de los pagos, la competencia, los contratos de publicidad y otros asuntos.

En el mercado comunitario las empresas se consideran en términos relativos en comparación con los

En este sentido, el Derecho comunitario establece una normativa de incentivos para las pequeñas y medianas empresas.⁴⁴

En otros casos, la protección se realiza desde un punto de vista contractual, usando técnicas similares a las empleadas para la protección de los consumidores.

Este es el caso de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986 relativa a los agentes comerciales.⁴⁵

El Derecho de la Unión Europea quiere alcanzar, entre otras cosas, la eficiencia de los sistemas de pago en el mercado. En particular, la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, se refiere a las "transferencias transfronterizas". Esta tiene como objetivo el establecimiento de los requisitos mínimos en materia de información y de ejecución de las transferencias esto con el fin de hacer las más rápidas, seguras y económicas en todo el mercado comunitario. Al igual se han introducido normas específicas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio 2000). La Directiva establece un marco legal a los intereses de demora y de la indemnización de los daños causados por un retraso culpable (artículo 3, pár. 1); una disciplina de la reserva de dominio (artículo 4, pár. 1); procedimientos de cobro de créditos no impugnados, por lo que es posible obtener un título ejecutable —por lo general dentro de los 90 días— de conformidad con la legislación nacional.

3. CONTRATOS PÚBLICOS

En el marco de la acción comunitaria para la realización del mercado interior se han establecido normas comunes sobre la contratación pública para permitir a las empresas la participación a los contratos públicos en toda la Unión.

Actualmente las normas nacionales aplican la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios) y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de la misma fecha que se refiere

⁴⁴ Véase la Recomendación de la Comisión 6 de mayo de 2003 (C (2003) 1422 final).

⁴⁵ Por "agente comercial" se entiende "a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el "empresario", la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario".

a sectores especiales. Desde hace algunos meses el legislador comunitario aprobó otras Directivas que en 2015 substituirán las precedentes.⁴⁶

4. LOS CONTRATOS RELATIVOS A TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS ACTIVOS INTANGIBLES

Los textos legales comunitarios se ocupan de manera extensa del uso de tecnologías de la información y de la comunicación en las relaciones contractuales.

Una normatividad general de este tema se proporciona por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

La Directiva parte de la consideración que "El desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la [Unión], especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas" (segundo "considerando").

Para hacer realidad estas oportunidades es necesario garantizar "un elevado nivel de integración jurídica comunitaria con objeto de establecer un auténtico espacio sin fronteras interiores en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información" (tercer "considerando" de la Directiva 2000/31/CE); eliminar los "obstáculos jurídicos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior y que hacen menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de servicios. Dichos obstáculos tienen su origen en la disparidad de legislaciones, así como en la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables a estos servicios" (quinto "considerando") y por lo tanto la creación de "un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior" (séptimo "considerando").

Para alcanzar dichas finalidades, la Directiva 2000/31/CE obliga a los Estados miembros a eliminar cualquier prohibición o restricción en el uso de los contratos electrónicos. Las legislaciones nacionales, en par-

⁴⁶ Véase a continuación: la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

ticular, no pueden imponer a los servicios de la sociedad de la información regímenes de autorización especiales que no se aplicarían a los servicios similares prestados por otros medios. Con el fin de evitar cualquier duda, se ha acordado que la ley que regula la actividad del prestador de servicios es la del Estado miembro en que está establecido (en base a la "regla del país de origen").

La Directiva establece que los Estados miembros y la Comisión fomentarán la elaboración, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales, junto con las asociaciones de consumidores, de los códigos de conducta a nivel comunitario destinados a contribuir a la aplicación efectiva de las normas sobre servicios de la sociedad de la información (artículos 16).

Asimismo, está previsto que los Estados miembros dispongan de adecuados medios extrajudiciales para solucionar las controversias entre los prestadores y destinatarios de los servicios en cuestión.

La Directiva 2000/31 regula también la relación entre proveedores y receptores de servicios.

5. LEY APPLICABLE Y JUEZ COMPETENTE

Según las fuentes comunitarias, después del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea "se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de las personas" (Reglamento n.º 44 / 2001, véase el primer "considerando").

Para establecer progresivamente tal espacio, las Instituciones comunitarias deben adoptar "medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que son necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior".

Entre otras medidas, la legislación comunitaria establece normas uniformes de Derecho internacional privado, en el sentido amplio, es decir, las normas para determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente en el contexto de las relaciones transfronterizas.

La disciplina en esta materia ha sido objeto de dos convenios celebrados entre los Estados miembros, promovidos por las instituciones comunitarias: el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial ya la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; y el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y la comunitarización de la cooperación en materia civil, se ha aprobado el Regla-

Convenio Bruselas y del Reglamento nº 593/2008 que sustituye el Convenio de Roma ("Reglamento Roma I").

Posteriormente fue adoptado también un Reglamento que regula la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento nº 864/2007, llamado "Reglamento Roma II").

Los reglamentos en cuestión utilizan un esquema similar: la identificación de los temas de la disciplina y de la exclusión de los demás (incluidos los relacionados con las relaciones familiares, el derecho de sucesiones); cuestiones sobre las que las partes pueden elegir el tribunal competente y la legislación aplicable y en los casos donde no se permite tal elección; identificación de las normas aplicables en el caso de la no elección de las partes.

6. EL CONTRATO DE COMPROVENTA COMUNITARIA

Recientemente, la Comisión ha propuesto un reglamento para regular el contrato de compraventa transfronteriza, aunque opcionalmente, con el acuerdo del comprador y del vendedor, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Roma I.

La propuesta de reglamento sobre una legislación relativa a la venta común europea (CESL, *Common European Sale Law*) nace de la elaboración de principios europeos en materia contractual, y en particular del Proyecto de Marco Común de Referencia que será explicado en el punto VI.

El reglamento CESL, aunque sea de aplicación limitada para la venta (incluso la que se refiere a contenidos digitales y servicios relacionados), contiene normas que regulan las diferentes fases y los distintos perfiles de las relaciones contractuales. El enfoque es completamente diferente a la de los tradicionales textos elaborados por las instituciones europeas que, como se mencionó anteriormente, se caracterizan por la fragmentación.

La propuesta hace referencia a cuestiones de carácter general en materia de contratos como la libertad contractual; la buena fe y la lealtad; la cooperación en la relación contractual; la regulación de la información precontractual y del derecho de rescisión; la anulación del contrato; la explotación abusiva de la situación de la contraparte; normas relativas a la interpretación del contrato; el contenido y efectos del contrato; las cláusulas abusivas; las obligaciones del vendedor; las obligaciones del comprador y los remedios para el beneficio del comprador; las consecuencias del incumplimiento; la transmisión del riesgo; la prescripción.

F. LA ELABORACIÓN CONTRATOS Y ACCIONES NO NORMATIVAS

Como opina la Comisión europea, las intervenciones normativas no siempre son posibles o adecuadas.⁴⁷

Por lo tanto, la Institución ejecutiva ha propuesto la identificación de principios comunes, especialmente por parte de académicos y profesionales de la justicia, útiles para en la elaboración de los contratos y en la aplicación del derecho nacional y comunitarios a las relaciones transfronterizas. Además, los principios podrían ser la base por la futura legislación sea comunitaria, sea nacional.⁴⁸

Por lo tanto, se han creado grupos de investigación compuestos por estudiosos europeos, promovidos directamente por la Comisión o que se han formado de manera autónoma.

Un primer ejemplo de gran importancia en este campo fue la "Comisión para el Derecho contractual europeo", establecida a principios de los años 80 publicó el libro Principios de Derecho contractual europeo ("Principles of European Contract Law", o PECL), editado por Ole Lando y por Hugh Beale (La primera parte de los Principios fue publicado en 1995, la segunda (junto con el primero) en 1999, y la tercera parte en 2003).

Los Principios tratan recoger precisamente los conceptos comunes de los sistemas jurídicos nacionales de los países de la Unión Europea acerca de la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos, el incumplimiento de un contrato y sus remedios legales. La mayor parte de las reglas contenidas en los PECL pertenecen a la ley clásica de los contratos, pero hay también reglas innovadoras.

Un acercamiento diferente es lo propuesto por la Academia de Iusprivatistas europeos, coordinado por Giuseppe Gandolfi de la Universidad de Pavía, que no quiere limitarse a la elaboración de principios. Por el contrario, la Academia tiene como objetivo la redacción de un "Código europeo de los contratos", ya publicado como proyecto preliminar en el 2001. El punto de partida de este proyecto es el Código italiano de 1942, que en muchos aspectos es un resumen de las experiencias de codificación en Europa, en particular la del código de Napoleón y del BGB alemán.

Otra iniciativa académica importante en marcha es el "Grupo de Estudio de un Código Civil europeo", compuesto por expertos universitarios de los 15 Estados miembros y algunos países candidatos. Su tra-

⁴⁷ 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, COM (2003) 11 de febrero de 2003 sobre el Derecho contractual europeo, COM

bajo cubre áreas tales como "ventas / contratos / servicios a largo plazo", "valores", "obligaciones contractuales" y "transferencias de propiedad de bienes muebles" y consiste en un estudio comparativo con el objetivo final de alcanzar una propuesta global sobre los asuntos tratados.⁴⁹

Otros grupos de estudiosos que se han ocupado del tema de la responsabilidad (European Group on Tort Law); de los contratos del seguro (v. el Project Group Restatement of European Insurance Contract Law, di Monaco); del Derecho de familia (Commission on European Family Law).

La actividad que más está impactando en la producción del derecho europeo en tema de los contratos es 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* ("DFCR"), publicado por la Comisión europea en el mayo de 2011, y elaborado con la participación de *stakeholders* y otros sujetos.⁵⁰

El proyecto del CFR tiene un enfoque restringido: se limita a algunas reglas generales que rigen las ventas y los servicios relacionados. En otros aspectos se hace referencia a la legislación comunitaria y nacional.

En todo caso, el CFR se puede considerar el resultado de más de veinticinco años de colaboración entre juristas y legisladores de todos los países europeos⁵¹ y hay que destacar el hecho de que se refiera a un ámbito mucho más amplio que limita al ámbito de los contratos.

El Marco Común se propone principalmente como un "contenedor" de términos y conceptos a disposición del legislador comunitario que garantice la coherencia del sistema de derecho privado en la legislación comunitaria, no sólo en lo relativo a las cuestiones contractuales.⁵²

⁴⁹ El Grupo de Estudio ha desarrollado los *Principles of European Law* y las ha publicado en volúmenes tales como: *Principles of European Law on Sales* (PEL S) del 2008; *Benevolent Intervention in Another's Affair* (PEL Ben. Int.) del 2006; *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (PEL CAFDC) del 2006; *Service Contracts* (PEL SC) del 2006; *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.) publicados en el 2009; *Personal Security* (PEL Pers. Sec.) del 2007; *Lease of Goods* (PEL LG) del 2007; *Unjustified Enrichment* (PEL Unj. Enr.) del 2010; *Acquisition and Loss of Ownership of Goods* del 2011, *Proprietary Security in Movable Assets* (PEL Prop. Sec.), *Trusts* (PEL T), *Donation* (PEL D), *Mandate Contracts* (PEL M).

⁵⁰ Angelika Fuchs, *A Plea a Europe-Wide Discussion of Draft Common Frame of Reference*, Era forum, 9:S1-S6 (2008); Eric Clive, *An Introduction to the Academic Draft Common Frame of Reference*; Era forum, 9: S13-S31 (2008).

⁵¹ Comunicación de la Comisión, Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro, COM (2004) 651 final.

⁵² La decisión del Consejo del 18 de abril de 2008, refiriéndose al CFR, usa la expresión "a tool for law making".

Una de las aplicaciones de esta función es la regulación de las ventas europeas de las cuales se ha discutido anteriormente.

Por lo tanto, el CFR ayuda a mejorar el derecho contractual, a través de un texto de referencia adecuado para eliminar las contradicciones presentes en muchas de las fuentes legales comunitarias y para proporcionar definiciones adecuadas de los términos jurídicos utilizados.

En este contexto, el desarrollo del "acervo comunitario" debe avanzar en paralelo con la del proyecto de CFR, y debe ser un instrumento para consolidar el *Acquis*, e integrarlo con los nuevos principios que se van elaborando.⁵³

Sin embargo, el CFR, no puede y no debe ser visto como un producto terminado o perfecto, sino que simplemente debe ser considerado como un pequeño paso en el camino que tiene como objetivo un mejor sistema coherente de derecho contractual europeo.⁵⁴

Además, que, con la elaboración de los principios en materia contractual, la Comisión también propone intervenir a través de otros tipos de acciones, como, por ejemplo, la elaboración de modelos de contratos y cláusulas estándares que pueden ser utilizadas para los contratos transnacionales,⁵⁵ como previsto en muchas fuentes legales comunitarias.

Finalmente, un papel central en la construcción non legislativa del derecho contractual de la Unión está desempeñado por la jurisprudencia, especialmente por los tribunales comunitarios.

El Tribunal de Justicia elabora estos conceptos basados en el principio de la autonomía de los significados de la legislación comunitaria,⁵⁷ afirmando que "tanto la aplicación uniforme del Derecho comunitario, ya que el principio de igualdad exige que una disposición de Derecho comunitario que no contenga expreso referencia a la ley de los Estados miembros con el fin de determinar su sentido y su alcance normalmente debe darse en toda la Comunidad, un uniforme y autónoma".⁵⁸

⁵³ Maria Vita De Giorgi, *Principi, "Aquis" e altro*, En "Europa e Diritto", 3/2008, p. 649 sigs.

⁵⁴ Diana Wallis, *Expectations for the Final Common Frame of Reference*, Era Forum, 9:S7-S11 (2008).

⁵⁵ Comunicación sobre Derecho contractual europeo, *cit.*, pár., 56.

⁵⁶ Por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 15 de junio de 2001 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en la Directiva 95/46/CE (notificada con el número C(2001) 1539) (2001/497/CE); Decisión de la Comisión de 27 de diciembre de 2004 con la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países (notificada con el número C(2004) 5271) (2004/915/CE).

⁵⁷ CIPPITANI, Roberto, *Interpretación de las Cortes regionales*, En ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. y CIPPITANI, Roberto (coord.), "Diccionario analítico de Derechos humanos e in-

Con base en este principio, el juez comunitario ha elaborado y puesto en luz principios, incluso los de derecho privado, que forman parte del derecho de la Unión.⁵⁹

G. CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

Los instrumentos legislativos y no legislativos ya permiten identificar algunos caracteres del Derecho contractual europeo que parecen distintos de los que definen el derecho contractual tradicional.

1. EL DERECHO CONTRACTUAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

Un primer aspecto innovador del Derecho contractual comunitario está relacionado con la importancia de los derechos humanos en la aplicación e interpretación de los asuntos contractuales.

Ya desde la primera jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha reconocido la relevancia en el Derecho comunitario de los derechos fundamentales.⁶⁰ Todos los derechos, incluidos los económicos, como el de

2000, C-287/98, *Lussemburgo/Linster*, Rec. 2000, p. 6917, punto 43; Id. 4 de julio 2000, C-387/97, *Comisión/Grecia*, Rec. 2000, p. 5047; Id. 18 de enero de 1984, 327/82, *Eko/Produktschap voor Vee en Vlees*, Rec. 1984, p. I-107, punto 11; el principio de la interpretación uniforme se aplica incluso al Derecho privado, cfr. Tribunal de Justicia, 23 de marzo de 2000, C-373/97, *Dionisios Diamantis/ Elliniko Dimos* (Estado griego), *Organismos Ikonomikis Anasinkrotisis Epikhiriseon AE (OAE)*, Rec. 2000, p. I-1705, punto 34; Id. 12 de marzo de 1996, C-441/93, *Pafitis et al./TKE et al.*, Rec. 1996, p. I-1347, puntos 68-70.

⁵⁹ Sobre la función del Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho UE, v., entre otros: ADINOLFI, Adelina, "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri", En *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1994, P. 533 sigs.; AKEHURST, Michael, "The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities", En *The British Year Book of International Law*, 1981; CIPPITANI, Roberto, "Il giudice comunitario e l'elaborazione dei principi di diritto delle obbligazioni", En *Rassegna giuridica umbra*, 2/2004, P. 847 sigs.; Id., "El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea", En *JuriPolis*, Ciudad de México, 2007, P. 85 sigs.; Id., "El "ordenamiento jurídico de género nuevo": metáforas y estrategias en la jurisprudencia comunitaria", En FERRER MAC-GREGOR, E., MOLINA SUÁREZ, C. de J. (coord.) *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, T. II, México, 2009, P. 21 y sigs; Id., "Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Interpretación y construcción del ordenamiento jurídico)", En *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, T. III, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2010; PAPADOPOULOU, Rebecca-Emmanuela, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruxelles-Athènes, Editorial Bruylants-Sakkoulas, 1996.

⁶⁰ Con respecto a la necesidad que el derecho de propiedad cumpla con la protección de los derechos fundamentales, véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, 30 de julio de 1996, C-24/95,

Varias directivas prevén la necesidad de ofrecer una amplia gama de informaciones previas a la celebración del contrato. Además de la información requerida por los contratos celebrados con consumidores, la Directiva 97/5/CE sobre las transferencias transfronterizas incluye la obligación de proporcionar informaciones sobre el tiempo de ejecución de la operación y sobre el gasto (véase el artículo 3); la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico requiere la comunicación de informaciones con respecto a los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato, a sistemas de almacenamiento, a los idiomas en los que se puede concluir, así como a la eventual presencia de códigos de conducta existentes (artículo 10, párr. 1 y 2). La obligación de información, además, está prevista en la fase de ejecución del contrato. De hecho, la Directiva 87/344/CEE sobre la protección jurídica en el sector de los seguros, requiere a la aseguradora a informar al cliente de su derecho a solicitar un arbitraje, el reconocimiento de su derecho a la libre elección de un abogado. El artículo 4, par. 2, de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados establece que el texto del contrato incluya alguna información específicamente previstas.

La información es, obviamente, también una obligación que surge de la relación contractual. En virtud de la Directiva 92/96/CEE sobre seguros de vida, el asegurador deberá proporcionar al asegurado información actualizada sobre la compañía de seguros y las condiciones de póliza (artículos 31, párr. 2, y el anexo II).

Del mismo modo, de acuerdo con la Directiva 87/102/CEE sobre el crédito al consumo, el consumidor debe ser informado de cualquier cambio en la tasa de interés anual y otras cargas aplicables (artículo 6, párr. 2). La Directiva 97/5/CE relativa a las transferencias trasfronterizas establece que, tras la ejecución de la transferencia, el banco está obligado a proporcionar al cliente la información necesaria para identificar la operación, la cantidad inicial, los honorarios y gastos a su cargar. (Artículo 4). De conformidad con el artículo 12 de la Directiva 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes, al agente comercial deberá suministrarse junto con una declaración de las comisiones devengadas, los elementos esenciales en las que se llevó a cabo el cálculo.

La necesidad de información se expresa también en un enfoque diferente a la cuestión de la "forma" del contrato.

En el derecho civil tradicional, el principio dominante es el de la libertad de forma, que puede ser derogado solamente en casos excepcionales, para cumplir con necesidades como la publicidad de un acto (en el caso de los contratos y de otros actos que se refieren a los bienes in-

En el Derecho comunitario, el "formalismo" sirve para informar y permitir, y al mismo tiempo, para verificar si se ha cumplido con el contenido previsto. Como se ha dicho previamente, el formalismo del Derecho comunitario, realiza la misma función que una etiqueta de productos, ya que devela las características del contrato.⁶⁴

Este acercamiento al tema de las informaciones es también evidente en el DFCR donde se establece la lista de las informaciones pre-contratuales que las partes deben intercambiar, sea en general, o sea con referencia a los contratos con los consumidores, o los entre los profesionales (artículos de 14 a 29).

La consecuencia de la violación de la obligación de información implica daños no sólo por el interés negativo, sino también por haber celebrado el contrato en condiciones diferentes a las que se habrían aceptado (artículo 30).

3. LOS REMEDIOS

La disciplina comunitaria 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 protección consiste en la inserción automática de las normas y la ineficacia de los acuerdos ilícitos. Herramientas ya conocidas en el derecho interno como el italiano (véase, en relación con la nulidad, el artículo 1339 del *Codice Civile*, que se refiere a la inserción automática de las cláusulas, y el artículo 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 reglan la competencia, de conformidad con el artículo 101, párr. 2, TFUE. En estos casos, el Derecho comunitario deja al nivel nacional la disciplina de las consecuencias de la nulidad.⁶⁵

Por otro lado, el objetivo primordial de la protección de esos intereses y, especialmente, del consumidor o la parte más débil, requiere una solución diferente a la ineficacia.

⁶⁴ JANNARELLI, Antonio. *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*. En LIPARI, Nicola (coord.). "Trattato di diritto privato europeo". Padova. Editorial Cedam. 2002. Vol. III, *L'attività e il contratto*. P. 50 y sigs.

⁶⁵ Tribunal de Justicia, 1º de diciembre de 1983, 319/82, *Société de vente de ciments et bétons*, Rec., 1983, p. 4173; *Id.* 18 de diciembre de 1986, 10/86, *VAG France SA*, Rec., 1986, p. 407.

Las directivas proporcionan, a este respecto, diferentes soluciones técnicas que a menudo no se encuentran en los códigos tradicionales.

Eso es el caso del "derecho de desistimiento", que el artículo 9 de la Directiva 2011/83/UE define como el derecho del consumidor de "desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste" dentro un específico plazo (14 días).

Dicho derecho no actúa sólo 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 artículo 15 de la Directiva 86/653/CEE, que se refiere a los agentes comerciales). Los derechos mencionados permiten de 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 establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor (artículo 6), pero también que "En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor" (artículo 5), para evitar que la ineficacia de una cláusula pueda afectar los intereses del consumidor.

En 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 artículo 1492 *Codice Civile* italiano), sólo en el caso de que los defectos excedan los límites de tolerancia (véase por ejemplo el artículo 1497 *Codice Civile* italiano).

En cambio, el Derecho comunitario establece que, en caso de cualquier falta de conformidad, el comprador tiene el derecho a un espectro de tutelas, como la resolución y la reducción del precio, pero también la reparación o reemplazo (véase los artículos 3, Directiva 1999/44/CE relativa a las ventas de bienes de consumo; cfr. y el artículo 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, por ejemplo, en el caso de falta de entrega de bienes y servicios o la entrega no conforme con los requisitos contractuales se puede encontrar en la Directiva 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes (artículo 17); en la 97/5/CE relativa a las transferencias transfronterizas y en la 90/314/CEE relativa a los viajes combinados (véase el artículo 4, apartados 6 y 7). La Directiva 95/46/CE sobre la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos personales (artículo 23, párr. 1), establece una compensación específica en el caso de tratamiento ilícito. La Directiva 2000/35/CE sobre la mercería 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 (artículo 3, punto e). Por otra parte, también la Directiva 2000/35/CE reconoce del derecho del acreedor a los intereses de demora (artículo 3).

La indemnización no se refiere sólo a los daños patrimoniales, como establecido, por ejemplo, por la jurisprudencia Leitner del año 2002 (C-168/0080) del Tribunal de Justicia, en relación con el artículo 5 de la Directiva sobre los contratos de viaje con todo incluido.

En dicha sentencia, la Corte 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 casos de cancelación por el proveedor por razones distintas de la culpa del consumidor, algunas directivas prevén el derecho al rembolso de las sumas pagadas en base al contrato (cfr. artículo 7, párr. 2, Directiva 97/7/CE sobre los contratos a distancia; artículo 4, párr. 6, directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados).

4. LAS CLÁUSULAS GENERALES

Como se ha dicho, hablando de las características del derecho tradicional de los contratos, los códigos civiles habían hecho todo lo posible para evitar la referencia a conceptos indeterminados.

En cambio, el Derecho comunitario hace un amplio uso de estos conceptos.

Un ejemplo es el concepto de "buena fe", que, por impulso del Derecho comunitario, penetra incluso en los ordenamientos europeos que no utilizaban ese concepto antes de la incorporación de las reglas comunitarias.⁶⁶

Este principio se invoca, por ejemplo, la Directiva 1986/653 que preve el respeto en el cumplimiento de las obligaciones del agente y del empresario. Hace referencia a la noción de buena fe la normatividad

⁶⁶ 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, Simon; ZIMMERMANN Reinhard. *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*. En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (coord.). "Good Faith in European Contract Law". Cambridge, Cambridge University Press. 2000. P. 7 ss., 44 ss.; WILLETT, Chris. "General Clauses and the Competing Ethics of European Consumer Law in the UK". En *Cambridge Law Journal*. 2012. P. 412 sigs., véase también la nota 150.

sobre las cláusulas abusivas que se consideran provocar un desequilibrio, no obstante, la buena fe de quien elabora dicha cláusula (art. 3, párr. 1, la Directiva 93/13).⁶⁷

En la jurisprudencia comunitaria el principio de buena fe tiene un alcance más amplio de lo que sucede en el Derecho nacional,⁶⁸ donde sirve únicamente como parámetro para verificar el cumplimiento de las obligaciones (véase el artículo 1175 *Codice Civile*), la lealtad de las negociaciones (cfr. artículo 1337 *Codice Civile*), la ejecución del contrato (véase el artículo 1375 *Codice Civile*).

En cambio, en el Derecho de la Unión, la buena fe es el estándar por el cual se determina el contenido de todos los deberes comunitarios y, especialmente, de los que están en una posición de ventaja, como las administraciones públicas (véase la disciplina de los contratos públicos) y de los profesionales en sus relaciones con los consumidores (véase las normas sobre cláusulas abusivas).⁶⁹ 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 derecho⁷⁰ y tener en cuenta las legítimas expectativas (*confiance légitime*)⁷¹ de otros sujetos, la necesidad de seguridad del derecho (*sécurité juridique*), así como el respeto de la legalidad y de la igualdad de trato.⁷²

⁶⁷ Cfr. DE NOVA, Giorgio. "Criteri generali di determinazione dell'abusività delle clausole ed elenco di clausole abusive". En *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, P. 693; RIZZO, Vincenzo. "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 civilek*, 1996, P. 497.

⁶⁸ Cfr. Tribunal de primer instancia, 22 de enero de 1997, T-115/94, *Opel Austria/Consejo*, Rec. 1997, p. 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. 7, pp. 30, 39 sucesivamente incluido en la Convención de Viena sobre los tratados internacionales de 1969.

⁶⁹ Véase el 16º "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".

⁷⁰ Cfr. sobre el tema de la relación entre buena fe y abuso del derecho Lucio FRANZESE. *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*. Padova, Cedam, 2004, p. 32; Francesco GALGANO. *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*. En "Contratto e impresa", 1997, p. 420.

⁷¹ Véase Tribunal de Justicia, 3 de mayo de 1978, 112/77, *Töpfer/Commissione*, Rec. 1978, n. 1019, punto 19.

Otro concepto de gran importancia en el derecho comunitario es el principio de "equidad", que se utiliza, por ejemplo, en el artículo 8 de la Directiva 87/102 relativa a los créditos al consumo, que establece el derecho a una reducción equitativa del coste total del crédito, si el consumidor ejerce su derecho de cumplimiento anticipado; el artículo 6 de la Directiva 1986/653, de 18 de diciembre de 1986 según la cual, en ausencia de acuerdos, normas y costumbres, el agente tendrá derecho a una remuneración razonable; el artículo 3, párr. 3 de la Directiva sobre la morosidad (Directiva 2000/35/CE) que establece la indemnización de los daños en el caso de un acuerdo sobre la fecha de pago o sobre las consecuencias de la morosidad que sea dañoso para el acreedor. En este caso se aplicarán los términos legales, si el juez nacional no modifica el contrato según el principio de equidad.

El principio de equidad es ampliamente utilizado por el juez comunitario.⁷³ Este principio, en la jurisprudencia comunitaria, lleva a cabo su función típica que se remonta a las cortes medievales para adaptar la norma general al caso concreto (*aequitas singularis*).⁷⁴

También en relación con el proceso de formación del contrato, en el Derecho comunitario es aceptado como principio general la "buena fe" que se aplica únicamente en ciertos sistemas jurídicos nacionales, como el ordenamiento italiano (véase el artículo 1337 *Codice Civile*). Lo que se confirma por la jurisprudencia relativa a la responsabilidad precontractual de las instituciones en el proceso de formación de los contratos.⁷⁵

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

5. LA FUNCIÓN DE LOS CONTRATOS

El contrato, en los códigos civiles, tiene esencialmente la función de permitir la circulación de los derechos sobre las cosas y para determinar el nacimiento, modificación y extinción de las obligaciones. 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.

⁷³ Entre otras, v. Tribunal de Justicia, 18 de enero de 1996, C-446/93, *SEIM*, Rec., 1996, p. I-73, punto 41; Id., 26 de marzo de 1987, C-58/86, *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, Rec. 1987, p. 1525, punto 22; Id., 15 de diciembre de 1983, C-283/82, *Schoellershammer/Comisión*, Rec. 1983, p. 4219, punto 7; Tribunal de primer instancia, 4 de julio 2002, *SCI UK/Comisión*, T-239/00, Rec. 2002, p. II-2957, puntos 44, 50.

⁷⁴ SASSI, Andrea. *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed "europeo"*. En SEDIARI, Tommaso. *Cultura dell'integrazione europea*. Torino, Giappichelli, 2005.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, Tribunal de primera instancia, 17 de diciembre de 1998, T-203/96, *Embassy Limousines & Services/Parlamento europeo*, Rec. 1998, p. II-4239; Id. 29 de octubre de 1998 T-120/92.

En el Derecho comunitario, el contrato sigue desempeñando la función asignada dentro de los sistemas nacionales, pero se inserta en un nuevo marco legal y para fines distintos de los tradicionales.⁷⁶ El contrato ya no es un área aislada, 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 los párrafos 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 otro lado, la ley toma en cuenta diversos efectos del acuerdo sobre varios otros sujetos de derecho distintos de las partes (véase para toda la disciplina de la competencia).

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 Windscheid en el párrafo 69 de su *Lehrbuch des Pandektenrechts*, tratando de la noción de "negocio").

Hecha la observación anterior, si la autonomía privada ha perdido la función exclusiva de regular las relaciones entre las partes, en cambio ha adquirido, en muchos casos, la tarea de integrar las fuentes legales.

En su Libro Blanco sobre la *Governance* de la Unión Europea, la Comisión puso en marcha una reflexión orgánica sobre el tema,⁷⁷ para que la Unión adoptara "una menor parte superior e integrar más eficazmente los medios de acción de las políticas con los instrumentos de un no-legislativo".⁷⁸ De acuerdo con ello, el Libro Blanco sobre la Gobernanza da una gran importancia a la "construcción europea desde abajo", promovida por las instituciones, pero aplicada incluso por los particulares.

Los particulares no sólo están llamados a garantizar la aplicación efectiva de las normas que les imponen las instituciones de la Unión y de los Estados. A ellos se reconoce la facultad de dictar normas para la legislación comunitaria pertinente. De hecho, el Derecho comunitario abunda, de referencias a los códigos de conducta⁷⁹ y acuerdos que integran e implementan las disciplinas supranacionales (por ejemplo, acuerdos entre las universidades con el fin de poner en práctica los instrumentos previstos en el proceso de Bolonia).

⁷⁶ Véase el análisis de la posición de Carnelutti por parte de IRTI, Natalino, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, P. 41 sigs.

⁷⁷ Comunicación de la Comisión, *La Gobernanza europea*, COM (2001) 428 final/2, de 5 de agosto de 2001.

⁷⁸ Cfr. el párrafo 38 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo europeo de primavera de 2000.

La autonomía sigue siendo vista como un instrumento para conseguir el mercado comunitario, pero incluyendo los intereses más amplios. Pues resulta que, el Derecho comunitario considera el contrato como uno de los instrumentos de la regulación del 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 entendido en términos de "transacción económica" como la adquisición o intercambio de bienes o servicios, ni puede ser reducida a mecanismo de equilibrio entre los intereses identificados, sino que se convierte en una fuente de valores económicos.⁸⁰

Además, el contrato se ha diseñado como una herramienta para la creación de bienes nuevos, como es en el caso de la disciplina de los productos financieros, de la disciplina de la utilización de los bienes inmuebles a tiempo compartido o de los contratos que tengan por objeto los bienes intangibles.

Como se ha afirmado, 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.⁸¹

H. LAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

El derecho privado de la Unión se ha ido construyendo con un enfoque sectorial y gradualista.

Los documentos de las Instituciones comunitarias denuncian esta circunstancia, que es particularmente evidente en el ámbito de los contratos y obligaciones, pero que se manifiesta en todo el Derecho civil.⁸²

Las lagunas, el carácter fragmentario del Derecho comunitario y la creciente necesidad de coherencia y uniformidad en especial en algunos sectores, ya emergen de los mismos documentos institucionales de la Comisión, elaborados en la base del Consejo Europeo de Tampere.

⁸⁰ LIPARI, Nicola. *Introduzione*. En LIPARI, Nicola (coord.). *Diritto privato europeo*. Padova, Editorial Cedam, 1997. P. 14.

⁸¹ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria...* P. 211; Id. *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005. P. 18 y sigs.

⁸² 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].

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, por ejemplo, la utilización de conceptos generales que se interpretan de manera diferente en cada derecho nacional (por ejemplo "contrato", "obligación", "daño"); la legislación adoptada por un Estado para 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 caso, dos o más fuentes comunitarias de manera contradictoria;⁸³ las situaciones similares se tratan de manera diferente sin justificación para la diferencia de trato.⁸⁴

Como señala la Comisión, los aspectos problemáticos del derecho civil comunitario, especialmente con respecto a los contratos, y las diferencias entre las disciplinas nacionales, tienen como efecto lo de disuadir los acuerdos transfronterizos.⁸⁵

La situación no es mucho mejor desde el punto de vista del derecho de los Estados miembros. A nivel nacional, de hecho, se han logrado resultados buenos en cuanto a la cantidad de transposición del Derecho comunitario, mientras que sigue siendo problemática la calidad de la adaptación.

⁸³ 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 ejemplo 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 párrafo 3.1, apartado 17, de la Comunicación).

⁸⁴ Según 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 ejemplos 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." (Véase el párrafo 3.1, apartado 16, de la Comunicación).

⁸⁵ Véase la Comunicación Mayor coherencia en el Derecho contractual europeo: un

Algunos autores sostienen que para solucionar el problema sea necesario dotar a Europa de un código contractual europeo.⁸⁶

Se trata de un tema de investigación reciente y al mismo tiempo complejo, en el cual, las aportaciones doctrinales han aumentado en los últimos años.⁸⁷

El inicio de la participación en la doctrina de una posible codificación europea se debe a dos resoluciones del Parlamento Europeo,⁸⁸ con la cual se pedía a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros que empezaran a trabajar en el desarrollo de un Código europeo común de Derecho privado.

La posibilidad de crear una codificación europea ha ido dando lugar a un debate que tiene sólo unos pocos puntos claros.

La misma noción de "código", al cual ha hecho referencia el mismo Parlamento Europeo, ha sido durante mucho tiempo utilizado 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*.⁸⁹

En este contexto, la posibilidad de codificar el derecho privado en Europa ha representado así sólo el punto de partida de la discusión.

Pero el código no representa necesariamente la herramienta más adecuada para avanzar en la integración del derecho contractual europeo.

⁸⁶ IORATTI FERRARI, Elena. *Codice civile europeo*. Padova. Editorial Cedam. 2006. *Passim*.

⁸⁷ ALPA, Guido. "Il codice civile europeo 'e pluribus unum'". En *Contratto e Impresa Europa*. 1999. P. 695; BELLANTUONO, Giuseppe, *Diritto comunitario e diritto dei contratti: armonizzazione o diversificazione?* En PARDOLESI, Roberto. *Saggi di diritto privato europeo: persona, proprietà, contratto responsabilità civile privativa*. Napoli. ESI. 1995. P. 83; BUSSANI, Mauro, MATTEI, Ugo. "The Common core approach to European private Law". En *Columbia Journal of European Law*. 1997-98. P. 339; CAFAGGI, Fabrizio (coord.). *Quale armonizzazione per il diritto privato europeo dei contratti?* Padova. Editorial Cedam. 2003; BASEDOW, Jürgen. "Un comune diritto dei contratti per il mercato comune". En *Contratto e Impresa Europa*. 1997. P. 81; CASTRONOVO, Carlo. "Savigny e la codificazione europea". En *Europa e diritto privato*. 2001. P. 219; FERRI, G.B. "Il Code Europeen des Contrats". En *Contratto e Impresa Europa*. 2002. P. 27 *sigs.*; GATT, Lucilla. "Sistema normativo e soluzioni innovative nel Code Europeen des Contracts". En *Europa e diritto privato*. 2002. P. 359 *sigs.*

⁸⁸ Véase las Resoluciones del Parlamento europeo de 1989 (Resolución A2-157/89, en D.O., C 158, de 26 de junio de 1989, p. 400); de 1994 (Resolución A-3-0329/94, D.O., C 205 de 25 de julio 1994, p. 518) y de 16 de marzo de 2000. En particular el Parlamento europeo, en la Resolución de 1989, pidió a la elaboración de un código común de derecho privado europeo, como necesario completamiento del mercado comunitario.

⁸⁹ Un panorama sobre el sentido de la expresión "código" en el debate europeo, véase ROPO, Vincenzo. "Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico". En *Europa e...*

El problema no es tanto la presencia de la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, en los cuales sobreviven los códigos de cada país. De hecho, los códigos civiles ya no constituyen la centralidad del sistema legal como, se ha explicado. Además, cabe destacar que incluso en los sistemas federales, como el de México y el de Estados Unidos, se encuentra una pluralidad de códigos civiles o contractuales, uno por cada estructura federal.

Es evidente que el debate actual en Europa 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.⁹⁰

Eso no puede negarse incluso por aquellos que consideran críticamente la hipótesis de una codificación. El mismo Savigny, no obstante, consideraba que el derecho es un resultado de un *Volkgeist* que no hubiera podido cristalizarse sin la ayuda de un código, por otra parte, él desarrolló un sistema coherente de normas que se basaban en la tradición romano-germánica.⁹¹

La solución al problema de la complejidad de la materia contractual europea es actualmente, como se ha visto, la combinación del acercamiento legislativo y de las acciones no legislativas.

Aunque la opción legislativa sea la preferible, no puede ser la única, dado el carácter plural y complejo del ordenamiento jurídico comunitario.

El Derecho contractual europeo utiliza ya sea las normas legislativas adoptadas por las instituciones, o 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 del derecho nacional y de lo comunitario, consolidando un *ius commune* contractual europeo.⁹²

De interés es el trabajo de construcción elaborado por los juristas y por los jueces que buscan no sólo el común denominador de los sistemas

⁹⁰ Véase, DE WITTE, Bruno. "The Convergence Debate". En *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 1996, P. 105.

⁹¹ CASTRONOVO, Carlo. "Savigny e la codificazione europea". En *Europa e diritto privato*. 2001. P. 219 y sigs.

⁹² De hecho, como se ha afirmado "*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*" (ADAR, Yehuda; SIRENA, Pietro. "Principles and Rules in the

mas jurídicos europeos, sino también la lógica y la coherencia profunda de todo el derecho europeo; y con este esfuerzo se recupera la perspectiva histórica que es en la base del derecho de la Unión.⁹³

La elaboración de los principios europeos en materia de contratos se ha acercado a menudo a los *Restatments* de los Estados Unidos,⁹⁴ aunque estos últimos se refieren a un conjunto más homogéneo, tanto en términos de lenguaje, tanto desde el punto de vista histórico de la tradición jurídica subyacente.⁹⁵

Sin embargo, más que el *Restatement* existente, los principios están provocando un circuito virtuoso que llega a la construcción de nuevo y original derecho contractual.

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 lo tanto mejorar el *Aquis* comunitario presente y futuro.⁹⁶

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", así haciendo referencia al artículo 2.301, párr. 2, PECL.⁹⁷

Lo mismo ha ocurrido en otros ordenamientos nacionales: los PECL influyeron en la reforma de la ley alemana de obligaciones en 2002 y del código civil de los Países Bajos.⁹⁸

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.⁹⁹

⁹³ Véase la perspectiva "vichiana" de PALAZZO Antonio. "Permanencias... Sobre la perspectiva histórica como base para construir un espacio jurídico común entre Europa y Latinoamérica", v. TREGGIANI, Ferdinando. "Il diritto migrante e la costruzione dello spazio giuridico comune". En *Diritto e proceso*. 2006-2009. P. 1 y sigs. (también en www.rivistadirittoprocesso.eu).

⁹⁴ STAIN, Eric. *Un nuovo diritto per l'Europa*. Milano. Giuffrè. 1991. P. 9 sigs.

⁹⁵ Cfr. BENACCHIO, Gian Antonio. *Diritto privato della Unione Europea*. Padova. Editorial Cedam. 2013.

⁹⁶ Comisión europea, Simplificar y mejorar el marco regulador, COM (2001) 726.

⁹⁷ *Corte di Cassazione*, 11 de junio de 2010, n. 14056, en www.ilcaso.it

⁹⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivotazione moderna di un'antica idea*. <http://univerba.altervista.org/> P. 139

⁹⁹ Como ejemplos de referencia a los principios de la Comisión, v. Tribunal de Primera Instancia, 27 septiembre 2007, casos T-9/95 y T-8/95, *Pelle y Konrad/ Consjeo y Comisión*, Rep. 2007, p. II-4117; por las referencias a el *Common Frame of Reference*, v. las conclusiones del Advocado General Verica Tretiak del 7 de mayo 2009 en la causa

Los principios, sin duda, van ejercitando una fuerte influencia en la producción de las normas legislativas, en conjunto con la jurisprudencia.¹⁰⁰

Por otro lado, esos principios, surgen incluso de la jurisprudencia comunitaria. La "Comisión Lando", por ejemplo, se ha inspirado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para la elaboración de los principios de Derecho contractual en materia de responsabilidad civil¹⁰¹ o de fuerza mayor.¹⁰²

La respuesta a la actual complejidad del derecho contractual europeo, a parte todo discurso sobre el tema de la codificación, no puede ser representada por instrumentos no convencionales y por un conjunto de soluciones distintas.

Esas respuestas necesitan incluso de un nuevo acercamiento por parte de la ciencia jurídica. Como se ha correctamente observado con especifica referencia a la producción del derecho contractual europeo, como laboratorio de integración jurídica: "Este nuevo derecho común, además de haber reivindicado un nuevo espacio para la ciencia jurídica, está contribuyendo a brindarle un poderoso soporte epistemológico al derecho europeo, sirviendo igualmente de orientación y contrapeso a la actividad jurídica de las instituciones comunitarias, devolviéndole a su vez a la sociedad el origen de la juridicidad que le fuera expropiado por los estados."¹⁰³

BIBLIOGRAFÍA

PIETRO SIRENA, Yehuda Adar. "Principles and Rules in the Emerging European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond". En *European Review of Contract Law*. 2013. 9(1). P. 1-37.

¹⁰⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. "The Present State of European Private Law". En *American Journal of Comparative Law* (AJCL). Vol. 57. No. 2. P. 479-512. Spring 2009. Especialmente P. 482: "There are, in fact, a number of encouraging examples of how the PECL have been used as a source of inspiration for legislator, legal writers, and courts of law": véase también VENDRELL CERVANTES, Carlos. "The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts". En *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2008. P. 534; BUSCH, Danny. "The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands—On the Influence of the PECL on Dutch Legal Practice". En *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2008. P. 549 y sigs.

¹⁰¹ Véase: *I principi di diritto europeo dei contratti*. CASTRANOVO, Carlo (coord.). Milano. Editorial Giuffrè. Italian edition. 2001. P. 98.

¹⁰² LANDO, Ole. *The rules of European contract law*. En Comisión Europea (coord.) "Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code". Bruselas. 1999. P. 13 sigs.

¹⁰³ PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. "Dogmática jurídica global". En ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. v CIPPITANI, Roberto (coord.). *Diccionario analítico de Derechos humanos*.

- ASCARELLI, Tullio. *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*. En "Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione". Milano. Editorial Giuffrè. 1952.
- BUSCH, Danny. "The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands—On the Influence of the PECL on Dutch Legal Practice". En *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2008. P. 549 y ss.
- CAPRIOLI, Severino. *Codice civile strutture e vicende*. Milano. Editorial Giuffrè. 2008.
- CHEREDNYCHENKO, Olha. *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*. En "European Review of Contract Law". 1/2010. P. 39-65.
- CIPPITANI, Roberto. "Il giudice comunitario e l'elaborazione dei principi di diritto delle obbligazioni". En *Rassegna giuridica umbra*. 2/2004. P. 847 ss.
- El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea. En *JuríPolis*. Ciudad de México. 2007. P. 85 sigs.
- COLOMBI CIACCHI, Aurelia. *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*. En *European Review of Contract Law*. 2 (2006). P. 167
- VAN DE KERCKHOVE, Michel. OST, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris. Presses universitaires de France. Universitaires de France. 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*. Madrid. Editorial Trotta. III ed. 2002.
- HESSELINK, Martijn. *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*. En HESSELINK, Martijn y otr. "Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit (Private law between autonomy and solidarity)" Den Haag. Boom Juridische Uitgevers. 2003. P. 119.
- GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. En *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano. Editorial Giuffrè. 1988.
- GÉNY, François. *Science et technique en droit privé positif*. Paris. Societe du Recueil Sirey. Vol. 2. 1919.
- GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari. Laterza. 2001.
- IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. Milano. Editorial Giuffrè. 1979.
- LANDO, Ole. *The rules of European contract law*. En Comisión Europea (coord.) "Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code". Bruselas. 1999.
- MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milano. Editorial Giuffrè. 1948.
- PALAZZO, Antonio. *Permanencias*. En ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. y CIPPITANI, Roberto (coord.). 'Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica'. Roma-Perugia-México. ISEG. 2013. P. 502 sigs.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. *Dogmática jurídica global*. En ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. y CIPPITANI, Roberto (coord.). "Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica". Roma-Perugia-México. ISEG. 2013. P. 231-243.
- PERLINGERI, Pietro. "Depatrimonializzazione e diritto civile". En *Rassegna di diritto civile*. 1983.

- , *Il diritto civile nella sua legalità costituzionale*. Napoli. ESI. 1991.
- PINO, Augusto. *Il contratto con prestazioni corrispettive*. Padova. Cedam. 1963.
- RODOTÀ, Stefano. *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*. Napoli. ESI. 2007.
- , "Il Codice civile e il processo costituente europeo". En *Rivista Critica di Diritto privato*. 2005. P. 21 sigs.
- SACCO Rodolfo. *Introduzione al diritto privato comparato*. Torino. Utet. 1980.
- SACCO Rodolfo, GAMBERO, Antonio. *Sistemi Giuridici Comparati*. Torino. Utet. 1994.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna. Editorial Il Mulino. 1976.
- VENDRELL CERVANTES, Carlos. "The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts". En *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2008. P. 534.
- WHITTAKER, Simon, ZIMMERMANN, Reinhard. *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*. En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (coord.) "Good Faith in European Contract Law". Cambridge. Cambridge University Press. 2000. P. 7 ss., 44 ss.
- WILLETT, Chris. "General Clauses and the Competing Ethics of European Consumer Law in the UK". En *Cambridge Law Journal*. 2012. P. 412 ss.

La Biblioteca Jurídica Americana es una colección sin precedentes, producto del esfuerzo conjunto de Editorial Porrúa y de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, en el que también colaboran importantes Universidades y Centros de Investigación, que busca contribuir a un mejor conocimiento y a un mayor acercamiento de los derechos nacionales y locales de los países del hemisferio americano.

Su principal objetivo es presentar y difundir las semejanzas y diferencias que presentan los ordenamientos jurídicos de dicho continente, así como sus orígenes y tradición común, para promover una armonización de nuestros derechos que facilite y contribuya a un intercambio más eficiente y justo de los bienes, capitales, servicios, personas y conocimientos que circulan a lo largo y ancho de nuestra región.

La Biblioteca Jurídica Americana se divide en tres acervos: a) Obras Panorámicas: libros colectivos coordinados por reconocidos especialistas que presentan un panorama comparativo completo sobre un sector, área, o rama del derecho o de las ciencias jurídicas fundamentales y auxiliares, b) Monografías: libros individuales o colectivos que abordan a través del método comparativo instituciones jurídicas específicas y c) Obras Generales: libros individuales o colectivos que tratan temas jurídicos teóricos que trascienden las fronteras nacionales y que por ende constituyen lecturas de común interés para los estudiantes del derecho de nuestra región.

El presente tomo es único por el alcance, cantidad y calidad de sus autores, así como por la diversidad y riqueza temática. Responde a un proyecto bien definido y estructurado, a diferencia de otros libros colectivos, en los que con frecuencia sólo se acumulan contribuciones heterogéneas y desarticuladas. En la obra se lleva a cabo una radiografía de la teoría y la práctica de la integración regional, con una visión panorámica centrada en lo jurídico pero sin descuidar los fundamentos internacionales, económicos, políticos, sociales y culturales que le son propios; brinda un panorama completo sobre su presencia, realizaciones y limitaciones en diversas latitudes, sobre todo se concentra en los diferentes proyectos y esquemas de la integración americana.



Universidad
de Alcalá



Universidad de
La Sabana



ceib
Centro de
Estudios de
Iberoamérica

UNIVERSIDAD
DEL NORTE
Barranquilla - Colombia

