

El futuro Código Civil Europeo de Contratos

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: EL VIEJO *IUS COMMUNE* ROMANO-CANÓNICO COMO PUNTO DE PARTIDA.—II. LA DIFUSIÓN DEL *IUS COMMUNE* EN ESPAÑA Y EUROPA.—III. INICIATIVAS COMUNITARIAS PARA ELABORAR UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO: A) LAS RESOLUCIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 26 DE MAYO DE 1989, DE 6 DE MAYO DE 1994 Y DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2001. B) EL CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE, DE 15 Y 16 DE OCTUBRE DE 1999. C) LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, DE 1 DE JULIO DE 2001. D) EL LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN, DE 2 DE OCTUBRE DE 2001, SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA. E) INFORME SOBRE LA APROXIMACIÓN CIVIL DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2001. F) DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, DE 17 DE JULIO DE 2002.—IV. INICIATIVAS EXTRACOMUNITARIAS O ACADÉMICAS: A) EL CONVENIO DE PAVÍA, DE 20 Y 21 DE OCTUBRE DE 1990. B) COMMON LAW Y CIVIL LAW: EL CONTRACT CODE DE HARVEY MCGREGOR.—V. GRUPOS DE TRABAJO EUROPEOS: A) COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO o COMISIÓN LANDO: LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (PECL): 1. *Contenido de los PECL*. 2. *Objetivo de los PECL*. 3. *Modelos en que se inspiran*: a) Los *Restatements* norteamericanos; b) Los principios UNIDROIT. B) GRUPO DE ESTUDIO DE UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO DE VON BAR. C) GRUPO DE PAVÍA o PROYECTO GANDOLFI. D) GRUPO DE TILBURG o PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. E) GRUPO DE TRENTO o COMMON CORE OF EUROPEAN PRIVATE LAW. F) OTROS GRUPOS. G) CONVENIENCIA DE SU COORDINACIÓN.—VI. COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ELABORAR UN CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS: A) COMPETENCIAS DE ATRIBUCIÓN. B) COMPETENCIAS IMPLÍCITAS. C) COMPETENCIAS SUPLEMENTARIAS.—VII. CONTENIDO DEL FUTURO CÓDIGO EUROPEO: ¿DEBE INCLUIR LOS DERECHOS DE FAMILIA Y SUCESIONES?: A) DERECHO DE FAMILIA. B) DERECHO DE SUCESIONES: 1. *Puntos de divergencia*. 2. *Puntos de coincidencia*.—VIII. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE UN CÓDIGO EUROPEO.—IX. RECAPITULACIÓN FINAL.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: EL VIEJO *IUS COMMUNE* ROMANO-CANÓNICO COMO PUNTO DE PARTIDA

La expresión Derecho Europeo puede entenderse en un doble sentido: a) es un ordenamiento jurídico que tiene sus raíces en convenios internacionales, pero con importantes semejanzas con los sistemas nacionales y con rasgos muy específicos, entre los que destaca su evolución especialmente dinámica; b) el Derecho europeo recoge los elementos comunes de los ordenamientos nacionales y supranacionales, como el Derecho de las Comunidades Europeas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido se refiere a una situación y a un proceso de «europeización» de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Estos dos sentidos del Derecho Europeo están íntimamente vinculados, ya que la Comunidad Europea desempeña un papel esencial en el proceso de europeización de los derechos nacionales, con lo que el sistema jurídico comunitario es un elemento central de dicho proceso (1).

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea no puede ser entendido como un fenómeno jurídico aislado y encerrado sobre sí mismo, sino que uno de sus rasgos esenciales es la integración con los ordenamientos nacionales; precisamente por ello, los principios más característicos del Derecho Comunitario —el efecto directo y el de primacía— se refieren a sus relaciones con los ordenamientos internos, lo que conlleva como consecuencia una convergencia cada vez mayor de los ordenamientos nacionales, en especial, en el Derecho Privado.

Desde su nacimiento, el Derecho Comunitario ha incidido en el Derecho Privado, en un principio, de una manera limitada o indirecta, y posteriormente, en las décadas de los ochenta y noventa ha tenido un crecimiento espectacular con la publicación de una serie de Directivas sobre contratos celebrados por consumidores, desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

La creciente influencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho Privado era algo previsible porque, conforme se consolidaba y aumentaba el mercado interior, era necesario armonizar los Derechos Privados nacionales para proteger a usuarios y consumidores. Se pasó de una «integración negativa», es decir, de evitar que los derechos privados nacionales estableciesen limitaciones o restricciones a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios o capitales, a una «integración positiva», promulgando Reglamentos

(1) G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, abril-mayo de 1999, pág. 11 y sigs., núm. 200.

y Directivas con un contenido variable sobre Derecho Privado. Los Tratados de Maastricht y Amsterdam contribuyeron al crecimiento y consolidación de un auténtico Derecho Privado Europeo (2).

Una característica del mundo actual es la globalización de la vida económica y social. Las decisiones adoptadas por determinados organismos (Banco Mundial, Banco Central Europeo, Reserva Federal Norteamericana...) repercuten, directa o indirectamente, en la economía continental y, en definitiva, mundial.

Desde el punto de vista jurídico, este proceso de globalización conlleva varias consecuencias:

1.^a La progresiva aparición de un Derecho Privado Europeo y el correlativo debilitamiento de los derechos nacionales. Las Directivas Comunitarias han contribuido a la dispersión del Derecho Privado en las últimas décadas, a pesar de que deben reflejar una determinada tendencia política, el funcionamiento del mercado interior; sin embargo, las instituciones de Derecho Privado (Derecho de Sociedades, Derecho de Obligaciones y Contratos) son mucho más que simples consecuencias de la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, proclamada en el Tratado de la Unión Europea.

2.^a La internacionalización de la vida jurídica plantea un problema de integración, que deja de ser una conveniencia para convertirse en necesidad, especialmente en el ámbito de las Obligaciones y Contratos (3).

3.^a En los últimos años se ha producido un considerable avance en el proceso de unificación jurídica en diversos campos: en el derecho de la competencia, propiedad intelectual, derecho laboral, derecho de sociedades... El Derecho de Obligaciones se ha visto afectado por Directivas sobre protección de usuarios, contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, cláusulas abusivas en contratos con consumidores, créditos al consumo...; sin embargo, se trata de una unificación sectorial, de determinadas parcelas de los ordenamientos internos, lo que ha contribuido a una mayor complejidad y oscuridad, lejos de la coherencia y racionalidad que debe inspirar todo ordenamiento jurídico.

Para solucionar estas dificultades, el Parlamento Europeo ha propuesto la elaboración de un Código Europeo de Obligaciones y Contratos (Resoluciones de 26 de mayo de 1989, 6 de mayo de 1994, y 6 y 15 de noviembre de 2001, que veremos posteriormente) (4).

(2) SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Privado Europeo*, Granada, 2002.

(3) CARBONNIER señalaba que, de todas las partes del Derecho Civil, la más necesitada de unificación es la de Obligaciones y Contratos, a diferencia de las demás, que pueden y deben conservar su propia particularidad, como Familia y Sucesiones. Sobre este punto, ver apartado VII.

(4) Ver apartado III, letra A.

La compartimentación nacional de la vida jurídica es actualmente un anacronismo. La Segunda Guerra Mundial significó el fracaso de los nacionalismos, incluido el jurídico, por ello, los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas (5) fueron el primer paso para una unión más estrecha entre los pueblos de Europa; el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, señaló los pasos a seguir, no sólo para la unión económica y monetaria sino también para políticas comunes en política exterior, seguridad y justicia. Es evidente que todo este proceso de integración se vería favorecido si se supera el nacionalismo jurídico todavía existente en Europa (6).

HELMUT COING pone de relieve la «indisoluble unidad» de pasado y presente de la ciencia jurídica europea, que presenta la materia jurídica como un sistema racional, como un todo lógico, en el que las soluciones a los casos concretos pueden deducirse de principios generales y relacionarse unos con otros, racionalizando la aplicación de la ley; por tanto, el Derecho posee un carácter dinámico y en continuo desarrollo, que se produce dentro de un sistema de fuentes y métodos, de conceptos, reglas y argumentos, lo que, en definitiva, constituye una tradición que ha contribuido decisivamente a la configuración de la Europa moderna (7).

Como en el *ius commune* europeo anterior a la codificación, la nueva doctrina jurídica europea no presupone ni tiene como consecuencia una uniformidad de soluciones jurídicas. En este sentido, SAVIGNY decía que el carácter histórico de la ciencia jurídica se distorsionaba cuando las instituciones jurídicas del pasado se concebían como algo tan elevado que debían mantenerse inalteradas en el presente y en el futuro; por el contrario, su esencia radicaba en reconocer el mérito y la independencia de cada siglo, manteniendo vivo el lazo que liga el presente con el pasado, pues sin ese vínculo sólo subsiste la apariencia externa de la situación jurídica actual, pero sin comprender su esencia interna (8).

Es indudable que la creación de un nuevo Derecho europeo requiere un cambio de perspectiva, pues la ciencia jurídica ha dejado de ser, a lo largo de los siglos, una ciencia histórica. Ya ha existido una cultura jurídica europea, un «viejo» Derecho Privado europeo, el *ius commune* romano-canónico, que tiene su base en la recepción del Derecho romano en la Europa medieval, y

(5) El Tratado de París, de 18 de abril de 1951, por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y los de Roma, de 25 de marzo de 1957, por los que se constituyeron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEa o EURATOM).

(6) En este sentido, el artículo 3, letra h) del Tratado CEE señalaba como cometido, «la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común».

(7) HELMUT COING, *Derecho Privado Europeo*, t. I, pág. 23 y sigs., 1996.

(8) SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, pág. 49 y sigs.

que constituye el punto de partida más próximo y lógico para una «organización progresiva de la ciencia del Derecho» (9). KORSACHER considera al *ius commune* como una especie de derecho natural de principios, razonamientos e instituciones que comparten los ordenamientos jurídicos europeos como consecuencia de su desarrollo histórico común (10).

Anteriormente veíamos que la compartimentación nacional de la vida jurídica es hoy un anacronismo. En los ordenamientos jurídicos de la Europa continental hay varios factores que contrarrestan la tendencia hacia la diversidad nacional:

1.º Las modernas codificaciones responden a la misma tradición jurídica. Ni el Código Civil francés de 1804 ni el Código Civil alemán de 1900 (BGB) fueron concebidos como codificación de un específico Derecho nacional francés o alemán, sino con una pretensión universal de servir de modelos a las demás legislaciones (11).

2.º Los ordenamientos europeos mantienen entre sí numerosos puntos en común. El Código francés mantuvo su influencia en varios países europeos después de la derrota de Napoleón y lo mismo ocurrió con la pandectística alemana.

3.º El nacimiento del Derecho comparado como disciplina jurídica autónoma en el siglo XIX ha proporcionado una importante fuente de inspiración al legislador en los últimos siglos. De esta nota pueden deducirse las siguientes consideraciones: a) que el Derecho europeo consiste actualmente en una diversidad de sistemas jurídicos y su conexión inmediata con el viejo *ius commune* provocaría un terremoto jurídico; b) que una combinación entre Derecho comparado e historia del derecho parece el camino más adecuado para entender las relaciones entre el Common Law y el Civil Law, para avanzar en la comprensión y armonización de ambos sistemas (12).

Para el nacimiento de un Derecho Privado Europeo es requisito esencial la organización progresiva de una ciencia del Derecho, que revitalice una tradición común y suministre un conjunto de reglas y principios jurídicos que contemplen a los ordenamientos existentes como variantes nacionales de un mismo tema (13).

(9) SAVIGNY, *op. cit.*, pág. 57.

(10) KORSACHER, *Europa und das römische Recht*, pág. 346 y sigs., 1966.

(11) REINER SCHULZE, *Europäische Rechts - und Verfassungsgeschichte*, pág. 121 y sigs.; GORDLEY, *Myths of the French Civil Code*, pág. 459 y sigs., 1994.

(12) Sobre este punto, JEREMY BLACK, *Convergence or Divergence? Britain and the Continent*, 1994.

(13) Este cambio de perspectiva supondría una refundación de la Escuela Histórica del Derecho, creada por SAVIGNY, como defiende REINHARD ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, págs. 12 y 66, Madrid, 2000.

II. LA DIFUSIÓN DEL *IUS COMMUNE* EN ESPAÑA Y EN EUROPA

La obra más importante en la historia del Derecho Romano fue, sin duda, la recopilación realizada por el emperador JUSTINIANO (años 528 a 533), integrada por las Instituciones (obra destinada a la enseñanza del Derecho), el Digesto o Pandectas (recopilación de textos de la jurisprudencia clásica), el Código (constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano) y las Novelas (constituciones posteriores al Código). Desde el siglo XII, la obra de Justiniano fue conocida con el nombre de *Corpus iuris civilis*.

Sin embargo, durante los siglos VI al XI, esta labor de recopilación no fue muy conocida en varios países del Occidente europeo, bien por haberse hecho más de medio siglo después de la caída del Imperio Romano de Occidente (476), bien por el lugar de su elaboración, el lejano mundo bizantino.

En Italia, en las escuelas de «artes liberales», la enseñanza enciclopédica de todos los saberes se agrupaba en dos ramas, el *trivium* (gramática, retórica y dialéctica), y *quadrivium* (geometría, aritmética, astrología y música). No existía, pues, una enseñanza del Derecho autónoma y separada, sin embargo, dichas escuelas salvaron los estudios del Derecho, impidiendo que cayeran en un completo olvido; a partir del siglo XI, esta situación empezó a mejorar al aparecer en Pavía una Escuela de Derecho.

En Francia, la situación era mucho peor, pues la enseñanza del Derecho se limitaba al Breviario de Alarico, al Código Teodosiano o a las Etimologías de San Isidoro de Sevilla.

En los reinos hispánicos de los siglos VIII al XII, las fuentes del Derecho Romano justineano fueron casi totalmente ignoradas, limitándose la tradición jurídica al Fuero Juzgo, nombre que se dio a la traducción oficial del *Liber iudiciorum*.

No obstante, el renacimiento jurídico del siglo XII tuvo varias causas: a) el Occidente europeo experimentó un fuerte crecimiento demográfico, en especial, en las ciudades, donde se desarrollaron nuevas formas de economía urbana (comercio, actividades artesanales, profesionales...), distintas a la tradicional economía rural, que requerían una nueva regulación jurídica y el Derecho Romano justineano era el modelo apropiado; b) la sociedad europea de aquella época era considerada como un todo unitario, se la contemplaba tanto bajo el concepto de Imperio como el de Cristiandad. En el año 800, CARLOMAGNO reconstruyó el Imperio bajo el nombre de Sacro Imperio Romano Germánico, en el que se integraban todos los cristianos, bajo una organización jerárquica de poderes formada por el Papa y el Emperador. Esta concepción unitaria de la sociedad exigía, lógicamente, un solo Derecho, o, al menos, un solo Derecho Canónico (*lex ecclesiastica*) y un solo Derecho Civil (*lex mundana*), que debían complementarse y no contraponerse. Partiendo de

estas premisas, el Derecho Romano se manifestó pronto como el ordenamiento jurídico del Sacro Imperio.

En la formación del *ius commune* europeo también desempeñaron un importante papel los glosadores de la Escuela de Bolonia, fundada por GUARNERIO o IRNERIO, como un nuevo modo de estudiar el Derecho. El método de trabajo era la glosa, de ahí el nombre de glosadores; para descubrir y explicar el sentido de los textos justineanos colocaban breves aclaraciones (glosas) del significado de cada pasaje, entre líneas o al margen de cada párrafo. Como características generales de los glosadores pueden señalarse: a) ideológica y políticamente fueron partidarios del emperador y de la idea medieval del imperio, ya que el imperio existía y debía seguir existiendo, debía tener un solo Derecho y éste sólo podía ser el romano; b) el Derecho Romano justineano era el derecho positivo y vigente en el ámbito del imperio, no un ordenamiento pasado, cuya historia interesara conocer.

Paralelo al *ius civile* y en buena medida inducido por éste, el Derecho Canónico experimentó, desde finales del siglo XI, un claro resurgimiento con la reforma en el gobierno de la Iglesia y, en especial, con la configuración del poder pontificio por el Papa Gregorio VII (1073-1085). La reforma gregoriana desembocó en el absolutismo pontificio en el gobierno de la Iglesia, del que se derivaron dos consecuencias importantes: a) la unificación del Derecho Canónico como ordenamiento jurídico de toda la Cristiandad; b) que el nuevo ordenamiento canónico se construía bajo la dirección del Papa y sobre la base de las decisiones pontificias (decretales).

Como consecuencia del creciente poder pontificio, los Papas promulgaron numerosos decretales, que eran respuestas a problemas jurídicos particulares, y servirían no sólo para resolver el caso concreto sino también otros casos futuros semejantes. Resultaba muy útil coleccionar todas las decretales pontificias, por ello, Gregorio IX ordenó a su capellán, el dominico Raimundo de Peñafort, que las recopilara; surgieron así las Decretales Gregorii IX (1234), divididas en cinco libros y sus estudiosos fueron llamados «decretalistas» (14).

Todos estos factores trajeron como resultado el *ius commune*. El Derecho Romano fue considerado como un don de Dios, como un Derecho inspirado por la equidad y como una creación cultural insuperable, como la *ratio iuris*. Este prestigio se extendió también al Derecho Canónico clásico y, en espe-

(14) La mitificación de las fuentes romanas justineanas y canónicas aparece incluso en el Vaticano. Cuando el gran pintor RAFAEL decoró las cuatro paredes de la «*Stanza della Segnatura*» pintó en uno de los muros la Escuela de Atenas, que simbolizaba el triunfo de la razón filosófica y científica; en otro, el Parnaso, triunfo de la poesía; en la tercera pared, la instauración de la Eucaristía y el triunfo de la Iglesia y, en la cuarta, representa a Justiniano, entregando el Digesto a los juristas, y a Gregorio IX, las Decretales a sus cardenales, como manifestaciones del triunfo de la razón en el ámbito del Derecho.

cial, a las Decretales de Gregorio IX. El apoyo que el Papado le prestó contribuyó decisivamente al indisociable prestigio de uno y otro Derecho, entendidos como el Derecho común de la Cristiandad, en su doble vertiente de Imperio e Iglesia.

Por eso, los legisladores y juristas acudieron a los textos romanos y canónicos en defecto de normas específicas y, en ocasiones, hasta con preferencia, a los ordenamientos particulares, dando entrada también a la «doctrina de los doctores» o jurisprudencia compuesta por los glosadores. Todos estos elementos se englobaron en el Derecho común, el *ius commune*, resultado de un largo proceso histórico.

La recepción del Derecho común fue general, pero no uniforme ni pacífica, pues tuvo que vencer resistencias en diversos lugares (Francia, Portugal, Aragón, Castilla), que aplicaban sus derechos tradicionales; significó, pues, la lucha entre un derecho nuevo y un derecho viejo o tradicional de cada país.

En Francia existió una clara diferencia entre las zonas del Sur con las del Centro y Norte. Por su proximidad y relación con los glosadores italianos, en la zona Sur predominó el *ius commune* (pays de droit écrit), mientras que en las zonas Norte y Centro regía el derecho consuetudinario (pays de droit coutumier).

En Portugal la recepción del Derecho Romano y Canónico se realizó a través del Fuero Real y las Partidas de Alfonso X el Sabio, que fueron traducidas al portugués, y de la Universidad de Coimbra, creada por don Dionis en 1290.

Inglaterra es un ejemplo de cómo el Derecho romano-canónico penetró también en países en donde faltaba el sustrato latino lingüístico y la romanización había sido superficial; el *ius commune* penetró en Inglaterra por la vía universitaria, un glosador italiano, VACARIO, fundó una escuela de Derecho en la Universidad de Oxford y dos grandes juristas ingleses, HENRY OF BRACON y GLANVILLE lo difundieron por todo el país.

En Alemania la recepción del *ius commune* fue tardía por la resistencia de unos derechos consuetudinarios muy arraigados y se produjo paulatinamente por los estudiantes alemanes que lo aprendían en las Universidades italianas o francesas, hasta que se incorporó a la Universidad de Heidelberg (1386). La recepción fue tardía, pero muy profunda (15).

De lo anteriormente expuesto se comprueba que, durante varios siglos, Europa aplicó un Derecho Común, el *ius commune* romano-canónico, situación que se prolongó hasta el movimiento codificador del siglo XIX, en el que varios países codificaron «su» Derecho Civil; desde entonces se contraponen el Derecho Civil francés, italiano, portugués, alemán, etc., como sistemas

(15) Una exposición muy amplia e interesante sobre el tema puede verse en TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pág. 180 y sigs., Madrid, 1996.

diferentes, cuando, en realidad, todos participan de la misma cultura jurídica y el sustrato jurídico en que se inspiraron fue común a todos ellos. Probablemente la mayor consecuencia jurídica de la codificación fue acentuar el distanciamiento entre el Common Law y el Civil Law (16).

Acostumbrados a utilizar en cada país «nuestro» Derecho Civil, puede parecer sorprendente hablar de un Derecho Privado Europeo, de un Derecho Común para Europa, cuando esa situación ya se vivió durante varios siglos. Problema diferente será cómo se va a construir ese «nuevo» Derecho, cómo aproximar el sistema continental y el sistema anglosajón sin imponer la uniformidad de soluciones.

En otra ocasión sostuve que «la creación de un nuevo sistema jurídico, el Derecho Comunitario Europeo, conlleva la aparición de un nuevo sistema de fuentes del Derecho, que responda a una nueva concepción económica, política y social que sustituya a la antigua visión estrecha, local y nacionalista de los países europeos; este nuevo Derecho obliga a los juristas a revisar y replantear gran parte de los esquemas jurídicos tradicionales, al tener que buscar el primer bloque normativo, no en el propio ordenamiento interno, sino en otro sistema jurídico de orden superior, acorde con la idea de supranacionalidad» (17). Ahora que se plantea el hecho histórico de crear un «nuevo» Derecho Privado Europeo, es indudable que el mundo jurídico tiene su parte de responsabilidad y algo que decir y aportar al respecto.

III. INICIATIVAS COMUNITARIAS PARA ELABORAR UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO

Anteriormente hemos visto (18) que en los últimos años se ha producido un considerable avance en el proceso de unificación jurídica en diversos campos (Derecho de sociedades, Derecho de la competencia...), en especial, el Derecho de Obligaciones se ha visto afectado por varias Directivas, como la 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, en materia de daños causados por productos defectuosos, o la 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (19); sin embargo, esta unificación no sólo afecta a determinados

(16) Sobre este punto, ver apartados IV, V y, en especial, VI, el *Contract Code*, de HARVEY MCGREGOR.

(17) MASIDE MIRANDA, «Las fuentes del Derecho en el Derecho Comunitario Europeo y en el Código Civil», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 1990, pág. 349 y sigs., en especial 398, núm. 601.

(18) Ver apartado I, *Consecuencias de la globalización*.

(19) Sobre este punto me remito a mi trabajo «Las condiciones generales de los contratos y la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas

sectores del Derecho Privado, sino que, además, es desarrollada por los propios Estados miembros, lo que contribuye a una mayor complejidad y oscuridad, lejos de la coherencia y racionalidad que debe inspirar todo ordenamiento jurídico.

Para solucionar estos problemas, el Parlamento Europeo ha optado por elaborar un Código Europeo de Obligaciones y Contratos, partiendo de la idea de que «la forma más conveniente de armonización jurídica de la Comunidad era la unificación de importantes ramas en el ámbito del Derecho Privado» (Resolución de 26 de mayo de 1989). Esta Resolución marca el punto de partida del proceso unificador, se ha visto ratificada por otras posteriores (Resoluciones de 6 de mayo de 1994, 6 y 15 de noviembre de 2001) y complementada por otras iniciativas comunitarias en este mismo sentido, que pasamos a examinar.

A) LAS RESOLUCIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 26 DE MAYO DE 1989, DE 6 DE MAYO DE 1994 Y DE 6 Y 15 DE NOVIEMBRE DE 2001

La Resolución de 26 de mayo de 1989 (20), sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho Privado de los Estados miembros, considera que la Comunidad ha logrado hasta ahora una armonización de muchos temas concretos del Derecho Privado, pero no de ramas enteras del mismo; que la cobertura jurídica de temas concretos no resulta suficiente para las necesidades y aspiraciones del mercado único y sin fronteras; que la forma más conveniente de armonización para lograr la cobertura de las necesidades jurídicas de la Comunidad, en el ámbito del Derecho Privado, es la unificación de importantes ramas del mismo; que un Derecho Privado común y modernizado puede lograr la ampliación, directa o indirectamente, de los vínculos de la Comunidad con países terceros y más particularmente con los países de América Latina; que la unificación es posible en lo relativo a ramas del Derecho Privado importantísimas para el desarrollo del mercado único, como en el caso del Derecho de Obligaciones, sin que las posibilidades de unificación se agoten sólo en ello; que las disposiciones del Tratado y del Acta Única ofrecen pleno apoyo jurídico al objetivo que se persigue; que para una mutua comprensión de los diferentes Códigos en vigor en los Estados miembros y de los diferentes sistemas de Derecho Privado, así como para la colaboración en la tarea de unificación, resulta necesario el estímulo tanto de los

en los contratos celebrados con consumidores», en el *Libro-Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, tomo I, pág. 187 y sigs., editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.

(20) DOCE, C 158, 26 de junio de 1989, págs. 400 y 401, Resolución A2-157/89.

estudios de Derecho Comparado dentro de la Comunidad, como de los trabajos más generales de codificación; que un Derecho Privado común será beneficioso para todos los Estados miembros e, incluso, para cuantos países miembros de la Comunidad no participen en la aprobación del mismo; que, en una primera fase, los Estados miembros deberán examinar la cuestión, intercambiar puntos de vista y manifestar si piensan participar o no en la tarea de unificación; a continuación, los Estados miembros que decidan participar en la unificación deberán proceder a la organización de un comité de expertos que determinará las prioridades y organizará el conjunto de los trabajos que habrá de realizarse; solicita que se dé comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un Código Europeo Común de Derecho Privado y hace un llamamiento a los Estados miembros para que manifiesten si desean participar en la unificación propuesta como objetivo; pide que se cree un comité de expertos calificados que determine las prioridades y organice el conjunto de los trabajos que habrá de realizarse para la unificación del Derecho Privado de los Estados miembros que acepten el principio de la unificación; pide que se estimulen los centros de estudios de Derecho Comparado dentro de la Comunidad, al igual que los trabajos más generales de codificación y encarga al Presidente del Parlamento que transmita esta Resolución al Consejo, a la Comisión y a los gobiernos de los Estados miembros.

La Resolución de 6 de mayo de 1994 (21), sobre la armonización de determinados sectores del Derecho Privado de los Estados miembros, considera que la Comunidad ha armonizado ya varios ámbitos del Derecho Privado; que, en la anterior Resolución de 26 de mayo de 1989, el Parlamento Europeo solicitó que comenzasen los trabajos de preparación necesarios para la elaboración de un Código europeo común de Derecho Privado; que la Comisión aún no ha emprendido estos trabajos preparatorios; que una armonización progresiva de determinados sectores del Derecho Privado es esencial para la realización del mercado interior; pide a la Comisión que se inicien los trabajos sobre la posibilidad de elaborar un Código europeo común de Derecho Privado; pide que se constituya una comisión compuesta por científicos cualificados que pueda proponer las prioridades para una armonización parcial a corto plazo y para una armonización más general a largo plazo; considera que la Unión podría promover la armonización y unificación a nivel mundial o europeo en organizaciones como UNIDROIT, UNCITRAL y el Consejo de Europa; considera oportuno seguir apoyando los trabajos de armonización del Derecho Contractual de la «Commission on European Contract Law», más conocida como «Commission LANDO»; y encarga a su presidente que transmita la presente resolución al Consejo, a la Comisión y a los gobiernos de los Estados miembros.

(21) DOCE, núm. C 205/518, 25 de julio de 1994.

La Resolución de 15 de noviembre de 2001 (22), considerada como la más amplia y completa sobre la materia, señala que la armonización del Derecho Civil básico de los Estados miembros «es un tema delicado y con gran carga política»; por esta razón, parece lógico que, en una primera fase, esta armonización tenga una concepción amplia que permita superar la distinción entre el Derecho Civil y Mercantil, que regule las diferentes clases de contratos y dé entrada a las numerosas figuras procedentes del sistema anglosajón (leasing, renting, factoring...), el derecho de daños, la responsabilidad contractual y extracontractual, así como las obligaciones no contractuales (enriquecimiento injusto y gestión de negocios), estableciendo unos principios generales para las relaciones contractuales concretas.

En una segunda fase, esta armonización del Derecho Civil será mucho más ambiciosa y profunda. En las Consideraciones en relación con la Comunicación de la Comisión, esta Resolución «lamenta que la Comisión haya limitado sorprendentemente su comunicación al Derecho Contractual Privado, si bien el mandato otorgado por el Consejo Europeo de Tampere brindaba mayores posibilidades» (punto 9); «subraya la necesidad de proseguir con la armonización puntual del Derecho Contractual cuando no pueda aplicarse el reconocimiento mutuo de las normas nacionales y cuando la divergencia de dichas normas dé lugar a obstáculos para el funcionamiento del mercado interior, tal como la ha definido el Tribunal de Justicia» (punto 10) (23); «considera que los problemas que se registran en la actualidad con la celebración, la ejecución y la resolución de los contratos no puede solucionarse sin abordar cuestiones relacionadas con los requisitos formales generales o con las disposiciones legales relativas a la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento sin causa o los derechos reales» (punto 13); entiende que la comunicación de la Comisión contiene muchas ideas positivas y «le pide que en el proceso de aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros presente, como siguiente paso, y tras una profunda consulta científica, un plan de acción que englobe los siguientes elementos:

- a) «Hasta finales de 2004: Compilar en una base de datos, en todas las lenguas de la Comunidad, la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho Contractual y promover, a partir de dicha base de datos, investigaciones en el campo del Derecho Comparado, así como la cooperación entre las partes interesadas y los círculos académicos y profesionales relacionados con el Derecho. La cooperación debería tener por objeto alcanzar soluciones y conceptos jurídicos comunes y una terminología jurídica común a los quince Esta-

(22) COM (2001) 398-C5-0471/2001-2001/2187 (COS).

(23) Asunto C-376/98, Recopilación del Tribunal de Justicia, 2000, pág. 1-8419.

dos miembros que podría aplicarse con carácter voluntario (opción II de la Comunicación) (24) en los siguientes ámbitos: Derecho Contractual general, Derecho de la compraventa, Derecho de contratos de servicios, incluidos los servicios financieros y los contratos de seguros, Derecho de garantías personales y Derecho de Obligaciones no contractuales (comisión de delitos, enriquecimiento sin causa), Derecho de transmisión de propiedades en el caso de bienes muebles, Derecho de garantías crediticias y bienes muebles, Derecho de trust.

...

- f) A partir de 2005: fomento de la difusión de los análisis comparativos y de las soluciones y conceptos jurídicos comunes en el marco de la formación académica y de los planes de estudios de las profesiones relacionadas con el Derecho y fomento de la difusión del Derecho Comunitario entre los mismos círculos académicos y profesionales.

...

- h) A partir de 2006: legislación europea que prescriba la utilización de los principios jurídicos y de la terminología jurídica comunes referente a las relaciones contractuales transfronterizas o interestatales con la posibilidad de cláusulas de excepción contractuales.
- i) Principios de 2008: verificación de los resultados prácticos obtenidos en el Derecho Europeo mediante unos principios jurídicos y una terminología jurídica comunes y verificación de la necesidad de unas disposiciones europeas uniformes al respecto, de manera que se lleve a efecto, a largo plazo, una uniformización del Derecho Contractual tanto en la Unión Europea como en los ordenamientos de los Estados miembros.
- j) A partir de 2010: elaboración y adopción de un *corpus* de reglas sobre el Derecho Contractual de la Unión Europea que tenga en cuenta las soluciones y los conceptos jurídicos comunes establecidos en las iniciativas precedentes» (punto 14).

A la vista de esta Resolución, no hay que descartar que, en un futuro, la armonización europea comprenda también los sistemas de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles (25), las garantías sobre los mismos, en concreto la «eurohipoteca», o el sistema de Registros de la Propiedad.

(24) Ver apartado 111, letra C.

(25) El Derecho Comparado presenta varios sistemas de transmisión de bienes inmuebles:

- a) Sistemas de transmisión causal basados en el principio del consentimiento: Francia, Italia y el sistema anglosajón.

- b) Sistemas de transmisión causal basados en el título y el modo: Austria, Suiza, España y numerosos países latinoamericanos.

- c) Sistema basado en el acuerdo abstracto traslativo: Alemania.

B) EL CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE, DE 15 Y 16 DE OCTUBRE DE 1999

El Consejo Europeo ha celebrado una sesión especial en Tampere (Finlandia), los días 15 y 16 de octubre de 1999, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, donde se adoptaron una serie de conclusiones. Prescindiendo de las relativas a la libertad y seguridad (conclusiones 1 a 32) y al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (conclusiones 33 a 37), sólo destacaremos las encuadradas bajo el epígrafe «Mayor convergencia en Derecho Civil»:

Conclusión 38: «El Consejo Europeo invita al Consejo y a la Comisión a que elaboren nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos, en particular en lo que se refiere a los elementos que son decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia como, por ejemplo, las medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos».

Conclusión 39: «Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles. El Consejo debería informar antes de finales de 2001».

C) LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO
Y AL CONSEJO SOBRE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO,
DE 1 DE JULIO DE 2001

Esta Comunicación puede considerarse un primer paso hacia la puesta en práctica de las conclusiones de Tampere. En resumen, el propósito de dicha Comunicación es ampliar el debate sobre Derecho Contractual Europeo entre el Parlamento Europeo, el Consejo y otros interesados, como empresas, profesionales de la justicia, académicos y grupos de consumidores (26).

La aproximación de determinados ámbitos específicos del Derecho Contractual a nivel comunitario abarca un número creciente de problemas. El legislador comunitario ha seguido un planteamiento selectivo consistente en adoptar Directivas sobre contratos específicos o técnicas de marketing concretas cuando se detectaba una necesidad de armonización. Ahora, la Comisión Europea desea recoger información sobre la necesidad de llevar a cabo acciones comunitarias más amplias en el ámbito del Derecho Contractual,

(26) Puede verse en COM (2003), 68 final, Bruselas, 12-2-2003, o en DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, *op. cit.*, pág. 407 y sigs.

especialmente cuando el planteamiento, «caso por caso», resulte inadecuado para resolver todos los problemas que pudieran plantearse.

La Comisión desea averiguar si los problemas se deben a divergencias entre el Derecho Contractual de los Estados miembros y, en caso afirmativo, a cuáles. En particular, en la Comunicación se pregunta si los problemas relativos a la celebración, la interpretación y la aplicación de los contratos transfronterizos podrían afectar al buen funcionamiento del mercado interior. La Comisión desea saber también si las diferencias en el Derecho Contractual de los países obstaculizan las transacciones transfronterizas o aumentan su coste. En la Comunicación invita a opinar sobre si el planteamiento actual de armonización sectorial del Derecho Contractual podría dar lugar a incoherencias a nivel comunitario o a problemas de falta de uniformidad en la aplicación de la legislación comunitaria y de las medidas de transposición nacionales.

Si se detectan problemas concretos, la Comisión desearía recibir opiniones sobre cómo deberían o podrían resolverse. Para facilitar su formulación, la Comunicación ofrece una lista no exhaustiva de soluciones posibles. No obstante, cualquier interesado puede proponer soluciones.

Opción I. *La no actuación de la Comunidad Europea*

Sería dejar que sea el mercado quien resuelva los problemas detectados.

Opción II. *El fomento de la definición de principios comunes de Derecho Contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales*

Sería promover el desarrollo de principios comunes de Derecho Contractual no vinculantes, que pueden ser útiles para la redacción de contratos por las partes contratantes para las decisiones de los tribunales nacionales y las instancias de arbitraje y para la redacción de iniciativas legislativas por los legisladores nacionales.

Opción III. *La mejora de la calidad de la legislación ya en vigor*

Sería revisar y mejorar la legislación comunitaria existente en el ámbito del Derecho Contractual para que sea más coherente y puede aplicarse a situaciones que no estaban contempladas en el momento de su adopción.

Opción IV. *La adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario*

Sería adoptar un instrumento nuevo a nivel comunitario. Podrían combinarse diferentes elementos: el tipo del acto que se adopte (Reglamento, Directiva o Recomendación), las consecuencias para la normativa nacional (que puede ser sustituida o coexistir), la cuestión de las normas vinculantes dentro del conjunto de disposiciones aplicables y la posibilidad para las partes contratantes de elegir aplicar el instrumento comunitario o de que las normas comunitarias se conviertan automáticamente en una red de seguridad de disposiciones que se aplicarían si las partes no han acordado una solución específica.

Por último, la Comisión espera recibir comentarios sobre si algunos problemas pueden requerir soluciones no sectoriales, tales como la adopción de un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho Contractual europeo. La Comisión piensa iniciar una reflexión sobre la oportunidad, la eventual forma jurídica, el contenido y la base jurídica de las posibles soluciones (27).

D) EL LIBRO VERDE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA, DE 2 DE OCTUBRE DE 2001

El 2 de octubre de 2001 la Comisión presentó este documento, que coincide parcialmente con la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, examinada en el apartado anterior, porque plantea la posibilidad de aprobar una Directiva-marco, complementada por Directivas específicas, que refundieran la normativa sobre Derecho de Consumo, pero sin incluirla dentro del Código Europeo de Contratos. CÁMARA LAPUENTE señala acertadamente que, de no refundir ambos documentos en un solo debate, produciría una dispersión de los esfuerzos legislativos, además de conducir, bien a reduplicaciones normativas, bien a extraer *a priori* la normativa de protección de los consumidores del marco general del Derecho Contractual europeo (28).

(27) Las respuestas coinciden en rechazar la Opción 1, dividiéndose entre las Opciones II y III. Pueden consultarse en la página web de la Comisión.

(28) CÁMARA LAPUENTE, «Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 62 y 63.

E) EL INFORME SOBRE LA NECESIDAD DE APROXIMAR LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA CIVIL, DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2001

En contestación a la Comunicación de la Comisión, en la que se le solicitaba los resultados de la consulta antes del 31 de diciembre de 2002, el Consejo de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil de la Unión Europea emitió este Informe sobre la necesidad de aproximar las legislaciones civiles de los Estados miembros (29).

F) DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL SOBRE EL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO DE 17 DE JULIO DE 2002

El Comité emitió su dictamen el 17 de julio de 2002, sobre la Comunicación de la Comisión, en sentido favorable a desarrollar un Derecho de Contratos por vía de Reglamento, en principio, en forma opcional para las partes y, posteriormente, como Derecho Común, excluible por las partes contratantes (30).

IV. INICIATIVAS EXTRACOMUNITARIAS O ACADÉMICAS

Las iniciativas comunitarias para elaborar un Código Europeo de Obligaciones y Contratos ha levantado una gran polémica en el mundo jurídico. Argumentos en favor y en contra; materias que debe comprender; si ha de ser un Código o unos principios generales; si las normas han de ser imperativas o dispositivas; si sólo se aplicaría a las relaciones jurídicas transfronterizas o también a las domésticas...

Es indudable que una tarea histórica tan ambiciosa y compleja como la planteada requiere un intenso debate entre juristas de diferentes campos (civil, mercantil, internacional, procesal, laboral...) y terminará realizándose, en parte, por vía legislativa y, en parte, por medios extralegislativos que acabarán complementándose.

Paralelamente con las iniciativas comunitarias, se han realizado otras de tipo académico o extracomunitario, de gran importancia, porque han contribuido a suscitar el debate y a aproximar el sistema continental (Civil Law) y el sistema anglosajón (Common Law), considerado uno de los mayores obstáculos para la codificación europea; estas iniciativas han sido el Congreso celebrado en Pavía y el Contract Code de HARVEY MCGREGOR, que pasamos a analizar.

(29) Documento 13758/01 del Consejo, reunión 2.385.

(30) DOCE, C241, de 7 de octubre de 2002.

A) EL CONVENIO DE PAVÍA DE 20 Y 21 DE OCTUBRE DE 1990

El Acta Única Europea (AUE), de 17 de febrero de 1986, en vigor desde el 1 de julio de 1987, tuvo como idea central conseguir el «mercado interior», el más grande del mundo, la superación del mercado común del Tratado de Roma, definiéndolo como un «espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada»; fijó el 31 de diciembre de 1992, como plazo para su realización, así como los medios y acciones para conseguirlo (art. 13 AUE).

Las normas del AUE sobre «mercado interior» (arts. 13 a 19) pueden sintetizarse en los siguientes términos:

1. Determinación de los objetivos del mercado interior y métodos para su realización (nuevo art. 8 del Tratado de Roma).
2. Modificaciones en algunos artículos del Tratado de Roma para cambiar el sistema de votación por unanimidad al de mayoría cualificada.
3. Integración en el mercado interior de la armonización de legislaciones sobre imposición indirecta (nuevo art. 99 del Tratado de Roma).
4. Introducción del nuevo procedimiento de toma de decisiones mediante cooperación con el Parlamento Europeo, para la aproximación de normas de los Estados miembros que afecten al establecimiento y funcionamiento del mercado interior (nuevo art. 100 del Tratado de Roma) (31).

Esta figura del «mercado interior» ha sido ampliamente desarrollada en los Tratados de Maastricht y Amsterdam. El 7 de febrero de 1992 se firmó en Maastricht el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado de los Tratados, que ha intentado mejorar la convivencia del Derecho Comunitario con los derechos nacionales. Para alcanzar los fines perseguidos en el Tratado, la Comunidad implicará un mercado interior, caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común [art. 3.º, letras c) y h) del TUE]; con esa finalidad, el Consejo adoptará Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del Mercado Común (arts. 100 y 100A TUE) (32). Siguiendo este mismo criterio, el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, reitera que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas,

(31) BONET MARCO, *Introducción al Acta Única Europea*, pág. 57 y sigs., 1988.

(32) Otras normas relativas al mercado interior son los artículos 99, 109E, 123, 129A, 130B y 130F del TUE.

servicios y capitales estará garantizada (art. 14-2) y la publicación de Directivas para la aproximación de las legislaciones (arts. 94 y 95) (33).

El Derecho Comunitario Europeo, a partir del AUE tiene, pues, como uno de sus fines, la creación de un mercado interior único, lo que plantea el problema de si puede o no conseguirse ese fin sin unificar o codificar el Derecho de Obligaciones y Contratos, dada la diversidad legislativa existente entre los Estados miembros y, en especial, entre el sistema del Common Law y del Civil Law.

Plantear actualmente la idea de una codificación y a nivel europeo puede parecer irreal o utópico (34). PUIG BRUTAU señalaba que la idea de la codificación parece ya superada, que la época de los grandes códigos ya ha pasado y que el futuro se encamina hacia una progresiva «descodificación»; siempre será necesaria una ley civil general con una regulación básica de las obligaciones y contratos, mientras otras leyes regirán materias actualmente repartidas entre el Código Civil y las leyes civiles complementarias, las cuales podrán ser modificadas para mantenerlas al día con más facilidad que cuando se intenta modificar el Código Civil (35). Sin embargo, la realidad demuestra que la idea codificadora no está actualmente superada, pues, a la vista de la progresiva especialización de la ciencia jurídica moderna, el ordenamiento jurídico necesita un estímulo intelectual. Así, tras largos debates doctrinales y un intenso trabajo previo de Derecho Comparado, en Holanda se ha codificado todo el Derecho Privado (*Burgerlijk Wetboek*), en vigor desde el 1 de enero de 1992, convirtiéndose en la codificación europea más moderna, que ha influido en otros países, como en el nuevo Código Civil de Quebec de 1994 (36). Alemania ha puesto en marcha una amplia reforma del Derecho de Obligaciones, inspirada en la Convención de Viena de 1980, considerado como el Convenio preparado más escrupulosamente para la unificación del Derecho Privado (37). La Law Commission inglesa preparó una codificación del Derecho Contractual que se tradujo en el *Contract Code* (38). Finalmente, varios países de Europa Central y Oriental, a través del Coloquio sobre Codificación, organizado por el Consejo de Europa, preparan códigos actuales que sustituyan a los anteriores códigos socialistas de Derecho Privado con vistas a su próxima incorporación a la Unión Europea.

(33) Otras normas relativas al mercado interior son los artículos 15 y 93.

(34) CÁMARA LAPUENTE, S., «Hacia un Código Civil europeo, ¿realidad o quimera?», en *La Ley*, año XX, núm. 4.748, 5 de marzo de 1999, págs. 1 a 6.

(35) PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, págs. 110 y 111, 1981.

(36) P. LEGRAND, *Civil Law Codification in Quebec: A Case of Decivilianization*, pág. 574 y sigs., 1993.

(37) *Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992.

(38) Ver el Punto VI, el *Contract Code*, de HARVEY MCGREGOR.

Admitida la necesidad o conveniencia de la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos, surge el problema de cómo realizarla, si la unificación debe hacerse por medios directos o legislativos o por medios indirectos o *extralegislativos*. Entre estos últimos se pueden citar: las cláusulas cautelares en los contratos, que originan una prevención de efectos, pero por vía contractual, no legal; el arbitraje o los contratos-tipo de grupos de empresas. Sin embargo, todos estos medios contractuales tienen un defecto común: están profundamente influidos por el sistema jurídico de donde proceden, lo que los descarta para establecer sobre ellos una normativa común. Tampoco son útiles para este fin los progresos realizados en el ámbito del Derecho Internacional (Convención de La Haya, sobre compraventa internacional de bienes muebles corporales, de 1964; Convención de Viena, compraventa internacional de bienes muebles de 1980) porque, aunque facilitan el régimen aplicable, no evitan la pluralidad de normas; por esta misma razón, tampoco sirven los indudables avances del Derecho Internacional Privado (39).

En definitiva, es indudable que una empresa tan compleja y ambiciosa como la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos a nivel europeo, habrá de abordarse con un espíritu abierto y constructivo, con un intenso debate entre juristas, en especial del Common Law y del Civil Law, para recuperar la cultura jurídica europea y habrá de realizarse, en parte, por vía legislativa y, en parte, por medios *extralegislativos*, que acabarán convirtiéndose en complementarios.

El proceso de integración europea, iniciado por los Tratados constitutivos, antes mencionados, avanza con dificultades, con fases de estancamiento, pero sigue adelante, pues, en menos de medio siglo se ha pasado de una idea, de un proyecto, de una nueva concepción, a una realidad económica, con 400 millones de consumidores, que representan el 43 por 100 del comercio mundial, y que aumentará en un futuro próximo con la incorporación de países de Europa Central y Oriental. Todo fin, en este caso el mercado único, necesita de unos medios y uno de ellos, de la mayor importancia, es que el marco jurídico a emplear sea común a todas las partes, que las normas sean iguales para todos los Estados miembros, para impedir diferencias y discriminaciones. El Parlamento Europeo, en las Resoluciones antes examinadas, ha indicado el camino a seguir, al partir de la idea que «la forma más conveniente de armonización para lograr la cobertura de las necesidades jurídicas de la Comunidad, en el ámbito del Derecho Privado, es la unificación de importantes ramas del mismo». Pues bien, como primer paso para intentar conseguir esa normativa común para el mercado interior, se ha celebrado un encuentro de estudio en la Universidad de Pavía sobre «El futuro Código Europeo de

(39) En contra, SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, págs. 328 a 332.

los contratos», durante los días 20 y 21 de octubre de 1990, con participación de eminentes juristas de toda Europa (40).

Los trabajos se iniciaron con la intervención de ANTONIO BRANCACCIO, quien destacó la necesidad de una única normativa para el mercado único y las numerosas dificultades que una obra tan importante va a suscitar. El convocante y anfitrión de la reunión, el profesor GANDOLFI, planteó los problemas a debatir en dicho encuentro:

1.º ¿Es necesario para la Europa comunitaria un Código sobre las Obligaciones y Contratos?

2.º ¿Es posible realizarlo?

3.º Caso afirmativo, ¿cómo debería ser implantado?

4.º ¿Sería utilizable un Código vigente como esquema de base para su redacción?

Partiendo de que la pluralidad de ordenamientos sería un obstáculo casi insalvable a la libre circulación del mercado único, el profesor GANDOLFI descartó que el problema pudiera resolverse bien mediante Directivas comunitarias, por su carácter fragmentario, bien mediante iniciativas de los sindicatos empresariales, porque resultaría peligroso, bien a través de la jurisprudencia. La solución tendría que ser mediante una ley «sustancial» (admitiendo normas sobre conflictos de ley que determinen los derechos aplicables, pero sin eliminar la pluralidad) y «orgánica» (sin los inconvenientes de las intervenciones comunitarias sectoriales); en definitiva, que era necesario un Código sobre las Obligaciones y Contratos.

Hay una doble circunstancia que puede posibilitar esta impresionante empresa: por una parte, que todos los ordenamientos jurídicos comunitarios tienen como denominador común el principio de autonomía privada y, por otra, que los principales derechos continentales tienen una misma base romano-canónica. Ya hace algunos años, ROSCOE POUND recordaba que los juristas de Europa continental hablaban y escribían como si sólo existiera el Derecho Civil de Francia, Italia, Alemania... en lugar de considerar que subsiste doctrinalmente la unidad marcada por una tradición común europea que se ha perpetuado desde Roma hasta nuestros días (41). Por el contrario, una circunstancia negativa podría obstaculizar el proyecto: la tradicional distinción

(40) Una amplia exposición del tema puede verse en J. L. DE LOS MOZOS, «La propuesta de un Código Europeo de Contratos del "Convegno di Pavia" vista desde España», pág. 181 y sigs., en *Estudios de Derecho Europeo Privado*, editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, 1994; el mismo, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1991, pág. 694 y sigs.; y G. CORDINI, en *ADC*, julio-septiembre de 1991, pág. 1319 y sigs.

(41) R. POUND, *Law Finding through Experience and Reason*, pág. 3, Universidad de Georgia, 1960.

entre el Derecho continental europeo y el Derecho anglosajón, entre el sistema del Civil Law y el Common Law. Sin embargo, esta contraposición tradicional, hoy deber ser reconsiderada a la vista de nuevos hechos significativos, en especial a la iniciativa del Parlamento británico de llevar a cabo la codificación y reforma del derecho vigente, de redactar un proyecto de Código de Contratos (Contract Code), en el seno de la Law Commission inglesa, poniendo de relieve la disponibilidad del área del Common Law a acercarse a posiciones continentales (42).

En cuanto a la estructura del futuro Código europeo, se trata de establecer si debe o no regular todas las relaciones obligatorias, aún internacionales, qué grado de abstracción debe asumir el estilo y los parámetros normativos. A los efectos de su redacción, los trabajos de la Convención de Viena de 1980 demostraron la imposibilidad de encontrar una transacción, un compromiso entre los diversos ordenamientos jurídicos y que la redacción originaria de dicho Código, partiendo de cero, requeriría un tiempo excesivo. Por estas razones, el profesor GANDOLFI planteó la oportunidad de adoptar como esquema de base un Código vigente y propuso que ese esquema fuera el Libro IV del Código Civil italiano de 1942; las razones a favor de esta propuesta son evidentes: su relativa modernidad; se ocupa de aspectos económicos, como la empresa; es un código general de Derecho Privado, que comprende el Derecho Civil y el Mercantil, superando el fraccionamiento particularista, clasista y técnico consagrado con el Código francés; es una buena síntesis entre el Código de Napoleón y el Código Civil alemán (BGB); se inspiró en el Proyecto francoitaliano de Código de las Obligaciones de 1927; evita la división de materias entre el Derecho de Obligaciones y la Parte General de Derecho Civil, como hace el BGB; y, finalmente, sirvió de inspiración al Contract Code de HARVEY MCGREGOR (43).

Posteriormente tuvo lugar un animado debate, llegándose a la conclusión unánime de la necesidad de un Código Europeo de Obligaciones y Contratos que responda a las necesidades del mercado único, y que se tomara como punto de partida el libro IV del Código Civil italiano de 1942.

Entre los juristas italianos, G. B. FERRI defendió la necesidad del Código Europeo como instrumento de expresión normativa y del modelo italiano porque fusionaba las culturas jurídicas francesa y alemana. Este criterio también fue defendido por C. M. BIANCA, que destaca que el Codice Civile italiano ha realizado una unificación del Derecho Civil y Mercantil, aunque admite correcciones. A conclusiones similares llegó F. P. CASANOVA, quien insistió en la insuficiencia del sistema de las Directivas Comunitarias o a través de la jurisprudencia. A. TRABUCCI también defendió la necesidad de un

(42) Ver apartado IV, letra B, el *Contract Code*, de HARVEY MCGREGOR.

(43) DE LOS Mozos, *op. cit.*, pág. 212 y sigs.

Código Europeo, acudiendo a los criterios del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre Obligaciones Contractuales. A. BRANCACCIO se refirió al proyecto de Directiva Comunitaria sobre condiciones generales de los contratos, destacando la necesidad de una regulación unitaria del contrato, considerando válido el modelo italiano, tanto por el sustrato histórico como por su adaptación a la época moderna.

Entre los juristas del área francesa y asimilables, el profesor TUNC señaló que la unificación era útil y el momento apropiado, defendiendo el modelo italiano como esquema de base. En este mismo sentido, D. TALLÓN puso de relieve la existencia de preconceptos orientados hacia la unificación y adopción de un modelo único para la futura codificación europea. J. L. DE LOS MOZOS insistió en la necesidad de un Código único, mostrando su confianza en el propósito a la vista de lo ya avanzado en ese terreno, sumándose al modelo italiano porque la problemática de las Obligaciones y Contratos estaba más desarrollada que en otros códigos. G. R. GROOT también defendió la idea del futuro Código europeo, no sólo por razones de mercado interior, sino también con vista a la construcción de una renovada cultura jurídica europea, participando del juicio generalizado sobre el modelo italiano, pero señalando la oportunidad de tener en cuenta el nuevo Código Civil holandés, en proyecto en el momento de celebración del Congreso de Pavía (44).

Entre los juristas del área germánica, D. MEDICUS también defendió la unificación del Derecho de Obligaciones, teniendo en cuenta no sólo las obligaciones contractuales sino también las extracontractuales, considerando preferible el modelo italiano sobre el alemán, pero que deberían tenerse en cuenta las reformas que se están preparando en Alemania sobre el Derecho de Obligaciones. F. STURM defendió también la unificación, por las dificultades que crea tanto la aplicación del Derecho Internacional Privado como de los derechos extranjeros, estimando acertada la elección del modelo italiano. W. POSCH también valoró positivamente el proyecto de codificación europea, en sustitución del viejo Código Civil austríaco de 1811 y de tener en cuenta las necesidades de los países del este europeo. F. WIEACKER puso de relieve el ejemplo histórico de Alemania y Suiza, donde la burguesía empresarial defendió la unificación del Derecho de Obligaciones y, en orden a la estructura del futuro Código Europeo, recomendó prescindir de una «Parte General», limitándose a enunciar los principios generales de las obligaciones.

Entre los juristas del área del Common Law, HARVEY MCGREGOR habló del proyecto de Contract Code, redactado por él para la Law Commission del Parlamento británico, en el que se recogen la ejecución en forma específica y el principio de buena fe, con lo que se reduce considerablemente la distancia res-

(44) El Código Civil holandés (Burgerlijk Wetboek) entró en vigor el 1 de enero de 1992, ver este mismo apartado IV.

pecto del Código italiano. M. WHINCUP apuntó la conveniencia de que el futuro Código Europeo sea un compendio de normas adecuado, no una especie de compromiso entre los derechos actuales. R. FENTIMAN señaló la disposición inglesa de cooperar en la realización de un Código Europeo, consciente de que hay que saber renunciar a doctrinas tradicionales en el ámbito del Common Law y establecer etapas intermedias para llegar a la unificación. O'HIGGINS ha señalado que deben sustituirse del modelo italiano algunos «standard jurídicos», como el del buen padre de familia, ya superados.

Como acabamos de ver, el Convenio de Pavía adoptó una decisión sobre una cuestión de fondo y de forma: la unificación legislativa europea en materia de obligaciones y contratos y aceptar el Libro IV del Código Civil italiano como esquema de base para conseguir ese resultado, que dedica 886 artículos (arts. 1.173 a 2.059).

De un análisis comparativo entre el Código Civil italiano y nuestro Código Civil pueden deducirse las consideraciones siguientes:

1.^a Con una extensión idéntica —886 artículos el Código Civil italiano y 887 artículos nuestro Código Civil— y una estructura muy similar, el Código italiano tiene sobre el nuestro la gran ventaja de haber realizado la unificación del Derecho de Obligaciones y del Derecho Privado, superando el fraccionamiento entre Derecho Civil y Mercantil, consagrado por el Código Civil francés.

2.^a Como consecuencia de la anterior, el Código italiano recoge figuras de gran trascendencia práctica, carentes de regulación en nuestro Código Civil: mandato de crédito, contratos bancarios (depósitos bancarios, servicio bancario de cajas de seguridad, apertura de crédito bancario, anticipo bancario, operaciones bancarias en cuenta corriente y descuento bancario), contrato estimatorio, de agencia, etc.

3.^a Dentro de las obligaciones y contratos, nuestro Código Civil incluye una figura de Derecho real, el censo, dedicándole una regulación tan amplia y minuciosa como inútil (arts. 1.604-1.664); lo mismo podría decirse del contrato de sociedad (arts. 1.665-1.708), de escasisima utilidad práctica; ambas figuras son desconocidas en el Código italiano.

4.^a En algunas materias que regulan ambos textos legales, el Código italiano se inspira en criterios más progresivos y avanzados que el nuestro; tal es el caso de las obligaciones mancomunadas y solidarias, que en nuestro Derecho constituyen la regla general y la excepción, respectivamente, de las obligaciones con pluralidad de sujetos (arts. 1.137 y 1.138), mientras que en el Código italiano la regla general es la solidaridad pasiva (art. 1.294); en este mismo sentido se pronuncia el BGB (parágrafos 427 y 431) (45).

(45) Sobre esta materia me remito a mi trabajo «Hacia un Código Europeo de Obligaciones y Contratos», en el *Libro-Homenaje a José María Chico Ortiz*, págs. 553 a 568.

Finalizado el Convenio de Pavía, la nueva etapa ha sido la creación de la «Comisión sobre Derecho Contractual europeo» formada por un grupo de profesores de todos los Estados miembros y presidida por el profesor OLE LANDO, de la Escuela de Ciencias Económicas de Copenhague, con el fin de elaborar y codificar los principios de un Derecho Contractual Europeo. El punto de partida de la Comisión LANDO ha sido la insuficiencia del Convenio de Roma, sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales para garantizar el funcionamiento del mercado único y ha tomado como modelo la Convención de Viena de 1980, considerada como el Convenio preparado más escrupulosamente para la unificación del Derecho Privado, para elaborar un texto con los principios generales del Derecho Europeo. Después de varios años de trabajos se ha publicado la obra completa de «Principios de Derecho Contractual Europeo», Parte I y II, en adelante PECL (de Principles of European Contract Law), en una doble versión en lengua inglesa y francesa, que constituye el primer paso importante para la armonización o unificación del Derecho Europeo de Contratos (46).

En definitiva, como la codificación europea es un fenómeno «nuevo», sin precedentes en la Historia, habrá de actuar de una manera distinta a como se realizaron las codificaciones del siglo XIX (47), para recuperar una tradición europea común, que supere la distinción entre Civil Law y Common Law, y formular unos principios generales que comprendan todo el ámbito de las Obligaciones y Contratos, pues la técnica sectorial que utiliza el Derecho Comunitario es claramente insuficiente en la actualidad.

B) COMMON LAW Y CIVIL LAW: EL CONTRACT CODE DE HARVEY MCGREGOR

En Europa han existido tradicionalmente dos grandes sistemas jurídicos, el anglosajón y el continental, el Common Law y el Civil Law, presentándose como uno de los mayores obstáculos para la aproximación de legislaciones, requisito imprescindible para lograr el funcionamiento del mercado interior.

El sistema continental, de inspiración romanista, se basa en un patrimonio cultural común que divide el ordenamiento jurídico en parcelas, entre las que se incluyen las materias constitucional, civil, mercantil, administrativa, procesal, penal, social y tributaria. El sistema continental concibe las normas jurídicas como un resultado de la práctica que asegura lo esencial, sin que su formulación pueda ser ni excesivamente general ni demasiado pormenorizada, razón por la que necesitan frecuentes interpretaciones jurisprudenciales o

(46) Sobre este punto, ver el apartado V, letra A.

(47) Basta recordar la famosa controversia entre SAVIGNY y THIBAUT, que puede verse en PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 75 y sigs.

doctrinales; las normas plantean dudas sobre el resultado del proceso y no permiten predecir el resultado. El sistema continental se compone de normas jurídicas escritas, que consagran la primacía de la ley, pero la jurisprudencia tiene que llenar las lagunas legales, lo que hace aumentar su importancia y prestigio y hace más flexible al ordenamiento jurídico.

GLANVILLE WILLIAMS dice que la expresión Common Law es camaleónica y admite muchos significados (48), pero en el sentido que aquí interesa, empezó siendo el resultado del trabajo de las jurisdicciones locales que conocían de los asuntos relativos a las finanzas de la corona, a la propiedad y posesión de inmuebles y a las causas penales; se solucionaba el caso concreto y su resultado no podía preverse cuando se planteaba, no se trataba de buscar soluciones inspiradas en criterios generales de justicia, sino de resolver el conflicto. De esta forma, la contribución de los juristas resultaba inútil, por lo que, en muchos casos, la solución no era justa y sólo la influencia de la «equity» suavizaba estos inconvenientes.

La Common Law prescinde no sólo de la división tradicional del Derecho Objetivo entre Derecho Público y Privado, sino también de las distintas parcelas del ordenamiento jurídico; desconoce las nociones del sistema continental relativas a la personalidad jurídica, la fuerza mayor, el usufructo, la patria potestad y el reconocimiento de la filiación natural, por el contrario, resultó esencial la inclusión de la «equity» en el sistema. Hay giros y expresiones jurídicas del Common Law que se traducen instintivamente por los que parecen ser sus equivalentes en el sistema continental, aunque no siempre significan lo mismo. El modelo continental se inspira en criterios de racionalidad, el anglosajón en el empirismo de los procedimientos. El concepto de «norma jurídica» del sistema continental difiere también de las llamadas «legal rules», que los Jueces y Tribunales del Common Law utilizan como razonamiento aplicable exclusivamente al caso concreto, sin intención de ir más allá de esa decisión; el precedente que de ahí pueda nacer, sólo sirve para resolver otro asunto de las mismas características del que se ha decidido y no se aplica a otros supuestos más generales. No se trata de interpretar normas jurídicas de carácter general, sino de implantar reglas nuevas para cada situación y de vincularse a ellas en los casos análogos que puedan repetirse en el futuro.

El Common Law se sirve fundamentalmente de las acciones judiciales que, si proceden de los órganos superiores, dan lugar al llamado «precedente judicial vinculatorio» (leading case), mientras que, si proceden de órganos inferiores, sólo tienen un alcance limitado. Mientras que en el sistema continental se niega a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho (49), en

(48) «... this chameleon phrase...».

(49) Véase el artículo 1-6 y 7 de nuestro Código Civil.

el sistema anglosajón las decisiones de los órganos judiciales superiores vinculan a los inferiores; los jueces no están obligados a motivar las resoluciones, sin embargo, suelen acompañarlas de reflexiones, separando lo que son las razones de la decisión (*ratio decidendi*) y a las cuales se limita la fuerza del precedente, de las afirmaciones de pasada (*obiter dicta*), que son irrelevantes para fundar la decisión, tanto en la Common Law como en la «equity».

ITURRALDE SESMA destaca como rasgos esenciales del Common Law los siguientes:

1. El Common Law es un conjunto de principios y prácticas no escritas cuya autoridad no deriva de una declaración de mandato singular y positivo a través de una explícita fuente de origen legislativo o ejecutivo.
2. Es un derecho formado por los Jueces (*judge-made-law*).
3. Los tribunales inferiores están obligados a seguir las decisiones (precedentes) de los tribunales jerárquicamente superiores.
4. Los principios del Common Law, provenientes de la antigua costumbre, sólo pueden ser autorizadamente conocidos (o descubiertos) y aplicados (declarados) en el contexto de los procedimientos judiciales.
5. El Common Law es preponderantemente práctico, no teórico. En su centro está el «adversary proceeding» en los tribunales (una confrontación entre dos partes contendientes, cada una haciendo alegaciones y peticiones en el contexto específico de la controversia).
6. Es un derecho no escrito, en el sentido de que no está codificado.
7. Las reglas del derecho del Common Law (menos abstractas que las del Civil Law) son reglas que tratan de dar la solución a un proceso, y no reglas generales para el futuro. Al mismo tiempo los principios jurídicos, tal y como son desarrollados por los tribunales, se someten a una serie limitada de las reglas emanadas de decisiones anteriores.
8. Las reglas acerca de la administración de justicia, el procedimiento, la prueba, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales tienen un interés igual, o incluso superior, a las reglas relativas al fondo del derecho (50).

Apuntadas las líneas generales del Common Law y del Civil Law, las diferencias no son tan insalvables, como a primera vista pueda parecer, porque ambos sistemas tienen su raíz en el Derecho Romano y porque el concepto de contrato es una categoría general que desempeña un papel semejante, con la diferencia de que, en el sistema continental, el contrato se ha formado sobre el «contrato consensual» romano, mientras que en el Common Law se ha construido sobre el esquema de los «contratos innominados»,

(50) ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el common law*, Civitas/Diputación Foral de Guipuzkoa, pág. 16, 1995.

necesitando además la «consideration»; ambas concepciones responden, pues, a dos etapas diferentes de la misma evolución del Derecho Romano. Otro punto en común entre ambos sistemas es que el contrato desempeña la misma función: el reconocimiento de la autonomía privada para crear relaciones jurídicas, la «libertad civil» que aparece en la Historia, en el Derecho Romano y es el fundamento de la Unión Europea.

HELMUT COING reclamó una «europeización de la ciencia jurídica», señalando como modelo histórico el *ius commune* romano-canónico (51); en esta línea de fomentar el desarrollo del Derecho Privado Europeo han aparecido dos revistas jurídicas, la alemana *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) y la holandesa *European Review of Private Law* (ERPL) (52), considerando las normas del Derecho alemán, francés o inglés como variantes de un mismo tronco común (53); en las Universidades se crean cátedras de Derecho Privado Europeo y se debate sobre una posible formación para juristas europeos e, incluso, sobre la creación de una European Law School (54).

En esta misma línea se inserta el estudio del Contract Code, de HARVEY MCGREGOR (55), que supone un formidable esfuerzo de acercamiento a los derechos continentales, con el fin de hacer realidad un proyecto de Código Europeo de Contratos, como propugnaba el convenio de Pavía, destinado a sustituir, en su día, a los Códigos nacionales, como proponían las Resoluciones del Parlamento Europeo, antes examinadas.

Por iniciativa del Parlamento británico, se creó en 1965 la Law Commission para codificar el Derecho de Contratos, a la que se incorporó poco después la Scottish Law Commission, dirigida por el prestigioso jurista y profesor de las Universidades de Oxford y Londres, HARVEY MCGREGOR. La Comisión propuso la supresión de la «consideration» y el reconocimiento de los derechos de terceros, sin embargo, la Scottish Law Commission quedó insatisfecha con el Código y se retiró momentáneamente de las discusiones, que continuó la Comisión inglesa, considerando al Derecho de Contratos como una parte prioritaria del ordenamiento jurídico, pero estudiándolos por separado, no como categoría única. El Contract Code, redactado sólo por el profesor MCGREGOR, fue presentado públicamente en el Convenio de Pavía, donde causó un extraordinario impacto, porque significó un cambio decisivo y demostró que podía

(51) H. COING, *op. cit.*, pág. 29 y sigs.

(52) Ambas en 1993; además, se pueden citar la *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, y la *Columbia Journal of European Law*, ambas desde 1994.

(53) BAR, *Rabels Z.*, pág. 209 y sigs., 1994.

(54) RENÉ DE GROOT, *European Legal Education in the 21st Century*, pág. 7 y sigs., 1992; ROY GOODE, «The European Law School», en *Legal Studies*, pág. 2 y sigs., 1994.

(55) H. MCGREGOR, *Contract Code*, edición patrocinada por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997, Bosch.

existir una influencia recíproca, una intercomunicación entre ambos sistemas. El propio profesor GANDOLFI afirmó que la publicación del Contract Code era equiparable con la llegada del Apolo XI a la luna o a la caída del muro de Berlín, símbolo de separación entre dos mundos (56).

Aunque la obra se llama «Código de los Contratos», en un claro intento de aproximación a los derechos continentales, no es un verdadero Código, sino más bien una compilación o recopilación de la jurisprudencia inglesa y escocesa en materia de contratos, que se refunden casuísticamente en un texto único. Como novedades más destacadas que lo aproximan a los derechos continentales pueden indicarse las siguientes:

1. Desaparece la «consideration», figura similar a la causa y a las arras, por lo que se mantiene una concepción objetiva del contrato.

2. Se considera a la forma como elemento esencial del contrato.

3. Se consagra el principio de la buena fe. Como manifestaciones concretas del mismo se pueden citar las condiciones potestativas, el cumplimiento, la renuncia tácita o la obligación del acreedor de no obstaculizar el cumplimiento.

4. Se regula la ejecución específica o *in natura*, que podría convertirse en solución principal, no subsidiaria; también presenta un interesante tratamiento de las prestaciones de hacer y no hacer, como susceptibles de ejecución específica, así como del resarcimiento de daños y perjuicios.

5. Los contratos irregulares no son nulos, sino inexigibles a la parte contratante que se trata de proteger, figura semejante a nuestra anulabilidad.

6. Se establece una regulación interesante del abuso de confianza, la coacción económica y el deber de información. El primero se produce cuando una persona se aprovecha de la relación de confianza que mantiene con el otro contratante y obtiene alguna ventaja de la misma. La segunda existe cuando un contratante sabe que el otro está influido por las circunstancias para establecer una relación contractual y se aprovecha de ellas para lograr condiciones totalmente injustas. El tercero lo impone la buena fe en las relaciones de confianza y cuyo incumplimiento impide el consentimiento pleno (57).

En definitiva, el Contract Code ha acercado considerablemente el Common Law y el Civil Law, aproximándose de manera decidida a las experiencias continentales, en su estructura y estilo, lo que supone una gran aportación a la cultura jurídica europea, permitiendo una colaboración y una mutua influencia entre ambos sistemas, hasta ahora distantes y contrapuestos.

(56) GANDOLFI en el prefacio del *Contract Code*, pág. 11.

(57) DE LA CUESTA SÁENZ y VATTIER FUENZALIDA, en Nota preliminar del *Contract Code*.

El Contract Code se divide en tres partes: la Parte I se refiere a los contratos válidos; la Parte II a los contratos irregulares, y la Parte III a los supuestos de tres sujetos.

La Parte I empieza con la definición de contrato: «Contrato es el acuerdo entre dos o más personas al que el Derecho reconoce el efecto de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones» (art. 1). Todo acuerdo es un contrato, excepto cuando: a) los términos del acuerdo son demasiado vagos; b) las personas que lo celebran no pretenden obligarse jurídicamente mediante él; c) el acuerdo carece de los requisitos formales esenciales (art. 2). Establece unas reglas generales sobre el acuerdo contractual (arts. 11 a 14), sobre la oferta (arts. 15 a 21) y la aceptación (arts. 22 a 27); acuerdos indefinidos o incompletos (art. 41) y acuerdos no dirigidos a quedar jurídicamente vinculados (art. 51); sobre la forma (arts. 61 y 62), contenido (arts. 101 a 111), ejecución (arts. 201 a 212), incumplimiento (arts. 301 a 310), remedios, regulando detalladamente la ejecución específica (arts. 401 a 423) y los daños y perjuicios (arts. 431 a 448), la restitución de provechos y gastos (arts. 461 a 471) y las declaraciones judiciales de reconocimiento (arts. 481 a 492).

La Parte II se refiere a los contratos irregulares, en el sentido de que cuando un contrato es contrario a la ley o al orden público, no reúne las formalidades legales, falta la capacidad o el consentimiento, no es nulo sino inexigible (art. 501); regula los contratos contrarios al orden público (arts. 511 a 522); los defectos de forma (arts. 531 a 533); la falta de capacidad (arts. 541 a 556); la falta de consentimiento libre (arts. 561 a 568) y pleno (arts. 571 a 574); el error común (arts. 581 a 587) y la frustración sobrevenida (arts. 591 a 599).

La Parte III regula los supuestos de tres sujetos, contemplando la pluralidad de partes (arts. 601 a 606); la representación (arts. 621 a 625); los derechos y obligaciones a favor de terceros (arts. 641 a 649), y la transmisión de derechos y obligaciones constituidos por un contrato (arts. 661 a 673).

Lo primero que llama la atención del Contract Code es que la numeración de su articulado no es correlativa, que hay vacíos entre los artículos. El propio HARVEY MCGREGOR explica la razón: los vacíos en la numeración del articulado están destinados a permitir con generosidad la introducción de cuantos artículos se consideren necesarios en el futuro, pues el Código, tal como se presenta, resulta muy mejorable, y ciertas partes están bastante más desarrolladas unas que otras, pues, cuando las discusiones detalladas del Código con las dos Law Commission llegaron a su fin, ya no hubo oportunidad de refinar más los materiales (58).

A modo de conclusión, MARTÍ MINGARRO señala que Europa es un vivero de cultura jurídica mixta, surgida de la espontaneidad que da la libertad, no de una guerra de conquista ni de una imposición política. El resultado es

(58) HARVEY MCGREGOR en el Prólogo de la obra, pág. 32.

sorprendentemente positivo, porque el nuevo Derecho europeo fusiona los sistemas del Common Law y del Civil Law. En efecto, el primero ha aportado una serie de instituciones sociales y económicas, hoy utilizadas en toda Europa: franquicias, factoring, leasing, renting, reglas de competencia libre, criterios extensivos de responsabilidad...; también ha tenido una clara influencia en la creación jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, esencial en el progreso y consolidación de la Unión Europea. Por su parte, el sistema continental aporta armonía y estabilidad al sistema jurídico europeo, a través de la ley escrita y común para todos, lo que se traduce en seguridad jurídica.

El Derecho sirve hoy para que las libertades sean más verdad, para más gente, en más sitios, y ello gracias a la pacífica fusión de dos sistemas jurídicos, en un tiempo antitéticos, que hoy comparten un presente y con un futuro esperanzador (59).

V. GRUPOS DE TRABAJO EUROPEOS

Las diferentes iniciativas, comunitarias o extracomunitarias, para elaborar un Código Europeo de Contratos y Obligaciones, han traído como consecuencia lógica la creación de varios grupos de trabajo a nivel europeo con esa finalidad.

A) LA COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO o COMISIÓN LANDO

Como ya hemos visto anteriormente (60), la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 1989, fue la primera iniciativa «oficial» de las instituciones comunitarias para elaborar un Código Europeo de Contratos, sin embargo, la Comisión de Derecho Contractual Europeo, más conocida por la Comisión LANDO, fue el primer grupo de trabajo europeo que, sin mandato representativo de ninguna clase, empezó a trabajar sobre este tema, desde la década de los setenta hasta comienzos de 2001, en que quedó oficialmente disuelta y finalizados sus trabajos.

La Comisión LANDO ha perseguido varios fines: en primer lugar, contri-

buir a un acercamiento entre el sistema continental y el anglosajón, entre el Civil Law y el Common Law, con su influencia en el Derecho escandinavo, para facilitar la unificación jurídica en materia contractual; en segundo lugar,

(59) MARTÍ MINGARRO, «Common Law/Derecho Continental: del enfrentamiento a la fusión», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, abril-mayo de 1999, pág. 26 y sigs., núm. 200.

(60) Ver apartado III, letra A.

y ésta ha sido la gran aportación de la Comisión LANDO, ha elaborado los Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte I y II, en adelante PECL (de Principles of European Contract Law), en su doble versión en lengua inglesa y francesa, una serie de normas comunes a los diferentes sistemas jurídicos europeos (61), cuya finalidad última sería facilitar el trabajo a otros grupos o comisiones y servir de base para una armonización de las obligaciones y contratos a nivel europeo (62).

1. *Contenido de los PECL*

El Capítulo I establece las disposiciones generales (arts. 1.101 a 1.107); las obligaciones generales de buena fe y lealtad y el deber de cooperación (arts. 1.201 y 1.202) y la terminología y otras disposiciones (arts. 1.301 a 1.303).

El Capítulo II regula la formación; las disposiciones generales para la conclusión del contrato (arts. 2.101 a 2.107); la oferta y aceptación (arts. 2.201 a 2.211); la responsabilidad precontractual (arts. 2.301 y 2.302).

El Capítulo III regula la representación; las disposiciones generales (arts. 3.101 y 3.102); la representación directa (arts. 3.201 a 3.209) y la representación indirecta (arts. 3.301 a 3.304).

El Capítulo IV regula la validez del contrato, contemplando el error de hecho o de derecho, el dolo, la intimidación, las cláusulas abusivas no negociadas individualmente, la confirmación, la anulación parcial y los remedios por incumplimiento (arts. 4.101 a 4.119).

El Capítulo V se refiere a la interpretación del contrato (arts. 5.101 a 5.107).

El Capítulo VI regula el contenido y efectos del contrato; las declaraciones generadoras de obligaciones contractuales, las cláusulas implícitas, la simulación, la determinación unilateral del precio por una de las partes o por un tercero, la estipulación a favor de tercero y el cambio de circunstancias (arts. 6.101 a 6.111).

El Capítulo VII regula el cumplimiento; el lugar y plazo, el cumplimiento anticipado, alternativo, por tercero; la forma y moneda de pago; la falta de aceptación de bienes y de una suma de dinero y los gastos del cumplimiento (arts. 7.101 a 7.112).

(61) Una especie de «mínimo común denominador», en expresión de MARTÍNEZ SANZ, en «Principios de Derecho de los Contratos (Comisión LANDO)», en *Derecho Privado Europeo. B) Experiencias: Descripción y estado de los esfuerzos armonizadores Praeter legem*, pág. 193 y sigs.

(62) La obra ha sido traducida y comentada por DÍEZ PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. M. MORALES, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

El Capítulo VIII se refiere al incumplimiento y acciones en general; la acumulación de acciones, el incumplimiento esencial, las garantías de cumplimiento, la notificación de la fijación de un plazo adicional de cumplimiento, el cumplimiento confiado a un tercero, la justificación debida a un impedimento y la cláusula de exclusión o restricción de remedios (arts. 8.101 a 8.109).

El Capítulo IX regula las medidas concretas por incumplimiento (arts. 9.101 a 9.103); el derecho a suspender el cumplimiento (art. 9.201); la resolución del contrato (arts. 9.301 a 9.309); la reducción del precio (art. 9.401) y los daños y perjuicios (arts. 9.501 a 9.510).

La Parte III de los PECL, cuya publicación es inminente, se ocupa de la pluralidad de partes en la obligación; la cesión de créditos; asunción de deudas; la compensación y la prescripción.

Cada uno de los artículos de los «Principios» va acompañado de un «comentario», al que siguen las «notas nacionales», recogiendo el estado de la cuestión en relación con la regla establecida en cada artículo; con ello se ofrecen los antecedentes del Derecho Comparado.

2. *Objetivos de los PECL*

Los PECL no están destinados a convertirse en Derecho vigente de forma inmediata, sino que sus objetivos son:

1. Facilitar el comercio transfronterizo en la Unión Europea, poniendo a disposición de las partes una regulación desligada de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales a la que puedan someter sus negocios.
2. Ofrecer unos fundamentos generales conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización europea en materia de contratos (63).
3. Realizar una función de mediación entre el Common Law y el Civil Law (64).
4. Concretar la moderna *lex mercatoria* europea (65).
5. Servir de fuente de inspiración para los Tribunales y legisladores europeos en el desarrollo de su derecho contractual propio (66).

(63) OLE LANDO y HUGH BEALE, *The Principles of European Contract Law*, Parte I, hablan de una «infraestructura» para las Directivas Comunitarias.

(64) BASIL MARKESINIS, *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law of the Eve of the 21st Century*, 1994.

(65) RUDOLF MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechts tradition*, 1998.

(66) Los PECL ya han influido en Alemania, en la profunda reforma del Derecho de Obligaciones, en Holanda y en varios países de Europa Central y Oriental, que elaboran nuevos Códigos con vistas a su próxima incorporación a la Unión Europea; sobre este punto puede verse apartado IV, letra A.

6. Significan un paso importante en el camino hacia la codificación del Derecho Contractual Europeo.

3. *Modelos en que se inspiran*

Los PECL se han inspirado claramente en dos modelos: los Restatements norteamericanos y los Principios UNIDROIT.

a) Los Restatements norteamericanos

Los Restatements son la exposición sistemática de un derecho de origen doctrinal y jurisprudencial con el fin de facilitar su conocimiento y aplicación; han transformado el derecho de las decisiones judiciales en normas generales y abstractas redactadas con el rigor lógico de los Códigos Civiles; por carecer de promulgación oficial, no son Códigos, pero gozan de la autoridad científica reconocida a sus autores. Los Restatements son conjuntos sistemáticos de normas puestos a disposición de los profesionales para que los valoren según los méritos que les reconozcan; de hecho, muchas decisiones judiciales argumentan a base de los Restatements, aunque los Tribunales son libres para hacerlo (67).

A partir de 1923, el American Law Institute se propuso facilitar el conocimiento, aplicación y posible reforma del Derecho de los Estados de la Unión; no se trataba de legislar ni de codificar en forma oficial, sino de hacer lo que hizo constar el doctor LEWIS, en el Prólogo del primer Restatement publicado, el de Contratos (1932): «...para clarificar y simplificar el Derecho y darle más certeza, el primer paso ha de consistir en la preparación de una exposición (Restatement) de Common Law...». «El Instituto tiene por misión hacer constar con claridad y precisión, a la luz de las decisiones, los principios y reglas del Common Law...» (68).

Los PECL se diferencian de los Restatements, al menos en un aspecto: mientras que el contenido de éstos últimos sólo lo integra el Derecho actualmente vigente, los PECL aspiran a la unificación jurídica y a una reforma o a una evolución jurídica. Por otra parte, los ordenamientos europeos están profundamente influidos por una tradición jurídica común de varios siglos, el *ius commune* romano-canónico, y comparten unos mismos fundamentos conceptuales, sistemáticos, dogmáticos e intelectuales, que no se han perdido en

(67) H. F. GOODRICH, *Restatements and Codification*; H. E. YNTEMA, *The Jurisprudence of Codification*, pág. 241 y sigs.

(68) En 1981 se ha publicado un segundo Restatement, mucho menos conceptual y más funcional.

doscientos años de codificaciones nacionales. Por eso, la Comisión LANDO se refiere expresamente a un «núcleo común» (common core) del Derecho Contractual Europeo, y sobre esa base se pretende crear un ordenamiento moderno y funcional; en este sentido, los PECL constituyen una tarea «creativa», como la de los Restatements norteamericanos.

b) Los Principios UNIDROIT

En 1971, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo publicó los «Principios de los contratos comerciales internacionales» (Principios UNIDROIT), estructurados como los PECL, seguidos de un comentario, pero sin anotaciones de Derecho Comparado. Los principios UNIDROIT se diferencian de los PECL por su objetivo global, no limitado sólo a los países europeos. El proyecto se confió a tres especialistas en Derecho Comparado, uno procedente del Civil Law (RENÉ DAVID), otro del Common Law (CLIVE SCHMITTHOFF) y otro del ámbito jurídico socialista (TUDOR POPESCU), quienes realizaron su trabajo simultáneamente con la comisión LANDO para asegurar una efectiva coordinación entre ambos grupos de trabajo mediante la duplicidad de algunos de sus miembros. Los PECL adquirieron especial importancia por el hecho de que la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 1989, invitara a que diera comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un Código europeo común de Derecho Privado (69).

A diferencia de los PECL, que sólo se ocupan de una parte, los Principios UNIDROIT comprenden todo el Derecho de Contratos: el Capítulo I se refiere a las disposiciones generales; el Capítulo II, la formación; el Capítulo III, la validez; el Capítulo IV, la interpretación; el Capítulo V, el contenido; el Capítulo VI, el cumplimiento, y el Capítulo VII, el incumplimiento.

Los principios UNIDROIT se aplican no sólo en caso de pacto expreso entre las partes, sino también cuando se remitan a ello los arbitrajes que establezcan para resolver los conflictos que puedan plantearse. Se presentan con varios objetivos: a) como la moderna *lex mercatoria*, como conjunto de principios, usos y costumbres que rigen el comercio internacional; b) como un modelo para los legisladores nacionales e internacionales, sirviendo como referencia para las convenciones internacionales; c) pretenden facilitar la interpretación de textos nacionales e internacionales, suministrando a Jueces y Tribunales arbitrales unos principios uniformes y autónomos.

(69) Ver apartado III, letra A.

B) EL GRUPO DE ESTUDIO DE UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO (PROYECTO VON BAR)

Este grupo, considerado como uno de los más importantes en el ámbito europeo, fue fundado por el profesor de la Universidad de Osnabrück (Hanover) CHRISTIAN VON BAR, en 1999, y tiene como objetivo elaborar un conjunto codificado de Principios de Derecho Patrimonial europeo con comentarios y anotaciones (70).

La metodología que utiliza es la misma que la de la Comisión LANDO: un análisis comparativo entre los diversos sistemas jurídicos europeos para encontrar las analogías y diferencias entre ellos; esta tarea se complementa con aquellas otras materias que son objeto de estudio por parte de los otros grupos europeos, teniendo en cuenta las Directivas comunitarias y Tratados internacionales, como la Convención de Viena de 1980, considerado como el más completo para preparar la unificación del Derecho Privado.

Después de las reuniones celebradas en Utrecht (diciembre de 1999), Roma (junio de 2000), Salzburgo (diciembre de 2000), Estocolmo (junio de 2001) y Oxford (diciembre de 2001), se ha celebrado en Valencia (junio de 2002) el sexto encuentro de este Grupo de estudio, a la que han asistido numerosos Jueces y Juristas, con el fin de abrir un debate europeo sobre el tema, dada la magnitud del proyecto (71).

En dicho encuentro se indicó que este largo proceso de «europeización jurídica» requiere una organización más estable que los Grupos de trabajo europeos, financiados por períodos limitados, y que las Academias legales y las Judicaturas europeas deberían dirigirse a las autoridades comunitarias en el sentido de que Europa necesita un Instituto de Leyes Europeas para que este proceso de armonización jurídica deje de ser considerado como un «asunto nacional».

Este grupo, en colaboración con los restantes grupos, pretende estudiar las materias que la citada Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, consideró esenciales para el futuro de Europa: el enriquecimiento injustificado, en un sentido amplio, incluyendo, por tanto, la *condictio indebiti*; la transmisión de la propiedad mobiliaria; las garantías personales en bienes muebles; los préstamos monetarios; la ley de contratos de alquiler; uso y préstamo de bienes muebles; ley de registros de créditos seguros y ley de personas sin capacidad legal plena.

(70) C. VON BAR, «Le Groupe d'études sur un Code Civil européen», en *RLDC*, 1, 2001, págs. 127-139; ROCA TRÍAS, «El "Study Group a European Civil Code" (Proyecto VON BAR)», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 199 a 204.

(71) Puede verse esta reunión en VON BAR, «From the General Law of Contract to Patrimonial Law - Some Observations prompted by the Valencia meeting of the Study Group on a European Civil Code», publicado en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 10, págs. 19 a 26, 2003.

El encuentro de Valencia terminó con las discusiones en dos temas: la ley de garantías personales y la *negotiorum gestio*, traducida libremente al inglés como «intervenciones benevolentes en negocios ajenos». Los grupos de estudio ven en los PECL la continuación de la Comisión LANDO, que ha autorizado expresamente a los grupos europeos para hacer uso de las materias ya preparadas para continuar su trabajo e integrarlas en los próximos textos (72).

C) GRUPO DE PAVÍA o PROYECTO GANDOLFI

En 1992 se creó la Academia de Privatistas Europeos, más conocida como Grupo de Pavía (73), con los siguientes objetivos:

- a) Preparar una unificación del Derecho de Contratos a nivel europeo.
- b) Formular unas nuevas normas en cuya virtud el contrato sirva para regular las relaciones jurídicas del mercado interior.
- c) Que estas normas sean aceptables en todos los países de la Unión Europea, para que sirvan de auxilio a los ciudadanos y no sean una imposición.

Este grupo ha elaborado un Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, sin valor oficial, que es el resultado lógico del Convenio de Pavía, celebrado en 1990 (74), cuyas conclusiones se han visto reforzadas en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 1 de julio de 2001 (75), donde se reitera la conveniencia de adoptar una nueva legislación a nivel comunitario.

El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos consta de 173 artículos, divididos en once Títulos, relativos a las Disposiciones preliminares (arts. 1 a 5); formación del contrato (arts. 6 a 24); contenido del contrato (arts. 25 a 33); forma (arts. 34 a 38); interpretación (arts. 39 a 41); efectos del contrato (arts. 42 a 74), regulando los efectos debidos a elementos accidentales, la representación, el contrato con persona a designar y el contrato a favor de tercero; el cumplimiento del contrato (arts. 75 a 88); el incumplimiento del contrato (arts. 89 a 117), contemplando la mora del acreedor y los efectos del incumplimiento; la cesión del contrato y de las relaciones que nacen de él (arts. 118 a 127), examinando la cesión de contrato, la cesión de créditos

(72) En el encuentro de Valencia se aprobó la manera de proceder del equipo de trabajo, lo que supone un importante avance.

(73) Sobre esta materia puede consultarse a G. GARCÍA CANTERO, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto GANDOLFI o del Grupo de Pavía)», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 205 a 215.

(74) Ver apartado IV, letra A.

(75) Ver apartado III, letra C.

y la cesión de deuda; la extinción del contrato y de las relaciones que nacen de él (arts. 128 a 136); y, finalmente, otras anomalías y remedios del contrato (arts. 137 a 173).

VATTIER FUENZALIDA señala como características más destacadas del Anteproyecto las siguientes:

1. Omitir las categorías abstractas de figuras jurídicas, para no encontrar oposición por los juristas anglosajones, tales como el negocio jurídico; la obligación aparece sólo como un efecto típico del contrato, tampoco aparece la buena fe, si bien la interpretación no puede ser contraria a ella o al buen sentido (art. 39.4).

2. Tiene un decidido propósito de conservación del contrato, que se pone de relieve en el *favor debitoris*, concediéndole plazos suplementarios y el fraccionamiento del pago, la renegociación del contrato, caso de excesiva onerosidad de la prestación...

3. Una notable disminución de supuestos de remisión a la discrecionalidad del Juez, para evitar a toda costa la «renacionalización» del futuro derecho uniforme a la hora de ser aplicado por los Tribunales de los distintos Estados miembros, no por motivos de desconfianza (76).

El actual presidente del Grupo de Pavía, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, indica que este grupo de trabajo no tenía, ni tiene un encargo oficial; se trata de un grupo de juristas que se reúne periódicamente para tratar de formular un Código de Obligaciones y Contratos a nivel europeo; sin embargo, a los pocos meses de la primera reunión, el Max Plank de Hamburgo (Instituto de Derecho extranjero e internacional privado) organizó un simposio para propugnar todo lo contrario: que la integración sólo podía llegar por caminos extralegales. El Grupo de Pavía se volvió a reunir posteriormente para ratificar sus conclusiones, más que para rebatir lo dicho en Hamburgo.

El Anteproyecto no se inspira en los Restatements americanos de contratos, porque éstos sólo pueden tener utilidad en un sistema de Common Law, lo que no tendría mucho sentido con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y con la de los Estados europeos; por esa razón, se trata de hacer un «Código de reglas» (77).

(76) VATTIER FUENZALIDA, «El Anteproyecto de Pavía», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003, pág. 419 y sigs.; también puede verse una recensión de la obra en *RCDI*, noviembre-diciembre de 2001, núm. 668, págs. 2679 a 2681; VALIÑO ARCOS, «Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto "Gandolfi": hacia la consecución de un "Code Européen des Contrats"», en *Revista Aranzadi* citada, pág. 383 y sigs.

(77) J. L. DE LOS MOZOS, «El Anteproyecto de "Código Europeo de Contratos"», de la Academia de Pavía», en *La unificación jurídica europea*, pág. 253 y sigs., Madrid, 1999.

D) GRUPO DE TILBURG o PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En 1992, el profesor de la Universidad de Tilburg (Viena), JAAP SPIER fundó un grupo de trabajo, inicialmente llamado Grupo de Tilburg y después European Group on Tort Law, con el fin de elaborar unos Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil. La característica más destacada de este grupo es la incorporación de numerosos juristas extracomunitarios, por la información que pueden aportar sobre los procesos de reforma de sus respectivos derechos sobre esta materia.

Sin embargo, la elaboración de unos Principios Generales sobre responsabilidad civil es una tarea difícil, por dos razones: 1.^a por ser materia en constante evolución, lo que dificulta enormemente llegar a unas conclusiones definitivas; 2.^a por las grandes diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos, no sólo entre el Common Law y el Civil Law, sino también entre los propios Estados miembros. En efecto, el Derecho de daños es una materia en permanente evolución, debido al rápido desarrollo científico y tecnológico de la sociedad actual, lo que conlleva nuevos problemas jurídicos, como los daños en masa (mass torts), los riesgos de desarrollo...; como prueba de ello pueden citarse las reformas llevadas a cabo en el Código suizo de Obligaciones en materia de responsabilidad civil en el año 2000; la realizada en Alemania, en agosto de 2002; la que está efectuando el American Law Institute en la redacción de un nuevo Restatement of Torts... A este hecho hay que añadir las diferencias existentes entre los propios ordenamientos de los Estados miembros; sin entrar en las divergencias existentes en esta materia entre el Common Law y el Civil Law, entre los sistemas continentales existen diversas posturas sobre la responsabilidad civil: el Código Civil francés (art. 1.382) y nuestro Código Civil (art. 1.902) establecen un sistema de cláusula general, mientras que el BGB establece supuestos concretos de responsabilidad civil (parágrafos 824, 825, 836 a 838) sobre bienes o intereses protegidos (la vida, la integridad física, la libertad...); sin embargo, unos y otros ordenamientos coinciden esencialmente en el resultado final; por ello, el hecho de que los ordenamientos utilicen diversos procedimientos para llegar a las mismas soluciones, pone de relieve las dificultades y la necesidad de aproximar los sistemas europeos en materia de responsabilidad civil (78).

(78) Una exposición amplia de esta materia puede verse en M. MARTÍN CASALS, «El European Group on Tort Law y la elaboración de unos "Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil" (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozioł)», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 217 a 226.

E) GRUPO DE **TRENTO** o COMMON CORE OF EUROPEAN PRIVATE LAW

En 1995, los profesores de la Universidad de Trento, UGO MATTEI y MAURO BUSSANI fundaron el Grupo de Trento, también conocido como «El núcleo común del Derecho Privado Europeo» (Common Core of European Private Law, o simplemente Common Core), cuya característica más destacada es elaborar una «cartografía jurídica que desentierre el núcleo común» del Derecho Privado Europeo; inspirándose en la geografía, proponen usar «un color intenso para representar una zona de mayor certeza de la misma forma en que las elevaciones mayores están representadas en un mapa de contornos y más pálido en casos de incertidumbre jurídica en el Derecho aplicable por los tribunales» (79).

La principal diferencia del Grupo de Trento con los restantes grupos de trabajo europeos es que se limita a señalar analogías y diferencias entre los sistemas jurídicos europeos en el ámbito del Derecho Privado, para que sus resultados sirvan de base a posteriores trabajos de armonización legislativa; no se trata, pues, de un proyecto articulado, normativo, como el de la Comisión LANDO, a través de los PECL, o el del proyecto GANDOLFI o el de VON BAR, simplemente, pone de relieve los puntos de coincidencia y divergencia entre los sistemas europeos en materia de Derecho Privado.

El sistema de trabajo de este Grupo parte de una serie de casos prácticos (Case law) sobre Derecho Privado para comparar sus resultados; los casos se estudian con arreglo a la ley, doctrina y jurisprudencia de cada sistema europeo, para obtener, por inducción, un estudio comparativo de los puntos coincidentes —el núcleo común, el Common Core— y las diferencias entre los sistemas jurídicos europeos.

Este sistema de trabajo ha sido muy criticado, no sólo por la excesiva influencia del sistema anglosajón, debido al método de casos prácticos y el uso del inglés como lengua de trabajo, sino también por estar orientado hacia el mundo académico, distante de la realidad contractual y el carácter reducido de la investigación (80).

F) OTROS GRUPOS

Además de los grupos anteriormente mencionados, empiezan a constituirse nuevos grupos de estudio, como la Society of European Contract

(79) BUSSANI y MATTEI, *The Common Core Approach to European Private Law*, Columbia Journal of European Law, pág. 339 y sigs., 1997-1998.

(80) SHAPIRO, *The Common Core: Some Outside Comments*, pág. 125 y sigs. Un estudio más amplio de este Grupo puede verse en S. CÁMARA LAPUENTE, «El núcleo común del Derecho Privado Europeo (Proyecto de Trento)», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 227 a 234.

Law (SECÓLA), en 2001, cuyo objetivo es servir de base para la discusión del Derecho europeo en lo relativo al mercado interior, las transacciones y el Derecho Contractual.

También se puede citar el Acquis Group (European Research Group on Existing **Community Private Law**), en 2002, cuyo objetivo es presentar unos principios que reflejen los conceptos básicos en el acervo comunitario y sirvan para interpretarlo, desarrollarlo y transponerlo.

G) CONVENIENCIA DE su COORDINACIÓN

La elaboración de una normativa europea en materia de contratos, sea en forma de Código o de principios generales, es una empresa sumamente ambiciosa y compleja, debido a varios factores: *a)* porque trasciende el ámbito del Derecho Civil, comprendiendo también otros campos jurídicos, como el mercantil, el internacional privado, el procesal, el **laboral**...; afecta también a la Historia del Derecho y al Derecho Romano, que, a través de un método histórico y comparativo, ponen de relieve la existencia de un «*ius commune* romano-canónico», que permite reconducir los diferentes sistemas jurídicos existentes a una unidad intelectual como consecuencia de sus raíces comunes; *b)* porque esta tarea afecta directamente no sólo al mundo jurídico sino también a numerosos sectores económicos y sociales, que también desean participar en este proceso para aportar sus respectivos puntos de vista; entre estos sectores se pueden citar: la Unión Europea de PYMES; el Comité Europeo de Seguros; la Cámara de Comercio Internacional; la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA); los Servicios financieros y de inversiones de entidades aseguradoras y de crédito de ámbito europeo; el Consejo de la Prensa europea; Asociaciones de Banca; Asociaciones Profesionales de Ingenieros Civiles; Empresas navieras; Productores y Distribuidores de películas, programas de televisión, vídeos y DVD; Asociaciones de Usuarios y Consumidores, Federaciones de Empresarios, Sindicatos... (81); *c)* por la existencia de varios sistemas jurídicos, en especial, el Common Law y el Civil Law, si bien se han realizado importantes esfuerzos de aproximación, especialmente con la publicación del **Contract Code**, de HARVEY MCGREGOR (82); y *d)* porque se trata de crear un Derecho *ex novo*, sin precedentes en la Historia. El Tribunal de Justicia Comunitario, intérprete supremo del ordenamiento europeo, ha declarado reiteradamente (sentencias Van Gend-Loos, de 5 de febrero de

(81) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 1 de julio de 2001, invitando a diversos grupos a ampliar el debate, ha tenido una amplia acogida en numerosos sectores.

(82) Ver apartado IV, letra B.

1963, y Costa-Enel, de 15 de julio de 1964) que el Derecho Comunitario es un «ordenamiento autónomo», distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno de los Estados miembros, en efecto, el Derecho Comunitario responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos, que producen una cierta integración de soberanías, originando, con ello, un germen de supranacionalidad, lo que implica una atribución de competencias a las instituciones comunitarias y una correlativa limitación de soberanía para los Estados miembros. El nacimiento de un fenómeno nuevo, la Unión Europea, conlleva la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, que afecta a los Estados miembros y a las personas, físicas o jurídicas, de los mismos. A la vista de las consideraciones expuestas, puede llegarse a la conclusión de que el Derecho Comunitario se sitúa entre el Derecho Internacional y los derechos nacionales de los Estados miembros.

Si se realiza un análisis comparativo entre los grupos de estudio examinados, puede comprobarse que la metodología y objetivos son comunes a todos ellos: ponen de relieve las analogías y diferencias entre los diversos sistemas jurídicos europeos, en especial entre el Common Law y el Civil Law, para que sirvan de base a posteriores trabajos de armonización, que permitan elaborar unas normas o unos principios generales aceptables a todos los países europeos, o bien abordar aspectos parciales del tema, como el relativo al Derecho de responsabilidad civil (Grupo de TILBURG). Para evitar reiteraciones y redundancias innecesarias —hay autores que pertenecen a varios grupos— se ha pedido a la Comisión Europea que establezca una coordinación entre los grupos y trabajos realizados para avanzar en el proceso de elaboración de una normativa europea de contratos que regule el mercado interior. La Comisión Europea subvenciona y estimula la creación de estos Grupos de trabajo que, previsiblemente, aumentarían en el futuro, lo que vendría a confirmar la necesidad de una coordinación entre ellos, para evitar repeticiones innecesarias.

VI. COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ELABORAR UN CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

De lo expuesto anteriormente se desprende que la elaboración de una normativa europea en materia de contratos es una tarea polémica que plantea múltiples cuestiones: ¿ha de ser un Código Civil o unos principios generales?, ¿quién debe elaborarlo?, ¿qué materias debe comprender?, ¿sólo el Derecho patrimonial o también el Derecho de familia y sucesiones?, ¿han de ser normas imperativas o dispositivas?, ¿se aplicará sólo a las relaciones jurídicas transfronterizas o también a las domésticas?...

Sin embargo, antes de responder a estas interrogantes, hay que plantearse una cuestión previa: la Unión Europea ¿tiene o no competencia para elaborar un Código en materia de contratos? El tema es importante porque, para poder intervenir en esta o en cualquier otra materia, la Unión Europea ha de tener competencia para abordarla, pues, caso contrario, su actuación estaría viciada de nulidad (art. 230 TCE) y podría ser impugnada ante el Tribunal de Justicia comunitario (art. 234 TCE).

El artículo 2 TCE, modificado por el TUE, considera como misión fundamental de la Comunidad «promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elaboración y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros». Esta norma diferencia lo que son propiamente objetivos comunitarios de los fines instrumentales (mercado interior, unión económica y monetaria y políticas y acciones enumeradas en el art. 3) como medios para alcanzar los objetivos comunitarios. Del artículo 2 TCE se desprende una doble consideración: *a)* estas acciones pertenecen a la categoría de «objetivos instrumentales o intermedios»; *b)* algunas de las actuaciones que se encomiendan a la Comunidad son una reiteración detallada de lo señalado en el artículo 2 respecto a la implantación del mercado común y de la unión económica y monetaria (83).

El artículo 3 TCE realiza la doble misión de ofrecer un listado de las obligaciones que la Comunidad deberá satisfacer y proporcionar un resumen de las áreas en que se proyectará su actividad. Hay que destacar que el TUE hace compatibles las acciones para cuyo ejercicio resulta competente la Comunidad con las acciones a adoptar con los Estados miembros para lograr la integración europea; por esta razón, se habla de competencias de atribución, competencias implícitas y competencias suplementarias, que pasamos a examinar.

(83) Esta circunstancia se aprecia especialmente en el artículo 4.2 TCE, que contiene una enumeración de los elementos que posibilitan la consecución de una Unión Económica y Monetaria.

A) COMPETENCIAS DE ATRIBUCIÓN

El principio que inspira la atribución de competencias a la Comunidad es análogo al utilizado para determinar las competencias de las organizaciones internacionales, sin embargo, se aproxima más al de los sistemas jurídicos federales. En este sentido, los Tratados establecen las facultades que se reserva la Comunidad (arts. 3 TCE, 3 TCECA y 2 TCEEA), sin embargo, el sistema comunitario de atribución de competencias presenta una doble característica que hace compleja la identificación precisa de las competencias que recibe de la Comunidad: *a)* la técnica utilizada por los Tratados obedece a consideraciones funcionales o teológicas, no a criterios materiales (84); *b)* la atribución de competencias se realiza de forma específica y dispersa, no hay ni habilitaciones generales ni un articulado o capítulo destinado especialmente a enumerar todas las competencias comunitarias.

Esta doble característica trae como consecuencia que las competencias atribuidas a la Comunidad Europea sean imprecisas y confusas, pues, aunque en algunos casos son concretas, en otros son de gran amplitud, como ocurre en el campo de las políticas comunes (agrícola, comercial, transportes...).

B) COMPETENCIAS IMPLÍCITAS

La teoría de los poderes implícitos es un producto de la jurisprudencia federal norteamericana aplicada posteriormente a los conflictos planteados ante los tribunales internacionales. Conforme a esta teoría, se admite que una organización intergubernamental asuma ciertas competencias no previstas en sus textos constitutivos, cuando las mismas son análogas o semejantes a las atribuidas expresamente y resulten indispensables para cumplir los fines que la organización tiene encomendados; por tanto, la competencia implícita se obtiene por semejanza en un determinado ámbito o problema con relación a lo que ya tiene en otra materia, participando ambos aspectos en una misma entidad.

C) COMPETENCIAS SUPLEMENTARIAS

El TCE contempla el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros; en el artículo 308 TCE (antiguo 235): «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del

(84) Como ejemplo puede consultarse la sentencia **Schumalla**, de 28 de noviembre de 1978.

mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

Esta norma, que se presta a numerosas interpretaciones, ha servido de base a acciones tan diversas como la creación de nuevos órganos (como el Reglamento de 13 de febrero de 1975 sobre creación del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional), la conclusión de acuerdos internacionales (como el concluido con la India) o la puesta en marcha de nuevos mecanismos de financiación (como el instrumento financiero Nuevo Instrumento Comunitario o «facilidad Ortoli»). En resumen, la Comunidad disfruta de una gran libertad en el ejercicio de las competencias suplementarias, en lo referente a la forma y objeto de las «medidas pertinentes», con la única condición de que las mismas no excedan al ámbito económico en el que se señalan los objetivos comunitarios, enumerados en los artículos 2 y 3 TCE, antes examinados; por esta razón, a mi juicio, el artículo 308 no puede servir de base o fundamento jurídico para publicar un Código Europeo de contratos.

Desde la perspectiva de las competencias suplementarias, los artículos 94 y 95 TCE presentan características comparables a las del artículo 308 en lo relativo a su finalidad.

Bajo la denominación «Aproximación de las legislaciones», el artículo 94 TCE (antiguo 100) dice: «El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Consejo Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común». Como contrapeso a esta norma, el Acta Única Europea estableció el artículo 95 TCE (antiguo 100A), que introdujo también en la armonización de legislaciones otras formas de aprobación distintas a la unanimidad, como la mayoría cualificada. Estos artículos 94 y 95 han servido de base para publicar numerosas Directivas de Derecho Privado (comercio electrónico, firma electrónica, propiedad intelectual...) y seguirán sirviendo en el futuro, pues tanto el Parlamento Europeo como la Comisión han expresado su voluntad de seguir acudiendo al artículo 95 como fundamento jurídico para la consolidación y armonización del Derecho Civil.

El artículo 11 TCE contempla la figura de la «cooperación reforzada», es decir, que un determinado grupo de Estados miembros adopte actos comunitarios que sólo tendrían valor para ellos y no para el resto; sin embargo, la posibilidad de que este artículo 11 TCE pueda servir de fundamento jurídico para publicar un Código europeo de contratos, debe rechazarse porque, para ello, es necesario que el tema en cuestión esté «dentro de las competencias atribuidas a la Comunidad por el presente Tratado» [art. 11.1,

letra d)] y es evidente que la elaboración de un Código Civil europeo no figura entre ellas.

A la vista de las consideraciones anteriores, la conclusión es clara. Con la normativa vigente, la Unión Europea no tiene base jurídica suficiente para publicar un Código europeo de contratos (85). Sin embargo, a mi juicio, el hecho de que la UE carezca actualmente de este fundamento jurídico, no impide que pueda tenerlo en el futuro, vía modificación de los Tratados constitutivos, pues, sería totalmente ilógico y carente de sentido que el Parlamento Europeo haya iniciado este proceso unificador (86) y que la Comisión Europea subvencione y aliente la creación de Grupos de Estudio europeos con ese fin (87), si después no tuviera competencia para publicar los resultados obtenidos, en este supuesto, el Código Civil europeo de contratos. No hay que olvidar que, desde el primitivo Tratado de Roma, las competencias de las instituciones comunitarias se han venido ampliando considerablemente con las sucesivas reformas de los Tratados (Acta única Europea, Maastricht, Amsterdam y Niza) y que en la reforma de los Tratados, actualmente en marcha por la ampliación de nuevos países, se ha sugerido la conveniencia de incluir expresamente esta competencia para solucionar esta duda de manera definitiva.

VII. CONTENIDO DEL FUTURO CÓDIGO EUROPEO: ¿DEBE INCLUIR LOS DERECHOS DE FAMILIA Y SUCESIONES?

El instrumento jurídico esencial para lograr la libre circulación de bienes y servicios es el contrato, por eso, el núcleo sobre el que gira la idea de codificación europea es el Derecho de contratos. Ahora bien, el contrato o Derecho de contratos no es una categoría jurídica aislada, sino que forma parte de otra concepción más amplia, el Derecho Patrimonial o Económico. DÍEZ PICAZO lo define como «aquella parte del Derecho Civil que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan los fines económicos del hombre»; por tanto, estudia cada uno de los elementos del patrimonio, es decir, de cada una de las relaciones jurídicas que lo componen o lo pueden comprender.

(85) La opinión doctrinal negativa es casi unánime; en este sentido, J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil Europeo: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho Civil», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 129 a 156; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 279 y sigs.; en sentido favorable, PLAZA PENADES, «Algunas consideraciones sobre el futuro Código Civil Europeo», en *Derecho Patrimonial*, núm. 10, págs. 316 y 317, Aranzadi, 2003.

(86) Ver apartado III, letra A.

(87) Ver apartado V.

Las materias esenciales que componen el Derecho Patrimonial son:

1. La atribución a la persona de los bienes económicos (propiedad y demás derechos sobre las cosas).
2. El tráfico o cambio de manos de dichos bienes (intercambio de bienes).
3. La prestación de servicios que unas personas pueden realizar en favor de otras (cooperación o colaboración social).

En definitiva, Derecho de contratos y Derechos reales no son compartimentos estancos de la vida económica ni sectores independientes, sino dos aspectos, dos caras de la misma moneda, el Derecho Patrimonial (88).

El Convenio de Pavía adoptó una decisión importante, en el fondo y en la forma, sobre la armonización legislativa europea en materia de contratos; aceptar el Código Civil italiano de 1942 (arts. 1.173 a 2.059) como esquema de base, como punto de partida «en un tema tan delicado» (89). La elección fue importante por varias razones: por su relativa modernidad; por tratar de aspectos económicos, como la empresa; por ocupar una situación intermedia entre el sistema francés y el alemán; por ser el menos distante con el sistema anglosajón; pero, sobre todo, por ser un Código general de Derecho Privado, que comprende el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, superando el fraccionamiento particularista, clasista y técnico seguido por el Código Civil francés. Por este motivo, recoge figuras de gran interés económico, como el mandato de crédito, los contratos bancarios (depósitos bancarios, apertura de crédito bancario, anticipo bancario, operaciones bancarias en cuenta corriente), el contrato de agencia, el contrato estimatorio, etc. (90).

De lo expuesto se desprende que el futuro Código europeo de contratos se centra sustancialmente en el Derecho Patrimonial; podrá discutirse si debe comprender todas sus instituciones jurídicas (91) o han de excluirse algunas de ellas (enfiteusis, servidumbres, superficies...) (92), pero, en cualquier caso, se está dentro del ámbito del Derecho Patrimonial. La pregunta es si esa armonización del Derecho Civil debe o no afectar a los Derechos de Familia y Sucesiones.

(88) Díez PÍCAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, pág. 37 y sigs.

(89) La expresión es utilizada por la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001.

(90) Ver apartado IV, letra A.

(91) Como defiende A. PINNA, en *Tilburg Foreign Law Review*, 9-4-2001.

(92) Como sostiene ARROYO AMAYUELAS, *Estudio preliminar: las perspectivas de un Derecho Privado Europeo*, pág. 59, Madrid, 2002.

A) DERECHO DE FAMILIA

LACRUZ BERDEJO señala que la ley no define a la familia ni es posible dar un concepto general de ella, porque el grupo familiar tiene distinta amplitud en los diversos aspectos en que es considerado: en la sucesión intestada abarca hasta el cuarto grado (art. 954); en materia de legítimas, se restringe al cónyuge, ascendientes y descendientes (art. 808); en materia de alimentos, se extiende a los hermanos (art. 143), etc.; en tales circunstancias, una definición legal o doctrinal sería innecesaria y confusa.

Además, dentro del Derecho Civil, el ordenamiento jurídico dedica toda una normativa a la regulación de la familia, llamada, en mayor o menor precisión, Derecho de Familia, entendiendo por tal el conjunto de normas jurídicas que regulan la familia en todos sus aspectos de Derecho Privado (93).

Los caracteres del Derecho de Familia presentan notables peculiaridades frente al Derecho Patrimonial e, incluso, frente al Derecho Sucesorio. Entre ellos puede señalarse:

1.º Su contenido ético, porque la esencia de la regulación de la familia es de tipo moral, es decir, son normas éticas que el Derecho transforma después en jurídicas, hasta donde eso es posible y conveniente. Esto explica, dice RUGGIERO, el fenómeno, propio del Derecho de Familia, de la existencia de normas sin sanción o con sanción atenuada o de obligaciones no exigibles (94).

2.º Su carácter transpersonalista. En las demás ramas del Derecho Privado, la ley sirve a los fines individuales de la persona, mientras que, en el Derecho de Familia, la ley defiende el interés superior de la familia y, en consecuencia, el del Estado.

3.º Limitación del principio de autonomía de la voluntad. Muchas normas del Derecho de Familia son imperativas y, por tanto, inderogables por la voluntad de las partes (relación parental, patria potestad...); en este sentido, el acuerdo de voluntades suele restringirse a la creación del vínculo familiar, cuyos efectos se regulan mediante normas imperativas.

4.º Fusión del derecho y el deber. El Derecho de Familia se caracteriza por una interpretación de derechos y obligaciones más fuerte que en ninguna otra rama del Derecho; los derechos se conceden para poder cumplir mejor ciertos deberes que corresponden a su titular frente a otros miembros de la familia y, por ello, el ejercicio del derecho sólo puede hacerse conforme al deber que le es correlativo y en el marco de sus finalidades éticas y sociales.

(93) LACRUZ BERDEJO y otros, *El nuevo régimen de la familia*, t. 1, pág. 15 y sigs.

(94) RUGGIERO, *Instituciones*, t. 1, pág. 9 y sigs.

5.º Los derechos-deberes de familia son indisponibles, lo que significa que no cabe su renuncia y que se perpetúan hasta el momento prefijado en la ley, por ejemplo, hasta la mayoría de edad (95).

A las características anteriores, se pueden añadir al actual Derecho de Familia dos rasgos, en cierto modo, contradictorios:

- a) Por un lado, se viene produciendo una «publicación del Derecho de Familia» a través del creciente intervencionismo del Estado en la vida familiar, el cual puede ser beneficioso si es controlado, pero ofrece el peligro de que, a través del mismo, se pueda dirigir a la familia, según los intereses del grupo político que se encuentre en el poder.
- b) Por otro lado, tiene lugar una «privatización del Derecho de Familia», motivada por la progresiva democratización de las relaciones familiares, pues los poderes marital o paterno dejan de ser autocráticos y se hacen democráticos y compartidos (96).

Aplicando las consideraciones anteriores al tema concreto, es evidente que no puede hablarse actualmente de un Derecho de Familia europeo. En los últimos tiempos se ha producido un rápido acercamiento de varios aspectos del Derecho de Familia: la igualdad entre hombre y mujer, la admisión del divorcio, la no discriminación entre filiación matrimonial y no matrimonial, la protección de los hijos menores tras la ruptura del matrimonio, etc.; pero, este acercamiento ha sido consecuencia de las ideas dominantes de la opinión pública, del desarrollo de principios constitucionales de los Estados miembros o de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, no de una planificación legislativa.

El Derecho de Familia y Sucesiones no tienen el sentido económico del Derecho Patrimonial y, en principio, no son prioritarios para el funcionamiento del mercado interior, pero, esto no impide que se siga avanzando en el desarrollo de puntos concretos sobre el Derecho de Familia europeo, como pueden ser: en materia de Registro Civil, la Comisión Europea intenta buscar soluciones prácticas a los problemas planteados; en materia de adopción, se ha avanzado en las adopciones internacionales; en materia de derecho de alimentos, se intenta aproximar las diferentes legislaciones europeas (parientes acreedores y deudores de alimentos, cuantía de la deuda alimenticia, garantías para su percepción, relaciones con la Seguridad Social...).

(95) LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 43 y sigs.

(96) FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de Familia*, t. 1, pág. 29, lo denomina Derecho de Familia Administrativo.

En esta línea, el Consejo Económico y Social muestra su conformidad con el enfoque de la Comisión de excluir inicialmente al Derecho de Familia de las inminentes aproximaciones legislativas, sin perjuicio de iniciar un estudio en profundidad sobre la posible aproximación del Derecho de Familia a mayor escala (97).

B) DERECHO DE SUCESIONES

Tradicionalmente la doctrina defendía que, de todas las partes del Derecho Civil, la más necesitada de unificación era la de Obligaciones y Contratos, a diferencia de las demás, que pueden y deben conservar su propia particularidad, como Familia y Sucesiones (98). Este mismo criterio parece mantenerse también en el actual proceso de unificación europea, pues ni la Comunicación de la Comisión sobre Derecho Contractual, de 1 de julio de 2001, ni la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, anteriormente examinadas, incluyen al Derecho de Sucesiones en este proceso, por varias razones: por la escasa incidencia que las normas de la sucesión *monis causa* tienen en el funcionamiento del mercado interior y por el apego a tradiciones jurídicas, debidas a razones sociales y culturales (99). Sin embargo, conviene hacer algunas matizaciones, pues entre los sistemas sucesorios europeos hay puntos de divergencia y puntos de coincidencia.

1. Puntos de divergencia

1. La primera dificultad es que la Unión Europea no tiene competencia específica en materia de Sucesiones. En realidad, es una aplicación concreta de la cuestión más amplia sobre si tiene o no competencia para elaborar un Código de Contratos, por lo que cabe la misma respuesta, esto es, que la Unión Europea carece actualmente de base jurídica para ello, pero esto no impide que pueda tenerla en el futuro, por vía de modificación de los Tratados Constitutivos, pues sería totalmente ilógico que las instituciones comunitarias hayan iniciado y alentado este proceso unificador, si después no tuvieran competencia para sancionarlo (100).

(97) Sobre esta materia puede verse a GARCÍA GRANERO, «¿Derecho de Familia Europeo?», en *Derecho Privado Europeo*, pág. 1175 y sigs.

(98) CARBONNIER, «Derecho Civil», t. I, vol. 2, *Situaciones familiares y cuasifamiliares*, pág. 23 y sigs.

(99) CÁMARA LAPUENTE, «¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte», en *Derecho Privado Europeo*, pág. 1185 y sigs.

(100) Ver apartado VI.

2. Por razones históricas y culturales, se alega que algunos países europeos, como Alemania o Francia, se han mostrado contrarios a unificar el Derecho Sucesorio (SCHMIDLIN) (101) y, en España, la diversidad de sistemas sucesorios, dentro de los derechos forales, parecen confirmar la dificultad de la unificación en esta materia. Sin embargo, la existencia de varios sistemas sucesorios dentro de un mismo país no es un hecho excepcional, como ocurre en Escocia y en el resto del Reino Unido, o en los Estados federales, como Estados Unidos, Alemania o Suiza, y no hace más que constatar la diversidad legislativa existente en materia sucesoria, pero no significa que no pueda o no deba armonizarse.

3. La existencia de varios sistemas de transmisión de la herencia en Derecho Comparado, en especial la contraposición entre el Common Law y el Civil Law. Es evidente que la sustitución del causante por la persona o personas que se hagan cargo de su patrimonio después de su muerte, una de las misiones del Derecho de Sucesiones, es algo más que un cambio meramente subjetivo en una relación jurídica, como afirmaba SAVIGNY: que la idea de sucesión *monis causa*, o el destino del patrimonio de una persona fallecida, es un fenómeno profundo y de gran complejidad técnico-jurídica. Sobre la adquisición hereditaria, el Derecho Comparado presenta los siguientes sistemas:

- a) El primer sistema, de adquisición directa, se caracteriza por efectuar el sucesor la adquisición hereditaria directamente de su causante, sin intervención de autoridad o persona alguna.
- b) El segundo sistema, de adquisición directa por investidura, se caracteriza por ser directa la adquisición de heredero derivada de su causante, pero hecha efectiva mediante un acto oficial de investidura.
- c) El tercer sistema, de adquisición fiduciaria, se caracteriza por no adquirir los destinatarios directamente del causante, sino a través de un fiduciario interpuesto.

Veamos brevemente cada uno de ellos (102).

A) Régimen de adquisición directa

Es el más generalizado, si bien admite diversas variantes, pudiendo señalarse los siguientes aspectos:

(101) B. SCHMIDLIN, *Vers un droit privé européen commun?*, pág. 33 y sigs.

(102) Una exposición muy amplia puede verse en ROCA SASTRE, *Estudios sobre sucesiones*, t. II, pág. 417 y sigs., 1981.

I. Adquisición de la condición de heredero o propiedad de la herencia. El Derecho Romano y las legislaciones que se inspiran en él siguen el principio de continuidad jurídica del causante por el heredero, éste sucede a aquél, sin que en el proceso intervenga nadie más; sin embargo, en este principio puede haber dos variantes, según se siga el sistema de adquisición hereditaria por aceptación o por delación, una vez producida la aceptación, sus efectos se retrotraen al momento de la muerte del causante.

Dentro de este grupo, denominado sistema continental, se pueden distinguir dos subgrupos:

- a) En el sistema de delación están Alemania, Suiza, Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia.
- b) En el sistema de aceptación están España e Italia.

II. Adquisición de la posesión del caudal relicto. En lo relativo a la obtención por el heredero de la posesión de los bienes relictos, hay también varios tipos: a) el de la adquisición *ipso iure* de la posesión por el heredero desde el momento de la muerte del causante (Francia, Alemania, Suiza, Bélgica y Holanda); b) el de la adquisición de la posesión por el heredero, estando autorizado por la ley para hacerlo (España e Italia); c) el de la adquisición de la posesión por investidura judicial: el heredero debe pedir al Juez que le ponga en posesión (Austria).

B) Régimen de adquisición por investidura

Este es el sistema sucesorio vigente en Austria, que ocupa una situación intermedia entre el Common Law y el Civil Law. El Código Civil de Austria (Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch o ABGB) regula las sucesiones, en general, de acuerdo con el Derecho Romano, pero con una peculiaridad: la necesaria intervención de la autoridad judicial, para la comprobación y declaración de herederos, atribución y entrega de los bienes relictos. Esta declaración judicial (Einantwortung) constituye el acto básico del proceso de adquisición sucesoria, ya que entonces los herederos adquieren la herencia; hasta ese momento, sólo existía herencia yacente.

C) Régimen de adquisición fiduciaria

Es el sistema sucesorio inglés que se caracteriza en que la adquisición hereditaria, su efectividad posesoria y de gestión, no es directa, sino indirecta de tipo fiduciario. Frente al sistema continental, inspirado en el principio de continuidad jurídica del causante por el heredero, en el sistema anglosajón, el

principio fundamental es el contrario, ya que entre el causante y los herederos se interpone un intermediario, el «*executor*» (persona instituida como tal en el testamento), o el «*personal representative*» (persona designada por el Tribunal a falta de testamento) o el *administrator cum testamento annexo* (persona designada por el Tribunal si el testamento no designa executor o el nombrado renuncia) (103).

En resumen, el criterio de continuación del Civil Law, frente al criterio de liquidación del Common Law. No obstante este planteamiento, las diferencias entre ambos sistemas no son tan insalvables, como a primera vista pueda parecer, pues, a diferencia de otras ramas del Derecho Privado, como el Derecho de Contratos, el sistema sucesorio inglés presenta una importante aproximación con el sistema continental y es que la sucesión inglesa se rige por una serie de textos legales (104). Como se ha visto anteriormente, el Common Law es un derecho formado por los Jueces (*judge-made-law*) y no un derecho escrito, en el sentido de no estar codificado (105)». Este hecho, aparentemente intrascendente, supone un importante punto de partida, al no producirse en materia sucesoria un vacío legislativo, como el que existía en el ámbito de los contratos, que vino a llenar el Contract Code de HARVEY MCGREGOR, lo que facilitará los trabajos que puedan realizar, en su día, los grupos de estudio europeos sobre Derecho Sucesorio.

2. *Puntos de coincidencia*

Como se ha visto anteriormente, durante varios siglos, Europa aplicó un derecho común, el *ius commune* romano-canónico, situación que se prolongó hasta el movimiento codificador del siglo XIX, en el que varios países codificaron «su» Derecho Civil. Con razón, ROSCOE POUND recordaba que los juristas de Europa continental hablaban y escribían como si sólo existiera el Derecho Civil de Francia, Italia, Alemania... en lugar de considerar que subsistía doctrinalmente la unidad marcada por una tradición común europea, que se ha perpetuado desde Roma hasta nuestros días (106).

Esta tradición común de siglos se manifiesta en una serie de materias sucesorias, con soluciones similares en las legislaciones europeas, como ocurre con la conmoriencia entre dos personas llamadas a sucederse recíproca-

(103) PARRY, *Law of Succession*.

(104) Las principales normas son: Wil/s Act 1837 y 1963; Administration of Estates Act 1925 y 1971; Inheritance Act 1975; Non Contentions Probate Rules 1991; Family Provision (Intestate Succession) Order 1993; Law Reform (Succession) Act 1995; citados por CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1190, nota 22.

(105) Ver apartado IV, letra B, *Rasgos esenciales del Common Law*.

(106) Ver apartados 11 y IV, letra A.

mente, donde se admitían como soluciones bien una presunción de premo-riencia (Francia, que presumía la supervivencia del más fuerte, según la edad y sexo), bien una presunción de conmorienencia (Alemania, Suiza, España, Italia y Portugal). La reciente reforma del Código francés (Ley de 3 de diciembre de 2001) lo situó en el criterio común de la conmorienencia.

Otro punto de coincidencia es en la ficción de la capacidad sucesoria del concebido. Para evitar que el hijo nacido después de la muerte de su padre no pudiera heredar ni concurrir a la herencia con sus hermanos, el Derecho Romano estableció una cierta protección del concebido y no nacido, presuponiéndolo nacido para todo lo que pudiera favorecerlo (107). Esta solución, lógica y razonable, ha sido aceptada por numerosas legislaciones europeas (Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, España e Italia).

Las normas romanas son también recogidas sustancialmente por los sistemas europeos en lo relativo a las causas de indignidad para suceder, estableciendo una regla general y unas excepciones. La regla general es que toda persona, física o jurídica, tiene el derecho de suceder por testamento (testimentificación pasiva) o por llamamiento legal o intestado. Las excepciones son las llamadas incapacidades de suceder, que pueden subdividirse en incapacidades absolutas o relativas y en incapacidades por indignidad; el fundamento común de todas ellas son razones de orden privado y natural, no de orden público, social o religioso, como antiguamente. En efecto, en Derecho Romano, las incapacidades absolutas para suceder afectaban a esclavos, peregrinos, personas jurídicas, apóstatas, reos de alta traición y sus hijos, *nascituri*, comunidades de judíos en la Roma cristiana...; entre las incapacidades relativas estaban la del segundo o posterior consorte, que no podía adquirir por donación, herencia o legado más que el hijo menos favorecido del matrimonio anterior (*Ley Hac aedictali*) y la del Notario (Senadoconsulto Libonianno). La indignidad sucesoria respondía a razones de orden privado y se calificaba, no como incapacidad para suceder, sino como exclusión de la herencia o legado, ya que el indigno era capaz para suceder, pero, una vez declarada la indignidad, la herencia o legado adquirida por el indigno se atribuía al erario público y, más tarde, al Fisco o a una tercera persona, según los casos (108).

No obstante el fondo romano en esta materia, pueden apreciarse dos modalidades: a) sistemas que distinguen entre causas de indignidad y causas de desheredación (España y Alemania); y b) sistemas que las refunden en una sola figura, la indignidad (Francia e Italia).

Otro punto en que los sistemas europeos siguen claramente al Derecho Romano es en la sucesión intestada, inspirándose en el principio justíneaneo

(107) *Digesto*, 50.16.231.

(108) *SOHM, Instituciones de Derecho Privado Romano*, pag. 551 y sigs., Madrid, 1928.

de que el cariño primero desciende (descendientes), después asciende (ascendientes) y, por último, se reparte a los lados (hermanos y sobrinos). En la época clásica, la sucesión intestada estuvo organizada con arreglo al sistema agnaticio, caracterizado por conceder la herencia exclusivamente a los parientes por línea del varón; reflejando este sistema, las Doce Tablas llamaron a la sucesión a los herederos suyos (*suiheredes*), en su defecto, a los agnados y, por último, a los gentiles. Este sistema producía grandes injusticias, por ello, el Derecho pretorio estableció el siguiente orden: 1.º los descendientes legítimos por línea masculina (*liberi*); 2.º los herederos llamados por el Derecho Civil (*legitimi*); 3.º los cognados o parientes consanguíneos (*cognati*); 4.º el cónyuge supérstite (*vir et uxor*); de este modo la familia natural era admitida a la sucesión al lado de la familia civil. Después de algunas reformas introducidas por los Senadoconsultos Orficiano y Tertuliano, y por algunas Constituciones imperiales, Justiniano estableció el sistema cognaticio de sucesión con el siguiente orden: 1.º Los descendientes del difunto. 2.º Los ascendientes en concurrencia con los hermanos de doble vínculo e hijos de hermanos premuertos. 3.º Los colaterales por el siguiente orden: a) hermanos de doble vínculo y sus descendientes; b) hermanos unilaterales y sus descendientes; c) los demás parientes, según la proximidad de grado (109).

Los sistemas europeos siguen varios de estos criterios: el de la «comunidad familiar», con algunas variantes: el sistema agnaticio y el sistema lineal, troncal o de linaje de los bienes (Inglaterra hasta la entrada en vigor de la Administration of States Act en 1925, Aragón, Navarra, Álava y Vizcaya); el sistema biológico-psicológico, que atiende a los grados de parentesco y a otras consideraciones, como el afecto o la convivencia, con dos variantes, según se siga el régimen de distinguir entre clases, órdenes y grados (Francia, Italia, España y Portugal), o el de parentelas (Alemania, Austria, Suiza y países escandinavos) (110).

De lo expuesto, pueden destacarse como principios comunes a los sistemas europeos en materia de sucesión intestada:

1.º Los descendientes heredan siempre con preferencia sobre cualquier pariente.

2.º El grado más próximo excluye al más remoto.

(109) SOHM, *op. cit.*, pág. 532 y sigs.

(110) KIPP, *Derecho de Sucesiones*, vol. V, 1.º, pág. 30 y sigs., dice que el orden de suceder por parentelas (Parentelordnung) llama primero a los descendientes del causante, pues la primera parentela está constituida por el causante y sus descendientes; luego llama a los padres del causante y los descendientes de aquéllos; después llama a los abuelos y sus descendientes, y así sucesivamente; por tanto, los ascendientes del siguiente grado, jurto con sus descendientes, forman una parentela. Asimismo existen dos variantes: el de parentelas gradual, que no admite el derecho de representación, y el de parentelas puro, aunque a veces sólo en los primeros órdenes.

- 3.º Compatibilidad entre sucesión testada e intestada.
- 4.º El derecho de representación está muy extendido en todos los sistemas.
- 5.º Se ha mejorado notablemente la situación jurídica del cónyuge superviviente.
- 6.º Se reduce el número de parientes colaterales llamados a la sucesión intestada.
- 7.º En defecto de todo pariente llamado hereda el Estado.

Hay que destacar la especial incidencia que las nuevas tendencias del Derecho de Familia tienen en el Derecho de Sucesiones, pues los negocios *inter vivos* pueden tener gran trascendencia en la sucesión *monis causa* y viceversa, en especial, en la transmisión de empresas; en este sentido se orienta la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de diciembre de 1994, aconsejando revisar el principio de pago de la legítima *in natura*, porque puede mejorar el funcionamiento del mercado interior, facilitando la transmisión de PYMES. Estas nuevas tendencias del Derecho de Familia inciden en el Derecho de Sucesiones, porque amplían el número de personas que se benefician de una disposición *monis causa*; entre estas tendencias pueden indicarse las siguientes:

- a) La equiparación sucesoria de todos los hijos, con independencia de su filiación, matrimonial, extramatrimonial o adoptiva, como consecuencia del principio de igualdad, recogido en las Constituciones nacionales de los Estados miembros, en convenios internacionales y en las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos (111).
- b) En la relación existente entre el régimen económico-matrimonial y la protección sucesoria del cónyuge viudo. El matrimonio supone una unión física, afectiva e intelectual entre personas de diferente sexo para vivir en común y prestarse asistencia mutua; pero, esta unión, de personas y no de bienes, trasciende inevitablemente a la esfera patrimonial de cada uno de los cónyuges. Por ello, en el Derecho de Familia, se habla no sólo de los efectos personales de los cónyuges, sino también de los efectos patrimoniales o económicos, los primeros sometidos imperativamente a una regulación legal uniforme, mientras que los segundos no son iguales para todos los matrimonios, ya que los cónyuges pueden elegir el régimen económico que más le convenga (112).

(111) Sentencias de 13 de julio de 1979, caso Marckx, y de 1 de febrero de 2000, caso Mazurek.

(112) SAVIGNY distinguía entre un «Derecho de Familia puro» y un «Derecho de Familia aplicado a los bienes».

Si se efectúa un análisis comparativo entre los sistemas económico-matrimoniales y los derechos viduales, se encuentra una profunda interconexión entre estas instituciones jurídicas: ambas regulan la participación de los cónyuges en el patrimonio familiar y el deseo de supervivencia o continuidad del mismo, aún después de la muerte de uno de los cónyuges. Por ello, en unos regímenes jurídicos, los derechos viduales están estrechamente vinculados al régimen económico-matrimonial correspondiente, pudiendo incluso afirmarse que son integrantes del mismo; por el contrario, en otros sistemas, aparecen como independientes de éste, regulándose estrictamente como derechos sucesorios, con independencia del régimen económico-matrimonial. Se produce, pues, una correlatividad entre ambas figuras, de suerte que, a mayores derechos viduales derivados del régimen económico-matrimonial, suelen corresponder menores derechos sucesorios y viceversa. Un derecho sucesorio será tanto más necesario cuando el cónyuge supérstite no tenga una participación en las ganancias obtenidas en vida por su consorte, por haber existido un régimen de absoluta separación de bienes.

Esta correlatividad ya se puso de relieve en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil (113), que propuso ampliar los derechos usufructuarios del cónyuge viudo, concediéndole un beneficio que se aproximase a la viudedad universal del derecho navarro, determinándose dentro del régimen económico-matrimonial y no como derechos a la sucesión del cónyuge premuerto (114).

Otro punto de coincidencia de los sistemas europeos en materia sucesoria es el fortalecimiento de la situación jurídica del cónyuge supérstite. El Derecho Comparado es de máxima utilidad para el conocimiento y progreso del propio derecho, pues, incluso el más completo sistema jurídico no es perfectamente inteligible hasta que no se contempla en relación con otros. Los mismos problemas se plantean hoy por todas partes y cada legislación está influida, acaso inconscientemente, por las grandes corrientes jurídicas internacionales que sobrepasan las fronteras políticas de los Estados; esta universalización de los conceptos jurídicos es característica de la evolución del derecho moderno» (115).

En líneas generales, las legislaciones modernas coinciden en el deseo de reconocer ampliamente unos derechos al cónyuge supérstite, si bien difieren en la fórmula adoptada para ello. Los criterios que se siguen en esta materia son: a) sistema de asignación de una cuota en propiedad (Alemania, Austria,

(113) Celebrado en Zaragoza del 3 al 9 de octubre de 1946.

(114) Dentro de los Derechos Forales hay dos grupos netamente diferenciados: sistemas en los cuales los derechos viduales son elementos integrantes o próximos del régimen económico-matrimonial (Navarra, Aragón y Vizcaya), y sistemas en los cuales los derechos viduales son independientes del sistema económico (Código Civil, Cataluña, Baleares, Fuero del Baylio); sobre este punto me remito a mi trabajo *Legítima del cónyuge supérstite*, pág. 406 y sigs., editado por el Colegio de Registradores, 1989.

(115) ANCEL, *L'avocat et le Droit Comparé*, pág. 218, 1950.

Dinamarca y Grecia); b) sistema de asignación de una cuota en usufructo (España, Italia, Portugal, Irlanda y Escocia); c) sistema ecléctico o mixto, consistente en distinguir según que existan o no hijos del matrimonio en el momento de fallecer el cónyuge, dando una solución diversa para cada una de estas hipótesis: si existen hijos, el sistema de usufructo, ya que predomina la idea de que los bienes deben permanecer en la familia de procedencia; si no hay hijos, el sistema de propiedad, ya que entonces no hay razones para desmembrar el dominio (Francia, Bélgica, Suiza); d) sistema del derecho a alimentos, con una cuota en usufructo en la sucesión legítima (Portugal, nuevo Código Civil de 25 de noviembre de 1966).

De los sistemas jurídicos señalados pueden deducirse, a mi juicio, las siguientes consecuencias:

1.^a Se aprecia un notable incremento de los beneficios patrimoniales concedidos al cónyuge supérstite, procedentes bien del derecho matrimonial (uso de la vivienda familiar, ajuar doméstico...), bien del derecho sucesorio.

2.^a Se empieza a dar entrada al arbitrio judicial para fijar la legítima del cónyuge supérstite (116).

3.^a Tendencia generalizada a su reconocimiento como derecho recíproco de ambos cónyuges, consecuencia de la igualdad jurídica entre hombre y mujer.

4.^a Estrecha correlación entre el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge supérstite.

El problema central que se suscitará cuando se aborde la armonización europea en materia sucesoria será el tema de las legítimas. Todos los sistemas continentales reconocen expresamente tanto los derechos legitimarios como el principio de libertad de testar, por ello el problema radicará en fijar sus límites y analizar si las legítimas pueden o no mantenerse en sus términos actuales, por lo que sería conveniente constituir grupos de estudio europeos para potenciar un mayor conocimiento del Derecho Sucesorio.

VIII. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE UN CÓDIGO EUROPEO

La armonización del Derecho Civil básico en los Estados miembros es «un tema delicado y de gran carga política», reconoce expresamente la Re-

(116) El profesor BLAGOJEVIC señala que, en el antiguo Derecho yugoslavo, el Tribunal podía aumentar o disminuir la cuota en propiedad, en principio, de cuantía fija, por razones de carácter alimenticio; citado por CASTÁN VÁZQUEZ en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, marzo de 1964, págs. 15 y 16.

solución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001 (117). Las diversas iniciativas, comunitarias y **extracomunitarias** o académicas, han abierto un amplio debate en profundidad y una etapa de reflexión en el mundo jurídico sobre las ventajas e inconvenientes que pueda suponer la elaboración de un Código europeo de contratos, en una primera etapa, y de un Código general de Derecho Civil, en otra fase posterior. Por ello, conviene analizar sucintamente los argumentos utilizados en uno y otro sentido (118).

A) ARGUMENTOS A FAVOR DEL CÓDIGO EUROPEO

1. El funcionamiento del mercado interior. Este es el principal argumento que utiliza la Comisión Europea para defender la armonización: que la diversidad legislativa de los Estados miembros no permite realizar una estrategia uniforme de ventas, distorsiona la competencia entre empresas y operadores del tráfico, dificultando la libre circulación de bienes. Estas dificultades pueden ser afrontadas por grandes empresas, que cuentan con medios económicos y asesoramiento jurídico para conocer el sistema jurídico de la otra parte contratante, pero resultan un obstáculo insalvable para pequeñas y medianas empresas.

2. La insuficiencia del Derecho Internacional Privado para organizar y regular el mercado interior. La UE tiene competencias en materia procesal e internacional (arts. 61 y 65 TCE), que le permiten solucionar problemas dentro de un sistema de diferencias legislativas, pero no suponen una alternativa seria a la armonización de legislaciones, porque la ley sustantiva aplicable variará en cada caso, con lo cual las distorsiones subsistirán, aunque exista un Derecho Internacional Privado plenamente armonizado. Este es el argumento utilizado por la expresada Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, y por varios grupos de trabajo europeos (Comisión LANDO, el Grupo de VON BAR, la Academia de Pavía y, en la doctrina española, Díez PICAZO, ROCA y MORALES) (119).

3. La idea de codificación no está totalmente superada, pues el ordenamiento jurídico siempre necesita un estímulo intelectual; prueba de ello es que, en la segunda mitad del siglo xx, se han promulgado más de veinte

(117) Ver apartado III, letra A.

(118) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 66 y 67, dice que toda la argumentación descansa sobre cuatro razonamientos: cultural (una cultura europea o mayor diversidad cultural), económico (el funcionamiento del mercado único), político y técnico (insuficiencias del Derecho Privado Comunitario, competencia de la UE...).

(119) Ver apartado V, letras A, B y C. En términos categóricos, el informe LEHNE afirma que el Derecho Internacional Privado ya no es un elemento adecuado para el mercado único europeo.

Códigos Civiles, basta recordar al Código portugués, de 25 de noviembre de 1966; el holandés, de 1 de enero de 1992; el Contract Code de HARVEY MCGREGOR y los Códigos que preparan actualmente países de Europa Central y Oriental, en sustitución de los viejos códigos socialistas, con vistas a su inmediata incorporación a la UE (120).

4. Las condiciones económicas y sociales de los Estados miembros son similares, al basarse en una economía de mercado y en sistemas democráticos; a ello hay que añadir la unidad intelectual de una cultura jurídica europea de principios, razonamientos e instituciones, representada por el viejo *ius commune* romano-canónico durante varios siglos (121).

B) ARGUMENTOS EN CONTRA

1. Tradicionalmente se señala como argumento que obstaculiza la armonización europea la existencia de dos grandes sistemas jurídicos, el continental y el anglosajón, el Civil Law y el Common Law, al que se aproxima el sistema escandinavo. Sin embargo, a mi juicio, este razonamiento está actualmente muy debilitado por varias razones: por la aproximación entre ambos sistemas debido a las Directivas y la jurisprudencia comunitarias, sobre todo, las relativas a protección de usuarios y consumidores; por la numerosa participación de juristas anglosajones en los grupos de estudio europeos y, en especial, por el formidable esfuerzo de acercamiento a los derechos continentales, representado por el Contract Code, de HARVEY MCGREGOR (122).

2. Se alega también la falta de competencia de la UE para elaborar un Código Europeo de contratos, pues, caso negativo, su actuación estaría viciada de nulidad (art. 230 TCE) y podría ser impugnado ante el Tribunal de Justicia comunitario (art. 234 TCE). Sin embargo, el hecho de que actualmente la UE carezca de esta base jurídica, no impide que pueda tenerla en el futuro, por vía de modificación de los Tratados; en este sentido, aprovechado la reforma de los Tratados fundacionales, actualmente en marcha por la ampliación de nuevos países, se ha sugerido incluir expresamente esta competencia para zanjar la polémica.

3. Se argumenta que es necesario respetar el pluralismo europeo, que la esencia de Europa está en su diversidad lingüística, social, cultural y jurídica, como reconoce el TCE (art. 6.3), que se perdería por la armonización; esta pérdida sería especialmente grave en España, porque supondría la desaparición de los Derechos forales (123). Sin embargo, la idea de un Código

(120) Ver apartado IV, letra A.

(121) Ver apartado I.

(122) Ver apartado IV, letra B.

(123) SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 225 y sigs.

européo no ha sido rechazada por los juristas de territorios forales, que aceptan como inevitable el proceso de europeización jurídica y reclaman participar en él, desde su propia identidad (ESPIAU ESPIAU, VAQUER ALOY, MARTÍN CASALS) (124). Además, la citada Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, reconoce expresamente que «la tradición jurídica de los pueblos de Europa presenta, en último término, más coincidencias que divergencias» (125).

4. Se alega que la armonización provocaría la pérdida de competitividad entre los ordenamientos europeos para buscar las soluciones más eficaces a los problemas planteados. Sin embargo, a ello puede objetarse que esta competencia podría reducir las garantías jurídicas de usuarios y consumidores, obligándoles a buscar la norma más beneficiosa en otro lugar, lo que retrasaría el funcionamiento del mercado interior.

IX. RECAPITULACIÓN FINAL

De todo lo expuesto anteriormente, pueden deducirse las siguientes conclusiones:

1.^a El Derecho Privado Europeo se ha ido consolidando y aumentando, conforme lo hacía el mercado interior, de una «integración negativa», esto es, que los derechos nacionales no establecieran restricciones a las «cuatro libertades» fundamentales, se ha pasado a una «integración positiva», esto es, a Reglamentos y Directivas sobre Derecho Privado. Las sucesivas reformas de los Tratados fundacionales (Acta Única Europea, Maastricht y Amsterdam) han reforzado sistemáticamente al Derecho Privado Europeo, tendencia que se mantendrá en la revisión, actualmente en marcha para la ampliación de nuevos países, prevista para el 2004.

2.^a Numerosas Directivas Comunitarias han armonizado el Derecho de Contratos, sin embargo, esta unificación ha sido sectorial, de temas concretos, no de ramas enteras del Derecho Privado, lo que, en muchos casos, ha provocado una mayor confusión porque las Directivas han sido desarrolladas por los propios Estados miembros, lo que pone de relieve la necesidad de armonizar el Derecho de Contratos a nivel europeo.

3.^a Una tarea histórica tan ambiciosa y compleja como elaborar un Código Europeo de Contratos, destinado a sustituir, en su día, a los Códigos nacionales, es un fenómeno nuevo, sin precedentes en la historia, lo que obligará a actuar de una manera distinta a las codificaciones del siglo XIX;

(124) Citados por CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 72, nota 81.

(125) Ver apartado III, letra A.

este proceso requiere un intenso debate entre juristas, sobre todo entre los del Common Law y del Civil Law, para recuperar una cultura jurídica europea de principios, razonamientos e instituciones durante siglos, que tiene como denominador común el principio de autonomía de la voluntad.

4.^a Este proceso de «europeización jurídica» se desarrollará presumiblemente en dos fases: en una primera, esta armonización deberá superar la distinción entre el Derecho Civil y Mercantil, incorporando numerosas figuras contractuales del sistema anglosajón (leasing, renting, **factoring**...); en una segunda fase, la armonización comprenderá también materias de Familia y Sucesiones. Cuando se aborden materias sucesorias, el problema central que se suscitará será el tema de las legítimas, pues los sistemas europeos reconocen tanto el principio de libertad de testar como las legítimas, por ello, será un problema de límites, si las legítimas deben o no mantenerse como en la actualidad.

5.^a A la vista de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, no hay que descartar que, en el futuro, este proceso de europeización jurídica pueda comprender también los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria, las garantías sobre la misma, en concreto la «eurohipoteca», o el sistema de los Registros de la Propiedad.

JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad