

LECCIONES DEL PROCESO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA

CARLOS RUIZ-TAGLE VIAL*

Universidad Católica del Norte, Sede de Antofagasta, Chile

RESUMEN

Este artículo consiste en un estudio del actual proceso de unificación del derecho privado europeo fundado en los principios generales del Derecho y en especial en la buena fe. Se busca examinar las alternativas recomendadas por el Parlamento Europeo y la acogida que ha tenido en distintas comisiones de académicos. El debate que ha surgido en torno a ellas entre partidarios y detractores de las medidas se basa en la convicción de la posibilidad de un derecho común y en la mayor o menor influencia del Derecho Romano en las diversas soluciones jurídicas aportadas por el *Civil Law* y el *Common Law*. En el escrito se realiza un ejercicio unificador en relación con la transposición de la directiva 93/13/CEE. Finalmente se examinan posibles modelos unificadores del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Derecho común europeo – Comisión Lando – Comisión de Pavía – *Lex mercatoria* – Buena fe.

ABSTRACT

This article consists on a study of the current process of unification of the European private law, founded in the general principles of Law and especially in the principle of good faith. It is looked for to examine the alternatives recommended by the European Parliament and the attraction that had in different commissions of academics. The debate that has arisen about them between partisans and detractors of the measures is based on the conviction of the possibility of a common right and in the greater or minor influence of the Roman law in the diverse juridical solutions contributed by the Civil Law and the Common Law. In the study is carried out a unifier exercise in connection with the conversion of the directive 93/13/CEE. Finally, possible unifier models of the rules are examined.

KEY WORDS: European Common Law – Commission Lando – Commission of Pavía – *Lex mercatoria* – Good faith.

* Profesor de Derecho Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede de Antofagasta, Chile y está inscrito en el programa de Doctorado en la Universidad de Los Andes. Dirección postal: Avenida Angamos 0610, Antofagasta. Correo electrónico: caruiz@ucn.cl

I. INTRODUCCIÓN

La unificación del derecho europeo es actualmente fuente de múltiples foros y debates en el mundo académico e institucional. Son muchas las interrogantes que animan estos foros y mayor aun las respuestas. En este estudio nos interesa destacar una pregunta: ¿es posible la unificación del derecho civil europeo en torno a unos principios comunes? La doctrina no defiende una postura unánime y tanto partidarios como detractores reconocen que la materia no se encuentra zanjada ya que el derecho contractual civil europeo se encuentra en formación y falta que se consolide.

Algunas de las respuestas ante la posible unificación han sido a) no... Por ahora; b) no... en su totalidad; c) simplemente resulta una meta imposible de lograr; d) sólo en la medida que se alcancen algunas metas de consenso en preceptos normativos o a nivel de principios orientadores del Derecho¹.

En este trabajo buscaremos destacar algunas iniciativas que pensamos se encaminan a consolidar y armonizar el derecho en la Unión Europea. Nos referiremos a algunos planteamientos académicos guiados por la unificación, a las dificultades que han tenido y a algunas de las manifestaciones normativas en que se han plasmado específicamente la transposición de la directiva 93/13/CEE que se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

II. EN TORNO A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA

El avance de la legislación a nivel contractual mercantil es mirado favorablemente por expertos europeos y en general por los ciudadanos del viejo continente². Desde hace ya más de una década que en Europa se ha iniciado una revisión del derecho contractual Comunitario. En este proceso de integración del Derecho Privado han tomado parte las distintas corrientes del derecho conforme su arraigo e influencia ideológica en la cultura jurídica del viejo continente. La idea que cobra cada día mayor fuerza, sin desconocer las dificultades para su logro, es la elaboración y promulgación de un Código Europeo en materias de derecho privado³. Este facilitaría la aplicación de leyes o principios en todos los estados integrantes de la Unión Europea. De esta forma podría culminar un proceso unificador que se inició en la última parte del siglo XX con acuerdos económicos y sociales⁴.

Con el surgimiento de la legislación de la Unión Europea, resulta indispensable en nuestros días conocer las distintas instancias en que se materializa el Derecho de ese continente. En ocasiones, como expondremos en este escrito, las iniciativas

¹ ARROYO Esther, SCHULZE Reiner y ZIMMERMANN Reinhard, *Textos básicos de derecho privado europeo* (Madrid, Marcial Pons, 2002), p. 51.

² "Respuestas al plan de acción sobre un derecho contractual europeo más coherente": ver en http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int7/safe_shop/fair_bus_pract/contlaw/index-en.htm correspondiente al sitio Web de la comisión sobre derecho contractual europeo (visitado el 15 de noviembre del 2005).

³ DIEZ-PICAZO LUIS - ROCA TRIAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio, *Los principios del Derecho Europeo de contratos*, Civitas (Madrid, 2002), p. 96.

⁴ Tratado de la Unión Europea <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/es/estoc01.htm> (visitado el 15 noviembre del 2005).

surgen del trabajo de comisiones de académicos de distintas universidades y países libremente asociados. Otras veces, son los Estados miembros los que promueven esas comisiones para responder a las iniciativas antes mencionadas.

III. COMISIONES ACADÉMICAS

En el año 1974 se celebró un simposio en la Escuela de Comercio de Copenhague en que el tema a tratar era el proyecto de convención de derecho internacional privado sobre la ley aplicable a obligaciones contractuales y no contractuales. Entre los asistentes se planteó la idea de contar con un Código Europeo de obligaciones. El año 1976 un grupo de académicos presididos por el profesor Ole Lando se reunió en la ciudad de Florencia bajo el tema *Nuevas perspectivas de un Derecho común de Europa*. En esa oportunidad se formó la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos que sin tener carácter oficial, sino académica, comenzó la búsqueda de los principios Europeos de Derecho de contratos.

El año 2000, la editorial *Kluwer Law Internacional* publicó los *Principios de Derecho Contractual Europeo* (partes I y II) en lo que constituyó la culminación del trabajo de la llamada Comisión Lando iniciado en 1976. La publicación recoge en dos idiomas (inglés y francés) un conjunto de principios que tienen por fin la búsqueda de la armonización jurídica necesaria para la integración de la Unión Europea. El trabajo de esta comisión realizado especialmente en Bruselas, se hizo conocido también como la llamada Comisión de Derechos contractuales Europeos (CECL)⁵, que inició la elaboración del llamado Derecho Contractual Europeo. En razón del intenso trabajo que requería la tarea abarcada, la primera parte de los principios a los que arribó sólo pudieron ser publicados en el año 1995⁶, y la última el año 2002⁷.

En la actualidad un amplio grupo de profesores universitarios y expertos de diversos países (algunos incluso no integrantes de la Unión Europea) dirigidos por el Profesor Christian Von Bar, continúan con la elaboración de principios comunes al derecho europeo. Su propósito es concluir la tarea iniciada por su antecesora la extinta comisión Lando en lo relativo a obligaciones no contractuales, especialmente responsabilidad civil y enriquecimiento sin causa. Los motiva la idea de promulgar un Código Civil europeo, que recogería tanto el Derecho Civil como Mercantil. A este grupo también se le denomina *Grupo de Von Bar* o la comisión del *Study Group on the European Civil Code*.

La idea prendió entre los estudiosos del Derecho europeo y dio lugar a muchas otras iniciativas de similares características, como la del llamado *European Group on Tort Law* que busca elaborar un conjunto de Principios de Responsabilidad Civil y el derecho europeo de daños aplicables a toda la Unión Europea. Este grupo ha ido publicando los resultados de sus trabajos mediante informes de

⁵ DÍEZ-PICAZO Luis - ROCA TRIAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio, *Los principios*, cit. (n. 3) p. 76.

⁶ LANDO, Ole - HUGH, Ver, *Principles of European Contract Law*. Part I: Performance, Non Performance and Remedies (Dordrecht, Boston, London, 1995).

⁷ <[http://www.cbs.dk/departaments/law/staff/ol/cammission_on_ecl/8Articles\(EF\).htm](http://www.cbs.dk/departaments/law/staff/ol/cammission_on_ecl/8Articles(EF).htm)>

derecho interno (*National Reports*) y los informes de derecho comparado sobre cada materia (*Comparative Reports*).

También dio lugar al llamado grupo de Pavía o del profesor Gandolfi en honor de su coordinador y que han elaborado una primera parte de un Código Europeo de los Contratos⁸. Un anteproyecto de la propuesta entregó a la comisión de asuntos jurídicos y del mercado interior del Parlamento Europeo en el mes de octubre del año 2000.

El profesor Díez-Picazo en un seminario celebrado recientemente expuso lo ocurrido respecto a los principios de derecho europeo: “La cuestión es que entre nosotros se siguió una tradición que procedía, indiscutiblemente, del Derecho francés: la regulación primero de las obligaciones en general y sólo después de los contratos en sentido estricto. Esta es la tónica que siguen, por ejemplo, el Código italiano y el Código Civil portugués. Entre los textos más recientes se encuentra el que ha seguido el llamado Código Civil Europeo de Contratos, elaborado por el grupo de Pavía a cuya cabeza se encuentra el profesor Gandolfi, más próximo que cualquier otro a esa tradición de la Europa que podemos llamar meridional. El Código Civil alemán y los que habían recibido su influencia no se encontraban muy lejos, pues como es sabido, en el Código Civil alemán la regulación de los contratos es sólo un pequeño capítulo de la regulación general del negocio jurídico, mientras que existe antes de la regulación de los contratos en particular o de las llamadas relaciones obligatorias en particular, una extensa regulación del Derecho de obligaciones⁹.”

Por otra parte en el Derecho inglés resulta difícil, por no decir imposible, encontrar un Derecho de Obligaciones y en cambio existen extensos manuales y tratados de Derecho de contratos, donde se sitúan no sólo las reglas relativas a la formación y a la interpretación o la validez de los contratos, sino también todas aquellas que guardan relación con el cumplimiento y con la responsabilidad contractual. A juicio de Díez-Picazo la línea del Derecho inglés es la seguida por los llamados principios de derecho europeo de contratos.

Las referencias al Derecho continental y al Derecho inglés se encuentran en la línea de muchos textos que destacan las diferencias entre estos dos sistemas jurídicos que habrían recibido el Derecho Romano de formas diversas. La tendencia a destacar las diferencias entre el Derecho en uno u otro lado del Canal de la Mancha es hoy discutida como se verá más adelante en este artículo.

Han sido múltiples las comisiones de académicos que se han constituido con el propósito de encontrar y luego plasmar en un texto los principios de derecho comunes a Europa. Hemos mencionado las que creemos son las más destacadas y que en mayor medida son citadas por la doctrina.

Pero la búsqueda de este derecho unificador no ha sido sólo una iniciativa de las comisiones arriba mencionadas sino que también ha encontrado eco en los organismos legislativos. Pasamos ahora a revisar algunas resoluciones del Parlamento Europeo.

⁸ GANDOLFI, GIUSEPPE (coord.), *Code européen des contrats, avant-projet* (Milano, Giuffrè, 2001).

⁹ DIEZ-PICAZO, Luis, *Reforma de los Códigos y derecho Europeo*, ponencia en las XII Jornades de Dret Català a Tossa (Girona, 2003), pp. 99-108.

IV. RESOLUCIONES Y OPCIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO

De esta búsqueda de criterios o principios comunes, no ha estado exento el Parlamento Europeo que se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la necesidad de acceder a un Código Civil europeo¹⁰ lo que contribuiría significativamente a una aplicación uniforme del derecho en ese continente.

La Comisión a la que se le encargara estudiar la posibilidad de armonizar el derecho de la Unión Europea emitió en el mes de julio de 2001 una comunicación al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo¹¹ en la que proponía la apertura de un debate sobre las posibles opciones a seguir en Europa en este proceso de armonización. A juicio de éste, las opciones para alcanzar la unidad en el ámbito de los países integrantes de la Unión eran las siguientes:

1. No actuar. Entregar a la autorregulación del mercado la solución del problema de la existencia y complementariedad de las diversas legislaciones.

2. Fomentar la definición de principios comunes de derecho contractual para reforzar así la convergencia de las leyes nacionales, es decir, avanzar en la investigación del Derecho Comparado con el objeto de definir reglas básicas o principios comunes a los estados integrantes de la Unión Europea.

3. Mejorar la calidad de la legislación comunitaria vigente. Lo que comportaría modernizar, consolidar, codificar y refundir los instrumentos ya existentes.

4. Adoptar una legislación exhaustiva en el ámbito europeo, con un amplio abanico de alternativas entre las que se debería incluir la elaboración y promulgación de un Código Civil europeo.

Brevemente iremos analizando cada una de estas alternativas, que han llevado a los Estados comunitarios a adoptar muy diversas posturas frente a la elaboración de los principios de derecho Europeo.

1. *No actuar: autorregulación complementariedad y diversidad de legislaciones.*

La primera opción que el Parlamento Europeo menciona consiste entregar a la autorregulación del mercado la solución del problema de la existencia y compatibilidad de las diversas legislaciones. Se trata, más que de una actitud pasiva, de una que considera el mecanismo de autorregulación que contiene el sistema de mercado. Se estima que este es suficientemente eficaz en el ensamble entre las legislaciones de los diversos Estados integrantes de la Unión Europea y los particulares.

Algunos autores europeos y americanos son partidarios de dejar que las diversas

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo sobre Derecho contractual Europeo, COM (2001) 398 Final, Bruselas 11.07.2001 p. 4; DOC 158 de 26.6.1989, p. 400 (resolución A-2-157/89); DOC 205 de 25.7.1994, p. 518 (resolución A3-03.29.94). El Parlamento Europeo ha adoptado varias resoluciones sobre la posible armonización del Derecho material privado. En 1989 y 1994 solicitó que se comenzara a estudiar la posibilidad de redactar un Código europeo común de Derecho privado. El Parlamento afirmó que la armonización de determinados sectores del Derecho privado era esencial para la comprensión del mercado interior y sin fronteras.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, DO C 255 de 13.9.2001, p.1.

legislaciones que existen en el continente europeo se relacionen entre sí por medio de las preferencias que el mercado impone o que las partes se dan diariamente en ese sistema de organización social. Los seguidores de esta postura prefieren que los afectados por un problema concreto de unificación de derechos, busquen una solución mediante la autorregulación y autodeterminación de las partes y no consideran, o más bien rechazan que terceros ajenos a esa relación intervengan en los acuerdos que han alcanzado. A su juicio son los mercados los mejores asignadores de recursos y ellos deben dar las soluciones de los problemas.

La explicación a este planteamiento puede buscarse en la doctrina social de mercado. En efecto, para los que sostienen que el mercado es una institución convergente que propende a puntos de encuentros o equilibrios, toda intervención produce una distorsión a esos equilibrios. Los intereses de las partes, ya sean oferentes o demandantes, acreedores o deudores, convergen en el mercado y acuerdan soluciones concretas. Los Estados y los particulares deben dejar actuar al mercado. Debe facilitarse el intercambio de bienes y servicios entre países.

El Gobierno del Reino Unido en la respuesta a la Comisión que buscaba que se promulgara una legislación común¹² señala que, como condición ineludible de toda tarea armonizadora de la legislación, ésta debe responder a la necesidad de actuar para resolver problemas reales y esa necesidad debe ser demostrada. A su juicio, la coexistencia de múltiples legislaciones nacionales sobre obligaciones y contratos no debe ser considerada perjudicial para el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea. Agrega como ejemplo que las diferentes regulaciones de los Estados Unidos de Norteamérica no han inhibido la formación de un sólido y eficaz mercado.

Es el mercado el encargado de buscar los equilibrios y el fundamento último de esta posición. Junto con manifestarse partidario de dejar al mercado que regule la situación, rechaza el resto de las opciones planteadas por la Unión Europea. Se manifiesta especialmente contrarios a la opción IV que busca una mayor exhaustividad en la legislación comunitaria. Esa opción es considerada innecesaria, desproporcionada y contraria al principio de subsidiariedad. El principio de subsidiariedad es aquel conforme al cual la legislación de la Unión Europea debe brindar libertad de acción a los Estados integrantes y evitar la intervención comunitaria. Se trata de favorecer la solución de problemas en el ámbito de la legislación nacional de los Estados¹³.

Por su parte el *Law Reform Committee of the General Bar Council of England and Wales*¹⁴ correspondiente a la opinión de los abogados ingleses va más allá de

¹² *Communication on European Contract Law. UK Government Response*, en <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract-law/comments/1.4.pdf> (visitado el 15 de noviembre del 2005).

¹³ Art. 5 (2) del TCE (Tratado de la Comunidad Europea) indica: "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".

¹⁴ *CF. Communication on European Contract Law, a position paper on Behalf of the Law Reform Committee of the General Bar Council of England & Wales*, a < <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract-law/4.14.pdf> >

lo expuesto por el gobierno inglés y manifiesta su convicción de que la sustitución del Derecho Contractual Inglés por un Derecho Contractual Europeo (Opción IV) significaría que los estudios de abogados británicos perderían gran parte de sus beneficios. Considera exageradas la necesidad de armonizar la legislación y concluye que el cambio atentaría contra los principios de proporcionalidad y sería igualmente atentatoria contra el principio de subsidiariedad como lo planteara su Gobierno.

Uno de los juristas que se han opuesto a la unificación del Derecho Privado en un Código Europeo es el profesor Pierre Legrand¹⁵ que sostiene que los intentos de unificación del Derecho Privado es una impostura que no considera la tradición del *Common Law* y busca insertar instituciones propias del Derecho Continental totalmente ajenas al Derecho anglosajón. Escribe el profesor Legrand: “*The question is: should the idea of a European Civil Code be supported? My answer is, emphatically: no, it should not*”¹⁶.

A juicio de Legrand la propuesta a favor del Código europeo puede ser criticada por ser arrogante, al no considerar las incompatibilidades de conceptos empleados por el derecho y del mismo lenguaje, ya que los términos empleados no tienen una traducción exacta en el Derecho comparado. Los conceptos utilizados en el derecho, como las mismas formas verbales están cargados de sentido en el contexto en que surgen y no admiten traslado a otras culturas jurídicas por la mera traducción. También debe ser criticado por tener como base una falsedad histórica ya que nunca hubo verdaderamente un Derecho Común en Europa, sino varios sistemas jurídicos distintos. Finalmente dice que resulta impracticable la pretensión de arribar a un Código Común europeo ya que esta impostura contradice los distintos sistemas de interpretación de las normas, la tradición de los pueblos que sin duda inciden en la aplicación del Derecho.

Existen otras opiniones contrarias a la codificación, como la del gobierno danés que considera que no existe ninguna necesidad de armonizar el Derecho Contractual. El gobierno polaco estima que la opción sería totalmente desproporcionada respecto de los esfuerzos que requeriría de la Unión Europea. No se justificaría plantearse modificaciones respecto a los sistemas vigentes. Lo que correspondería sería buscar los elementos positivos de la diversidad de legislaciones y buscar los factores que las pueden haber llevado a contradicciones.

Otras críticas pueden resumirse en la eliminación de las originarias características nacionales y el valor del pluralismo legal y si es o no apropiado usar técnicas de armonización distintas de la redacción de un Código civil único.¹⁷

Sin embargo, habiendo estudiado las críticas y la argumentación anterior, la Comisión sobre el Derecho Europeo correspondiente al Parlamento Europeo rechazó la idea de la solución de los problemas entregado a las solas fuerzas del

¹⁵ LEGRAN, Pierre, *Against a European Civil Code*, en *The modern Law Review* (Oxford, 1997), pp. 44-61.

¹⁶ La pregunta es: ¿puede sostenerse la idea de un Código Civil Europeo? Mi respuesta es no, no se puede sostener [la traducción es nuestra].

¹⁷ DIEZ-PICAZO Luis - ROCA TRIAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio, *Los principios*, cit. (n. 3), p.109.

mercado, por entender que éstas no son capaces de crear unos principios jurídicos generales y no solucionan los problemas con certeza. A juicio de estos, con las solas fuerzas del mercado no se consigue la protección de los contratantes que están situados en el propio mercado, en condiciones que no son óptimas, porque juegan respecto a ellos con más dureza los llamados *costes de transacción* y el mercado como sistema de organización social no ofrece una adecuada protección a los consumidores¹⁸.

Resulta necesario estudiar la segunda opción planteada por el Parlamento Europeo.

2. Fomentar la definición de principios comunes de derecho contractual para reforzar así la convergencia de las leyes nacionales.

Fomentar la definición de principios comunes de Derecho contractual no tiene como objetivo borrar los grandes avances alcanzados durante décadas por las distintas formas de concebir el derecho en el continente europeo, sino la convergencia de las leyes nacionales de la Unión Europea. La inconmensurable riqueza y diversidad de matices de la forma de mirar el derecho es considerada como un acervo en que la pluralidad de enfoques es como las piedras preciosas de un mismo tesoro. No se trata pues de arrasar con lo construido como quien echa abajo una ciudad o un templo y construye sobre él sino de encontrar lo común dentro de la diversidad.

La Comisión sobre Derecho Europeo estimó más eficaz orientar los esfuerzos para fomentar el intercambio académico y la investigación en materia de derecho comparado. La solución debatida acogía la formulación de unos principios comunes en materias jurídicas tomando como referente los resultados de los distintos grupos de académicos que han avanzado en esta materia. Los acuerdos alcanzados y las mismas actas de debates podrán servir de base para desembocar en la elaboración de unos principios comunes, de directrices o códigos de conductas específicas para los contratos que se celebren.

A juicio de la comisión, esos principios podrían servir para que las partes contratantes en la fase de redacción de nuevos contratos tuvieran como referentes y busquen su incorporación instrumental a esos convenios. Igualmente podrían prestar utilidad en la fase de ejecución de los contratos ya celebrados. Del mismo modo si esta opción llegara a concretarse, los principios orientadores servirán para que los tribunales de justicia de los países integrantes de la Unión Europea apliquen adecuadamente las distintas normativas extranjeras. Finalmente los legisladores de los Estados pertenecientes a la Unión Europea podrían utilizar como fuentes de inspiración estos principios para sus reformas legislativas¹⁹ o integrarlos por

¹⁸ DÍEZ-PICAZO Luis - ROCA TRIAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio, *Los principios*, cit. (n. 3), p.137.

¹⁹ El estudio de una síntesis en el ámbito de los principios que influirán en el Código Civil de los contratos europeos resulta relevante tanto para los países miembros de la comunidad económica europea como para otros continentes como el nuestro. La historia muestra que somos deudores de las instituciones jurídicas que se originan en el viejo continente. Si las instituciones que se arraigaban en el derecho Europeo se transmitían con el pasar de los años

la vía consuetudinaria al derecho del continente europeo como lo han planteado algunos autores.²⁰ Una de las proposiciones del mundo académico español fue empezar por una regulación unitaria del contrato de compraventa para lo que ofrecía un marco especialmente idóneo el Convenio de Viena, de 1980 que ha sido un adecuado instrumento unificador en el ámbito internacional. Pues bien, a pesar de la indiscutida importancia de dicha convención los promotores de la búsqueda de unificación prefirieron otro camino integrador.

El profesor Bianca en su artículo “Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: El principio de buena fe en el derecho privado europeo” nos da una pauta sobre como el principio general de la buena fe puede contribuir a la unificación del derecho. “La afirmación de la buena fe como principio general del derecho contractual responde, por tanto, ante todo, al canon de la interpretación sistemática, el cual también debe ser reconocido como principio general del ordenamiento, en cuanto reflejo del más amplio principio de la igualdad de las relaciones privadas frente a la ley. La misma responde, además, a la exigencia de construir para Europa un derecho de contratos sobre la base de la lealtad y de la solidaridad. Significativas opiniones acerca de la esencialidad de la buena fe en esta construcción se advierten ya en su expresa y amplia previsión proclamación contenida en los principios *Unidroit* y en los proyectos de la Comisión Lando y de la Comisión *Gardolfi* de Derecho Contractual Europeo”²¹. Estas iniciativas, en sus distintas formulaciones y enfoques, recogen como algo fundamental la necesidad de afinar los principios aplicables a toda la Unión Europea en materias de Derecho Privado y en especial respecto de las obligaciones y de los contratos²².

A nuestro entender en este caso estamos frente a referentes de fuentes normativas que podrían ser o no incorporados por las partes en sus relaciones contractuales.

al derecho americano, en nuestros días la asimilación de ese derecho –al igual que la recepción del derecho norteamericano– resulta más expedito debido a la creciente interconexión. Muchas leyes o instituciones de nuestro derecho las hemos recibido de las elaboraciones doctrinales francesas, germanas, o son herederas del derecho romano. Junto con las instituciones que hemos recibido del medio europeo, son especialmente los principios los que han orientado a nuestros legisladores, quienes a partir de los mismos han aportado soluciones que resultan originales y con características locales.

²⁰ SCHULZE, Reiner - ZIMMERMANN, Reinhard, *Textos básicos de derecho privado Europeo* (Recopilación de versión española Esther Arroyo i Amayuelas, Madrid, Marcial Pons, 2002), pp. 9 y 26.

²¹ BIANCA, Cesare Massimo, *Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: El principio de buena fe en el Derecho privado europeo*, en CÓRDOBA, Marcos (coord.), *Tratado de la buena fe*, (Buenos Aires, La Ley, 2004), II, p. 204.

²² http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/arroyo&vaquer-LaResolucion3.doc (visitado el 15 de noviembre de 2005); ARROYO I AMAYUELAS, Esther - VAQUER ALOY, Antoni, *Nuevo impulso por el derecho privado europeo*, “la doctrina en países como Alemania, Holanda, Bélgica o Italia, apuesta cada vez con más fuerza por un derecho común europeo como línea de investigación prioritaria. Y al hacer suya buena parte de las propuestas de los grupos Lando y Von Bar –en su respuesta conjunta a la Comunicación de la Comisión–, la resolución del Parlamento Europeo supone un espaldarazo a tales esfuerzos. Si no quiere perder presencia –o si quiere ganarla o incluso gozar de protagonismo– España no puede quedarse rezagada. La cuenta atrás para un derecho privado europeo ha comenzado y todo apunta a que la carrera no es ahora un simple entrenamiento”.

3. *Mejorar la legislación comunitaria vigente*

Según lo expuesto por la Comisión, esta mejora conllevaba entre otras medidas, modernizar, consolidar, codificar y refundir los instrumentos ya existentes; armonizar las directivas ya aprobadas o, en lugar de dictar nuevas directivas, plantear la posibilidad de extender la aplicación de las ya existentes a situaciones semejantes.²³

Los principales instrumentos legislativos del derecho europeo comunitario son los Tratados Internacionales, las Directivas, y los Reglamentos. Las directivas tienen por objeto unificar y armonizar el derecho de los distintos Estados que componen la comunidad. En concreto buscan que las legislaciones nacionales se ajusten a las pautas que establecen. El Reglamento y los convenios internacionales son Derecho uniforme que presuponen la igualdad de normas en toda la Unión Europea y que generalmente modifican el derecho nacional de los estados integrantes. Una mejora adicional podría consistir en adaptar los instrumentos jurídicos existentes antes de arribar a nuevas legislaciones como por ejemplo por medio de directivas o reglamentos.

La aplicación por la vía de las directivas resulta desorganizada y constituyen una ruptura total con el Derecho tradicional. Por eso el profesor Díez-Picazo indica²⁴ “que la directiva es un remedio provisional para alcanzar esta unidad. Pero las críticas a este sistema difícilmente resisten. Sólo son disposiciones de Derecho privado en un sentido amplio, ya que su redacción y puesta en vigor responde a objetivos muy diversos y seguramente nunca a la finalidad de unificar el Derecho europeo en general”

Siguiendo a Schulze y Zimmerman²⁵ los problemas que plantea el método legislativo de unificación son bien conocidos: de entrada, la abundancia de normas es un obstáculo para la accesibilidad y el consiguiente conocimiento del Derecho; por otro lado, y en concreto, en lo que concierne a las directivas, que es un instrumento que goza de prioridad para desarrollar la competencia que resulta del artículo 95 TCE, éstas se transponen en los respectivos sistemas nacionales en forma de leyes especiales, de manera que tienen gran relevancia legislativa. Además, sólo regulan parcialmente determinados sectores del Derecho.

Sin que haya una política clara desde la UE de cómo la misma debe llevarse a cabo, y con la consecuencia negativa añadida que tal regulación fragmentaria no sólo crea un sistema coherente de Derecho privado sino que, en la mayoría de los casos, destruye los principios generales del ordenamiento en el cual han de ser aplicados. Un problema no menos importante es el de la dificultad de su interpretación. Debe mencionarse igualmente el difícil acceso a todo este magma de legislación europea, la pérdida de la finalidad supranacional comunitaria de la norma, una vez transpuesta, y el déficit de comunicación que representa el hecho de que apenas existan aún recopilaciones de normas que eviten el recurso sistemático al diario oficial.

²³ Cf. Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión, cit. (n. 10), pp. 16-17.

²⁴ Díez-Picazo, Luis, *Reforma*, cit. (n. 9), p. 100.

²⁵ Schulze, Reiner - Zimmermann, Reinhard, *Textos*, cit. (n. 20) pp. 28 y 29.

En cuanto a los tratados o convenios internacionales, ellos podrían llegar a tener poder en la medida que todos los Estados comunitarios los adoptaran y posteriormente ratificaran sin reservas ni exclusión de cláusulas. Condiciones a las que difícilmente se arribará. Esta vía, según se puede constatar presenta pues serias dificultades para la integración comunitaria y probablemente no sea tomada en cuenta como una vía válida para resolver la actual controversia que se presenta en la Unión Europea. Existe una resistencia a acatar las directivas por parte de los integrantes de los Estados miembros de Comunidad europea²⁶.

La transposición de la Directiva 93/13/CEE de la Unión Europea en algunos sistemas jurídicos europeos resulta paradigmática en lo que respecta a la armonización por esta vía. En efecto, para poder llevar a la aplicación las directivas emitidas en la Unión Europea es necesario transponerlas en los distintos Estados que la integran. En términos generales, la transposición consiste en poner algo, en este caso esta normativa, en un lugar distinto del original. En definitiva hacer compatibles la legislación interna de cada Estado de la comunidad Europea con la directiva citada.

La Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos se dictó el 5 de abril del año 1993²⁷. A partir de esa fecha los Estados integrantes del pacto europeo debían hacer efectiva su aplicación ajustando su legislación o régimen jurídico interno mediante lo que se denomina una transposición²⁸.

En este estudio nos interesa destacar el artículo 3.1 de la Directiva que señala:

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

²⁶ Ver http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=ES&numdoc=31993L0013&model=guichett (visitado el 15 de noviembre 2005).

²⁷ Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en la contratación, de fecha 5 de abril de 1993, en http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=ES&numdoc=31993L0013&model=guichett (visitada 15 de noviembre del 2005).

²⁸ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Ley de contrato general de contratación derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas*, en <http://www.abogadodelconsumidor.com/libros5.htm>. El proyecto original de Directiva que finalmente dio lugar a la 93/13 CEE respondía abiertamente al modelo francés: se dirigía a la protección de los consumidores en todo tipo de contratos, protegiéndoles de los abusos a que los pudiese haber sometido un profesional, incluso en contratos negociados y en lo relativo al precio. Sin embargo, la presión de las asociaciones de empresarios y de la doctrina alemana dio lugar a que se limitase su alcance a las cláusulas no negociadas y accesorias, acercándose al modelo alemán pero sin extender su ámbito a todos los contratos en que se utilicen CGC. Con ello nace un sistema híbrido que recoge las limitaciones de ambos sistemas, en cuanto reduce la protección ofrecida a la parte débil del contrato sin ajustarse a la filosofía de ninguna de las dos teorías apuntadas (no protege al consumidor en todo caso, sino sólo respecto a las cláusulas no negociadas y accesorias; no regula todas las CGC, sino sólo las impuestas a consumidores) porque se responde a una concepción dogmática, en decadencia, de la libertad contractual, que ya no obedece a la realidad social del mercado de nuestros tiempos. Es evidente que pueden producirse abusos por medio de CGC en contratos celebrados entre profesionales y que el hecho de que haya una negociación entre el profesional y el consumidor no garantiza que ésta se efectúe en situación de igualdad (visitada el 15 de noviembre de 2005).

A las doctrinas correspondientes a la transposición de estas materias nos referiremos a continuación.

a) Transposición en el Reino Unido. Sin perjuicio de la controversia que generó la incorporación de algunos principios, que a juicio de parte de la doctrina inglesa eran ajenos a su tradición jurídica. El Reino Unido transpuso esta directiva en forma expedita mediante el instrumento 3159 del año 1994 que modificó el *Unfair Contract Terms Act* del año 1977. La Directiva 93/13/CEE fue transpuesta a la legislación del Reino Unido cumpliendo con los plazos establecidos por la Unión Europea. Hoy en día los principios vinculados a la Directiva que suscitaron la controversia, al menos tienen especial concreción en el medio asegurador y en el derecho de Consumo.

Aparte del deber general de información en el sistema inglés, en el ámbito operativo en el cual emerge la cláusula de buena fe en los distintos contratos ofrecidos mediante formularios estándar a los consumidores. La directiva comunitaria en materia de cláusula abusiva en los contratos con los consumidores ha sido recibida por el Reino Unido a través de la promulgación de la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* en 1994.

Resulta interesante mencionar dos aspectos de la nueva reglamentación. En primer lugar, que el contrato debe ser considerado claro e inteligible (*plain and intelligible*), y en caso de dudas deberá ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor.

Además, la normativa considera abusivo o injusto (*unfair*) que además de haber una violación del requerimiento de buena fe (*contrary to the requirement of good faith*), se cause un significativo desequilibrio en los derechos y en las obligaciones de las partes, derivado de la relación contractual en cuestión, en contra del consumidor (*causes a significant imbalance in the parties rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*). Resuelta la falta de equidad de la cláusula, ésta no podrá ser opuesta al consumidor (*Shall not be binding to the consumer*).

La introducción del requisito de buena fe entre los parámetros de evaluación de la inequidad de las cláusulas contractuales, contenidas en la póliza constituye un elemento de indudable novedad para el derecho contractual anglosajón. La doctrina como la jurisprudencia se encuentra asimilando esta reciente incorporación de la buena fe al derecho contractual del Reino Unido. La buena fe, así como lo ha sugerido indirectamente la Directiva 93/13/CEE, ha sido ya transpuesta en el Reino Unido.²⁹

Esta es la forma en que, valiéndonos en el caso del Reino Unido del estudio del principio de la buena fe, discutido y resistido en muchas ocasiones, en definitiva se ha incorporado al derecho interno.

²⁹ Criticada, en cuanto al criterio que debe guiar la discrecionalidad del juez resulta a los ojos del jurista inglés como demasiada vaga y privado de sustancia y rigor intelectual. Parte de la doctrina ha orientado esta transposición de la directiva a afirmar la presencia relevante en el ámbito del derecho contractual inglés de un principio general de cortesía y buena fe, entendido como mecanismo de implementación de una ética de cooperación. Esta debería resultar particularmente marcada en relación a la naturaleza del contrato de seguros, por las expectativas que tienen las partes contratantes.

b) La transposición en Alemania. En el caso de Alemania la transposición de la Directiva 93/13/CEE se realizó por medio de la legislación interna. Dicha actualización legislativa se efectuó el 19/07/1996 y reformó *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB Gesetz)*³⁰.

El artículo 9 de esta ley reformulada señala: “cláusula general. Las disposiciones de las condiciones generales de contratación serán ineficaces cuando perjudiquen de manera desproporcionada en contra de las exigencias de la buena fe a la parte contratante con el aplicador” (*Unagemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben*). En caso de duda, se presumirá un perjuicio desproporcionado siempre que una disposición: 1. No sea compatible con principios básicos esenciales de la norma legal de la que se aparta, o bien. 2. Limite derechos o deberes esenciales derivados de la naturaleza propia del contrato de tal manera que se ponga en peligro la consecución del fin del mismo”^{31 y 32}.

En los artículos 10 y 11 de *AGB Gesetz* se enumeran un conjunto de reglas que establecen o identifican ciertas condiciones que el legislador considera como abusivas y en este caso resulta ineficaz su incorporación al contrato. El derecho alemán ha transpuesto la directiva de la Unión Europea, estableciendo unos criterios amplios de aplicación en que el principio general de la buena fe encuentra real relevancia. Esta forma de contemplar los principios generales y aplicarlos al derecho constituye una forma peculiar alemana de integrar el derecho.

A juicio de Ballesteros, Alemania “que desarrolló una sólida doctrina para prohibir las cláusulas abusivas a partir del art. 242 BGB, que fue la base en que se fundamentó la cláusula general prohibitiva de la AGBG. De hecho, tal como lo demuestra la experiencia alemana recién expuesta, la cláusula general prohibitiva de las cláusulas abusivas no es más que la aplicación de la prohibición del abuso del derecho a la contratación mediante CGC³³”.

La forma en que aborda el problema de las condiciones abusivas en la contratación se basa en la elección de un criterio de general aplicación. Adelantándose a la incorporación de las cláusulas abusivas en el derecho alemán, Karl Larenz, escribía a mediados del siglo XX respecto de los contratos civiles: Cuando una alteración de las normas legales dispositivas sea manifestamente injusta o inequitativa se habrá de suponer que el perjudicado la ha consentido cediendo a alguna presión. Si esta presunción no puede ser refutada (quizás mediante la prueba de un beneficio que compense el perjuicio, o por otra causa razonable), los Tribunales no deberán tampoco estimar la vigencia del pacto por ser contrario al espíritu del ordenamiento jurídico, aun sin formular tachas de “inmoralidad”

³⁰ Ley de Regulación Jurídica de las condiciones generales de la contratación.

³¹ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *La ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1998), pp. 29-37.

³² Sobre este tema ver DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el estado y no solamente el mercado?* en *Revista de Derecho Privado de la Fundación Fernando Fuyo* 1 (Santiago, 2004), pp. 109 ss.

³³ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Ley de contrato general de contratación*, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas, ver en <http://www.abogadodelconsumidor.com/libros5.htm> (visitado el 15 de nov 2005).

ya que una infracción manifiesta de las exigencias fundamentales de la justicia no puede recibir la sanción del ordenamiento jurídico³⁴.

c) La transposición sobre cláusulas abusivas en el Derecho Francés. Por medio de la ley N° 95-96, del primero de febrero de 1995 se transpuso la Directiva 93/13 CEE al derecho francés modificando el código de consumo. El legislador de Francia buscó actualizar su derecho de consumo que en su artículo L 132 declara que las cláusulas abusivas se tienen por no escritas.

La forma de incorporar la Directiva se realiza en este caso definiéndolas y especialmente mediante el establecimiento de circunstancias en las que se incurrir en esas situaciones denominadas por la doctrina listas negras. Se suprime del derecho del consumo la alusión a la buena fe en la definición de cláusulas abusivas y se dispone que mediante *avis* se modifican las situaciones consideradas como abusivas por el legislador. Entrega, además, gran discrecionalidad a los tribunales de justicia extendiendo su aplicación al derecho de consumo y a la contratación profesional³⁵.

La Directiva se transpone modificando el código de consumo en su artículo L132 en los siguientes términos: “*dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abisives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*”.

Se observa una forma contrapuesta a la optada por la doctrina alemana. En esta forma de control de las cláusulas abusivas resulta predominante la descripción precisa de las conductas consideradas abusivas por el legislador. Existe pues la preeminencia de la descripción o incorporación de conductas por la autoridad sobre una referencia general subyacente en toda la norma. Es lo que ha acontecido con la sanción del *Code de la Consommation* en Francia, el cual, apartándose de la directiva comunitaria, suprimió la infracción a la buena fe como carácter definitorio de la cláusula abusiva, argumentándose que si las cláusulas abusivas tienen por objeto o por efecto crear un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones, es superfluo preguntarse si fueron estipuladas contrariando las exigencias de buena fe³⁶.

Resultará abusiva una cláusula si se encuentra descrita como tal en la ley. Bajo esta lógica el consumidor se considera como la parte débil de la contratación que requiere de protección por parte de la autoridad. Esta brinda su protección mediante controles legislativos de las condiciones de contratación que buscan garantizar el equilibrio entre el contratante profesional y el consumidor. La búsqueda del equilibrio contractual que evite los abusos de poder de posición económica resulta determinante en la forma de abordar las cláusulas abusivas en

³⁴ LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958), I, p. 125.

³⁵ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *La ley de condiciones generales de la contratación*, cit. (n. 31), pp. 49-51.

³⁶ STIGLITZ, Rubén, S, *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. http://www.jcediciones.com/ediciones/subpages/info_adicional/subpages/AUTOR/doctri4.htm (visitado el 20 de marzo 2006).

la transposición francesa³⁷.

d) La transposición en el derecho Español. Derecho español transpone la directiva sobre cláusulas abusivas mediante la ley 7/ 1998 que modifica distintos cuerpos legales relacionados con los derechos de los consumidores³⁸.

En su artículo 10 bis se refiere a las cláusulas declaradas nulas por disposición legal o judicial: 1 “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro que éste dependa”.

Es la autoridad judicial española la que determinará si una cláusula resulta o no abusiva y en caso de serlo deberá anular el contrato o integrarlo de forma de no perjudicar al consumidor³⁹. La aplicación de esta ley tiene efectos en la aplicación de registros de contratos e hipotecas. La doctrina española ha criticado la forma en que se abordó la aludida Directiva por tratar de compaginar el sistema de origen alemán con el de origen francés con un resultado discutido⁴⁰.

La transposición de la directiva mencionada da cuenta de la importancia que reviste la buena fe en su aplicación práctica. Sin desconocer a los detractores de este principio parece manifiesto que quienes pretendan lograr una plausible unificación del derecho de la Unión Europea necesariamente deberán definirse frente a la buena fe⁴¹. Igualmente queda de manifiesto que las transposiciones pueden

³⁷ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Ley de contrato general de contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas* ver en <http://www.abogadodelconsumidor.com/libros5.htm> (visitado el 15 de noviembre del 2005).

³⁸ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *La ley de condiciones generales de la contratación*, cit. (n. 31) p. 105.

³⁹ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *La ley de condiciones generales de la contratación*, cit. (n. 33), p. 116.

⁴⁰ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Ley de contrato general de contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas*, en <http://www.abogadodelconsumidor.com/libros5.htm> (visitado el 15 de noviembre del 2005).

⁴¹ La ley del consumidor chilena N° 19.496 indica en su Artículo 16: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan; b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios,

dar pie a normativas divergentes más que convergentes, aunque el propósito de la Directiva sea claro evitar las cláusulas abusivas.

Nos parece más clara y conducente a la convergencia normativa una armonización basada en principios comunes, como el de la buena fe presente en la transposición del derecho inglés, alemán, español y excluido en estas materias en el derecho francés por aplicación del derecho común⁴².

4. *Adaptar una legislación exhaustiva en el ámbito comunitario*

La última de las alternativas de la Comisión consiste en aprobar un texto general que contenga disposiciones sobre las cuestiones generales de Derecho contractual y contratos específicos. Esta alternativa contiene un amplio espectro de posibilidades en cuanto al camino a seguir, pero especialmente se encamina a la elaboración y promulgación de un Código Civil europeo.

Respecto a estas opciones, el profesor Miguel Martín Casals dice: “que entre las aproximadamente 160 respuestas recibidas de diversos organismos e instituciones son muy pocas las opciones que se manifiestan a favor de la opción de adoptar a corto o mediano plazo una legislación exhaustiva en el ámbito comunitario, y menos todavía las que se manifiestan de modo entusiasta a favor de la promulgación de un Código Civil europeo (opción IV). Incluso el denominado *Study Group on a European Civil Code*, uno de los más entusiastas impulsores de un Código Civil europeo, se ve obligado a corregir –al menos aparentemente– su pretensión inicial de alcanzar un Código Civil europeo en un plazo breve en una respuesta que da conjuntamente con la hoy ya extinta Comisión Lando, en gran parte fagocitada por el propio *Study Group*, se pronuncia claramente a favor de promover el desarrollo de Principios”⁴³

Esta opción tiene mayor acogida entre los profesionales del Derecho de diversos países europeos que estiman que la unificación les brindaría la oportunidad de acceder a los servicios jurídicos que hoy sólo son prestados por los profesionales ingleses con los norteamericanos.

financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica; c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables; d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, y g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

⁴² MUSIO, Antonio, *La buona fede nei contratti dei consumatori* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001), pp. 176-180

⁴³ MARTÍN CASALS, Miguel, *Reflexiones sobre la elaboración de unos Principios Europeos de responsabilidad Civil*, 2º Congreso de la Asociación española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros (Granada, 2002), p. 5

También presenta arraigo esta postura partidaria de la codificación en los ambientes académicos ya que simplificaría el estudio del tema, aunque consideran que sólo resultará viable a largo o muy largo plazo debido a los diversos planteamientos críticos que existen en nuestros días.

En una postura contraria a la elaboración de unos preceptos legales se encuentran algunos académicos europeos debido a la complejidad que esta opción conlleva. La Unión Europea ha dado importantes pasos en materia de armonización del Derecho. Los pasos que han permitido la integración de Europa se han vinculado a su forma de abordar sus normas comunes. La diversidad de planteamiento respecto a la necesidad de tener un derecho común da cuenta de la riqueza de las distintas tradiciones jurídicas europeas. Esa diversidad es la que lleva considerar imposible la unificación. A juicio del gobierno inglés y de los abogados ingleses esta opción por encontrarla desproporcionada ⁴⁴

V. MODELOS DE ARMONIZACIÓN

Aunque existen infinidad de matizados acercamientos al problema de la unificación normativa, y examinarlos excede este trabajo hemos realizado una opción por algunos que nos llamaron la atención por su vigor, reiteración y arraigo.

Aunque la materia no se encuentra resuelta o zanjada tanto las distintas comisiones de académicos como la Comisión del mismo Parlamento Europeo favorecen la dictación de unos Principios comunes a toda Europa por los beneficios que esto comporta para ese continente.

Los modelos que se han tenido en cuenta para la formulación de los principios son fundamentalmente los *Restatement* promovida desde 1923 por la *American Law Institute* (ALI) norteamericano. Los *Restatement* son reformulaciones escritas y sistematizadas del *Common Law* aplicado con anterioridad por los tribunales norteamericanos aunque no estuvieran escritos. Se trata de principios recogidos por este organismo de carácter privado de gran prestigio que los hace ser aplicados por los tribunales norteamericanos.

Igualmente han influido los principios sobre los contratos comerciales internacionales conocidos como *Unidroit* (*lex mercatoria*) que pueden ser aplicados cuando las partes voluntariamente los elijan mediante una estipulación expresa y cuando se remitan a ellos los arbitrajes que instituyan como consecuencia de los conflictos que se puedan plantear.

En el ámbito del Derecho Privado europeo actual, los instrumentos o formas de aplicación de un ordenamiento más coherentes son los elaborados por el *Study Group on a European Civil Code*, los resultados del denominado grupo *Unidroit* y el Proyecto de Código Civil europeo de la Academia de Pavía. Sin minusvalorar las posiciones adversas y abiertamente críticas, el reconocimiento del trabajo de estos académicos, junto a la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de principios, como el de la buena fe hace plausible un avance de los ordenamientos jurídicos europeos hacia una armonización.

Es innegable la repercusión que los PECL podrían tener en el Derecho Occi-

⁴⁴ MARTÍN CASALS, Miguel, cit. (n. 43), p. 6.

dental según puede desprenderse del grado de influencia que las distintas familias o corrientes de derecho europeo han tenido en Latinoamérica.⁴⁵

VI. PARTIDARIOS Y DETRACTORES DE LOS PRINCIPIOS

Una de las dificultades que presenta en nuestros días la recopilación y en especial la aplicación de los principios es la artificial oposición entre el *Civil Law* y el *Common Law* en estas materias. Pareciera que grandes diferencias entre estas formas de concebir el derecho harían que la aplicación de ambos sistemas fuera totalmente incompatible o más bien irreconciliable. Que ni siquiera en el ámbito de principios orientadores se podría arribar a un encuentro que solucionara el problema.

La posición del gobierno del Reino Unido y de las asociaciones de abogados ingleses aparentemente le daría la razón a los que se oponen. La misma historiografía de origen inglés destaca, como algo que los distingue, las diferencias de los sistemas jurídicos.⁴⁶ Sin embargo, según lo expuesto por el profesor Lando cuando presentara los principios, estos pueden ser un puente para producir una reconciliación entre uno y otro grupo de familias ya que las diferencias entre ellas, al menos en materia de contratos, no son extraordinarias y a nuestro juicio resultan armonizables.

Existen otros críticos respecto de los principios generales del Derecho como elemento unificador. Queremos elegir como principio unificador al principio general de la buena fe para examinar de lo concluido en este trabajo. Se trata de un principio que ha seguido siendo aplicado a pesar de muchas críticas que han buscado erradicarlo del Derecho. Un ejemplo de estas críticas las podemos encontrar en el profesor francés Ivon Loussouarn nos plantea a propósito del principio de la buena fe que: “La generalidad y la vaguedad, puestas en evidencia de ese modo, son de un grado tal que generan una diversificación de la noción de buena fe, si es posible cubrir a la buena fe con un manto uniforme o si debemos resignarnos a vestirla con un traje de arlequín. Sin duda, la verdad se sitúa a mitad de camino entre dos posiciones extremas, y el conjunto de informes y discusiones reveló que la buena fe –ya sea considerada como un concepto multiforme o como un concepto uniforme de múltiples facetas– debía ser abordada desde una perspectiva doble. Presenta un doble aspecto que de una parte remite al origen de un auge y explica la suerte que corre en la actualidad.

“Por un lado, como caimán que vive indiferentemente en la tierra o en el agua, de la buena fe puede manifestarse en todos los ámbitos (de allí su generalidad) y prospera devorándose las técnicas competidoras. Se trata de la buena fe caimán. Por otro lado, tiene además la capacidad de adaptarse a las necesidades que debe satisfacer y que pueden variar de una disciplina a otra. El poder de mimetismo del que está dotada hace de ella un concepto proteiforme. Es la buena fe camaleón”⁴⁷.

⁴⁵ GALGANO, Francesco, *Atlas de Derecho Privado Comparado* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000), p. 26.

⁴⁶ CANNATA, Carlos A., *Historia de la ciencia jurídica Europea* (trad. castellana, Madrid, Tecnos, 1996), p. 238.

⁴⁷ LOUSSOUARN M, Ivon, *La buena fe*, en *Tratado de la buena fe*, cit. (n. 21), II, p. 7.

Sin embargo, para el profesor Luis Díez-Picazo estas diferencias incluyen como principio unificador al principio de la buena fe. El ámbito que puede reconocerse a un principio general de buena fe, que aparece ampliamente admitido en el Derecho continental, con gran influencia del derecho alemán (parágrafo 242 de BGB) con un efecto muy extenso, frente a la posición del *Common Law* que, en general propende a un cumplimiento estricto de los contratos, por más que naturalmente admitan que los contratos no crean solamente las obligaciones estipuladas, sino que de ellos derivan también cláusulas implícitas, hasta el punto de que en los trabajos que al respecto se han realizado se ha concluido que las soluciones que el derecho europeo continental arbitra con el uso de la técnica de la buena fe, no son en rigor muy diferentes de aquellas a las que se puede llegar con aplicación del *Common Law*.

Resulta pues significativo que exista un rechazo de los anglosajones a esta búsqueda de unificación del derecho Europeo basándose en los principios a los que ha arribado la Comisión Lando, ya que en ellos se recoge en gran medida lo que la doctrina del *Common Law* en muchas materias relacionadas con los contratos. En contraposición con lo requerido, por ejemplo, por el Código Civil francés que exige en su artículo 1.108 como condiciones esenciales para la validez de la convención: que exista consentimiento de las partes que se obligan, capacidad de contratar; un objeto cierto que forme la materia del compromiso; una causa lícita. El significado del rechazo unificador resulta a nuestro juicio de una forma de defensa de la identidad y cultura propia frente a un proyecto que pretende homologar situaciones del derecho comparado que a juicio de los detractores simplemente no pueden transponerse.

Pues bien, el artículo 2.1 de los PECL sólo exige para quedar concluido que las partes han entendido que se vinculan jurídicamente y han alcanzado un acuerdo suficiente sin ningún otro requisito. Como se aprecia, esta forma de arribar a un contrato es mucho más cercana al derecho anglosajón que al derecho continental. Por ello es que parece adecuado reconocer la postura del citado profesor Zimmermann que no encuentra obstáculo para reconocer el principio de la buena fe como plenamente integrado al *Common Law*⁴⁸.

Existe la idea subyacente de dos bloques monolíticos enfrentados en la búsqueda de imponer sus términos en el mundo cultural europeo y luego en el mundo occidental. Pero ni existen diferencias insalvables ya que, al menos en materias de contratos las diferencias son reducidas, ni se trata de bloques monolíticos en que no exista nada que armonizar, ni se encuentran en trincheras opuestas en una guerra por imponer sus principios. En este sentido el profesor Zimmermann dice: "Es cierto que en Inglaterra no se produjo la recepción del derecho romano *in complexu*. Pero no es menos cierto que no todos los países de Europa continental recibieron el derecho romano ni de la misma manera ni en la misma extensión. No sin fundamento bastantes manuales de derecho comparado distinguen entre las familias jurídicas románicas y germánicas".

Las diferencias entre el derecho aplicable a un lado del canal de la Mancha y al

⁴⁸ ZIMMERMANN, REINHARD, *Estudios de derecho privado europeo* (Madrid, Civitas, 2000), pp. 154-159.

otro lado no resultan de tal relevancia que hagan incompatibles sus soluciones⁴⁹. Las diferencias resultan más aparentes que reales y en múltiples oportunidades los ordenamientos han arribado por distintos caminos a homologables soluciones. Ello da cuenta del núcleo común que los hace ser más que dos paralelas que se interceptan en el infinito, dos sistemas que en la búsqueda de la justicia se impregnan mutuamente.

Vuelve el profesor Zimmermann a indicarnos: “naturalmente, en el curso de los siglos se han originado toda una serie de especialidades, lo mismo que en los ordenamientos jurídicos continentales, pero es obvio que estas particularidades se están paulatinamente diluyendo a ambos lados del Canal de la Mancha”⁵⁰.

El velo de las diferencias en la forma de ver el derecho en la práctica continental y la del derecho inglés a llevado a algunos autores a estimar que se encuentran en un proceso de convergencia gradual y por eso ha sido calificado como una diferencia evanescente⁵¹. La recíproca relación presentes en las leyes restrictivas de las cláusulas abusivas, o en el derecho de consumo o simplemente en el derecho común, como lo acoge el Derecho francés permite afirmar que no existen obstáculos insalvables, de tipo estrictamente jurídicos, para producir la armonización o la unificación y que la forma más adecuada sería por medio de la recopilación de principios tal como lo demuestran las distintas recopilaciones existentes en nuestros días en materia de derecho contractual europeo.

VII. CONCLUSIONES

1. Los juristas y la comunidad científica europea trabajan, en la búsqueda de la unificación o armonización a nivel del Derecho Privado, con los principios Generales del Derecho que impregnan el ordenamiento jurídico. En este esfuerzo por armonizar el derecho europeo se han involucrado el Parlamento Europeo, múltiples comisiones de académicos, gobiernos e instituciones interesadas. La posibilidad de alcanzar una armonización del derecho de la Unión Europea ha seguido el mismo *iter* que las demás iniciativas de esta unión: se ha suscitado un debate entre partidarios y detractores el que actualmente se encuentra plenamente vigente.

2. Por los antecedentes expuestos en este trabajo, a nuestro juicio las reglas y principios aglutinadores del derecho europeo, en especial los heredados del Derecho Romano, constituyen un acervo que contribuye en forma importante a esta armonización. Hemos querido destacar en este trabajo el principio de la buena fe por la influencia que tiene en el derecho privado continental, del cual somos herederos, y por la oposición que hoy despierta en algunos autores formados en el *Common Law*.

⁴⁹ Ver GUZMAN BRITO, Alejandro, *La doctrina de la “consideration” en Blackstone y sus relaciones con la “causa” en el “ius commune”*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 375-406, ahora en El mismo, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano* (Cizur Menor, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005), pp. 441-447. También disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552003002500010&lng=es&nrn=iso. ISSN 0716-5455 (visitado el 12 de abril del 2006).

⁵⁰ ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudio*, cit. (n. 50), p. 41.

⁵¹ ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudio*, cit. (n. 50), p. 41.

3. En el ámbito del Derecho Privado Europeo actual los proyectos de aplicación más coherentes son los elaborados por las comisiones de académicos interdisciplinarios y en concreto: el *Study Group on a European Civil Code*, los resultados del denominado grupo *Unidroit* y el Proyecto de Código Civil europeo de la Academia de Pavía.

4. Sin minusvalorar las posiciones adversas y abiertamente críticas, el reconocimiento del trabajo de estos académicos junto al efecto positivo que ha tenido en la facilitación del comercio mundial la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, hacen plausible un avance de los ordenamientos jurídicos europeos hacia una armonización. Esta convención constituye un importante referente respecto a los beneficios que pueden obtenerse con una legislación que combine asertividad jurídica y facilidad práctica en el comercio.

5. La tarea unificadora del derecho europeo se ha encontrado con múltiples obstáculos especialmente derivada de las transposiciones de las Directivas en los distintos Estados. Pero como hemos expuesto basándonos en el principio general de la buena fe, este ya no resulta ajeno a los ordenamientos jurídicos ya sea por la aplicación de leyes reguladoras de las cláusulas abusivas (modelo alemán), leyes de protección del consumidor (modelo inglés) o por aplicación del derecho común (modelo francés).

6. La preparación de unos principios o modelos instrumentales (como los *Restatement* norteamericanos) con contenido de derecho privado europeo, será a nuestro juicio el siguiente avance unificador para eventualmente ampliar la base a legislación en que las diferencias históricas o culturales de los distintos sistemas jurídicos acentúan mayores diversidades. Sobre la base de estos principios, la armonización del derecho contractual puede llegar a ser una realidad más pronto de lo imaginado y de esta forma constituir un frente común ante las economías emergentes como China y Asia en general.

[Recibido el 29 de mayo y aprobado el 16 de junio de 2006].