



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Un estudio de tratados, proyectos de unificación y leyes modelo

JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO
DIRECTOR

UN UNIVERSIDAD
DEL NORTE

Editorial

JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España, y Max-Planck-Institut de Hamburgo, Alemania. Posdoctorado de la Università Degli Studi di Perugia Italia. Profesor de Derecho Privado de la Universidad del Atlántico, Colombia. Autor de libros, artículos y capítulos de investigación en las áreas de armonización del derecho privado, análisis económico del derecho, inteligencia artificial, derecho de consumo y derecho de daños.

DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO
Un estudio de tratados, proyectos
de unificación y leyes modelo

DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO
Un estudio de tratados, proyectos
de unificación y leyes modelo

John Alberto Tito Añamuro
(*Director*)

Área metropolitana
de Barranquilla (COLOMBIA), 2020



Editorial

Derecho internacional privado: un estudio de tratados, proyectos de unificación y leyes modelo / John Alberto Tito Añamuro, director; José Carlos Fernández Roza [y otros]. – Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte, 2020.

283 páginas; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-958-789-193-5 (PDF)

1. Derecho internacional privado. I. Tito Añamuro, John Alberto, director. II. Fernández Roza, José Carlos. III. Tit.

(341.57 D431 ed.18) (CO-BrUNB)



Vigilada Mineducación

www.uninorte.edu.co

Km 5, vía a Puerto Colombia, A.A. 1569

Área metropolitana de Barranquilla (Colombia)

© 2020, Universidad del Norte
John Alberto Tito Añamuro (Director)

Coordinación editorial
Zoila Sotomayor O.

Asistencia editorial
María Margarita Mendoza
Leonardo Carvajalino

Diseño y diagramación
Álvaro Carrillo Barraza

Diseño de portada
Joaquín Camargo

Corrección de textos
Henry Stein

Revisión arte final
Munir Kharfan de los Reyes

Hecho en Colombia

Made in Colombia

© Reservados todos los derechos. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio reprográfico, fónico o informático, así como su transmisión por cualquier medio mecánico o electrónico, fotocopias, microfilm, *offset*, mimeográfico u otros sin autorización previa y escrita de los titulares del *copyright*. La violación de dichos derechos constituye un delito contra la propiedad intelectual.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
--------------------	----

PRIMERA PARTE

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA: CASOS COMUNES, INFLUENCIAS Y SOLUCIONES

UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ENTRE LOS TRATADOS Y LAS LEYES MODELO.....	15
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

José Carlos Fernández Rozas

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COLOMBIANO ANTE LA LEY MODELO OHADAC DE DIPR	37
-------------------------------------------------------------------------------------	----

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos

EL DERECHO PRIVADO EN LOS TIEMPOS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA.....	61
------------------------------------------------------------------	----

Roberto Cippitani

CONTROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA SENTENCIA C-1008 DE 2010: RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL PRIVADO Y SU FUNDAMENTO EN LA LEX MERCATORIA.....	93
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Sorily Carolina Figuera Vargas

María Alejandra Anaya Torres

SEGUNDA PARTE

**CRISIS DEL DERECHO, UNIFICACIÓN, DERECHO
COLABORATIVO Y COMPETENCIA DESLEAL**

LA CRISIS DEL DERECHO PRIVADO: CAUSAS Y SOLUCIONES. EN PARTICULAR: UN ESTUDIO DEL IMPACTO DE LA ECONOMÍA EN EL DERECHO	123
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

John Alberto Tito Añamuro

Pedro Pablo Serna Serna

EL CAMINO HACIA UN <i>IUS COMMUNE</i> AMERICANO	153
-------------------------------------------------------	-----

Juan Pablo Pampillo Baliño

DECLARACIÓN DE 1998 Y CONVENIOS FUNDAMENTALES DE LA OIT EN TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR COLOMBIA ..	173
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Diana María Gómez Hoyos

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA GLOBALIZACIÓN	207
-------------------------------------------------------------------------	-----

Margarita Cárdenas Poveda

EL DERECHO COLABORATIVO: UN NUEVO MODELO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	231
------------------------------------------------------------------------------	-----

María de Jesús Illera y Juan Pablo Isaza

COMPETENCIA DESLEAL POR VIOLACIÓN DE LAS NORMAS AMBIENTALES.....	259
---------------------------------------------------------------------	-----

Luz Elena Agudelo

María Andrea Bocanegra Jiménez

EL DERECHO PRIVADO EN LOS TIEMPOS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

ROBERTO CIPPITANI

Investigador de Derecho Privado, catedrático Jean Monnet,
Università degli Studi di Perugia (Italia).

I. CRISIS DEL DERECHO PRIVADO TRADICIONAL

El derecho privado tradicional, como se representa en los códigos civiles europeos, está construido alrededor de una metáfora patrimonial e individualista.

Los elementos del patrimonio, obligaciones y derechos reales, están reglados con respecto a su circulación y a su agregación¹.

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) (Cippitani, 1998, pp. 71 y ss.), en el pasado tenían un enfoque sobre todo patrimonial.

Los contratos son el principal medio de circulación de elementos patrimoniales, como está particularmente claro en la definición de «contrato» contenida en el artículo 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).

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

¹ Para 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, el punto de referencia de todos esos derechos, convirtiéndolos en un patrimonio.

En particular, tres fenómenos cambiaron el destino de los códigos civiles: la constitucionalización, la depatrimonilización 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.

Las constituciones ponen en el centro del ordenamiento jurídico los derechos fundamentales de la persona. El Estado se convierte en el «Estado de derecho» (Sepúlveda Iguíniz, 2013), 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 solo formal, sino sustancial (Cippitani, 2013^a y 2010). El ejercicio y la protección de estos derechos es, de hecho, la primera prioridad del Estado (Pérez Luño, 1991, p. 19) y la nueva justificación del poder político (Rawls, 1980, pp. 4-7).

El sistema legal conformado por las constituciones es «de-patrimonializado» (Perlingeri, 1983), 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 solo los patrimoniales, como la propiedad, sino sobre todo los derechos personales (Perlingeri, 1991; Rodotà, 2007).

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 (entre los ciudadanos y las autoridades públicas) como en las relaciones horizontales (es decir, entre los particulares).

Un tercer fenómeno ha tenido un impacto negativo sobre el papel de los códigos civiles. Como afirma Natalino Irti (1979), 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. El código civil ya no es el principal instrumento

legal de protección del particular, dado que esta función la desempeñan las constituciones.

Sin embargo, otro fenómeno ha cambiado el destino del continente europeo (Pampillo Baliño, 2013a), y también, por lo que aquí interesa, el derecho privado.

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*² y *Costa contra E.N.E.L.*³.

La construcción comunitaria, de hecho, se basa en «una compenetración no sólo económica, sino también jurídica, entre los Estados Miembros»⁴.

La creación del mercado interior también incluye la adopción de medidas en los ámbitos de la cooperación judicial en materia civil, penal, comercial y fiscal que tengan implicaciones transfronterizas (véanse los artículos 81 y 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 114 y ss. del mismo Tratado).

² Tribunal de Justicia, 5 de febrero de 1963, 26-62, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, Rec., 1963, p. 3.

³ Tribunal de Justicia, 15 de julio 1964, 6/64, *Flaminio Costa / E.N.E.L.*, Rec. 1964, p. 1141.

⁴ Tribunal de Justicia, 18 de mayo de 1982, 155/79, *AM&S Limited/ Comisión*, Rec. 1982, p. 1575 (punto 18).

Por lo tanto, el derecho comunitario impacta en la reglamentación de las relaciones entre particulares, es decir, en el derecho privado.

En los párrafos siguientes se van a representar los principales efectos de la constitucionalización de los derechos y de la integración europea en la idea tradicional del derecho privado y del derecho en general.

II. LOS DERECHOS Y LOS ESTATUS DE ORIGEN COMUNITARIO

Los ordenamientos regionales, y en particular el derecho comunitario, se caracterizan, con respecto al derecho internacional, por su impacto en los derechos de los particulares.

El sistema jurídico supranacional no solo es directamente aplicable a los Estados miembros: de hecho, como se afirma en la Sentencia *Van Gend en Loos*, el orden jurídico de la Unión Europea reconoce como «sujetos no [...] solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales». El derecho supranacional también establece derechos y deberes para las personas y otros sujetos y es directamente aplicable a sus relaciones jurídicas.

El Tribunal de Justicia declara que estos derechos pueden ser protegidos directamente por los particulares no solo ante a los jueces de la Unión Europea, sino también ante a los nacionales. De hecho, el juez comunitario y los jueces nacionales integran una estructura formal de protección de los derechos al nivel regional.

El reconocimiento de los derechos y de los recursos procesales relacionados ha sido el principal instrumento para implementar y fortalecer la «primacía» comunitaria (Ruffert, 1997, p. 308), que de otro modo habría tenido que ser desarrollada a través sanciones directas a los Estados, que no siempre son eficaces (Colcelli, 2013).

Por lo tanto, los particulares asumen el papel de «guardianes principales» de la aplicación sistemática del derecho de la Unión Europea (Weiler, 2003).

La persona puede reclamar sus derechos solo en las relaciones verticales, es decir, con respecto a los Estados. En virtud de la integración jurídica comunitaria, los derechos se ejercen normalmente dentro de todas las relaciones, incluso las «horizontales», es decir, las relaciones entre los sujetos jurídicos con respecto a todo tipo de asuntos, tanto públicos como privados.

Los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario no son solo de naturaleza económica, como se puede observar de la evolución de la disciplina los mismos.

Con el fin de alcanzar el objetivo de la construcción del mercado comunitario, los tratados han proporcionado las «libertades», consideradas inmediatamente por el Tribunal de Justicia como derechos accionables por los sujetos jurídicos.

En coherencia con el contexto jurídico-económico del mercado, la libre circulación de las personas era reconocida exclusivamente a los sujetos que desempeñaban una actividad económica⁵: los trabajadores asalariados y no asalariados, y los sujetos diferentes de las personas físicas que llevan a cabo una actividad económica.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha aplicado las disposiciones que se refieren a las libertades de circulación y de establecimiento para que tuvieran un impacto más allá de las relaciones económicas.

Esta situación se produjo al aplicarse las libertades comunitarias de manera muy extendida, es decir, a una suma de sujetos todavía más amplia⁶.

⁵ Véase Tribunal de Justicia, Sentencia de 8 de abril de 1976, 48/75, *Royer*, Rec. 1976, p. 497.

⁶ Véase Tribunal de Justicia, Sentencia de 23 de marzo de 1982, 53/81, *Levin*, Rec., 1985, p. 1035.

Según el juez europeo, la noción de «trabajador asalariado» comprendía cada persona física que desarrollaba actividades «reales y efectivas» a favor y bajo la dirección de otra persona, recibiendo un pago⁷.

La definición jurisprudencial se refiere no solo a las relaciones de trabajo dependiente en sentido estricto, sino también al trabajo autónomo parasubordinado y a otras relaciones de trabajo «atípicos». Se considera trabajador también a quien efectúa una pasantía⁸; a quien trabaja como voluntario en una institución con finalidades sociales y asistenciales⁹; al titular de una pensión¹⁰, etc.

Además, las libertades fundamentales han sido extendidas progresivamente a sujetos diferentes de los trabajadores. Esto se ha concretizado con referencia a los familiares del trabajador (también jubilado o fallecido¹¹), aunque en el caso de que ellos no tengan la ciudadanía de uno de los Estados miembros¹².

Las libertades y los derechos previstos en los tratados han sido atribuidos además a otras tipologías de personas físicas que desarrollan actividades que no se pueden incorporar en la noción de trabajador (aunque interpretada de manera extensiva), por efecto de disposiciones de tratados que (implícitamente o explícitamente) prevén la libertad de circulación de las personas físicas. De esta manera ha sido afirmada

⁷ Entre otras, Tribunal de Justicia, Sentencia de 3 de julio de 1986, 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121, apartados 16 y 17; Id. 26 de febrero de 1992, C-3/90, *Bernini*, Rec. 1992, I-1071; Id., Sentencia del 7 de septiembre de 2004, C-456/02, *Trojani*, Rec. 2004, p. I-7573, 15.

⁸ Véase las sentencias citadas *Lawrie-Blum*, 19 y *Bernini*, 15; también Tribunal de Justicia, 17 de marzo de 2005, C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p. I-2421, 15 y 16.

⁹ Véase la Sentencia *Trojani*, cit., apartados 20 y ss.

¹⁰ Véase Tribunal de Justicia, Sentencia del 15 de marzo de 2001, C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, Rec., 2001, I-2189.

¹¹ Tribunal de Justicia, sent. 9 de enero de 2003, 257/2000, *Nani Givane y otros. II Secretary of State for the Home Department*, C-Rec. 2003, p. I-345.

¹² Tribunal de Justicia, Sentencia del 17 de septiembre de 2002, C-413/99, *Baumbast y R/ Secretary of State for the Home Department*, Rec. 2002, p. I-7091.

la libertad de circulación incluyendo los destinatarios de los servicios, como los turistas, como por ejemplo¹³, o los estudiantes¹⁴.

Las sentencias del Tribunal de Justicia anticiparon, en muchos sentidos, la legislación siguiente. El Acta Única y el Tratado de Maastricht, que amplía las competencias comunitarias a las políticas no comerciales (como investigación, cultura, educación, política social, protección del medioambiente) establecieron la libertad de circulación de los sujetos, independientemente del desarrollo de una actividad económica, como los estudiantes, los investigadores, los que participan en los intercambios culturales, los deportivos, etc.

El reconocimiento de la libre circulación en el mercado fue la base para la introducción de la noción jurídica de «ciudadanía de la Unión europea», formalizada después por el Tratado de Maastricht y hoy prevista en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (en particular véase artículo 39 y siguientes) y en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (véase en particular el artículo 20).

Entonces, toda persona por el solo hecho de ser «ciudadano» de la Unión disfruta de la más amplia capacidad para el ordenamiento comunitario, e independientemente de la cualificación de «trabajador» o de la aplicación de las disposiciones que se refieren a categorías específicas de sujetos¹⁵.

Se trata de una importante evolución de la legislación comunitaria. Antes del reconocimiento de la ciudadanía de la Unión Europea era necesario establecer la base por la cual una persona determinada pudiera ser beneficiaria de las libertades reconocidas por los tratados,

¹³ Véase Tribunal de Justicia, Sentencia del 19 de enero de 1999, C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, I-p. 11; Id., Sentencia 2 de febrero de 1989, 186/87, *Cowan*, Racc. 1989, p. 195, apartado 15.

¹⁴ Tribunal de Justicia, Sentencia del 13 de febrero de 1985, 293/83, *Gravier /Ville de Liège*, Rec. 1985, p. 593; Id., Sentencia del 2 de febrero de 1988, 24/86, *Blaizot/Université de Liège y otr.*, Rec. 1988, p. 379.

¹⁵ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia *Troiani*, C-456/02, cit.

aunque dentro de la amplia interpretación adoptada por el Tribunal de Justicia.

Por ejemplo, en el caso de la libre circulación de los estudiantes, antes de la introducción de la ciudadanía de la Unión se admitían limitaciones¹⁶ que hoy no se pueden considerar como ilegítimas¹⁷.

Por lo tanto, la evolución del derecho de la Unión Europea ha convertido las libertades económicas en «derechos políticos» con el apoyo fundamental del Tribunal de Luxemburgo (Paires Maduro, 1998, p. 166).

Las libertades de circulación y establecimiento de los particulares incluyen implícitamente la capacidad legal para ser parte de cualquier tipo de relaciones jurídicas: comprar o alquilar una casa, concluir cualquier otro tipo de contrato, casarse, reconocer a un niño, aceptar una herencia, etc.

Además, a nivel supranacional, se reconocen a los ciudadanos comunitarios incluso los derechos fundamentales.

El Tribunal de Justicia, como se afirma en la Sentencia *Stauder*¹⁸, muestra que entre los principios generales del derecho de la Unión Europea deben ser incluidos los derechos humanos. Estos derechos debían ser considerados, aunque no eran expresados de manera explícita, en los tratados, en cuanto basados en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y como principios inspirados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁶ Véase las sentencias del Tribunal de Justicia, 21 de junio de 1988, 39/86, *Lair*, Rec. 1988, p. 3161; Id., 21 de junio de 1988, 197/86, *Brown*, Rec. 1988, p. 3205.

¹⁷ Tribunal de Justicia, 15 de marzo de 2005, C-209/03, *Bidar*, Rec. 2005 p. I-2119, en particular véase apartado 28 hasta 48.

¹⁸ Tribunal de Justicia, Sentencia de 12 de noviembre de 1969, 29/69, *Stauder / Stadt Ulm*, Rec., 1969, p. 419.

Por lo tanto, la jurisprudencia ha reconocido, incluso en el derecho de la Unión Europea, los derechos como la libertad de expresión¹⁹, el respeto de la vida privada ²⁰, los derechos de propiedad y el ejercicio de una actividad profesional.

El Tribunal de Justicia se anticipó al legislador de la Unión Europea, quien empezó a tener en consideración los derechos humanos solo a partir de los años 90 del siglo pasado (véase el artículo 6, párr. 1, Tratado de la Unión Europea) (Fierro, 2001).

En 2001 se adoptó una específica fuente jurídica concerniente a estos derechos (la Carta de los Derechos Fundamentales), que en 2009 se convirtió en una fuente constitucional sobre la base del Tratado de Lisboa.

III. SUBSTANCIA Y FORMA

Sin embargo, el derecho que deriva de la integración europea presenta algunos aspectos particulares en comparación con el derecho interno, especialmente en lo que concierne a las relaciones entre los sujetos jurídicos.

A tal propósito es interesante observar la interpretación substancial de las cualificaciones subjetivas previstas en el derecho del mercado comunitario europeo.

Anteriormente se mencionó que la noción de trabajador ha sido interpretada independientemente de la presencia de una formal relación laboral.

Otro ejemplo es lo del concepto de «empresa»²¹.

¹⁹ Tribunal de Justicia, Sentencia de 26 de junio de 1997, C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- undvertriebs GmbH / Bauer Verlag*, Rec. 1997, p. I-3689.

²⁰ Por ejemplo, Tribunal General, Sentencia de 15 de mayo de 1997, T-273/94, *N / Comisión*, Rec. 1997, p. II-289; véase apartados 68 y 71-74.

²¹ La jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de empresa es muy amplia. Entre las sentencias más recientes: véase, por ejemplo, las siguientes sentencias del Tribu-

En ordenamientos como el italiano la calificación de empresa (artículo 2082 Código Civil) depende de los sujetos que profesionalmente desarrollan una actividad económica, como los emprendedores individuales y las sociedades comerciales. Dicho concepto no incluye los que no desarrollan una actividad económica de manera principal: entes públicos, profesionales, asociaciones y fundaciones.

En cambio, en la jurisprudencia comunitaria se considera empresa «cada tipo de entidad que ejercita una actividad económica, prescindiendo de su estado jurídico»²².

Según dicha noción, han sido consideradas empresas todas las sociedades, incluidas las cooperativas²³, y las asociaciones²⁴, las empresas públicas o con cuotas de participación pública²⁵, las organizaciones de sector entre empresas²⁶. La ductilidad extrema de dicha definición ha permitido incluir los intelectuales que trabajan a nivel profesional,

nal de Justicia: 16 de marzo de 2004, *AOK-Bundesverband y otros*, en las causas juntas C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01), Rec. 2004, p. I-2493; Id. 22 de mayo de 2003, C-355/00, *Freskot*, Rec. 2003, p. I-5263; Id. 24 de octubre de 2002, *Aéroports de Paris /Comisión*, C-82/01, Rec. 2002, p. I-9297; Id. 19 de febrero de 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, Rec. 2002, p. I-1577; Id. 22 de enero de 2002, *Cisal*, C-218/00, Rec. 2002, p. I-691. Para la doctrina véase L. Di Via, *L'impresa*, en N. Lipari (coord.), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova Cedam, 2003, II, p. 54 y ss.

²² Tribunal de Justicia, Sentencia de 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner et Elser / Macrotron*, Rec. 1991, p. I-1979.

²³ Tribunal de Justicia, Sentencia de 25 de marzo de 1981, 61/80, *Cooperative Strem-sel-en Kleuselfabriek/Comisión*, Rec. 1981, I-3851.

²⁴ Decisión de la Comisión, 92/521/CEE de 27 de octubre 1992, *Distribuzione dei pacchetti turistici Cappa Mondiali* 1990, en *Diario Oficial* L 326, 31.

²⁵ Tribunal General, Sentencia de 12 de diciembre de 2000, T-128/98, *Aéroports de Paris/Comisión*, Rec. 2000, II-3929, apartados 106-130.

²⁶ Cfr. Tribunal de Justicia, Sentencia 19 de febrero de 2002, C-309/99, *Wouters y otr.*, Rec. 2002, p. I-1577, apartados 50 y ss.

como los médicos especialistas²⁷, los abogados²⁸ o los expedidores²⁹. De la calificación de empresa derivan muchas consecuencias desde el punto de vista del derecho comunitario: la calificación de empresa implica, entre tanto, la aplicación de la normativa sobre las libertades fundamentales y los derechos de participación a los programas comunitarios finalizados a los emprendedores; se consideran las empresas en relación de unas con otras para lo que se refiere a la disciplina de la competición y de la publicidad; el derecho comunitario las considera en relación con los consumidores.

Esta definición jurisprudencial ha sido utilizada en los documentos de otras instituciones (v. la recomendación de 6 de mayo de 2003 n.º 1422).

Un ulterior caso de interpretación substancial está representado por la noción de ente público, que en el derecho comunitario es importante para la aplicación de disciplinas supranacionales como la competencia y los contratos públicos.

Los criterios utilizados para identificar los organismos públicos en el derecho nacional pueden ser varios, pero normalmente los organismos públicos son los sujetos reglados por disciplinas legales especiales (véase, por ejemplo, el artículo 11 del Código Civil italiano).

²⁷ Tribunal de Justicia, Sentencia de 12 de septiembre de 2000, causas reunidas de C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov e aaltri/ Stichting Pensioenfonds Mediche Specialisten*, Rec. 2000, p. I-6451, apartado 77.

²⁸ Para lo que se refiere a los abogados, recientemente el Tribunal de Justicia mismo ha afirmado que ellos desarrollan una actividad económica constituyendo empresa [Favor, revisar esto. No está claro.] porque ofrecen servicios de atención legal bajo retribución. Además enfrentan riesgos financieros porque en caso de desequilibrio entre gastos y rentas, el abogado tiene que sostener directamente el peso de la pasividad. V. el Tribunal de Justicia, asunto *Wouters y otr.*, apartado 48.

²⁹ El Tribunal de Justicia ha afirmado que «la actividad del expedidor aduanal es intelectual y demanda una autorización... y no puede ser excluida del ámbito de aplicación de los artículo 85 y 86 del Tratado CE». Tribunal de Justicia, Sentencia de 18 de junio de 1998, C-35/96, *Comisión/Italia*, Rec. 1998, p. I-3851, 38.

Por lo tanto, mientras el derecho nacional recurre a criterios formales, el derecho comunitario se refiere a las actividades efectivamente realizadas. Es significativo a este respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1998, *Gebroeders Beentjes BV*³⁰, que ha establecido una noción de «poder adjudicador», una interpretación funcional.

De conformidad con el artículo 1, párrafo 9 de la Directiva 2004/18/CE, son «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público. En relación con el concepto de organismo de derecho público, el Tribunal afirmó que siendo la finalidad de las directivas en materia de contratos públicos «la efectiva realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras», dicho objetivo sería comprometido si la aplicación de la disciplina debiera excluirse por el hecho de que un contrato público fuera adjudicado por un organismo que a pesar de haber sido creado para desempeñar las tareas que la ley le confiere, no se hallase formalmente integrado en la Administración del Estado (véase el apartado 11 de la sentencia).

Entonces, el Tribunal prefiere la definición por la cual se considera un organismo que aunque formalmente no constituya una parte integrante del Estado, tiene funciones previstas por la ley, que depende de los poderes públicos por la designación de sus miembros y por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar (véase el apartado 12 de la sentencia)³¹.

³⁰ Tribunal de Justicia, Sentencia de 20 de septiembre de 1998, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV/Estado de los Países Bajos*, Rec. 1998, p. 4635.

³¹ Véase Tribunal de Justicia, Sentencia de 17 de diciembre de 1998, C 306/07, *Connemara Machine Turf*, Rec. 1998, p. I-8761; Id. 17 de diciembre de 1998, C-353/96, *Comisión/Irlanda*, Rec. 1998, p. I-8565.

IV. RELATIVIZACIÓN

Otra estrategia, puesta en marcha para garantizar la aplicación del derecho comunitario en la relación entre sujetos, es la «relativización».

Especialmente la finalidad de construir un mercado comunitario como espacio económico y jurídico lleva a considerar los sujetos del mercado de manera relativa entre ellos.

El Tribunal de Justicia ha tomado parte en la elaboración de las nociones comunitarias de pequeña y media empresa (PME)³² y de grupo de empresas³³. Estos conceptos, anteriormente casi desconocidos en el derecho nacional, consideran relevantes las dimensiones de la empresa de manera que se haga derivar algunos efectos jurídicos.

El enfoque relativista del derecho del mercado comunitario hace que no se considere todos los sujetos al mismo nivel. Se consideran algunos más débiles o, de todos modos, dignos de una tutela mayor con respecto a los demás.

Más allá del concepto de PME, la atención a la diferencia entre sujetos se observa para lo que se refiere a los derechos de los consumidores.

El concepto de consumidor, utilizado por muchas disposiciones de los tratados, es precisado por la jurisprudencia, que lo interpreta como

³² Tribunal de Justicia, Sentencia de 24 de abril 2004, C-91/2001, Italia /Comisión, Rec. 2004, p. I-4355. V. También las conclusiones del abogado general Jacobs de 18 de septiembre de 2003.

³³ V. Tribunal de Justicia, Sentencia de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin*, 22/71, Rec. 1971, p. 949; Id., Sentencia de 14 de julio de 1972, *ICI/ Comisión*, 48/69, Rec. 1972, p. 619. V. las observaciones del abogado general Philippe Léger de 23 de septiembre de 1999 en el asunto C-176/98, *Holst Italia SpA/Comune di Cagliari, Ruhrwasser AG, International Water Management SpA*. El abogado general cita la jurisprudencia de las sentencias *Ballast Nedam Groep* de 14 de abril de 1994 (C-389/92, Rec. p. I-1289 y la de 18 de diciembre de 1997 (asunto C-5/97, Rec. p. I-7549).

persona física³⁴, que compra bienes y servicios para finalidades no relacionadas con una actividad profesional. Siendo un sujeto débil, el consumidor se tutela en las relaciones con las empresas.

El dato interesante es que el mercado, desde la perspectiva del Tribunal, es una dimensión económica del ordenamiento jurídico, que tiene importantes novedades en la concepción misma de las relaciones jurídicas, en particular en las de derecho civil.

Mientras, como se ha visto, los códigos de los siglos XIX y XX construyen las relaciones jurídicas a partir de la perspectiva del sujeto, en el derecho civil del mercado comunitario, la perspectiva es la del contexto en el que los sujetos actúan: sujetos entre ellos diferentes, que se encuentran necesariamente en el mercado y que no son titulares solo de derechos económicos sino también de intereses patrimonialmente neutros (como los que se refieren a los derechos fundamentales) (Sassi, 2006).

La intervención del derecho comunitario persigue especialmente dos objetivos: evitar la discriminación y proteger a las partes más débiles.

En los contratos públicos y en otras disciplinas se destaca la necesidad de garantizar la igualdad substancial, y no solo formal de las partes, a través de la prohibición de la discriminación, en particular la que se deriva de la nacionalidad.

De esta manera, en el mercado comunitario se salvaguardan algunos sujetos como los «consumidores» frente a los desempeñan una actividad económica; se distinguen entre las empresas en función de su tamaño (pequeñas y medianas empresas) y es relevante el contexto en el que ellas se incluyen (los grupos); así como se prohíben comportamientos que puedan distorsionar la competencia y obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior.

³⁴ Tribunal de Justicia, Sentencia de 22 de noviembre de 2001, *Cape snc/Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas/OMAI srl*, causas reunidas C-541/99, C-542/99, Rec. 2001, p. I-9049), con referencia al artículo 2, let. b), Directiva 93/13.

En la jurisprudencia comunitaria, por ejemplo en el caso *Courage*, se señala cómo una parte puede estar en una situación de «inferioridad grave» debido a la celebración de un contrato que puede limitar severamente su libertad contractual³⁵.

V. LA COLABORACIÓN EN LUGAR DEL INTERCAMBIO

Dentro del derecho privado tradicional el principal instrumento para garantizar el movimiento de los bienes está representado por el intercambio.

El intercambio, en particular, se expresa a través de conceptos tales como *corrispettività* en el *Codice Civile* (Pino, 1963, p. 145); *bilateralité* o *sinallagmaticité* en el *Code civil* (artículo 1102 *Code civil*); la onerosidad en artículo 1124 del Código Civil español (v. también los artículos 1837 y 1838 del Código Civil de Distrito Federal); el *Gegenseitiger Vertrag* en el BGB (§ 320 y ss.) y el *bargain and consideration* en el *Common Law*.

Los códigos civiles se ocupan marginalmente de los contratos sin intercambio (entre las excepciones véase el Código Civil italiano, que contiene algunas disposiciones relativas a los contratos «*plurisoggettivi con comunione di scopo*» (artículos 1420, 1446, 1459, 1466, *Codice Civile*).

Por el contrario, las fuentes legales de la Unión Europea de los últimos años se ocupan de los contratos que establecen la colaboración entre sujetos como universidades, empresas, organismos públicos y otras entidades: *Consortium Agreements*, *Partnership Agreements*, las agrupaciones de operadores económicos que presenten ofertas para la contratación pública (párrafo 8 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE) y en gene-

³⁵ Tribunal de Justicia, Sentencia de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

ral las colaboraciones público-privadas (CPP)³⁶; *clusters* y otros «business networks», así como otros tipos de acuerdos de colaboración³⁷.

Las fuentes legales de la Unión Europea consideran los acuerdos de cooperación como los principales instrumentos para poner en práctica las políticas comunitarias; en el marco del Proceso de Bolonia, esos acuerdos ponen en marcha el Espacio Europeo de Educación Superior, establecen los títulos conjuntos y el reconocimiento de periodos de formación (por medio ECTS); los acuerdos de cooperación se consideran para la transferencia de tecnología entre universidades, instituciones de investigación y empresas³⁸; mediante la colaboración es posible llevar a cabo las políticas de la Unión Europea (investigación, la innovación, la cultura, la cohesión social, la protección del medio ambiente, etc.), sin entrar en conflicto con otras disciplinas de la Unión Europea como la competencia entre empresas.

VI. APLICACIÓN DIRECTA DE LAS CLÁUSULAS GENERALES Y DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Según la tradición iuspositivista, la interpretación debería enfocarse en las disposiciones que reglan el caso específico, sin buscar normas generales o que se ubican lejos de la disciplina particular.

³⁶ Comunicación de la Comisión, «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)», COM (2009) 615 final, 19 de noviembre de 2009.

³⁷ Según el artículo 13, párrafo 1.a, de la Decisión n.º 1639/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 2006 por la que se establece un programa marco para la innovación y la competitividad (2007-2013), las acciones relativas a la innovación podrán consistir en «promover la innovación sectorial, las agrupaciones, las redes de innovación, las asociaciones entre los sectores público y privado en materia de innovación y la cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes, así como la gestión de la innovación».

³⁸ V. la Recomendación de la Comisión de 10 de abril de 2008 sobre la gestión de la propiedad intelectual en las actividades de transferencia de conocimientos y Código de buenas prácticas para las universidades y otros organismos públicos de investigación (2008/416/CE).

Con base en ese pensamiento, después la entrada en vigor de las constituciones de la segunda mitad del siglo XX, la doctrina jurídica y la jurisprudencia han tratado de reducir el alcance de las formulaciones constitucionales, sosteniendo que las cartas fundamentales no establecen directamente derechos para los particulares, sino programas que deben ser puestos en marcha por el legislador (Crisafulli, 1952, p. 135).

Además, la técnica de legislación tradicional trata de no utilizar conceptos amplios, para evitar un excesivo poder discrecional del interprete, especialmente del juez.

Por ejemplo, el Código Civil francés de 1804, que es el paradigma de otros códigos nacionales, no se refiere a conceptos como la buena fe (con la excepción 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 contrato³⁹.

La legislación, y especialmente la jurisprudencia comunitaria, constituyen una fractura con respecto al enfoque tradicional.

En primer lugar, porque los jueces transnacionales aplican directamente las normas constitucionales como, en la Unión Europea, las libertades previstas por el Tratado sobre el Funcionamiento (artículos 20 y 21 TFUE), los derechos previstos en la Carta de los Derechos Fundamentales y los establecidos el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

Un ejemplo de la aplicación directa de los principios constitucionales está representado por la atribución de la libre circulación a un conjunto de personas aun más amplia, partiendo de la noción de trabajador asalariado.

³⁹ 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.

Otro ejemplo es el impacto de los derechos humanos en la materia contractual.

En la Comunicación que acompaña la Carta de los derechos fundamentales se establece que todas las propuestas legislativas y de cualquier otra propuesta sea adoptada por la Comisión deben, como parte del proceso ordinario de la decisión, ser evaluadas en función de su compatibilidad con la Carta, incluso las normas que se refieren a los contratos (Rodotà, 2005).

El cambio de perspectiva es particularmente evidente en el *Draft of Common Frame of Reference* (en adelante DCFR) (Cherednychenko, 2010). De hecho, el artículo I.-1: 102 prevé que las normas contenidas en el DCFR deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de los derechos fundamentales y de las libertades fundamentales (véase también los libros II y III y algunas de las disposiciones del Libro VI sobre responsabilidad extracontractual)⁴⁰.

El DCFR establece que con respecto a los contratos los derechos fundamentales tengan una «overriding nature» (DCFR 2009, n.º 5, 14) y prevé la implementación en las relaciones entre los particulares de los principios como la solidaridad y la promoción de la responsabilidad social, la preservación de la diversidad cultural y lingüística, la protección y la promoción del bienestar (DCFR 2009, n.º 5, 14-17).

Por otra parte, el derecho comunitario hace un amplio uso de conceptos abiertos, aplicándolos a las relaciones horizontales y verticales.

Un ejemplo es el concepto de «buena fe», que por impulso del derecho comunitario penetra incluso en los ordenamientos europeos que

⁴⁰ Por ejemplo, el artículo VI.-2:203 establece que «loss caused to a natural person as a result of infringement of his or her right to respect for his or her dignity, such as the rights to liberty and privacy, and the injury as such are legally relevant damage».

no utilizaban ese concepto antes de la incorporación de las reglas comunitarias⁴¹.

En la jurisprudencia comunitaria el principio de buena fe tiene un alcance más amplio de lo que sucede en el derecho nacional⁴², 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)⁴³. La buena fe exige que el

⁴¹ 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, véase Simon Whittaker y Reinhard Zimmermann. "Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape", en Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker (coord.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 7 y ss., 44 y ss.; Chris Willett. "General Clauses and the Competing Ethics of European Consumer Law in the UK", *Cambridge Law Journal*, 2012, p. 412 y ss., véase también la nota 150.

⁴² Cfr. Tribunal de Primera 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 la Corte Internacional de Justicia: véase la Sentencia de 25 de mayo de 1926, *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, CPJI, serie A, n. 7, pp. 30, 39, sucesivamente incluida en la Convención de Viena sobre los tratados internacionales de 1969.

⁴³ Véase el 16º «considerando» de la Directiva 93/13/CEE (sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), según la cual «en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, así se haya inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y así los bienes se hayan vendido o los servicios se hayan 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».

ejercicio de una posición de ventaja debe tener el carácter de transparencia, con el fin de evitar el abuso del derecho y tener en cuenta las legítimas expectativas (*confiance légitime*)⁴⁴ de otros sujetos, la necesidad de seguridad del derecho (*sécurité juridique*), así como el respeto de la legalidad y de la igualdad de trato⁴⁵.

Otro concepto de gran importancia en el derecho comunitario es el principio de «equidad», que se utiliza mucho en la legislación comunitaria (véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Directiva 87/102 relativa a los créditos al consumo; el artículo 6 de la Directiva 86/653 sobre los agentes comerciales; el artículo 3, párr. 3 de la Directiva sobre la morosidad (Directiva 2000/35/CE).

El principio de equidad es ampliamente utilizado por el juez comunitario⁴⁶. 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*) (Sassi, 2005).

La razón del recurso a los conceptos de los cuales se está hablando depende del de hecho que los jueces regionales, utilizando un acercamiento finalista, se refieren a los conceptos jurídicos que mejor expresan la finalidad, como precisamente las normas constitucionales, principios generales, intención del legislador, cláusulas generales.

⁴⁴ Véase Tribunal de Justicia, Sentencia de 3 de mayo de 1978, 112/77, *Töpfer/Comisión*, Rec., 1978, p. 1019, punto 19.

⁴⁵ Tribunal General, sentencia de 24 de abril de 1996, T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 y T-234/94, *Industrias Pesqueras Campos et al. /Comisión*, Rec. 1996, p. II-247.

⁴⁶ Entre otras, v. Tribunal de Justicia, Sentencia de 18 de enero de 1996, C-446/93, *SEIM*, Rec. 1996, p. I-73, apartado 41; Id., Sentencia de 26 de marzo de 1987, C-58/86, *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, Rec. 1987, p. 1525, punto 22; Id., Sentencia de 15 de diciembre de 1983, C-283/82, *Schoellershammer/Comisión*, Rec. 1983, p. 4219, apartado 7; Tribunal General, Sentencia de 4 de julio de 2002, T-239/00, *SCI UK/Comisión*, Rec. 2002, p. II-2957, apartados 44 y 50.

VII. LA TENDENCIA EXPANSIVA

Diferentemente del derecho internacional, el derecho comunitario tiene la actitud a penetrar en el derecho nacional mucho más allá de los límites de competencia previstos por los tratados.

Un excelente ejemplo está representado por el derecho de familia.

La disciplina de las relaciones familiares se considera una prerrogativa de la legislación nacional, el campo del derecho privado más sensible a las tradiciones y a la cultura de un país.

De hecho, en la Unión Europea solo en el Tratado de Lisboa el derecho de familia se ha considerado explícitamente como materia que forma parte de la política de cooperación judicial en materia civil (véase el artículo 81 TFUE).

Pero esto se realiza solo con respecto a las implicancias transfronterizas de las relaciones familiares y con la previsión de un procedimiento legislativo especial, que requiere la unanimidad en el Consejo y solo una función consultiva del Parlamento europeo (artículo 81, ap. 3, TFUE, que hace la excepción al procedimiento legislativo ordinario).

Con base en la competencia en materia de cooperación judicial en materia civil se han adoptado solo un par de fuentes legislativas específicas.

En aplicación concreta de los principios generales establecidos por el Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999, incluso en materia familiar, se han aprobado normas comunes, especialmente el Reglamento n.º 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 (denominado Bruselas II bis), que regula la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de (artículo 1): a) divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

Además, el Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, establece la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Asimismo, en Europa, el sistema del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (sucesivamente CEDH) se refiere a la familia solo en el artículo 8 (que se intitula a la protección de la vida privada y familiar) y en el artículo 12 (Derecho a contraer matrimonio)⁴⁷.

Disposiciones similares se han incluido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los artículos 7 y 9, que añade la garantía de la protección jurídica, económica y social de la familia (artículo 33) y de la maternidad (artículo 34).

Sin embargo, esas pocas disposiciones europeas sobre la familia impactan de manera determinante en la regulación jurídica de las relaciones familiares.

En primer lugar, porque las fuentes europeas se ocupan de muchas otras materias que tienen una conexión directa o indirecta con el tema de la familia, como los que en tema de trabajo, alimentación, educación, normas penales, vida carcelaria, justicia (Sanz Caballero, 2006, p. 29).

En segundo lugar, por la razón, como se ha mencionado, de que el derecho regional europeo no solo se limita a establecer normas uniformes o armonizadas, sino también él es el origen de situaciones jurídicas específicas.

⁴⁷ Sucesivamente se han adoptado otros instrumentos jurídicos como la Carta Social Europea de 1961 (revisada en 1996), que se refiere a la familia en sus artículos 4 (derecho del trabajador a una remuneración suficiente que le asegure a él y su familia un nivel de vida decoroso), 16 (que define a la familia como célula fundamental de la sociedad, que necesita de una adecuada protección social, jurídica y económica), 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia) y 27 (derecho a la conciliación profesional y familiar).

Para comprobar la tesis que aquí se sostiene se puede considerar el ejemplo de la aplicación al derecho de familia de la libre circulación de las personas.

La jurisprudencia requiere que se eliminen todos los obstáculos previstos por diferencias normativas entre un Estado europeo y otro. No se trata, como en el derecho internacional privado, de establecer criterios para elegir cuál ley aplicar, desde el punto de vista de un ordenamiento nacional.

En cambio, el derecho comunitario identifica un estatus jurídico propio y las conectadas situaciones jurídicas subjetivas que las leyes nacionales deben cumplir necesariamente (Colcelli, 2013).

Según el Tribunal de Justicia, dicho estatus «permite a quienes se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado CE, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»⁴⁸.

Aunque en principio la disciplina de los status familiares es una competencia nacional, la legislación interna no puede ser invocada para no aplicar disposiciones comunitarias o principios como lo de no discriminación⁴⁹.

Como afirma el Tribunal de Justicia, el derecho comunitario garantiza el respeto a la vida familiar de los ciudadanos comunitarios, con el fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales

⁴⁸ Tribunal de Justicia, Sentencia de 2 de octubre de 2003, C-148/02, *García Avello*, Rec. 2003 p. I-11613, apartado 23; y también, entre otras, Tribunal de Justicia, Sentencia de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Rec. p. I-6193, apartado 31; Id., Sentencia de 11 de julio de 2002, C-224/98, *D'Hoop*, Rec. 2002 p. I-6191, apartado 28.

⁴⁹ Cfr. las observaciones del abogado general Niilo Jääskinen de 15 de julio de 2010, en el asunto C-147/08, *Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg*, apartado 69 y ss.

reconocidas por los tratados⁵⁰. La posibilidad de mantener las relaciones familiares se considera un requisito previo para el goce efectivo de la libertad de circulación de las personas⁵¹.

En esta perspectiva, los derechos y los estatus válidamente formados en uno de los Estados miembros no pueden ser desconocidos o debilitados en otro país de la Unión, ya que ello constituiría un obstáculo a la libertad de movimiento, y por lo tanto, un obstáculo para el ejercicio efectivo de la ciudadanía comunitaria.

Las normas comunitarias sobre la libre circulación y la reagrupación familiar se refieren en primer lugar a las calificaciones previstas en las leyes nacionales (descendente, ascendente, cónyuge, pareja, pareja de hecho, otros miembros de la familia) que operan en los Estados miembros con respecto a los que surgieron.

En la noción de «unión registrada» de la Directiva 2004/38/CE se pueden incluir sea las uniones de las parejas heterosexuales, sea las uniones entre personas del mismo sexo, si la ley nacional lo prevé, como ocurre en el caso de España, por ejemplo, o de Portugal, de Bélgica y de Holanda.

Los Estados no pueden oponer obstáculos a la aplicación del estatus establecido por otro ordenamiento comunitario, como la reciprocidad (artículo 16 disposiciones preliminares al Codice Civile) o el «orden público» (véase, siempre en Italia, el artículo 16 de la Ley 218/1995, que se refiere a la Reforma del sistema italiano de derecho internacional privado).

O más bien, el derecho comunitario reconoce la posibilidad de que un Estado miembro pueda oponer limitaciones de «orden público» a la libre circulación de la personas (artículo 27, párr. 2, Directiva 2004/38/CE), y por lo tanto también de su estatus subjetivo. Pero la referencia a

⁵⁰ Tribunal de Justicia, Sentencia de 14 de abril de 2005, C-157/03, *Comisión/España*, Rec. 2005, p. I-2911, apartado 26.

⁵¹ Cfr. Tribunal de Justicia, Sentencia de 3 de julio de 1974, 9/74, *Casagrande / Landeshauptstadt München* Rec. 1974, p. 773.

dichos límites del orden público «requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte un interés fundamental de la sociedad»⁵².

La jurisprudencia comunitaria no considera como justificaciones válidas las que se refieren a una disciplina nacional relativa a la formación del apellido de un hijo⁵³, aunque se considera como una cuestión relativa al estatuto personal y, por lo tanto, en principio de competencia nacional⁵⁴.

VIII. EL MÉTODO DE CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

Como se ha intentado demostrar en los párrafos anteriores, el derecho privado comunitario se construye en la base de una metáfora de las relaciones jurídicas entre sujetos, que parece distinta de la idea tradicional.

No se trata de una construcción que surge de una estrategia política y jurídica específica, sino el resultado provisorio de un proceso dinámico y complejo.

⁵² Tribunal de Justicia 4, Sentencia de octubre de 2012, C-249/11, *Hristo Byankov/ Glaven sekretar na Ministerstvo na vutreshnite raboti*, apartado 40, todavía no publicada; cfr. también Tribunal de Justicia, sentencia de 10 de julio de 2008, C-33/07, *Jipa*, Rec. 2008 p. I-5157, apartado 23; Sentencia de 17 de noviembre de 2011, C-430/10, *Gaydarov*, apartado 33, (todavía no publicada).

⁵³ Tribunal de Justicia, Sentencia de 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin y Paul*, Rec. 2008, p. I-7639, p. 38. En Tribunal de Justicia, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, Rec. 2010 p. I-13693, se considera justificado por razones de orden público el desconocimiento de un título aristocrático de otro Estado miembro (apartados 93 y 95).

⁵⁴ El apellido se refiere al estatus de las personas, según el abogado general Eleanor Sharpston en las observaciones del 24 de abril de 2008, en el asunto C-353/06, *Grunkin y Paul*, apartado 93.

El derecho privado de la Unión se está construyendo desde una perspectiva sectorial y gradualista, como destacan las mismas instituciones comunitarias⁵⁵.

En particular la Comisión afirma que los aspectos problemáticos del derecho civil comunitario, especialmente con respecto a los contratos, y las diferencias entre las disciplinas nacionales, tienen como efecto disuadir los acuerdos transfronterizos⁵⁶.

Algunos autores sostienen que para solucionar el problema sea necesario dotar a Europa de un código contractual europeo (Ioratti Ferrari, 2006; Bussani y Mattei, 1997-1998).

En realidad, la hipótesis de codificar el derecho privado en Europa no representa necesariamente la herramienta más adecuada para avanzar en la integración.

Es evidente que el debate actual en Europa no puede limitarse a establecer la conveniencia de la codificación, sino que tiene que dirigirse a la búsqueda e implementación de los instrumentos necesarios para la construcción del derecho contractual supranacional (De Witte, 1996).

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 el resultado de un *Volkgeist* que es posible cristalizar en un código; por otra parte, él desarrolló un sistema co-

⁵⁵ 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].

⁵⁶ Véase la comunicación "Mayor coherencia en el Derecho contractual europeo: un plan de acción", párr. 3.2.

herente de normas que se basaban en la tradición romano-germánica (Castronovo, 2001).

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 legislativas⁵⁷.

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, sea 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.

De interés es el trabajo de construcción elaborado por los juristas y por los jueces que buscan no solo el común denominador de los sistemas jurídicos europeos, sino también la lógica y la coherencia profunda de todo el derecho europeo.

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 *Acquis* comunitario presente y futuro⁵⁸.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Comisión Europea, “Simplificar y mejorar el marco regulador”, COM (2001) 726.

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, PECL⁵⁹.

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.

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 legal⁶⁰.

Los principios, sin duda, van ejercitando una fuerte influencia en la producción de las normas legislativas, en conjunto con la jurisprudencia (Zimmermann, 2009, p. 482; Vendrell Cervantes, 2008; Bush, 2008).

Por otro lado, esos principios surgen incluso de la jurisprudencia comunitaria. La «Comisión Lando», por ejemplo, se ha inspirado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para la elaboración de los principios de derecho contractual en materia de responsabilidad civil o de fuerza mayor (Lando, 1999).

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

⁵⁹ Corte di Cassazione, 11 de junio de 2010, n. 14056, en www.ilcaso.it

⁶⁰ Como ejemplos de referencia a los principios de la Comisión, v. Tribunal de Primera Instancia, 27 de septiembre de 2007, casos T-9/95 y T-8/95, *Pelle y Konrad/ Consejo y Comisión*, Rep. 2007, p. II-4117; para las referencias al *Common Frame of Reference*, v. las conclusiones del abogado general Verica Trstenjak del 7 de mayo 2009, en la causa C-227/08, *Eva Martín Martín/EDP Editores, S.L.*

Esas respuestas necesitan incluso de un acercamiento adecuado por parte de la ciencia jurídica, que debe buscar un «nuevo paradigma de integración flexible y amistosa» del derecho (Tito Añamuro, 2012, p. 15). Como se ha correctamente observado con específica 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. (Pampillo Baliño, 2013b, p. 237).

BIBLIOGRAFÍA

- ATYIAH, P. (1989). *An Introduction to the Law of Contract*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- BUSSANI, M. y U. MATTEI (1997-1998). "The Common core approach to European private Law", *Columbia Journal of European Law*, 1997-1998, p. 339 y ss.
- BUSCH, D. "The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands – On the Influence of the PECL on Dutch Legal Practice", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 549 y ss.
- CASTRONOVO, C. "Savigny e la codificazione europea", *Europa e diritto privato*, 2001, p. 219 y ss.
- CHEREDNYCHENKO, O. "Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law", *European Review of Contract Law*, 1/2010, pp. 39-65
- CIPPITANI, R. *La ricerca giuridica e il diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 1998.
- CIPPITANI, R. *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Roma-Perugia, ISEG, 2010.
- CIPPITANI, R. Solidaridad, en M.I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración judicial*, Roma-Perugia-México, ISEG, 2013, pp. 642-648.

- CIPPITANI, R. "Interpretación de las Cortes regionales", en M.I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración juridical*, Roma-Perugia-México, ISEG, 2013, pp. 312-324.
- COLCELLI, V. "Situaciones legales subjetivas otorgadas por la Unión Europea", en M. I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, ISEG, 2013, p. 617 y ss.
- CRISAFULLI, V. "Costituzione e protezione sociale", en *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.
- DE WITTE, B. "The Convergence Debate", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, p. 105 y ss.
- FIERRO, E. "Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?", *European Law Journal*, vol. 7, n.º 1, March, 2001, pp. 41-68.
- GALGANO, F. "Il negozio giuridico", en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 465 y ss.
- IORATTI FERRARI, E. *Codice civile europeo*, Padova, Cedam, 2006.
- IRTI, N. *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.
- LANDO, O. "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 y ss.
- MESSINEO, F. *Dottrina generale del contratto*, Milano, Giuffrè, 1948.
- PAMPILLO BALIÑO, J.P. "Integración regional y derecho comunitario", en M.I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración juridical*, Roma-Perugia-México, ISEG, 2013a, pp. 305-312.
- PAMPILLO BALIÑO, J.P. "Dogmática jurídica global", en M.I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, ISEG, 2013b, pp. 231-243.
- PÉREZ LUÑO, A.E. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.
- PERLINGERI, P. "Depatrimonializzazione e diritto civile", en *Rassegna diritto civile*, 1983, p. 1 y ss.
- PERLINGERI, P. *Il diritto civile nella sua legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991.
- PINO, A. *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, Cedam, 1963.

- PIZZOLO, C. "Libre circulación de personas: alcance y límites", en M.I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (coord.), *Derechos Individuales e Integración regional (Antología)*, Perugia-Roma-México, ISEG, 2013, pp. 205-252.
- POIARES MADURO, M. *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Hart and Publishing, 1998.
- RAWLS, J. *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University, 1980.
- RODOTÀ, S. "Il Codice civile e il processo costituente europeo", *Revista Critica di Diritto privato*, 2005, p. 21 y ss.
- RODOTÀ, S. *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, ESI, 2007.
- SANZ CABALLERO, S. *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- SASSI, A. "Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed "europeo", en T. Sediari (ed.), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2005.
- SASSI, A. *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, ISEG, 2006
- SAVIGNY, F.K. *Il sistema del diritto romano attuale* (trad. ital. de V. Scialoja), vol. I, Torino, 1886.
- SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, R. *Estado de Derechos*, en M.I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración juridical*, Roma-Perugia-México, ISEG, 2013, p. 239 y ss.
- RUFFERT, M. "Rights and remedies en European community law: a comparative view", en *Common Market Law Review*, 1997.
- TITO AÑAMURO, J.A. *Modernización e integración del derecho contractual latinoamericano. Un análisis del método*, Barranquilla-Bogotá, Universidad del Norte-Grupo Editorial Ibáñez-Grijley, 2012.
- VENDRELL CERVANTES, C. "The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 534 y ss.
- WEILER, J.H.H. *La Costituzione dell 'Europa* (trad. ital.), Bologna, Il Mulino, 2003.
- ZIMMERMANN, R. "The Present State of European Private Law", *American Journal of Comparative Law (AJCL)*, vol. 57, n.º 2, 2009, pp. 479-512.

