

Las Perspectivas de la Codificación Civil en Europa

Pietro Sirena^(*) (**)

«¿Cuáles son los primeros acciones que en Europa se han dado para elaborar un Código Civil?, ¿Se puede hablar de un Derecho Europeo de los Contratos?, ¿Qué opciones de normativa legal se han planteado? Estas y otras interrogantes son absueltas por el Profesor Sirena, en el presente artículos de una manera clara y didáctica. En una época donde aún se debate, en sede nacional, la posibilidad de emprender una tarea codificadora, los alcances que el autor brinda al respecto, desde la perspectiva europea son, sin lugar a dudas, esclarecedoras para el operador jurídico nacional».

1. Los Primeros Pasos Hacia un Código Civil Europeo

Desde comienzos de los años noventa, el Parlamento Europeo ha manifestado su esperanza en que se empiece a evaluar la posibilidad de redactar un Código Común de Derecho Privado Europeo¹.

En respuesta a esta solicitud, la Comisión nombrada al efecto se comprometió a iniciar un debate profundizado y lo más amplio posible, que además se tomó como un verdadero objetivo institucional en el Consejo Europeo reunido en Tampere. En las conclusiones de dicho debate (párrafo 39) se estableció, entre otras cosas, que: «En cuanto concierne al derecho material, se requiere un estudio general sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil con el fin de eliminar los obstáculos al correcto funcionamiento de los procedimientos civiles»²

Una primera aplicación de este programa se puede apreciar en la comunicación de la Comisión 398, 11 de julio de 2001, titulado «Sobre el Derecho Contractual Europeo»³. En este documento, la Comisión ha tentado una evaluación preliminar de lo que se había hecho hasta ese momento para armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales en cuanto al régimen del contrato y, luego, comenzar la discusión pública de las cuatro posibles opciones para el diseño de técnica jurídica en las acciones futuras en este ámbito.

La decisión de la Comisión de centrarse en el derecho contractual ha sido, sin duda, oportuna y, en definitiva, realista. No cabe duda de que el derecho contractual constituye el núcleo central del derecho privado de todos los ordenamientos jurídicos nacionales, ni de que ha representado, tradicionalmente, el tema en torno del cual se construyó la dogmática civilista desde los tiempos del antiguo derecho romano. Desde otro punto de vista, también es cierto que el derecho contractual está íntimamente conectado con lo que alguna vez fue la única finalidad institucional de la Comunidad Europea, y que incluso hoy, después de algunas modificaciones importantes de su Tratado constitutivo (entre las cuales destacan las de Maastricht, en 1992, y Amsterdam, en 1997) puede considerarse como su principal finalidad institucional, a saber: la instauración y el funcionamiento del mercado común, en primer lugar, y, a continuación, del mercado interno único.

Si se considera que el contrato es el instrumento preeminente mediante el cual se ejercita la libertad económica, y que esta última es, por otro lado, el principal motor de la integración económica, se comprende por qué el derecho contractual ha sido diseñado con precisión y «explicado» por la Comunidad Europea como el medio para lograr un mercado común y, a continuación, en una fase más avanzada, el mercado interno único. Por su naturaleza, esto no puede ser el resultado de una decisión «centralizada» del poder público, ya que se caracteriza por ser un sistema de descentralización

(*) Profesor Ordinario de Instituciones del Derecho Privado y de Derecho Privado Europeo en la Universidad de Siena. **Integrante del Consejo Consultivo Internacional de la Asociación Civil Derecho & Sociedad.**

(**) El presente artículo ha sido traducido, con expresa autorización del autor, por Héctor Augusto Campos García y Estefani Acuña Cama, alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú e integrantes de la Asociación Civil Derecho & Sociedad.

La revisión de la traducción del presente artículo para su publicación estuvo a cargo de Leysser L. León, doctor en Derecho por la Scuola S. Anna di Pisa (Italia), profesor auxiliar de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y asociado senior del Estudio Ferrero Abogados.

de las decisiones económicas, es decir, destinadas a los distintos agentes (profesionales y consumidores): su logro y funcionamiento dependen esencialmente, más bien, de las decisiones de las personas y por esta razón se encuentran en el área del derecho privado y, más concretamente, de aquella que es su componente esencial, que regula, precisamente, el contrato.

Así se explica la circunstancia de que el derecho privado goce de una indudable prioridad en el ordenamiento jurídico comunitario, y de que constituya el componente más significativo desde el punto de vista, no sólo socio-económico, sino también político. Según la expresión característica de uno de los padres fundadores de la llamada «Escuela Ordoliberal», Franz Böhm, quien contribuyó a desarrollar aquella doctrina que puede efectivamente considerarse como constitutiva del derecho comunitario europeo, esta última tiene como objetivo establecer una «sociedad basada en el derecho privado» (*Privatrechtsgesellschaft*).

En esta perspectiva, se puede advertir la relevancia que puede tener, también desde el punto de vista de la construcción de una imagen política e institucional de la Comunidad Europea, la oportunidad de garantizar el establecimiento de un «Código Civil» propiamente dicho: una empresa que siempre ha sido significativa desde el punto de vista político, casi tanto como la redacción de una Constitución, y que por lo general va acompañando momentos de unificación y de fortalecimiento del poder público. No es coincidencia que la creación de grandes Estados-Nación haya ido acompañada o haya sido seguida inmediatamente por la codificación de su derecho privado (basta pensar en la imagen de Napoleón participando en todas las reuniones para la elaboración del *Code Civil*).

2. El Derecho Europeo de los Contratos y su Estructura

En la Comunicación del 11 de julio de 2001, la Comisión se comprometió a elaborar una lista analítica de todas las medidas adoptadas hasta ese momento en el régimen contractual, dedicando a cada uno de ellos un breve pero valioso comentario. A partir de dicho marco, pueden extraerse algunas consideraciones importantes.

Desde un punto de vista científico, hoy en día es legítimo hablar de un verdadero «derecho contractual europeo», entendido como un cuerpo normativo, con tendencia orgánica y coherente. Si bien los documentos que lo componen han sido bastante limitados en su alcance y han sido dictados sobre la base de una lógica sectorial (especificación por separado, como la banca, la actividad de seguros, etc.), no puede negarse que han sido dispuestos en

un estructura unitaria, la cual se inspira en una dirección fuertemente caracterizada por la política del derecho.

Según la evidencia empírica, el mercado ha demostrado ser el mecanismo de elección colectiva más eficiente para incrementar el bienestar, no sólo económico, sino también social de la comunidad: en principio, por lo tanto, no es oportuno que el poder público interfiera con su funcionamiento. Por otro lado, el mercado ha demostrado empíricamente ser una institución social bastante compleja y frágil, que en ciertas hipótesis bien definidas y tipificadas no bastan para garantizar que los bienes y servicios sean accesibles en las condiciones más favorables posibles para los consumidores (la llamada «eficiencia distributiva»): en tales hipótesis es oportuna, entonces, una intervención pública que regule el mercado, a fin de prevenir o, al menos, para remediar lo que se pueda calificar como una falla (*market failure*).

En el planteamiento originalmente trazado por Adam Smith, en su obra capital sobre *La Riqueza de las Naciones*, y llevado a cabo, en un primer momento, por el ordenamiento comunitario europeo, el único tipo de regulación necesaria estaba constituido por la tutela de la competencia entre los empresarios (la prohibición de la concentración económica y de comportamientos desleales), por lo tanto, no había espacio para una tutela real del consumidor, porque este último era el destinatario pasivo de la política de reestructuración del mercado. En otras palabras, se consideraba que garantizando la eficacia y la competencia leal entre los empresarios, se contaba con el instrumento más eficaz de tutela de los consumidores.

Empero, la evolución del sistema económico capitalista ha demostrado que este primer tipo de regulación, a pesar de ser absolutamente necesario, no era suficiente para lograr la eficiencia distributiva: esta última, fuera de las distorsiones de la competencia entre los empresarios, también podía verse potencialmente afectada por la imposibilidad práctica de los usuarios y los consumidores finales de ejercer su autonomía negocial de algunas situaciones típicas, que tendían además a convertirse, cada vez más, en frecuentes y, en definitiva, normales (repárese, en particular, en los contratos de masa). El Derecho de la competencia, por su propia naturaleza, no podía solucionar este nuevo paradigma de fallas del mercado, provocada por una asimetría estructural informativa entre las partes: se requerían nuevas reglas del derecho de los contratos, gracias a las cuales los usuarios y los consumidores finales fueran realmente capaces de identificar y elegir la oferta más conveniente por parte de los empresarios.

Fue así como nació el Derecho Contractual Europeo.

3. Las Opciones de Normativa Legal Identificadas por la Comisión

Como se ha indicado, en la Comunicación del 2001 la Comisión ha identificado cuatro diferentes opciones de política del derecho en materia contractual, sometiéndola a la discusión pública entre todos los interesados (los llamados *stakeholders*).

A. Ausencia de una Acción Comunitaria Europea:

Tiene en cuenta la hipótesis de una sustancial desregulación y liberalización del derecho aplicable al contrato, sometiéndolo al objetivo de promover la integración jurídica entre los Estados miembros a la iniciativa privada de los operadores económicos. En tal sentido, se hace referencia a instrumentos para incentivar los códigos de autodisciplina que pueden formarse en ciertos sectores empresariales: por ejemplo, el reconocimiento de cláusulas estandarizadas que han demostrado ser especialmente eficientes en la práctica negocial, en este sentido, también se habla de la *lex mercatoria*, entendida como autoproducción espontánea del derecho que es consecuencia natural de la internacionalización del mercado.

B. Promoción de un Conjunto de Principios Comunes en el Derecho Contractual para Lograr una Mayor Convergencia de los Ordenamientos Jurídicos Nacionales:

La Comisión se refiere aquí a la hipótesis de basar la integración jurídica de los Estados miembros en su, así llamado, «derecho común moderno» (*ius commune modernum*), es decir, en ese núcleo de principios fundamentales y de normas generales que, aunque diversamente formalizado en la norma escrita, se encuentra ya realizado en los principales ordenamientos jurídicos europeos, en particular, en los que forman parte de la tradición romanista del Derecho Civil (la existencia de una unidad jurídica romanista más fundamental, que abarque también los sistemas jurídicos del *common law*, de cuyo aventurada desde la óptica de la comparación jurídica, es débil, y rechazada, comúnmente, por la mayoría de los historiadores del Derecho).

Por otra parte, cabe señalar que esta hipótesis no nace de la nada, porque en el ámbito académico los expertos en derecho privado ya se habían aventurado en la elaboración por escrito del derecho privado europeo, en particular, con respecto al contrato. Tal

ha sido el caso de la ya célebre obra *Principios del Derecho contractual Europeo* de la Comisión Lando (que porta el nombre del profesor de la Universidad de Copenhague que la creó y presidió), íntegramente publicada en el año 2000.

C. Mejoramiento Cualitativo de la Legislación ya Existente:

Podría sostenerse que se trata de una exigencia de siempre, fielmente y conscientemente perseguida por las instituciones comunitarias, el afinamiento del llamado *acquis communautaire*.

Es con dicho objetivo específico que, en el ámbito académico, se ha creado *l'Acquis Group*, ligado, particularmente, con la Universidad de Turín.

D. Adopción de una Nueva y Exhaustiva Legislación a Nivel Comunitario:

Esta hipótesis es, sin duda, más difícil y «riesgosa» para la Comisión Europea, ya que implica una clara tendencia contraria de las tradiciones jurídicas nacionales. Se explica, entonces, por qué esta hipótesis ha sido planteada con gran cautela; cautela que ha sido reforzada en el ámbito de las presentaciones que posteriormente se han dedicado a la materia. Sin embargo, esta perspectiva ha sido cultivada en el ámbito académico: un ambicioso proyecto fue llevado a cabo por la Academia de Iusprivatistas Europeos, con sede en la Universidad de Pavia, bajo la dirección del profesor Gandolfi. Posteriormente, se constituyó el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo, presidido por el profesor Von Bar (de la Universidad Alemana de Osnabrück).

4. El Plan de Acción del 2003

En una Comunicación posterior, del 12 de febrero de 2003⁴, la Comisión ha hecho públicos los resultados de la consulta pública abierta anteriormente y también ha elaborado un «Plan de Acción» para lograr «mayor coherencia en el Derecho contractual europeo». La elección de la técnica legislativa adoptada por la Comisión era determinar una combinación nueva de medidas vinculantes (el llamado *hard law*) y medidas no vinculantes (el llamado *soft law*), que aparece en todos los casos, absolutamente coherente con la instalación estructural preexistente al Derecho contractual europeo.

1 GU C 158 del 26.6.1989, p. 400 (Risoluzione A2-157/89); GU C 205 del 25.7.1994, p. 518 (Risoluzione A3-0329/94).

2 Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Tampere, 15 - 16 ottobre 1999, SI (1999) 800.

3 COM(2001) 398 def.

4 COM(2003) 68 definitivo

El conjunto de medidas se refiere, principalmente, a la revisión y mejora dell' *acquis communautaire*. Para lograr este objetivo, que, como ya se señaló, ha sido advertido siempre por las instituciones comunitarias europeas, la Comisión votó a favor de crear un «marco de referencia común» (*Common Frame of Reference*, a menudo señalado con la abreviatura CFR), que debería brindar un glosario de definiciones de los conceptos jurídicos más importantes en materia contractual.

Uno de los problemas más graves de la legislación comunitaria europea está constituido, efectivamente, por las antinomias, cuando menos aparentes, que existen entre algunas de las Directivas, que dan la impresión de imponer normas jurídicas incompatibles o incoherentes. Con la finalidad de resolver estas antinomias, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al no disponer de un instrumento de derecho positivo propiamente dicho, ha tenido que basarse en el repertorio de máximas (es decir, de preceptos sapienciales), que se están formando progresivamente en la tradición de los ordenamientos jurídicos nacionales, por ejemplo. la aplicación de la norma según la cual: *lex posterior (specialis) derogat priori (generalis)*.

Justamente para resolver el problema de inmediato, es decir, para evitar que sea el intérprete el que tenga la obligación de resolver *ex-post* las (aparentes) antinomias que se plantean en el Derecho comunitario europeo, es sin duda útil preparar un aparato suficientemente estable y formalizado de definiciones conceptuales a las que pueda recurrir *ex ante* el legislador.

Como se indica explícitamente en la referida Comunicación, el CFR también podría convertirse en un instrumento para lograr un mayor grado de convergencia entre los derechos contractuales de los Estados miembros de la Unión y, eventualmente, de otros países.

Las medidas no vinculantes adoptadas en el «Plan de acción» se refieren, más bien a la recopilación y publicación de las llamadas *best practices*, es decir, de las cláusulas contractuales estandarizadas que han demostrado ser más eficientes en las distintas experiencias jurídicas nacionales. Es evidente que aquí no se trata de ejercer los poderes legislativos de la Comunidad Europea, es decir, de dar lugar a un nuevo derecho comunitario que sea vinculante para los Estados miembros, sino de apoyar y guiar – digámoslo así – la autonomía negocial de los particulares, brindando a ésta modelos ejemplificativos: formularios que puedan usarse para la celebración de los principales contratos típicos, *statements* de principios y reglas que puedan colmar las lagunas del acuerdo contractual, y así por el estilo (todo lo cual explica por qué, como antes destacáramos, se usa a este respecto la expresión «*soft law*», en contraposición a *hard law*, que sirve,

en cambio, para designar la dación de normas jurídicas inderogables, que restrinjan inexorablemente la libertad de los particulares).

Por último, la Comisión tuvo mucha prudencia al reservarse la posibilidad de tomar en consideración una tercera medida del «Plan de Acción», que estaría representada por la elaboración de una norma general sobre el régimen del contrato, la cual ha sido calificada desde un inicio como «opcional» (y que, por lo tanto, no pretende ser impuesta a las partes contratantes, sino que se remite a su libertad de elección de ley aplicable al contrato; libertad garantizada por el Art. 3 de la Convención de Roma de 1980, hoy «transformada» en un reglamento comunitario, denominado «Roma I»).

En relación con este punto, la Comisión parece dar por supuesto que el CFR puede también constituir el *Avant-projet* de un futuro Código Civil Europeo, aunque, como se verá a continuación, esta perspectiva parece haber sido dejada de lado, al menos por el momento.

5. Los Últimos Desarrollos de la Iniciativa Comunitaria y las Dudas Sobre la Hipótesis de un Código Civil Europeo

Las distintas posiciones que la Comisión ha recibido en relación con el referido «Plan de Acción» se han recogido y resumido en una Comunicación ulterior, publicada en el 2004: dicha Comunicación puede ser considerada como una especie de medida de concretización y aplicación del «Plan de Acción» en sí mismo.

En tal oportunidad, la Comisión ha confirmado la importancia que tendrá en el futuro del Derecho contractual europeo el CFR, y ha destacado que este último podrá servir no sólo a la Comunidad Europea como tal, sino también a los Estados miembros que deben aplicar las Directivas comunitarias y ponerlas en ejecución en su derecho nacional. Por otro lado, la Comisión constató que el CFR podría tener también una relevancia aplicativa más directa, si es tomado como punto de referencia en el ámbito de los arbitrajes internacionales (es decir, de los juicios privados que las partes eligen alternativamente a la jurisdicción estatal): un fenómeno como éste ya se ha producido, por lo demás, respecto de los ya recordados *Principios del Derecho Contractual Europeo* de la Comisión Lando, que cada vez con mayor frecuencia son utilizados y citados en los laudos internacionales.

En cuanto a la recopilación de las llamadas *best practices*, la Comisión ha respondido a algunas dudas manifestadas por los participantes del proceso de consulta pública, señalando que ella no pretende, en modo alguno, interferir con la autonomía negocial de los particulares, sino desempeñar el papel de

«*honest broker*»: esto significa que ella tiene como pretensión actuar como observador imparcial de las prácticas contractuales espontáneamente surgidas en la realidad socio-económica, sin corregirlas externamente ni mucho menos imponerlas a las partes contratantes.

Particularmente significativo ha sido, en fin, el hecho de que la Comisión Europea haya afirmado con énfasis que «no tiene intención de proponer un «Código Civil Europeo» que armonice el Derecho contractual de los Estados miembros. No se debe pensarse, por otro lado, que esta reflexión cuestione, los planteamientos actuales encaminados a promover la libre circulación, mediante soluciones flexibles y eficaces. Desde este punto de vista, se pueden comprender algunas implicaciones sustancialmente políticas del debate sobre las hipótesis de una codificación europea, que no se agota en una mera operación formal de reorganización de las fuentes de derecho, sino que puede representar la oportunidad de abandonar el planteamiento «tecnocrático» que ha caracterizado hasta hoy al derecho privado europeo, dando a éste un «alma» –digámoslo así–, o sea, compatibilizándolo con una tabla de valores sustanciales que se reconduce, en definitiva, a la idea de la «justicia contractual».

No es de extrañar, entonces que, tal como ha ocurrido con el Tratado Constitucional (destinado a establecer, precisamente, los valores fundantes de una democracia europea propiamente dicha), también la hipótesis de un código civil europeo, o de su

embrión, haya generado reacciones negativas bastante fuertes, que se han desenvuelto en dos direcciones: en primer lugar, hacia la reafirmación de la soberanía nacional como el único nivel posible de las decisiones políticas que se refieren a los valores, la cultura, la tradición, así como el rechazo de trasladar tales decisiones a un nivel supranacional, que prescinde de la especificidad histórica de cada población nacional; en segundo lugar, hacia la defensa del planteamiento ordoliberal del derecho comunitario, sólidamente basado en los principios de la subsidiariedad y la proporcionalidad, y, concebido, por lo tanto, como un instrumento auxiliar para prevenir o al menos para remediar las fallas del mercado, y dejando que el derecho contractual sea elaborado por la autonomía negocial de los particulares y, si es el caso, por los legisladores nacionales.

Es indudable que no todos estos argumentos merecen igual consideración. Sin embargo, no se puede negar que al menos algunos de ellos identifican aspectos realmente problemáticos de la integración jurídica de los Estados europeos, comenzando por aquel que ha sido tradicionalmente definido como el «déficit democrático» del Derecho comunitario europeo, y que aconseja, precisamente, extender con mucha prudencia las competencias legislativas de la Comunidad Europea al campo de los valores «fundamentales» y, por lo tanto, esencialmente «políticos», que hasta el momento han sido promovidos y garantizados por las distintas Constituciones nacionales 