

ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EN LA UNIÓN EUROPEA

*Rodrigo Momberg Uribe**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar de manera crítica el denominado proceso de armonización del Derecho Privado Europeo, específicamente en materia de Derecho Contractual. Al efecto, se pretende demostrar que dicho proceso no presenta fundamentos jurídicos suficientes para justificar las medidas de armonización general u horizontal que se pretenden llevar a efecto, entre las cuales destaca la elaboración del Marco Común de Referencia del Derecho Contractual Europeo.

DERECHO COMUNITARIO – DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO –
DERECHO PRIVADO

*A critical review of the contractual law's
harmonization process in the European Union*

ABSTRACT

The following paper critically analyzes the so-called harmonization process in European Private Law, specifically in matters of Contract Law. It is hoped to demonstrate that this process does not present sufficient legal foundation to justifying the general or horizontal harmonization measures that are supposed to be taken, in which the elaboration of a Common Frame of Reference in European Contract Law stands out.

COMMUNITY LAW – EUROPEAN CONTRACT LAW – PRIVATE LAW

* Abogado, Master en Derecho, Profesor de Derecho Civil, Universidad Austral de Chile, casilla 567, Valdivia, Chile. rmomberg@uach.cl Artículo recibido el 18 de noviembre de 2008 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 18 de mayo de 2009.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace aproximadamente dos décadas, se ha desarrollado en el ámbito de los países de la Unión Europea el denominado proceso de armonización del Derecho Privado Europeo, cuyos pilares esenciales han sido, por una parte, la promoción y adecuado funcionamiento del mercado interior (y por tanto una efectiva circulación de bienes, personas y servicios), y por otra, la protección de los consumidores. Principales actores de este proceso han sido la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante “la Comisión”) que en su carácter de órgano ejecutivo y con exclusiva iniciativa legislativa lo ha impulsado por medio de instrumentos jurídicos como propuestas de directivas, comunicaciones y otros, y diversos grupos de académicos que a través de exhaustivos proyectos de investigación han publicado una serie de estudios en forma de Principios (al estilo de los *Restatements* del Derecho de los Estados Unidos), *casebooks* y de innumerables trabajos de Derecho Comparado, que pretenden justificar y servir de base o modelo para un cuerpo común de Derecho Privado Europeo.¹

A la fecha, dos hitos marcan este proceso: la propuesta de formulación por parte de la Comisión de un “*Marco Común de Referencia*” (o *Common Frame of Reference*, en adelante MCR) para el Derecho Contractual Europeo, y la revisión del acervo comunitario en materia de Derecho de Consumo, también a iniciativa de la Comisión. Dos importantes productos ya se han generado en virtud de ellas: la publicación por parte de un grupo de académicos del “*Borrador del Marco Común de Referencia*” (o *Draft Common Frame of Reference*, en adelante “el Borrador”) y la *Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores*,² mediante la cual se pretende revisar y sustituir cuatro Directivas anteriores relativas a protección de los consumidores (Directiva 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 97/7/CE, sobre contratos a distancia, y directiva 1999/44/CE, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo) y que contiene como principal innovación la propuesta de *armonización plena*, que prohíbe a los Estados miembros mantener o adoptar por medio del derecho interno disposiciones divergentes de las establecidas en la Directiva.

El presente trabajo analiza de manera crítica el proceso antes señalado, tanto desde el punto de vista formal (competencia de la institucionalidad europea para llevarlo a efecto) como de fondo (es decir, en cuanto a sus fundamentos económico-jurídicos), para concluir que no existen fundamentos suficientes para sustentar jurídicamente una armonización horizontal o general del Derecho Contractual en la Unión Europea, sino limitada a sectores específicos como el Derecho de Consumo. Para ello se realiza una descripción general del proceso a nivel institucional y sus fundamentos (parágrafo 2),

¹ En el caso de la labor académica, cabe hablar de Derecho Privado Europeo ya que los proyectos desarrollados van mucho más allá del Derecho Contractual. Así solo a modo de ejemplo se puede mencionar al *Study Group on a European Civil Code* y a la *Commission on European Family Law*.

² COM (2008) 614 final.

para seguir con el análisis crítico de tales fundamentos (parágrafo 3) y las conclusiones que de ello se derivan (parágrafo 4).

2. LOS ANTECEDENTES INSTITUCIONALES Y SUS FUNDAMENTOS

El punto de partida de las iniciativas institucionales en materia de armonización del Derecho Privado Europeo puede encontrarse en las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994.³ En ellas, el Parlamento señaló que la adopción de un Código Civil Europeo constituiría la manera más eficaz de armonización del Derecho Privado en vista de lograr el objetivo de un mercado único sin fronteras. Como conclusión, solicitaba que se estudiara la posibilidad de redactar un Código Europeo común de Derecho Privado. Asimismo, en las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Tampere se indicó que “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”, insistiendo dicha instancia en la creación de un auténtico espacio jurídico europeo.⁴ En el mismo sentido, el Parlamento Europeo reitera en su Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa de trabajo de la Comisión para el año 2000, que para el mercado interior es esencial lograr una mayor armonización en el ámbito del Derecho Civil, solicitando a la Comisión que elabore un estudio en dicho ámbito.

Recogiendo estos mandatos, la Comisión elaboró el año 2001 la “*Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo*”.⁵ En resumen, la Comisión planteaba dos objetivos principales a lograr por medio de la Comunicación: la determinación de los posibles problemas que puedan plantear las divergencias entre los Derechos contractuales nacionales (en especial en relación al funcionamiento del mercado interior) y las opciones para el futuro del Derecho Contractual en la Comunidad. La invitación al debate por parte de la Comisión recibió respuesta por parte del Consejo y del Parlamento Europeo. Además, se recibieron 180 respuestas de otras partes interesadas (gobiernos, empresas, organizaciones de consumidores, profesionales de la justicia y académicos).⁶

³ DO C 158 de 26.6.1989 (Resolución A2-157/89); DO C 205 de 25.7.1994 (Resolución A3-0329/94).

⁴ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, SI (1999) 800.

⁵ COM (2001) 398 final, de 11.07.2001.

⁶ Cfr. “Respuestas a la Comunicación sobre derecho contractual europeo”, disponible en http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/summaries/sum_es.pdf. Ésta y todas las páginas web citadas han sido consultadas por última vez el 17.11.2008. En el plano académico, destaca la respuesta conjunta de la “Commission on European Contract Law (también conocida como Comisión Lando) y del “Study Group on a European Civil Code” (liderado por el Profesor von Bar, de la Universidad de Osnabrück). Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.23.pdf, y en von Bar, C. y Lando, O. “Communication on European Contract Law: Joint Response of Commission on European Contract Law and the Study Group on European Civil Code”,

En especial, la respuesta del Parlamento Europeo contemplaba la solicitud de un plan de acción a la Comisión,⁷ con medidas de corto, mediano y largo plazo, que debería concluir el año 2010 con la creación y adopción de un corpus de normas sobre Derecho Contractual, recomendando para tal efecto un Reglamento que pudiera utilizarse de manera voluntaria en el marco del Derecho Internacional Privado.

En este marco, la Comisión publicó en febrero del año 2003 la “*Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo. Un derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción*”,⁸ considerada como uno de los mayores impulsos institucionales al desarrollo de un Derecho Contractual Europeo común, y que ha dado lugar a gran cantidad de reacciones y debates, tanto a nivel político como académico.⁹

El Plan de Acción identificó entre los principales problemas relacionados con el acervo comunitario de Derecho Contractual la utilización de términos jurídicos no definidos en las Directivas, su inaplicabilidad práctica en algunos ámbitos específicos, diferencias de aplicación en los derechos internos debido al principio de armonización mínima e incoherencias de tipo general en el Derecho Contractual Europeo.¹⁰ Según la Comisión, estos problemas representan serias implicancias para el mercado interior, ya que constituyen “obstáculos y factores disuasivos de las transacciones transfronterizas”, especialmente a nivel de pequeñas y medianas empresas y de consumidores.¹¹

El documento propone una combinación de medidas regulatorias y no regulatorias para la solución de tales problemas: una apropiada intervención legislativa en sectores específicos, el incremento de la coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho Contractual, la promoción de la elaboración de cláusulas contractuales generales a nivel comunitario¹² y el análisis de la necesidad de una intervención legislativa general (no limitada a sectores específicos), como, por ejemplo, mediante la adopción de un instrumento facultativo.

Sin perjuicio de lo anterior, la propuesta principal de la Comisión fue la elaboración de un “*Marco Común de Referencia*”, incorporado dentro del objetivo más general de mejorar la calidad del acervo comunitario en el ámbito del Derecho Contractual, de manera de otorgar a dicho acervo un alto grado de coherencia tanto en su formulación como en su puesta en práctica, con el fin de facilitar el buen funcionamiento del mercado interior (especialmente en cuanto a las transacciones transfronterizas) en el sentido de

European Review of Private Law, 2/2002, p. 183-248. Para una revisión de las iniciativas académicas hasta el año 2002, véase Momberg, R., “Perspectivas en Derecho Privado Europeo”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, V. 13, diciembre 2002.

⁷ Resolución del Parlamento Europeo relativa a la armonización del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros, de 15.11.2001, Boletín UE 11-2001, pto. 1.4.98.

⁸ COM (2003) 68 final, en adelante “Plan de Acción”.

⁹ Cfr. Infante, F., “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho Privado Europeo”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, disponible en http://www.indret.com/pdf/534_es.pdf.

¹⁰ Plan de Acción, 3, pp. 7-10.

¹¹ *Ibid.*, 3.2, pp. 11-12.

¹² Esta medida fue descartada posteriormente. Vid. COM (2005), 456, final, p. 10.

evitar contradicciones en la aplicación de la legislación comunitaria y, por otra parte, resolver indirectamente el problema de la fragmentación de los derechos contractuales nacionales y la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho Comunitario.¹³

En este sentido, el Plan de Acción señala que el establecimiento del MCR debería permitir cumplir tres objetivos:¹⁴

- Su utilización en el proceso de revisión y mejora del acervo existente y en las propuestas que de esta revisión se deriven, de manera que el acervo del Derecho Contractual sea coherente y basado en normas básicas comunes y armonizadas. Para ello, el MCR debería contener terminología y normas generales (principios), incluyendo definiciones de conceptos fundamentales (como “contrato” o “daños”) y la regulación normativa de temas esenciales del Derecho Contractual, como por ejemplo, el incumplimiento contractual.
- Su utilización como instrumento que permita un mayor grado de convergencia entre los Derechos Contractuales de los Estados miembros.
- Su utilización como instrumento de análisis para la determinación de la necesidad de adoptar medidas no limitadas a sectores específicos, sino de tipo general, como la adopción de un instrumento facultativo de Derecho Contractual Europeo.

Hay que destacar que en el Plan de Acción la Comisión otorga particular relevancia a la mejora de la calidad y coherencia del acervo y de la legislación comunitaria presente y futura,¹⁵ enmarcada en la estrategia global de las instituciones europeas de simplificar el entorno regulador y mejorar la calidad de la legislación comunitaria.¹⁶ Lo interesante es que la Comisión plantea que cuando sea pertinente debe considerarse una consolidación, codificación y refundición de los instrumentos legales existentes que tengan por base criterios de transparencia y calidad.¹⁷

Posteriormente, la Comisión publicó la “*Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo. Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*”,¹⁸ documento en el cual se reitera que el papel principal del MCR será servir de herramienta para presentar propuestas de mejora de la calidad y coherencia del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en el ámbito del Derecho de Contratos.¹⁹ Además

¹³ Plan de Acción, 4.1, p. 17.

¹⁴ *Ibid.*, 4.1.1, pp. 18 y 19.

¹⁵ *Ibid.*, 4.1.2, pp. 21-24.

¹⁶ Vid. Gobernanza Europea - Libro Blanco [COM (2001) 428 final] y Comunicación de la Comisión - Plan de Acción “Simplificar y mejorar el marco regulador” [COM (2002) 278 final].

¹⁷ Al efecto, la Comisión entiende por *consolidación* la reunión en un solo texto no vinculante de las disposiciones actuales de un determinado instrumento regulador; por *codificación*, la adopción de un nuevo instrumento jurídico que reúne en un solo texto, sin cambios relativos al fondo, un acto antiguo y sus posteriores modificaciones; sustituyendo y derogando el nuevo instrumento a los anteriores; y por *refundición* la adaptación de un acto jurídico único en el que se han realizado los cambios de fondo requeridos, codificándose dichos cambios con las disposiciones del acto anterior no modificadas y derogándose dicho acto anterior. Véase Plan de Acción, p. 23.

¹⁸ COM (2004) 651 final, en adelante “Comunicación sobre Revisión del Acervo”.

¹⁹ *Ibid.* 2.1.1, p. 3.

se establecen como otras posibles funciones su utilización por parte de los Estados Miembros en la transposición de Directivas y en la dictación de nueva legislación de Derecho interno, su uso en casos de arbitraje, su utilización por los tribunales como instrumento interpretativo del acervo comunitario y la posibilidad, que sirva de base para un futuro instrumento facultativo.²⁰ Para lograr tales objetivos la Comisión propuso que el MCR se estructurase mediante la formulación de principios fundamentales comunes al Derecho Contractual, apoyados mediante definiciones de conceptos esenciales y con un núcleo central compuesto por el articulado propiamente tal. Para la elaboración del MCR la Comisión decidió financiar estudios e investigaciones de grupos de académicos expertos en el tema, que debían entregar sus resultados a fines del año 2007, lo cual implicaba un informe final con todos los elementos necesarios para que la Comisión elaborara el MCR.²¹

La iniciativa de la Comisión recibió el apoyo del Consejo Europeo, que adoptó en sus Conclusiones de 5 de noviembre de 2004,²² como seguimiento de las acciones propuestas en el Consejo Europeo de Tampere, el denominado Programa de La Haya,²³ que incluye también la referencia a un MCR en esta materia. Posteriormente, la Comisión incorporó el MCR en su Plan de Acción de 10 de mayo de 2005,²⁴ que también fue respaldado por el Consejo.²⁵ Además, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre el programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2005,²⁶ pide a ésta que promueva el proyecto, e insiste en su deseo de estar plenamente asociado al mismo.

Con estos respaldos, la Comisión estableció dos redes para la elaboración del MCR: la Red Conjunta en Derecho Privado Europeo (*Joint Network on European Private Law*, en adelante Red de Investigación) y la Red de Expertos Interesados (*Network of stakeholder experts*, en adelante Red de Expertos, referida también en documentos oficiales como Red MCR).

La Red de Investigación está compuesta por universidades, institutos y grupos de investigación, reuniendo a más de 150 académicos.²⁷ La tarea principal de esta Red es determinar los “*Principios Comunes del Derecho Europeo de Contratos*” (CoPECL por sus

²⁰ *Ibid.* 2.1.2 pp. 5 y 6.

²¹ *Ibid.* 3.1.1, p. 10.

²² Doc. n° 14292/04 del Consejo de 5.11.2004.

²³ Anexo I del Doc. n° 14292/04 del Consejo.

²⁴ COM (2005) 184 final.

²⁵ Doc. n° 9778/2/05 REV 2 del Consejo de 10.6.2005.

²⁶ P6_TA-PROV (2005) 0053.

²⁷ Integran la Red: las Universidades de Amsterdam, Bergen, Bielefeld, Edinburgo, Göteborg, Graz, Innsbruck, Osnabrück, Paris-Sud, Salzburg, Tilburg, Torino, Trieste y Utrecht; la Academy of European Law (ERA), la Association Henri Capitant; el Max Planck Institute for Foreign Private Law and Private International Law; el Study Group on a European Civil Code; el Acquis Group; el Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law Common Core Group; el Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules; y el Database Group. Vínculos a los sitios web de los participantes y mayores detalles pueden encontrarse en <http://www.copecl.org/>

siglas en inglés, y para diferenciarlos de los PECL²⁸), para ser presentados a la Comisión, debiendo incluir definiciones, conceptos generales y demás normas en el sentido de un articulado propiamente tal. Además, estos principios serían complementados con comentarios, derecho comparado y análisis de su impacto económico y práctico, como asimismo referencias a sus bases filosóficas.

Por su parte, la Red de Expertos, que involucra a las demás partes interesadas en el establecimiento del MCR (representantes de pequeñas, medianas y grandes empresas, consumidores, profesionales del Derecho y otros), se estableció con el objeto de garantizar que la investigación tenga en cuenta el contexto práctico en el que se aplicarán las normas, así como las necesidades y opiniones de los usuarios y otros interesados.²⁹ Esta Red se organizó en Grupos de Trabajo, que a través de talleres deberían analizar los borradores entregados por los académicos. A su vez, los investigadores dispondrían de seis meses para comunicar sus reacciones a los comentarios de la red MCR resumidos en informes elaborados por la Comisión.³⁰ Aun cuando no está claro el procedimiento ni la naturaleza jurídica que la Comisión pretende otorgar al MCR, su adopción está prevista para el año 2009.³¹

Como resultado del trabajo de la Red de Investigación, se ha presentado recientemente en forma conjunta por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Acquis Group* el “Borrador del Marco Común de Referencia”, que si bien es destacado por sus autores como un trabajo académico, resultado de una extensa investigación científica que pretende aumentar y promover el conocimiento del Derecho Privado Europeo, tiene también como propósito principal (y origen) servir de base para la elaboración del MCR por las instituciones políticas de la Unión Europea. La versión publicada³² tiene carácter de provisoria, ya que no contiene los comentarios y notas adicionales al articulado propues-

²⁸ Principles of European Contract Law, preparados por la Commission on European Contract Law, disponibles en http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/.

²⁹ Primer informe anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo, 2.2, p. 3. COM (2005) 456 final, en adelante referido como “Primer Informe”.

³⁰ *Ibid.*, p. 4. Hay que consignar que también se constituyó una red de expertos estatales para el análisis del MCR (Red de Expertos de los Estados Miembros), con representantes designados directamente por cada uno de los Estados Miembros. Dicha Red se reunió al menos en tres oportunidades, según puede deducirse del Segundo Informe de situación sobre el Marco Común de Referencia, elaborado por la Comisión (COM [2007] 447 final. Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/COMM_PDF_COM_2007_0447_F_ES_ACTE.pdf. Un resumen de los dos primeros talleres puede encontrarse en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/common_frame_ref_en.htm

³¹ Comunicación sobre revisión del acervo, 3.2.4, p. 14

³² Disponible en www.law-net.eu/en_index.htm. En conjunto con el Borrador, la Red de Investigación además entregó a la Comisión a fines del año 2007 otros documentos preparados por sus miembros, como los *Principles of European Insurance Contract Law* (elaborados por el Project Group Restatement of European Insurance Contract Law o Insurance Group) y los trabajos sobre *Terminologie Contractuelle Commune* y *Principes Contractuels Commune*, preparados por la Association Henri Capitant y la Société de Législation Comparée.

to (que sí constan en la versión entregada a la Comisión), y además debido a que en la versión final se agregarán nuevos capítulos sobre otras materias.³³

El Borrador está basado en parte en los PECL³⁴, y también otros trabajos académicos como las PEL³⁵ (*Principles of European Law Series*) y los *Acquis Principles*.³⁶ El documento se estructura en base a principios (en el sentido de reglas de carácter general, como las referidas a la libertad de contratar), definiciones (que se contienen como una lista de terminología común en un anexo) y reglas de carácter específico (articulado en el sentido tradicional) para cada una de las materias tratadas. Además, tal como se indicó, en la edición definitiva la normativa irá acompañada de comentarios, ejemplos y notas comparativas. En relación al ámbito de aplicación del Borrador, éste fue concebido en términos amplios, en base a la consideración del Derecho de Obligaciones en su conjunto, cubriendo por tanto derechos y obligaciones contractuales y extracontractuales. Por otra parte, también incluye la regulación de contratos específicos y en la edición final se agregarán además, como se dijo, otras materias que se consideran estrechamente ligadas al Derecho de Obligaciones, como algunas áreas del Derecho de Propiedad en relación a los bienes muebles (p. ej., transferencia de propiedad, garantías y trust).³⁷ Los académicos involucrados en la elaboración del Borrador del MCR han señalado reiteradamente que su trabajo es técnico y no político, y que el texto definitivo del MCR probablemente será distinto al que la Red de Investigación entregue como propuesta, por lo que han insistido en llamar al resultado de su investigación el MCR “Académico”.³⁸

La otra iniciativa relevante a partir del Plan de Acción y de la Comunicación sobre Revisión del Acervo fue justamente el proceso de revisión del acervo comunitario en materia de Derecho de Consumo, iniciado por la comisión el año 2004. Esta revisión tenía por objetivo principal analizar ocho Directivas relativas a consumidores,³⁹ de

³³ Borrador, p. 5.

³⁴ Ver nota 29.

³⁵ Elaborados por el Study Group on a European Civil Code. Ver <http://www.sgecc.net/pages/en/home/index.htm>

³⁶ Preparados por el European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group). Ver <http://www.acquis-group.org/>

³⁷ Borrador, pp. 18-20.

³⁸ Ver Schulte-Nölke, H., Issues arising from ongoing CFR work, Conferencia de Viena (26 de mayo de 2006), The Review of the Consumer Acquis and the Common Frame of Reference – Progress, Key Issues and Perspectives, disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference052006/hans_schulte-nolke.pdf. El Profesor Schulte-Nölke es el coordinador de la Red de Investigación.

³⁹ Tales Directivas son: 85/577/CEE, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 94/47/CE, relativa a la protección de los adquirentes acerca de determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; 98/6/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; 98/27/CE, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los

manera individual y en su conjunto, a efectos de determinar sus eventuales vacíos y problemas específicos, tanto normativos como de aplicación, lo que incluye el estudio de la normativa interna de transposición, la jurisprudencia judicial y administrativa, y otros aspectos relevantes en los mercados nacionales en que tienen vigencia.⁴⁰

Esta iniciativa se concretó en la creación de un grupo de trabajo permanente formado por expertos de los Estados miembros; un análisis del comportamiento de los consumidores y las empresas con respecto a la legislación vigente en el ámbito de la protección de los consumidores y los efectos de ésta en el comercio transfronterizo,⁴¹ y un estudio comparado del modo en que se han aplicado las Directivas en los Estados miembros, que incluye jurisprudencia y práctica administrativa.⁴²

En este marco, la Comisión también ha publicado informes sobre la transposición en los Estados miembros de las directivas sujetas a revisión. A la fecha se han publicado los relativos a las Directivas sobre precios unitarios⁴³, venta a distancia⁴⁴ y venta y garantías de bienes de consumo.⁴⁵

El trabajo de revisión del acervo concluyó en su fase de diagnóstico con la publicación por la Comisión del *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*⁴⁶, con el objeto de recabar opiniones de todas las partes interesadas sobre las posibles opciones políticas para la revisión del acervo en materia de consumo y otras cuestiones específicas.⁴⁷

En dicho Libro Verde, la Comisión plantea como principales problemas detectados la falta de adecuación de las Directivas comunitarias a las necesidades de los mercados actuales, en constante evolución; la fragmentación de las normas de la UE sobre protección de los consumidores, debido al principio de la *armonización mínima*, (que permite a los Estados miembros adoptar normas más estrictas en sus legislaciones nacionales) y a que muchas cuestiones se encuentran reguladas de manera incoherente en distintas directivas o se han dejado abiertas a definiciones de Derecho interno. Lo anterior, estima la Comisión, ha resultado en efectos negativos para el mercado interior, generando falta de confianza por parte de los consumidores, que son reacios a realizar compras

intereses de los consumidores; y 99/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁴⁰ El objetivo principal de la Comisión en materia de protección de los consumidores es “aumentar la confianza de los consumidores y de las empresas en el mercado interior, mediante un elevado nivel común de protección de los consumidores, la eliminación de los obstáculos existentes en el mercado interior y la simplificación de la legislación”. DO C 137 de 8.6.2002, p. 2.

⁴¹ Eurobarómetro: Protección de los consumidores en el mercado interior, encuesta realizada entre febrero y marzo de 2006 y publicada en septiembre de ese mismo año.

⁴² Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm

⁴³ Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/price_ind/comm_21062006_es.pdf

⁴⁴ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0514:FIN:>

ES:PDF

⁴⁵ Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/guarantees/CSD_2007_ES_final.pdf

⁴⁶ COM (2006) 744 final, en adelante simplemente el “Libro Verde”.

⁴⁷ Libro Verde, 2.2, p. 5.

transfronterizas debido a que no pueden estar seguros de que, cuando compren más allá de sus fronteras, se les aplique el mismo nivel de protección del que gozan cuando compran en su país.⁴⁸

Para la solución de dichos problemas, la Comisión plantea varias opciones:

- Un enfoque vertical, es decir, la revisión individual de las Directivas, modificándose cada instrumento por separado y de manera específica.
- Un enfoque mixto, esto es, la combinación de acciones verticales con la adopción de un instrumento horizontal, que contenga la regulación sistemática de materias comunes a las Directivas (como, por ejemplo, una definición uniforme de consumidor) y otras normativas que se consideran de aplicación general, como las disposiciones de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y las relativas a la venta de bienes de consumo.⁴⁹ Este enfoque simplificaría y racionalizaría el acervo en materia de consumo a través de la refundición de todas o parte de las Directivas vigentes. Por otra parte, la adopción de este esquema trae consigo la cuestión del ámbito de aplicación del instrumento horizontal, abarcando las opciones desde una cobertura amplia (aplicación a los actos o contratos nacionales y transfronterizos) a otras más reducidas (aplicación sólo a actos o contratos transfronterizos o a contratos a distancia).
- En cuanto al grado de armonización, la Comisión plantea la alternativa de la armonización plena, es decir, que la normativa interna debería estar en todo conforme con la normativa comunitaria y por tanto ningún Estado Miembro podría establecer normas más estrictas que las contenidas en las Directivas. Otras alternativas combinadas, que permitiesen la subsistencia del principio de la armonización mínima (cláusulas de reconocimiento mutuo o con énfasis en el país de origen), si bien se plantean en el documento, son consideradas como inadecuadas por la Comisión.⁵⁰

El resultado inmediato de este proceso es la ya mencionada *Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores*,⁵¹ la cual, en línea con la idea de armonización propugnada por la Comisión, propone en su artículo 4 el principio de *armonización plena*, en virtud del cual “Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores”. Ello implica un giro esencial respecto de la regla general adoptada hasta ahora en las Directivas relativas a Derecho de Consumo, esto es, el principio de *armonización mínima*, por el cual los Estados miembros pueden adoptar en su derecho interno normas más estrictas, es decir, de mayor nivel de protección para el consumidor, que las contenidas en las Directivas.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁹ *Ibid.*, 4.1, 4.2, pp. 8 y 9.

⁵⁰ *Ibid.*, 4.5, p. 11.

⁵¹ COM (2008) 614 final. Ver párrafo 1.

Por otra parte, la Directiva propuesta pretende sistematizar y otorgar coherencia (y en definitiva uniformidad) a conceptos esenciales en materia de Derecho de Consumo, como son consumidor, comerciante, productor, bienes, etc., que en algunos casos se encontraban definidos de diversa manera en las Directivas que se pretende fusionar. Lo mismo puede decirse de otras materias de carácter más general como las reglas sobre información precontractual, el derecho de desistimiento, derechos específicos de los consumidores en contratos de venta y cláusulas abusivas, todas las cuales son incluidas en la nueva propuesta.

La propuesta marca así un quiebre importante en la técnica legislativa utilizada hasta ahora en materia de Derecho de Consumo, esencialmente fragmentaria; y, por otra parte, mucho más relevante por su impacto en los ordenamientos domésticos, instaura en esta materia el referido principio de armonización plena para la implementación de la Directiva por parte de los Estados miembros.

Por último, para concluir la revisión de los antecedentes institucionales, parece relevante señalar que el Parlamento Europeo mediante las resoluciones de fecha 12 de diciembre de 2007 sobre Derecho Contractual Europeo y 3 de septiembre de 2008 sobre un MCR para el Derecho Contractual Europeo,⁵² ha dado un respaldo explícito a la formulación del MCR, señalando que no debe limitarse a materias relativas al Derecho del Consumidor, sino incluir materias generales de Derecho Contractual y que todas las opciones sobre la naturaleza jurídica del MCR, incluida la alternativa de un instrumento opcional, deben mantenerse abiertas.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO

Tal como se desprende de lo expuesto, las iniciativas comunitarias en materia de Derecho Contractual asumen como fundamentos esenciales para la armonización (o en algunos casos la unificación) del Derecho Contractual Europeo el que tal medida es necesaria para garantizar un sistema normativo más coherente y consistente que aquel basado en la regulación específica de determinados sectores por medio de Directivas, lo que unido a las diferencias entre los derechos internos conlleva a una incertidumbre jurídica para empresas y consumidores que afecta el adecuado funcionamiento del mercado interior. Así, un Derecho Contractual armonizado supondría una mejora en el funcionamiento del mercado interior debido a que reduciría los costos para las empresas que deseen hacer negocios en diversos países, lo que promovería a su vez la competencia y también la confianza de los consumidores para efectuar transacciones transfronterizas. Estos argumentos son ampliamente compartidos por la doctrina favorable a la armonización.⁵³

⁵² P6_TA(2007)0615 y P6_TA(2008)0397 respectivamente.

⁵³ Que parece ser la mayoritaria, especialmente en los países del norte de Europa. Sólo a modo de ejemplo, cfr. *Towards a European Civil Code*, Hartkamp *et al.* (Editores), 3ª edición, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2004.

Sin embargo, el desarrollo de las diversas iniciativas (especialmente las institucionales) ha hecho también surgir objeciones al proceso, que, tal como se indicó, lo cuestionan tanto por razones formales (falta de competencia de la institucionalidad para llevarlo a efecto o como de fondo (en cuanto a su sustento económico-jurídico). A continuación se procede a un análisis crítico de los principales fundamentos que justifican la armonización.

3.1. *Las razones tras los fundamentos de la Comisión*

La necesidad de justificar la armonización del Derecho Contractual (y la elaboración del MCR) en problemas de funcionamiento del mercado interior (ya sea derivados de la incoherencia interna del acervo comunitario o de las divergencias entre los derechos internos de los Estados miembros) está dada por la falta inicial de competencia de la Unión Europea para adoptar medidas legislativas de tipo general en el área del Derecho Privado. En este sentido, los poderes de la Comisión se encuentran limitados a la armonización de sectores específicos y ello sólo si genuinamente su objeto es la mejora de las condiciones del mercado interno (artículo 95 del Tratado de Constitutivo de la Comunidad Europea, en adelante simplemente el Tratado).⁵⁴ Además, las medidas de armonización sólo se permiten si sus objetivos no pueden ser alcanzados por los Estados Miembros (principio de subsidiariedad) y que no vayan más allá de lo que sea necesario para alcanzar aquellos objetivos (principio de proporcionalidad), ambos consagrados en el artículo 5 del Tratado. Lo anterior explica que la Comisión insista en la existencia de una falta de coherencia *general* (ya sea del acervo, de los derechos internos o de ambos) con consecuencias negativas para el adecuado funcionamiento del mercado interno, las cuales son asumidas entonces como una base válida para justificar la adopción de medidas de carácter *general* en el área del Derecho Privado.

Por otra parte, derivado de la naturaleza técnica de los problemas que se pretenden resolver (incoherencia legislativa y deficiencias del mercado), el enfoque de la Comisión para resolverlos necesariamente ha sido de carácter tecnocrático, a través de la constitución de la Red de Investigación y de la Red de Expertos, estableciéndose como objetivo final de estas Comisiones proponer las “mejores soluciones” para los problemas planteados.⁵⁵

Esta aproximación tecnocrática del problema ha sido criticada debido a que la idea de una armonización general del Derecho Privado a nivel comunitario necesariamente conlleva una dimensión política que la Comisión ha tratado de evitar, por ejemplo, refiriéndose a que el resultado del proceso podría generar un “instrumento facultativo” y negando expresamente su intención de proponer un “Código Civil Europeo”.⁵⁶ Sin embargo, parece evidente que más allá de la terminología que se utilice, la elaboración

⁵⁴ Así lo estableció la Corte Europea de Justicia en el caso *Federal Republic of Germany v. Council of the European and European Parliament* (Caso C-376/98, ECR.I-8419, también conocido como *Tobacco Case*).

⁵⁵ Hesselink, M., “A Technical ‘CFR’ or a Political Code? – An Introduction”, en *The Politics of a European Civil Code*, Hesselink, M. (Editor), Kluwer Law International, La Haya 2006, p. 4.

⁵⁶ Comunicación sobre revisión del acervo, 2.3, p. 9.

del MCR (tomando en cuenta su deseable y a la vez esperado carácter comprensivo y sistemático) constituye en esencia una codificación, como destacados autores lo han planteado.⁵⁷ En todo caso, cualquiera sea la naturaleza jurídica final del instrumento que se adopte no hay duda de que constituirá un referente esencial a nivel europeo en materia de Derecho Contractual, por lo que una eventual falta de legitimidad democrática del MCR (como opuesta a su supuesta legitimidad técnica) es una objeción que se ha transformado en tema relevante para las instituciones europeas. Así, las citadas resoluciones de fecha 12 de diciembre de 2007 y 3 de septiembre de 2008 del Parlamento Europeo instan a la Comisión a decidir estas materias sólo después de un amplio proceso de discusión en que se integre al propio Parlamento (como órgano de representación democrática de la Unión) y demás partes interesadas. Sin embargo, la efectividad de dicha participación o los mecanismos por los cuales podría llevarse a efecto no están claros ni han sido explicitados por la Comisión.

3.2. *Las objeciones formales. Falta de competencia de la institucionalidad europea*

Tal como se señaló, la competencia de la Unión Europea para el establecimiento de un Código Civil o de un instrumento normativo general (aun con carácter no vinculante) como podría ser el MCR también es un tema que ha sido cuestionado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que no sólo se trata de encontrar una base legal para tal medida, es decir, normas en los Tratados que formalmente permitan su adopción en base al artículo 5 inc. 1, que dispone que “La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna”, sino que además éstas deben ser acordes con los mencionados principios de subsidiariedad y de proporcionalidad establecidos en tales instrumentos, debiendo las propuestas de acción de la Comisión siempre fundamentarse en el respeto de estos principios. Así, en virtud del primero, “En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario” (artículo 5 inc. 2). Por su parte, el principio de proporcionalidad está contemplado en el inciso tercero de la misma norma, el cual establece que “Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

⁵⁷ Cfr. Hondius, E., “Towards a European Civil Code”, en *Towards a European Civil Code*, *op. cit.*; Collins, H., “The ‘Common Frame of Reference’ for EC Contract Law: a common’s Lawyer Perspective”, en *L’armonizzazione del diritto privato europeo*, Meli M. y Maugeri M. (editores), Giuffrè, 2004; Hesselink, M., “The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience”, *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3, mayo 2006.

Los artículos 94 a 96 del Tratado citado son las normas básicas a examinar, en cuanto se refieren a la aproximación de la legislación de los Estados miembros.⁵⁸ Especialmente el artículo 95 es frecuentemente citado como fundamento para la adopción de medidas de armonización o unificación de la legislación civil, ya sea a través de la codificación u otros instrumentos como el MCR, en virtud que tal norma permite la adopción de “medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. Hay que recordar que justamente la diversidad de legislaciones es señalada como un obstáculo para el adecuado funcionamiento del mercado interior. Sin embargo, el ámbito de aplicación de dicha norma es restringido, y no puede pretenderse en base a ella que la Comunidad tenga competencia para establecer una Codificación Civil o Contractual, ya que la legislación civil de los Estados miembros claramente no tiene por objeto “el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”, como lo requiere la disposición.⁵⁹ Por otra parte, también la afirmación que la diversidad legislativa sea un impedimento para el normal funcionamiento del mercado interior ha sido objeto de debate.⁶⁰

El carácter restrictivo de la norma ha sido confirmado por la Corte Europea de Justicia, que en el ya citado *Tobacco Case* anuló la Directiva 98/43/EC sobre “*Aproximación de las leyes, normativa y disposiciones administrativas de los Estados miembros relativas a la publicidad y soporte de productos de tabaco*”. En el fallo, la Corte claramente estableció que interpretar el citado artículo en el sentido de conferir a los legisladores comunitarios la facultad general de regular el mercado interno es contrario a su texto expreso y al también mencionado artículo 5 del Tratado. Además, señaló que una medida basada en el artículo 95 debe tener como objetivo indiscutible la mejora de las condiciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interno, y no puede basarse en la mera existencia de divergencias entre las legislaciones nacionales o riesgos de carácter abstracto para dicho mercado. Por último, el Tribunal estableció que las medidas adoptadas deben estar dirigidas específicamente a resolver los obstáculos en que se fundan y no otros de tipo general.

En el mismo sentido, puede concluirse que si en definitiva el MCR constituye un instrumento opcional, su propia naturaleza (i.e., su falta de carácter vinculante) le impediría ser el medio adecuado para solucionar los supuestos obstáculos que la diversidad y divergencia de las legislaciones internas implican para el mercado común, por lo que tampoco cumpliría los objetivos perseguidos por el citado art. 95.⁶¹ Asimismo el artículo 94, que puede interpretarse en similares términos que el art. 95, tiene aún un

⁵⁸ Al efecto, todas las Directivas que dicen relación directa con cuestiones esenciales de Derecho Privado se justifican por el legislador europeo en los artículos 94 o 95 del EC.

⁵⁹ Ziller, J., “The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States”, en *The Politics of a European Civil Code*, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁰ Ver 3.5 *infra*.

⁶¹ Ziller, J., *op. cit.*, p. 97.

carácter más restrictivo, ya que sólo permite la adopción de Directivas, lo cual excluiría la posibilidad de un instrumento facultativo, cuyo instrumento natural de materialización sería una Recomendación. Por otra parte, el artículo 96 se refiere a la aproximación de las legislaciones por medio de Directivas en el caso que deban eliminarse distorsiones en las condiciones de competencia del mercado común provocadas por divergencias entre las normativas internas de los Estados miembros, de manera que en base a esta norma sólo es posible la adopción de Directivas específicas, y en ningún caso de instrumentos de carácter general, ya sea vinculantes o no para los Estados miembros.

Sin perjuicio de lo anterior, una acción sectorizada en la protección de los consumidores podría encontrar sustento en el art. 153, que garantiza la protección de los consumidores mediante medidas que se adopten en virtud del art. 95 en el marco de la realización del mercado interior o bien que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. En este contexto, es posible justificar medidas de armonización o incluso codificación, pero limitadas a la protección de los consumidores, y no podrían extenderse hasta cubrir el Derecho de Contratos en general ni menos a otros aspectos del Derecho Civil.

También en el ámbito de acciones limitadas a sectores particulares del Derecho Contractual se suele citar como justificación en esta materia el artículo 65 del Tratado. Sin embargo, dicha norma presenta dos restricciones que la hacen inaplicable al efecto: Primero, dice relación sólo con materias civiles que tengan implicancias transfronterizas; y lo más relevante, se refiere a la cooperación judicial en asuntos procesales, no sustantivos.

La situación legal descrita no debería variar si el denominado Tratado de Lisboa entra en vigencia, ya que dicho instrumento no contempla entre las materias de competencia exclusiva de la Unión Europea (que le permitirá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes para los Estados miembros) alguna que diga relación directa con la armonización o codificación del Derecho Privado ni de Contratos.⁶² Por otra parte, el Tratado en cuestión incluye una disposición general similar al artículo 95 del Tratado Constitutivo que dispone que “La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados” (art. 22 bis apartado 1), la cual claramente está subordinada

⁶² Suscrito por los Estados miembros el 13 de diciembre de 2007, y pendiente de ratificación en algunos Estados miembros. El artículo 2 A de dicho Tratado dispone que (apartado 1) “Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión.” A su vez, el artículo 2 B señala en su apartado 1 que “La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: a) la unión aduanera; b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro; d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común; e) la política comercial común”; agregando en el apartado 2 que “La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.”

a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (reforzados en el Protocolo anexo al Tratado⁶³), y a la atribución de competencias que otras normas de éste y los demás Tratados vigentes confieran a la administración central de la Unión. Por último, las normas sobre cooperación judicial en asuntos civiles que contempla el Tratado, si bien consideran la posibilidad de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, están referidas a materias procesales civiles con repercusión transfronteriza, es decir, términos muy similares a los del ya referido art. 65 EC.⁶⁴

3.3. *La dimensión política*

El establecimiento de un Código Civil Europeo sin duda tendría un carácter simbólico mucho más allá de sus implicancias puramente jurídicas. Tal como las codificaciones de los siglos XIX y XX fueron el símbolo de la unificación política de diversos países, la idea de una Europa efectivamente unida o dividida puede reflejarse en el establecimiento de un Código Civil, ya que representaría la adopción de una cultura y una identidad ciudadana común, así como un lenguaje único a través del cual expresar dicha cultura.⁶⁵

Por otra parte, más allá de este valor simbólico, el establecimiento de un conjunto coherente y articulado de reglas (como se espera que sea el MCR, independientemente de que se materialice en un Código vinculante o en un instrumento de naturaleza opcional o facultativa, implica un proceso de elección de conceptos y valores que no puede ser reducido a un mero ejercicio técnico consistente en la búsqueda de la “mejor solución” aplicable al caso. Necesariamente un conjunto de reglas de Derecho Privado busca (o debería buscar) representar los valores y la visión de los individuos y la sociedad a la que pertenecen, en cuanto a sus relaciones sociales, familiares y económicas. En particular, el Derecho Contractual provee los principios básicos relativos a la forma en que los individuos se relacionan en materia económica con otros miembros de la sociedad. Autonomía de la voluntad, libertad contractual y sus limitaciones (o no) por razones de buena fe o justicia implican en el fondo la elección de valores y principios derivados de una visión de sociedad y no de una simple aplicación técnico-jurídica.

En este sentido, un destacado grupo de académicos, agrupados en el denominado *Study Group on Social Justice in European Private Law*, han puesto de relieve la necesidad de que la agenda propuesta por la Comisión incluyese una revisión de los valores que en esencia constituyan la base de un eventual Derecho Contractual Europeo que no sólo permita el adecuado funcionamiento del mercado interior, sino también garantice

⁶³ Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el cual dispone que “Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad” y establece un detallado procedimiento para la evaluación del cumplimiento de tales principios.

⁶⁴ Ver especialmente el art. 65 del Tratado de Lisboa.

⁶⁵ Study Group on Social Justice in European Private Law, “Social Justice in European Private Law: A Manifesto”, en *The Politics of a European Civil Code*, *op. cit.*, p. 172.

el cumplimiento de los principios de justicia social para los ciudadanos de la Unión,⁶⁶ que pueden encontrarse en diversos instrumentos como el Tratado de la Unión Europea, el proyecto (fallido) de Constitución Europea y especialmente la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la Carta de Niza sobre Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que declara que la Unión se funda “sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho”.⁶⁷ Actualmente, una declaración similar se encuentra en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007⁶⁸. Por último, el texto del reciente Tratado de Lisboa, que modifica los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Económica, reafirma que el establecimiento del mercado interior debe basarse en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, además de fomentar la justicia y la protección social.

Sin embargo, al contrario de lo planteado en el párrafo precedente, la Comisión parece haber adoptado una posición clara en cuanto a la ideología que debería primar en la elaboración del MCR, al declarar que la libertad contractual debería ser el principio rector de tal instrumento, permitiéndose sólo restricciones o excepciones calificadas al mismo, y conteniendo en su mayoría normas de carácter dispositivo.⁶⁹ Lo anterior ha sido interpretado como la elección explícita por parte de la Comisión de un MCR de carácter neoliberal, lo cual sería contradictorio con la tendencia contemporánea que considera tanto a la autonomía individual como a la solidaridad como principios fundantes del Derecho Privado, y también con el hecho de que en muchos Estados miembros la libertad contractual ya no puede considerarse como *el* principio esencial del Derecho de Contratos.⁷⁰ Las razones para la opción tomada por la Comisión no están claras y en ningún caso son explícitas, pero el carácter tecnocrático del proceso puede significar que tomando esta afirmación como punto de partida el texto final del MCR sea influenciado por intereses particulares de grupos de poder, especialmente vinculados a actividades productivas o empresariales. En este sentido, se ha destacado la necesidad de que la formulación del MCR debiese no sólo responder a necesidades económicas o (más estrictamente) de mercado, sino que también ser acorde con los valores del proceso de *constitucionalización* de la Unión Europea, especialmente en lo relativo a Derechos Fundamentales. Lo anterior para reconsiderar el Derecho Privado Comunitario, sea codificado o en su estado actual, desde esta nueva perspectiva, de manera de evitar la dualidad entre un Derecho

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 184-188.

⁶⁷ Preámbulo, Carta de Niza, OJ C 364/1, 18 de diciembre 2000.

⁶⁸ 2007/C 303/01.

⁶⁹ Plan de Acción, 62, 92-94.

⁷⁰ Hesselink, M., “The Politics of a European Civil Code”, en *The Politics of a European Civil Code*, *op. cit.* p. 157.

Constitucional Europeo basado en los Derechos Fundamentales y un Derecho Privado Europeo donde prime la lógica de mercado.⁷¹

3.4. *La alternativa del instrumento facultativo u opcional*

Tal como se señaló, la Comisión ha expresado que el MCR, si bien en principio no constituiría un Código vinculante para los Estados miembros, sí serviría como instrumento al cual los legisladores y los jueces (tanto comunitarios como nacionales) podrían recurrir como herramienta al adoptar nueva legislación, incorporar la normativa comunitaria a los ordenamientos internos o interpretar la normativa vigente según corresponda. Además, podría constituirse en un instrumento facultativo que las partes podrían optar por incluir, en el marco de la libertad contractual, como legislación aplicable al contrato.⁷² Sin embargo, como se indicó, dicha alternativa también ha sido criticada, ya que debido a la naturaleza jurídica de un instrumento de ese tipo los Derechos internos de los Estados miembros seguirían subsistiendo y por tanto las eventuales barreras o problemas al mercado interno creados por tal divergencia también. Por otra parte, si el objetivo es aumentar el grado de protección para la parte débil de la relación contractual, específicamente los consumidores, un instrumento opcional fácilmente puede ser excluido a través de contratos de adhesión por parte de los proveedores y por ende ser inútil para dichos efectos.

Asimismo, el eventual carácter de *soft law* del MCR⁷³ no excluye su potencial para constituir la base de una futura normativa vinculante, como ha sucedido en otras oportunidades.⁷⁴ Tal como se señaló, sin perjuicio de su denominación formal, la adopción del

⁷¹ Rodotà, S., "The Civil Code within the European 'Constitutional Process', en *The Politics of a European Civil Code*, *op. cit.*, p. 118. Sin embargo, otros autores han criticado esta idea, debido a la vaguedad del concepto de "justicia social", especialmente cuando se trata de su inclusión como criterio rector del Derecho de Contratos, vaguedad que hace muy difícil su puesta en práctica. Asimismo, se señala que sin perjuicio de intervenciones específicas cuando sea necesario, no puede pretenderse que el legislador, especialmente por medio de las normas que rigen las relaciones contractuales, pueda (o deba) intervenir en la forma de distribución de la riqueza, la cual se sostiene no es producto de un orden diseñado conscientemente, sino de uno que se ha desarrollado a través de un largo proceso de experimentación social. Cfr. Smits, J., "European Private Law: A plea for a spontaneous legal order", en *The Maastricht Faculty of Law Working Papers*, disponible en <http://www.unimaas.nl/default.asp?template=werkveld.htm&id=F60BL5P00MJO466V63M6&taal=nl>.

⁷² Incluso algunos autores plantean que para que esta alternativa tenga efectos prácticos deberían adoptarse varios instrumentos opcionales con énfasis diversos (p. ej. con mayor o menor restricción a la libertad contractual), de manera que sea atractivo para las partes contratantes sea utilizado frecuentemente en el tráfico jurídico y suponga así una competencia efectiva para los ordenamientos internos, que deberían tender a asimilarse a dichos instrumentos. Cfr. Smits, "European Private Law: A plea for a spontaneous legal order", *op. cit.*

⁷³ Entendiendo por *soft law* aquella normativa que si bien no tiene fuerza legal vinculante para sus destinatarios, pretende producir, directa o indirectamente, efectos prácticos como fuente de referencia o mediante su aplicación voluntaria por parte de tales destinatarios. Cfr. Senden, L., "Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?", en *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9.1 (January 2005), disponible en <http://www.ejcl.org/91/art91-3.PDF>

⁷⁴ Shaw, J., *Law of the European Union*, 3ª Edición, Palgrave, 2000, p. 248.

MCR constituirá técnicamente una codificación, que pretende servir como herramienta para la revisión del acervo comunitario de manera de otorgarle coherencia, lo cual implica que las Directivas vigentes serán revisadas o sustituidas por nuevas acordes con los principios, definiciones y reglas contenidas en el MCR, de modo que aquellas sean coherentes entre sí y, adicionalmente, con el MCR. Lo anterior implica que habrá un derecho comunitario vigente y vinculante (Directivas) y otro no vigente ni vinculante (MCR), formando un sistema coherente y complementario entre sí, lo que hará difícil comprender y utilizar uno sin conocer el otro.⁷⁵

Al respecto, es relevante señalar que los tribunales nacionales deben interpretar el Derecho interno a la luz de las Directivas relevantes al caso particular,⁷⁶ de lo que se colige que adoptado el MCR deberán también recurrir a éste como instrumento de referencia para interpretación de las Directivas. En este sentido, la Corte Europea de Justicia ha fallado que instrumentos no vinculantes para los Estados miembros, como las Recomendaciones, deben ser tomadas en consideración por los Tribunales nacionales cuando son útiles para la interpretación de normas internas o comunitarias.⁷⁷ Esta situación podría generar tensiones e incompatibilidades entre dos sistemas jurídicos con iguales pretensiones de coherencia: los Derechos nacionales de los Estados miembros, por una parte, y por otra, las Directivas y el MCR. Así, tanto los Códigos nacionales como el MCR proveerán conceptos fundamentales y reglas generales aplicables, por ejemplo, a la formación, cumplimiento y extinción de los contratos, siendo muy difícil que tales conceptos y reglas coincidan en todo o en parte.⁷⁸

3.5. *El fundamento económico-jurídico. La necesidad económica de la armonización*

Analizadas las objeciones formales y políticas al proceso de armonización y/o unificación, cabe preguntarse si es efectiva la razón que se considera como esencial y justificante para éste, es decir, si la diversidad de legislaciones internas implica un impedimento o un problema suficientemente serio para el funcionamiento del mercado interno.

Curiosamente, este argumento, económico por naturaleza, asumido como premisa y casi sin reparos por muchos académicos partidarios de la armonización, es puesto en duda por aquellos especialistas en teoría económica o análisis económico del Derecho,

⁷⁵ Hesselink, M., "The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience", *op. cit.*, p. 294.

⁷⁶ La jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia así lo ha establecido. Ver entre otros, casos C-106/89, ECR I-4135; C-334/92, ECR I-691; C-91/92, ECR I-3325 y C-240/98, ECR I-4941.

⁷⁷ *Grimaldi vs. Fonds des Maladies Professionnelles* [1989] ECR 4407.

⁷⁸ Hesselink, M., "The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience", *op. cit.*, p. 295.

como también por los supuestos beneficiados con el proceso, es decir, los comerciantes y empresarios.⁷⁹

En estricto sentido, no cabe duda que ante legislación divergente los costos de una transacción transfronteriza son mayores que los de una efectuada bajo un solo derecho aplicable. Sin embargo, también debe considerarse que un proceso general de armonización del Derecho Contractual, de las dimensiones del que se pretende llevar a cabo en la Unión Europea, sólo puede justificarse si existe un problema suficientemente grave y serio, que además pueda resolverse por medio de tal armonización.⁸⁰

Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, la primera gran crítica que se formula a los fundamentos esgrimidos por la Comisión es que carecen de evidencia empírica, siendo simples asunciones.⁸¹ En este sentido, no está claro que los beneficios de la armonización sean mayores que los costos de llevarla a cabo. Entre estos costos, pocas veces considerados por los defensores de la armonización, están sin duda los referidos a la puesta en vigor del sistema, lo que incluye no sólo la creación de la institucionalidad y burocracia necesaria, sino también aquellos asociados a la educación de jueces y abogados, y a la adecuación de diversos instrumentos jurídicos al nuevo régimen (contratos, normativa reglamentaria, etc.), entre otros.⁸²

Asimismo, para un análisis adecuado de la cuestión, debe distinguirse entre normas dispositivas e imperativas, y a su vez, entre grandes empresas, pequeñas y medianas empresas, y consumidores como destinatarios de dichas normas. Así, la divergencia de derecho dispositivo (naturaleza que tienen la mayoría de las normas de Derecho Contractual) no representa un problema ni un freno para que las grandes empresas efectúen negocios transnacionales, ya que éstas generalmente cuentan con gran poder de negociación y recursos que les permiten asumir los costos de las transacciones mediante la redacción de contratos detallados que se ajustan a sus necesidades, agregándose a lo anterior que los costos de la asesoría legal necesaria para ejecutar el negocio son marginales si se comparan con las ganancias que la transacción genera. En este sentido, se agrega que los problemas derivados de transacciones transfronterizas pueden ser solucionados en su mayoría por los mismos interesados, a través de estipulaciones contractuales adecuadas, entre las cuales están las cláusulas sobre derecho aplicables.⁸³

⁷⁹ Así, en las respuestas a la Comunicación de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo del año 2001, las asociaciones de pequeñas y medianas empresas señalaron que la diversidad de legislaciones relativas al Derecho Contractual no era la principal barrera al comercio o inversiones transfronterizas en el marco del mercado interior, sino que eran otros los factores que lo impedían, como la distancia física, el transporte y las diferencias culturales o idiomáticas.

⁸⁰ Goode, R., "Contract and Commercial Law: The logics and limits of harmonization", en *Electronic Journal of Comparative Law*, V. 7.4, noviembre de 2003, disponible en <http://www.ejcl.org/74/art74-1.html>.

⁸¹ Van der Bergh, R. y Visscher L., "The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?", en *European Review of Private Law*, 4-2006, p. 514.

⁸² Wagner, H., "Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty", en *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Smits, J. (Ed.), Europa Law Publishing, Groningen, 2005, p. 39.

⁸³ Goode, R., *op. cit.*

Lo señalado precedentemente no se aplica sin embargo de igual manera a las pequeñas y medianas empresas, para las cuales los costos de asesoría legal pueden representar parte elevada de los costos generales de la transacción, por lo que muchas veces sus operaciones son gobernadas por la legislación dispositiva, de manera que efectivamente en su caso el desconocimiento de la legislación extranjera puede constituir un desincentivo a efectuar negocios en otro país, aun cuando tampoco existe suficiente constatación empírica al respecto.⁸⁴

En cuanto a la situación de los consumidores, puede también en principio estimarse que el desconocimiento de un determinado sistema legal podría inhibirlos de adquirir bienes o servicios en otro país. Si bien esto es teóricamente correcto y puede ser cierto en determinados casos, no debe olvidarse que aun con un sistema de armonización mínima el consumidor europeo goza de un nivel de protección elevado en los Estados miembros de la Unión. Además, este argumento supone la actuación de un consumidor informado en cuanto al contenido de su legislación nacional, lo cual no pasa de ser un supuesto. Los verdaderos impedimentos son de otra naturaleza: distancia física, idioma, costos de transporte y esencialmente la aversión a litigar ante tribunales extranjeros.⁸⁵ Ello puede aplicarse *vis-à-vis* para el caso de las medianas y pequeñas empresas referido en el párrafo anterior.

En relación con lo precedentemente expuesto, se puede también sostener que una eventual armonización del Derecho Contractual no implica ni es suficiente para lograr una verdadera *armonización jurídica*, que sea útil a los fines económicos que se pretenden obtener. Las normas de Derecho Procesal y en general la cultura jurídica que involucra a jueces, abogados, servicios públicos y otros actores relevantes seguirán siendo esencialmente nacionales, de manera que el efecto real de la armonización de la normativa sobre Derecho Contractual como promotor del mercado interno puede ser mínimo o intrascendente.⁸⁶ Las argumentaciones anteriores han hecho concluir a algunos autores que el rol del Derecho Contractual en la eliminación o reducción de los costos de las transacciones transfronterizas, y por tanto, en el adecuado funcionamiento del mercado interior, ha sido sobrevalorado.⁸⁷

Tal como se indicó, ello no quiere decir que las divergencias entre los derechos internos no generen costos de transacción o barreras psicológicas para el comercio, pero dichos costos o barreras se producen igual y en mayor medida por otras razones, como,

⁸⁴ Cfr. Wagner, G., "The Virtues of Diversity in European Private Law", en *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, *op. cit.*, p. 18, quien da como ejemplo contrario la situación de algunos pequeños y medianos empresarios alemanes.

⁸⁵ Cfr. Goode, R., *op. cit.* El autor da el siguiente ejemplo para demostrar la fragilidad (o ingenuidad) del argumento: Una mujer de Ruritania (país ficticio), de visita en Roma, ve un vestido fabuloso en una vitrina de la Vía Condotti. Cuando está a punto de comprarlo, una preocupación viene a su mente: desconoce el Derecho italiano aplicable; por lo que, en definitiva, se abstiene de comprar el vestido que tanto deseaba.

⁸⁶ En este sentido, Gómez Pomar, F., "The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective", en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, http://www.indret.com/pdf/535_en.pdf

⁸⁷ Smits, J., "European Private Law: A plea for a spontaneous legal order", *op. cit.*, p. 16.

por ejemplo, los mencionados costos de transporte, las diferencias idiomáticas o simplemente culturales, e incluso las divergencias normativas, pero más bien las de naturaleza tributaria o procesal que las relativas al derecho privado o contractual.

3.6. *La diversidad de jurisdicciones vista como una ventaja*

Finalmente, existe un argumento que impugna la esencia del proceso, cual es que la diversidad de jurisdicciones genera ventajas o beneficios que desaparecen con la armonización.

La base de este razonamiento está en la tesis sustentada por Charles Tiebout, quien planteó que la competencia entre sistemas legales diversos permite a empresas y consumidores satisfacer sus necesidades o preferencias de mejor manera, ya que ello les permite optar y establecerse por la jurisdicción que mejor proteja sus intereses, abandonando la contraria. En virtud de lo anterior, el legislador tendría el incentivo de hacer su jurisdicción lo más atractiva posible, para evitar que los miembros de la comunidad la abandonen.⁸⁸

Evidentemente, la teoría de Tiebout está basada en presupuestos inexistentes en la realidad, esto es, que empresas y consumidores gozan de plena movilidad entre jurisdicciones y que están plenamente informados respecto de ellas, todo ello a costo cero; pero aún así es razonable considerar que la existencia de distintos sistemas legales permite que éstos se beneficien mutuamente por medio de su análisis comparativo (tanto teórico como empírico), que permite adoptar (o no) soluciones, reglas o instituciones legales ya probadas en otros sistemas.⁸⁹ En doctrina legal de los Estados Unidos se cita la evolución y perfeccionamiento del Derecho de Sociedades de ese país como el producto de la competencia de las diversas jurisdicciones estatales que han debido desarrollar normativas atractivas para las empresas, de manera que éstas elijan constituirse en la jurisdicción estatal que más convenga a sus intereses, la cual a su vez se beneficia con el pago de los impuestos correspondientes.⁹⁰

Así, si el proceso de armonización implica, tal como se ha planteado en las Comunicaciones de la Comisión y en diversos trabajos académicos, el establecimiento de manera centralizada de un instrumento general (MCR u otro) que contenga las eventuales “mejores soluciones” en Derecho Contractual, la competencia entre los distintos ordenamientos internos terminará, y con ello también sus beneficios. Al efecto, se agrega que una armonización en este sentido puede implicar además la creación de órganos o

⁸⁸ Tiebout, C., “A pure Theory of Local Expenditures”, en *J. of Political Economy* 64 (1956), p. 416 y sgtes., citado por Wagner, G., *op. cit.*, p. 5.

⁸⁹ Cfr. Smits, J. *op. cit.*, p. 19, y Wagner, C., *op. cit.*, p. 9. Este último señala una serie de ejemplos en los cuales los estudios de derecho comparado han permitido el desarrollo a nivel de derechos internos de instituciones de Derecho de Familia, Derecho Societario y Responsabilidad por Productos Defectuosos.

⁹⁰ Véase Gómez Pomar, F., “The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, http://www.indret.com/pdf/535_en.pdf. Este caso suele también designarse como “*Delaware effect*”, debido a que la jurisdicción de tal Estado ha sido históricamente la que presenta mayores beneficios para las empresas y por tanto un alto número de éstas se constituyen bajo su normativa.

instituciones que sólo busquen en el futuro la mantención de su propia legitimidad e interés, en desmedro de los intereses de los Estados miembros o de los ciudadanos en general, cuestión que puede controlarse de mejor manera manteniendo la diversidad.⁹¹

4. CONCLUSIONES

Tal como se indicó, este trabajo ha pretendido demostrar la carencia de sustento jurídico suficiente del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea.

Al efecto, el análisis crítico del fundamento esencial para justificar la armonización (esto es, que la diversidad de legislaciones impide o perturba el adecuado funcionamiento del mercado interno, debido a que desincentiva a empresas y consumidores a efectuar transacciones transfronterizas en virtud del aumento de los costos de tales transacciones) demuestra a juicio del autor que tal fundamento no ha sido debidamente acreditado al extremo de justificar la necesidad de la armonización general del Derecho Contractual.

Así, la base jurídica formal, es decir, la competencia de la institucionalidad europea para llevar a efecto el proceso es débil y en todo caso sólo permitiría la adopción de medidas específicas y no generales, las cuales siguen siendo competencia de los Estados miembros. Excepcionalmente, tal como se señaló, es posible justificar medidas de armonización o incluso codificación, pero limitadas a la protección de los consumidores, y no podrían extenderse hasta cubrir el Derecho de Contratos en general ni menos a otros aspectos del Derecho Civil.

Por otra parte, el fundamento económico asociado a la armonización no pasa de ser una asunción, al menos en cuanto a la relevancia que la diversidad legislativa en materia de Derecho Contractual tiene en la generación de barreras y costos para las transacciones de empresas y consumidores en el mercado interior. En otras palabras, tales costos efectivamente existen, pero ¿en qué medida están dados por falta de unidad de la legislación contractual? Dichos costos ¿desaparecerán o bajarán sustancialmente al armonizarse tal legislación? Respuestas justificadas para tales interrogantes no han sido proveídas por los defensores de la armonización, quienes más bien sólo reiteran que la falta de unidad legislativa es perjudicial *por definición*. Así, las necesidades del mercado interior no serían suficientes entonces para sustentar una armonización general del Derecho de Contratos, ni menos del Derecho Privado en su conjunto, más allá de medidas dirigidas a sectores específicos.

No obstante lo anterior, el proceso de armonización cuenta con un amplio respaldo político de la institucionalidad europea, siendo la elaboración del MCR y la revisión del acervo en materia de Derecho de Consumo (que se ha materializado recientemente en la *Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores*, elaborada bajo el principio de la armonización plena y en línea con la armonización horizontal propugnada por la

⁹¹ Wagner, H., *op. cit.*, p. 41.

Comisión) sus principales manifestaciones. Lo mismo puede decirse del respaldo académico, que a través de diversos grupos de investigación⁹² se han consagrado a la redacción de Principios, *casebooks*, reglas comunes, etc., lo cual ha contribuido enormemente al conocimiento de legislaciones comparadas y se trata de un ejercicio intelectual valioso; pero que no puede reducirse a una mera actividad de naturaleza técnica, ya que la búsqueda de “mejores soluciones” necesariamente implica decisiones políticas que influirán en la elaboración de los instrumentos de armonización por parte de la institucionalidad.

En definitiva, aun a falta de sustento jurídico, es altamente probable que en el mediano plazo la Unión Europea cuente con instrumentos jurídicos de armonización general del Derecho Contractual. Los alcances y el efecto que tales instrumentos tendrán sobre los ordenamientos domésticos aún son una incógnita, pero sin duda serán relevantes y generarán nuevos e interesantes debates en la comunidad jurídica europea e internacional.

5. BIBLIOGRAFÍA

- COLLINS, H., “The ‘Common Frame of Reference’ for EC Contract Law: a common’s Lawyer Perspective”, en *L’armonizzazione del diritto privato europeo*, Meli, M. y Maugeri, M. (editores), Giuffrè, 2004.
- GÓMEZ POMAR, F., “The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, http://www.indret.com/pdf/535_en.pdf
- GOODE, R., “Contract and Commercial Law: The logics and limits of harmonization”, en *Electronic Journal of Comparative Law*, V. 7.4, noviembre de 2003, disponible en <http://www.ejcl.org/74/art74-1.html>.
- HARTKAMP *et al.* (Editores), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 3ª Edición, 2004.
- HESELINK, M., “A Technical ‘CFR’ or a Political Code? – An Introduction”, en *The Politics of a European Civil Code*, Hesselink, M. (Editor), Kluwer Law International, La Haya 2006.
- HESELINK, M., “The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience”, *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3, mayo 2006.
- HESELINK, M., “The politics of a European Civil Code”, en *The Politics of a European Civil Code* Hesselink, M. (Editor), Kluwer Law International, La Haya 2006.
- HONDIUS, E., “Towards a European Civil Code”, en *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 3ª Edición, 2004.
- INFANTE, F., “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho Privado Europeo”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, disponible en http://www.indret.com/pdf/534_es.pdf
- MOMBERG, R., “Perspectivas en Derecho Privado Europeo”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, V. 13, diciembre 2002.
- RODOTÀ, S., “The Civil Code within the European ‘Constitutional Process’”, en *The Politics of a European Civil Code*, Hesselink, M. (Editor), Kluwer Law International, La Haya 2006.

⁹² Que trascienden por mucho el ámbito del Derecho Contractual, como se indicó en la nota 1.

- SCHULTE-NÖLKE, H., Issues arising from ongoing CFR work, Conferencia de Viena (26 de mayo de 2006), The Review of the Consumer Acquis and the Common Frame of Reference – Progress, Key Issues and Perspectives, disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference052006/hans_schulte-nolke.pdf.
- SENDEN, L., “Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?”, en *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9.1 (January 2005), disponible en <http://www.ejcl.org/91/art91-3.pdf>
- SHAW, J., *Law of the European Union*, 3ª Edición, Palgrave, 2000, p. 248.
- SMITS, J., “European Private Law: A plea for a spontaneous legal order”, en *The Maastricht Faculty of Law Working Papers*, disponible en <http://www.unimaas.nl/default.asp?template=werkveld.htm&id=F60BL5P00MJO466V63M6&taal=nl>.
- Study Group on Social Justice in European Private Law, “Social Justice in European Private Law: A Manifesto”, en *The Politics of a European Civil Code*, Hesselink, M. (Editor), Kluwer Law International, La Haya 2006.
- TIEBOUT, C., “A pure Theory of Local Expenditures”, en *J. of Political Economy* 64 (1956).
- VAN DER BERGH, R. y VISSCHER, L., “The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?”, en *European Review of Private Law*, 4-2006.
- VON BAR, C. y LANDO, O., “Communication on European Contract Law: Joint Response of Commission on European Contract Law and the Study Group on European Civil Code”, *European Review of Private Law*, 2/2002.
- WAGNER, G., “The Virtues of Diversity in European Private Law”, en *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Smits, J. (Ed.), Europa Law Publishing, Groningen, 2005.
- WAGNER, H., “Economic Analysis of Cross - Border Legal Uncertainty”, en *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Smits, J. (Ed.), Europa Law Publishing, Groningen, 2005.
- ZILLER, J., “The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States”, en *The Politics of a European Civil Code*, Hesselink, M. (Editor), Kluwer Law International, La Haya 2006.