

# El marco común de referencia para el Derecho privado europeo

(cuestiones valorativas y problemas legislativos)

**HORST EIDENMÜLLER, FLORIAN FAUST, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, NILS JANSEN, GERHARD WAGNER, REINHARD ZIMMERMANN \***

Universidades de Munich, Hamburgo, Ratisbona, Münster, Bonn e Instituto Max-Planck de Hamburgo, respectivamente

**TRADUCCIÓN DE BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO \*\***

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

A comienzo del año 2008 se ha presentado el Proyecto de un marco común de referencia para el Derecho privado europeo (*Draft Common Frame of Reference-DCFR*). El texto es resultado del tra-

---

\* Horst Eidenmüller, LL.M., es catedrático de Derecho civil, y de Derecho societario alemán, europeo e internacional en la Ludwig-Maximilians-Universität de Munich; Florian Faust, LL.M., es catedrático de Derecho civil, mercantil, económico y comparado en la Bucerius Law School de Hamburgo; Nils Jansen es catedrático de Derecho civil, romano, europeo y de historia del Derecho en la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster; Hans Christoph Grigoleit, LL.M., es catedrático de Derecho civil, mercantil, societario y europeo en la Universidad de Regensburg; Gerhard Wagner, LL.M., es catedrático de Derecho civil y procesal, alemán y europeo, en la Universidad de Bonn; Reinhard Zimmermann es Director en el Max-Planck-Institut de Derecho comparado e internacional privado.

\*\* Este artículo apareció en la *Juristenzeitung*, 2008, pp. 529-550. Una versión inglesa ha aparecido en el *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008), pp. 659-708. La traducción que aquí se presenta se basa en el original alemán, pero, conforme a las indicaciones de los autores, se ha seguido la versión inglesa en algunos puntos en que ésta resultaba más actualizada. He intentado ser lo más fiel posible al original, manteniendo los términos que allí aparecen; por regla general o prácticamente sin excepción se han mantenido en inglés las expresiones que aparecían en esa lengua en el original alemán, y que en su mayoría provienen directamente del texto inglés del *Draft Common Frame of Reference*. El lector debe tener en cuenta que el texto que es objeto de análisis por los autores de este estudio es el que se presentó a comienzos de 2008 como *interim outline edition*, y que varía en algunos puntos de la *final outline edition* presentada en 2009 [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich, 2009].

bajo de un amplio número de especialistas en Derecho privado europeo de los países miembros de la Unión Europea y se plantea como una propuesta académica, queriendo responder exclusivamente a criterios científicos –y no políticos–. Detrás de su nombre un tanto complejo no se esconde otra cosa que el núcleo central de un proyecto de Código civil europeo. El texto que a continuación se recoge quiere dar noticia de ese hito fundamental del Derecho privado europeo y propiciar una discusión científica sobre él. Tras una breve exposición de la génesis y contenido del DCFR (I), se aborda la cuestión de hasta qué punto el DCFR es fruto de un núcleo de valores comunes consistente y convincente (II). Profundizando en eso, el trabajo analiza el valor que se concede en el DCFR a la autonomía privada, y hasta qué punto la regulación propuesta responde a las exigencias de la seguridad jurídica y la claridad requeridas a un texto de este tipo (III). A continuación se analiza el DCFR a la luz de los criterios de justicia y coherencia necesarios en un texto legal (IV), y se estudia si el proyecto refleja satisfactoriamente las fuentes que lo sustentan, es decir, no sólo los Principios de Derecho Contractual Europeo de la Comisión Lando y los Principios-*Acquis*, sino también la tradición de Derecho privado europeo común a los países miembros (V). Por último, se dedica cierta atención a la recepción en el DCFR de las más de 120 definiciones de conceptos centrales del Derecho privado europeo, que en esa forma y detalle no figuraban ni en los Principios de la Comisión Lando ni en los textos de Derecho privado de los países miembros.

## I. EL PROYECTO DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA

### 1. ANTECEDENTES

La formación de un Derecho privado europeo es uno de los desarrollos jurídicos más importantes del momento presente. Se trata de un proceso en el que actúan conjuntamente la ciencia del Derecho, el legislador y la jurisprudencia<sup>1</sup>. Historiadores del Derecho como Helmut Coing nos habían expuesto los orígenes comunes que latían en todos los ordenamientos nacionales europeos<sup>2</sup>; y cultivadores del Derecho comparado, como Hein Kötz nos habían mostrado que en el ámbito del Derecho de contratos sigue siendo

<sup>1</sup> Sobre esos tres protagonistas del desarrollo jurídico en la tradición del Derecho europeo, R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge, 1987.

<sup>2</sup> H. COING, *Europäisches Privatrecht*, tomo I, Munich, 1985; tomo II, Munich, 1989.

posible –o vuelve a serlo– identificar problemas comunes y, sobre una base de conocimientos compartidos, buscar una solución adecuada<sup>3</sup>. Sobre esas bases ha ido surgiendo una rica literatura jurídica, genuinamente europea, inspirada en este tipo de problemas<sup>4</sup>. El legislador europeo ha dictado además una veintena de Directivas referentes a cuestiones clásicas de Derecho privado, y muchas otras que también lo afectan, y que han sido, a su vez, objeto de un extenso tratamiento científico. Y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ido creando conceptos que son determinantes no sólo para el Derecho comunitario, sino también y de manera creciente, para el Derecho de los Estados miembros.

Junto a ello, no faltan obstáculos y límites a ese proceso de unificación. Así, el hecho de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no sea en modo alguno tribunal superior para cuestiones de Derecho civil en el ámbito de la Comunidad, o el hecho de que el legislador europeo carezca de una competencia general en materia de Derecho privado: cosa que él mismo sabe y que reconoce de forma sibilina cada vez que, al dictar una directiva, precisa «que se apoya especialmente en el artículo 95 del Tratado de las Comunidades Europeas». Sin olvidar que junto a los tratados, manuales, repertorios y monografías sobre Derecho privado europeo siguen existiendo otras tantas obras jurídicas dedicadas a los cerca de treinta ordenamientos estatales y regionales –escocés, catalán– que conviven en Europa: bibliografía jurídica que, ni apenas se ve influida por el Derecho europeo, ni se influye una a otra.

Ante este panorama, la implantación de un texto con autoridad para servir de referencia del Derecho privado europeo sería un importante paso adelante. La autoridad de dicho texto podría provenir bien *imperio rationis* o *ratione imperio*<sup>5</sup>: es decir, por efecto de su calidad científica y de su propia autoridad, o como consecuencia de que la Unión, en la forma legislativa que sea, lo adopte como suyo. El ejemplo más importante de un texto de referencia cuyo éxito ha venido exclusivamente *imperio rationis* es el de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) de la llamada Comisión-Lando, publicados en tres partes en 1995, 2000 y 2003<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> H. KÖTZ/A. FLESSNER, *Europäisches Vertragsrecht*, tomo I, Tubinga, 1996.

<sup>4</sup> Sobre ello R. ZIMMERMANN, «Comparative Law and the Europeanization of Private Law», en: M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, pp. 539 ss.

<sup>5</sup> Acerca de la discusión sobre el problema de la autoridad legal en tiempos del *ius commune*, N. JANSEN, *JZ* 2006, pp. 536 ss.; también N. JANSEN/R. MICHAELS, *RabelsZ* 71 (2007), pp. 345 ss.

<sup>6</sup> O. LANDO, H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I und II, La Haya, 2000; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, La Haya, 2003.

Se trata de una obra privada que ofrece un amplio conjunto de reglas sobre los aspectos generales del Derecho contractual –y aun más allá, cubriendo en algunos puntos otras vertientes del Derecho obligacional–, fruto de un largo trabajo de Derecho comparado, y que puede servir, en muchos puntos, como pauta para la interpretación y el desarrollo de los propios ordenamientos estatales existentes en Europa<sup>7</sup>. De hecho, los PECL han empezado ya a desempeñar un papel fundamental en un proceso en cierto modo interno y orgánico de armonización del Derecho privado europeo<sup>8</sup>.

Sin embargo, el Parlamento europeo promueve desde hace ya tiempo la adopción de un texto de referencia *ratione imperii*, es decir, por vía de una codificación europea del Derecho civil<sup>9</sup>. Durante un cierto tiempo, la Comisión europea pareció flirtear también con esa idea, por más que limitándose al campo del Derecho de contratos<sup>10</sup>. Sin embargo, hoy día parece claro que ese Código europeo de contratos ni tiene apoyos reales para imponerse, ni cuenta con base competencial para realizarse –o, al menos, así lo entiende la doctrina ampliamente mayoritaria–. Lo cual ha provocado que se traiga a colación la posibilidad de aprobarlo como un «instrumento opcional», es decir, como un ordenamiento contractual adicional –paralelo a los en torno a treinta que existen en Europa–, que podría ser adoptado por las partes<sup>11</sup>. El enigmático concepto de «marco común de referencia» (CFR: *Common Frame of Reference*) ha ido asumiendo desde 2003 –momento en que por primera vez se usó, en una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo– un papel cada vez más destacado en todo ese debate sobre un instrumento opcional<sup>12</sup>. Desde

<sup>7</sup> Sobre ello, R. ZIMMERMANN, «The Principles of European Contract Law: Contemporary Manifestation of the Old, and Possible Foundations for a New, European Scholarship of Private Law», en: F. Faust, G. Thüsing (eds.), *Beyond Borders: Perspectives on International and Comparative Law – Symposium in Honour of Hein Kötz*, Colonia, 2006, pp. 111 ss., 141 ss.

<sup>8</sup> A modo de ejemplo, y en lo que se refiere a Alemania, *vid.* Bundestag-Drucksache 14/7052 v. 25.09.2001, fácilmente accesible en C.-W. CANARIS (eds.), *Schuldrechtsmodernisierung*, Munich, 2002, pp. 1051 ss., 1066; para España y Holanda C. VENDRELL CERVANTES Y D. BUSCH, *ZEuP* 16 (2008), núm. 3.

<sup>9</sup> Por primera vez en una Resolución de mayo de 1989; sobre ello, W. TILMANN, *ZEuP* 1 (1993), pp. 613 ss.

<sup>10</sup> Una visión de conjunto sobre la serie de Comunicaciones de la Comisión en N. JANSEN, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, Tubinga, 2004, pp. 2 ss.; R. ZIMMERMANN, *EuZW* 2007, p. 459.

<sup>11</sup> Sobre ello, D. STAUDENMAYER, «European Contract Law – What Does It Mean and What Does It Not Mean», en: S. Vogenauer, S. Weatherill (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, 2006, pp. 236 ss.

<sup>12</sup> La propuesta de la Comisión fue debatida en un Symposium en Graz; *vid.* R. ZIMMERMANN, *ZEuP* 15 (2007), pp. 109 ss., con contribuciones de A. Flesner, U. Blau-rock, R. Schulze, V. Trstenjak, N. Reich, G. Wagner, D. Martiny, F. Zoll, E. Kramer, U. Magnus, J. Basedow y W. Tilmann. La Asociación alemana de profesores de Derecho civil se ocupó del tema en sus Jornadas de septiembre de 2007; pueden verse las ponencias que

luego, no está claro qué estatus jurídico debería tener ese CFR; y tampoco queda claro qué fines últimos persigue su aprobación. La propia Comisión lo ha denominado en repetidas ocasiones como una «caja de herramientas» para una futura legislación sobre materia contractual<sup>13</sup>. Afirmación que lleva a preguntarse por cuáles son los ámbitos del Derecho contractual que la Comisión aspira a regular en un futuro. En estos momentos parece que sus intereses están centrados en la revisión del *acquis communautaire* en el ámbito del Derecho del consumo<sup>14</sup>. Pero si la Comisión quiere limitar sus actividades en un futuro a ese exclusivo ámbito, no haría falta para nada un CFR que se ocupe de la parte general del Derecho contractual, de los contratos en particular, de las relaciones obligatorias de origen legal, y de una cierta parte de los Derechos reales. Y el caso es que justamente de todo eso es de lo que se ocupa el Proyecto de CFR que se ha publicado a comienzos de 2008<sup>15</sup> (DCFR: *Draft Common Frame of Reference*)<sup>16</sup>. Aunque hasta ahora se trata del resultado de la discusión de un grupo de juristas, se presenta con perspectivas de convertirse en texto base de un futuro CFR adoptado por la autoridad comunitaria.

---

allí presentaron T. PFEIFFER, «Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU», *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), 208 (2008), pp. 227 ss.; y W. ERNST, «Der ‘Common Frame of Reference’ aus juristischer Sicht», *AcP* 208 (2008), pp. 246 ss. También fue objeto de debate el DCFR en las discusiones de la Sección 1.ª del 4.º *European Jurists’ Forum* (*European Contract Law*) que tuvo lugar en Viena en mayo de 2007; las contribuciones e información general pueden consultarse en: *4th European Jurists’ Forum* (Viena 2008), con trabajos de S. Weatherill, J. Smits, L. Vékás, M.J. Bonell, T. Wilhelmsson, B. Fauvarque-Cosson, B. Lurger y R. Zimmermann. *Vid.* también los trabajos aparecidos en *ERCL* 3 (2007), pp. 239 ss., en R. SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2008, y en A. VAQUER (ed.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, Groningen, 2008, pp. 43 ss., con una serie de trabajos sobre diversas partes del DCFR —a pesar de lo que podría hacer pensar el título—, entre ellos K. LILLEHOLT, zur Miete beweglicher Sachen (pp. 55 ss.) y M. SCHMIDT-KESSEL con una panorámica de las normas sobre donaciones (pp. 77 ss.).

<sup>13</sup> *Vid.*, por ejemplo, Comisión Europea, *European Contract Law and the revision of the Acquis: the way forward*, COM(2004) 651 final; *vid.* también COM(2005) 184 final (*sub* 2.3. *in fine*).

<sup>14</sup> Comisión (EC), *First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review v. 23.09.2005*, COM (2005) 456 final; *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis v. 08.02.2007*, COM (2006) 744 final; *vid.* también *Second Progress Report on The Common Frame of Reference v. 25.07.2007*, COM (2007) 447 final.

<sup>15</sup> También crítico con esa gran amplitud temática del DCFR, R. SCHULZE, «The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law», en: *Schulze* (nota 12), pp. 10 ss.

<sup>16</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): Interim Outline Edition*, Munich, 2008. Se trata de una «black-letter-only version»; en consecuencia, no contiene comentarios ni referencias de Derecho comparado, sino sólo el texto de los artículos. El tomo aparece precedido por una introducción de Ch. von BAR, H. BEALE, E. CLIVE UND H. SCHULTE-NÖLKE, en la que se exponen los objetivos del DCFR, su contenido fundamental, los valores en que se apoya, su estructura y lenguaje, así como su proceso de redacción.

## 2. CONTENIDO

Ese Proyecto de CFR consta en este momento de siete libros y dos anexos. El primer libro, de carácter algo heterogéneo, contiene sólo seis reglas: se refieren al ámbito de aplicación y la interpretación del DCFR, precisan el significado de los conceptos «por escrito», «en forma de texto», «firma» y de otros cinco elementos formales, así como remite a los dos anexos. Uno de ellos ofrece un catálogo de 122 definiciones, muchas de las cuales aparecen otra vez en el propio texto del DCFR<sup>17</sup>, mientras que el otro contiene una precisa regulación del cómputo de plazos junto a otro pequeño catálogo de términos referidos exclusivamente a ese anexo. Según expresan los propios autores del DCFR, las disposiciones contenidas en el libro I quieren servir como una guía para mejor uso del texto<sup>18</sup>.

Los libros II y III contienen lo que en Alemania se denominaría como teoría del negocio jurídico y parte general del Derecho de obligaciones. Así, en el libro II se encuentra la regulación sobre la perfección del contrato, la representación, la invalidez –en particular, lo referente a los vicios del consentimiento, y los negocios contrarios a la ley o al orden público–, interpretación, y contenido y efectos del contrato. El libro III se ocupa del cumplimiento, remedios jurídicos frente al incumplimiento, pluralidad de acreedores y deudores, transmisión de derechos y obligaciones –cesión de créditos, asunción de deuda, cesión de contrato–, compensación y prescripción. Desde el punto de vista sistemático, el material contenido en esos dos libros se ordena bajo los epígrafes «contratos y otros negocios jurídicos» (*Contracts and other juridical acts*; así el encabezamiento del libro II) y «obligaciones y derechos correspondientes» (*Obligations and corresponding rights*; libro III)<sup>19</sup>. Una obligación viene definida como un deber de prestación de una parte frente a otra en una relación jurídica («... a duty to perform which one party to a legal relationship, ... owes to another party»; art. III.-1:101); el

<sup>17</sup> *Vid. infra* VI.

<sup>18</sup> CH. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (nota 16), Introducción, número 45. Sobre ello O. LANDO, *ERCL* 3 (2007), 244 («One could have wished for a more appealing start»).

<sup>19</sup> Se muestran críticos con esa división incluso algunos miembros de los dos grupos redactores; *vid.* R. SCHULZE (nota 15), pp. 13 s.; O. LANDO, *ERCL* 3 (2007), p. 250 («... stringent and incomprehensible logic ... borrowed from German Law»). De hecho, como justificación de esa división sólo se encuentran en la Introducción al DCFR consideraciones apodícticas de tipo dogmático, tales como: «Similarly, a contract is not terminated. It is the contractual relationship, or particular rights and obligations arising from it, which will be terminated» [CH. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (nota 16), Introducción, núm. 52].

concepto queda así referido tanto a relaciones obligatorias nacidas del contrato como de la ley.

Como no podía ser menos, el contrato figura en el libro II como el tipo paradigmático de negocio jurídico. Otras formas de negocio jurídico –tales como la promesa unilateral, la concesión de un poder de representación, las declaraciones de ratificación, compensación o resolución– cuentan en ciertos puntos con una regulación particular (conclusión, interpretación). A menudo se le aplican las mismas reglas que a los contratos (forma, nulidad parcial) o se declaran aplicables analógicamente las normas que valen para los contratos (validez, integración por los usos y prácticas contractuales). También es digno de mención que tanto el libro II como el III comienzan con una parte general, que contiene los conceptos y principios generales (libertad de contratar, libertad de forma, buena fe), pero también un cierto popurrí de normas sobre diversas cuestiones jurídicas, que no contaban con un claro encaje sistemático en otro lugar (contratos mixtos, obligaciones condicionadas y a término, modificación contractual, desaparición de la base del negocio).

El libro IV está dedicado a concretas figuras contractuales y se ocupa en los seis epígrafes con que hasta ahora cuenta de la compraventa, el arrendamiento de bienes muebles, los contratos sobre prestación de servicios (con exclusión del contrato de trabajo), el mandato, la comisión mercantil y los contratos de franquicia y distribución, y las garantías personales. Como es lógico, las normas de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías han desempeñado un papel fundamental para la preparación de la parte relativa a la compraventa<sup>20</sup>; los autores del DCFR han podido así apoyarse en un modelo cuya eficacia ya se ha probado, y enlazar con todo un intercambio de opiniones a nivel internacional que se remonta hasta la fundamental monografía de Ernst Rabel sobre la compraventa internacional<sup>21</sup>. Situación de partida que no se daba en cambio, o sólo en muy limitada medida, respecto al resto de contratos mencionados; hasta qué punto el DCFR se ha adentrado aquí en un terreno aún virgen para el Derecho comparado y la armonización jurídica se ve con una rápida ojeada a la estructura del epígrafe relativo al contrato de prestación de servicios: tras una parte general (que a su vez viene precedida por unas

<sup>20</sup> V. HEUTGER, *Ein gemeineuropäisches Kaufrecht: Vision oder nahe Zukunft?*, Frankfurt a. M., 2007, pp. 171 ss.; *vid.* también A. VENEZIANO, «A Common European Law on Sales?», en: A. VAQUER (nota 12), pp. 41 ss. Sobre el valor del CISG, recientemente, M.J. BONELL, «The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law» (2008), 56 *American Journal of Comparative Law*, pp. 1 ss.

<sup>21</sup> E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, 2 tomos, Berlín, 1936 und 1958; sobre él, G. KEGEL, *RabelsZ* 54 (1990), 1 ff.

reglas de naturaleza aún más general), figuran una serie de apartados sobre la edificación, reparación, depósito, realización de proyectos (*design*), asesoramiento e información, así como tratamiento médico. Sobre muchos de esos particulares tipos de contratos de obras y servicios (como serían según la terminología del Derecho alemán) no contienen ninguna norma los Códigos hoy existentes en Europa. Para un jurista anglosajón le resultará sorprendente encontrar el arrendamiento de bienes muebles entre los contratos obligatorios, lo mismo que le resultará extraño a un jurista alemán que se le diga que el contrato de mandato no es esencialmente gratuito, o encontrar que las normas en cuestión se limitan, en caso de representación voluntaria, a regular la relación interna entre el representante y el representado<sup>22</sup>. El epígrafe relativo a las garantías personales se subdivide, en la estructura característica del DCFR, en una parte general y una serie de apartados especiales relativos a la fianza y las garantías autónomas. Los libros V, VI y VII se ocupan de la gestión de negocios ajenos sin mandato<sup>23</sup>, la responsabilidad extracontractual<sup>24</sup> y el enriquecimiento sin causa<sup>25</sup>. Un tanto llamativo es el celo regulativo que han desplegado los autores en las dos instituciones citadas en último lugar: basta contemplar que el enriquecimiento sin causa cuenta con más del doble de normas que las que se dedican a esta materia en el Código civil alemán (BGB).

En medio de esta sistemática más bien tradicional, se inserta el *ius novum* proveniente del *acquis communautaire* (a veces, ampliado mediante normas generalizadoras): no discriminación, deberes de información, entrega de bienes o prestación de servicios no solicitados, derechos de desistimiento (todo ello en el libro II), las reglas sobre garantías de bienes de consumo y una pluralidad de normas adicionales protectoras del consumidor en la compraventa (libro IV A), así como un apartado con normas especiales sobre garantías personales prestadas por un consumidor (libro IV G). Otras normas protectoras de los consumidores, que sin embargo no

<sup>22</sup> Vid. *infra* IV.2.

<sup>23</sup> Sobre ello, N. JANSEN, *ZEuP* 15 (2007), pp. 958 ss.

<sup>24</sup> Sobre ello, y sobre los *Principles of European Tort Law* del *European Group on Tort Law*, Viena, 2005, N. JANSEN, *RabelsZ* 70 (2006), pp. 732 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, *Reform des Schadensersatzrechts*, tomo I, *Europäische Vorgaben und Vorbilder*, Viena, 2006.

<sup>25</sup> Vid. CH. WENDEHORST, «The Draft Principles of European Unjustified Enrichment Law Prepared by the Study Group on a European Civil Code: A Comment», *ERA-Forum* 7 (2006), pp. 244 ss.; para una consideración más detallada de sus puntos de vista, WENDEHORST, «No Headaches over Unjust Enrichment: Response to Daniel Friedmann», en: K. Siehr, R. Zimmermann (eds.), *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective*, Tubinga, 2008, pp. 113 ss., 121 ss.; también J. SMITS, «A European Law on Unjustified Enrichment? A Critical View of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of Reference», en: A. VAQUER (nota 12), pp. 153 ss.



han integrado un apartado especial, se encuentran contenidas en el libro IV, epígrafe B, relativo al arrendamiento de bienes muebles.

El DCFR no está aún completo. Hasta el momento se trata sólo de una «edición provisional» (*Interim Outline Edition*). La edición definitiva debe publicarse a finales de 2008. En la edición que actualmente manejamos faltan algunos epígrafes sobre ciertos tipos contractuales (contrato de préstamo y donación; para el contrato de préstamo se ha reservado la letra F del libro IV), así como libros autónomos sobre adquisición y pérdida de la propiedad sobre bienes muebles (VIII), garantías reales sobre bienes muebles (IX) y trust (X). Por tanto, y contemplado todo ello, se trata del Proyecto de un Código sobre la parte esencial del Derecho patrimonial. Quizá su extensión se percibe aun mejor cuando se contemplan las materias expresamente excluidas [art. I.-1:101 (2)]: capacidad jurídica de la persona física, derecho de sucesiones, derecho de familia, derecho de los títulos-valores, derecho del trabajo, derecho inmobiliario y derecho de sociedades. Queda por ver si finalmente se incluyen también en el libro IV del DCFR las normas sobre contrato de seguro que está trabajando un grupo de Hamburgo e Innsbruck<sup>26</sup>. También queda por decidir si el control de contenido de los contratos con consumidores se aplica sólo a las condiciones generales o también se extiende a las normas negociadas individualmente (cfr. los corchetes que figuran en el art. II.-9:404)<sup>27</sup>.

### 3. ORIGEN

La actual versión del DCFR es resultado del trabajo de *ocho* grupos internacionales, siete de los cuales actuaban coordinados por un mismo órgano central. A la vez que eso, hay que tener en cuenta que el DCFR es producto de lo que se podría llamar nueve «masas textuales». La más antigua de ellas procede de un grupo científico que no ha participado directamente en la preparación del texto: la ya citada Comisión Lando<sup>28</sup>. Esa Comisión concluyó su actividad con la publicación de la Parte III de los PECL en el año 2003. Continuator de ese grupo fue el *Study Group on a European Civil Code* que constituyó Christian von Bar en 1998, si bien sus

<sup>26</sup> CH. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (nota 16), Introducción, núm. 59. Sobre el *Common Frame of Reference* de un Derecho europeo de seguros, *vid.* recientemente H. HEISS, «The Common Frame of Reference (CFR) of European Insurance Contract Law», en: R. SCHULZE (nota 12), pp. 229 ss.

<sup>27</sup> *Infra* III.1.a).

<sup>28</sup> *Supra*, nota 6.

finés, estructura y modo de trabajo era bien diverso<sup>29</sup>. A lo largo de los años, dicho *Study Group* ha ido evolucionando hasta constituir una red de grupos de trabajo<sup>30</sup>, que se ha ocupado y se sigue ocupando con aquellos ámbitos a los que no se dedicó la Comisión Lando. Esos grupos de trabajo tenían sus sedes en Osnabrück (obligaciones extracontractuales), Utrecht (compraventa), Tilburg (prestaciones de servicios), Amsterdam (comisión mercantil y los contratos de franquicia y distribución), Bergen (arrendamiento de bienes muebles), Hamburg (garantías personales) y de nuevo Amsterdam (mandato)<sup>31</sup>. Cada grupo de trabajo constaba y consta de un director y un número mayor o menor de colaboradores de diversas nacionalidades, así como un consejo consultivo internacional; y cada uno de esos grupos prepara una publicación autónoma, con una estructura muy semejante a los PECL<sup>32</sup>. El complejo regulativo recogido en esas publicaciones forma el fundamento para cada uno de los correspondientes libros del DCFR y, con ello, constituyen otras siete masas textuales allí reflejadas. El contenido de esos textos no sólo ha de ser aprobado por el respectivo consejo consultivo internacional, sino también por el enormemente grande «Coordinating Group» del *Study Group on a European Civil Code* (más de cuarenta miembros presididos por Christian von Bar).

Por lo demás, hay que tener en cuenta que el *Study Group*, aunque asume los PECL como fundamento de sus trabajos y, en consecuencia, del DCFR, ha llevado a cabo una revisión de esos principios, en algunos puntos más amplia y en otros más limitada<sup>33</sup>. Con ello, por un lado sale al paso de ciertas críticas que se habían hecho a los PECL, y que habían surgido o de escritos académicos o de los llamados «stakeholder-meetings», con los que la Comisión Euro-

<sup>29</sup> CH. VON BAR, en: *Festschrift Dieter Henrich*, Bielefeld, 2000, pp. 1 ss. Existe una cierta continuidad entre la Comisión Lando y el *Study Group* en cuanto que en torno a la mitad de los miembros de la tercera Comisión Lando siguen trabajando de una forma u otra en el *Study Group* (sobre todo, en sus puestos directivos), entre ellos y con particular importancia Christian von Bar, Eric Clive und Hugh Beale.

<sup>30</sup> Vid. en <http://www.sgecc.net> en «Organisation» (fecha de la comprobación 7.8.08).

<sup>31</sup> Los restantes grupos de trabajo, cuyos resultados no se han recogido todavía en el DCFR, tienen sus sedes en Osnabrück (Trusts, donaciones), Amsterdam (contrato de préstamo) Hamburg (garantías reales sobre bienes muebles) y Graz (adquisición y pérdida del dominio sobre bienes muebles).

<sup>32</sup> Hasta ahora han aparecido: CH. VON BAR, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, Munich, 2006; M. HESSELINK, J. RUTGERS, O. BUENO DÍAZ, M. SCOTTON, M. VELDMAN, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Munich, 2006; M. BARENDRECHT, CH. JANSEN, M. LOOS, A. PINNA, R. CASCAO, S. VAN GULIK, *Service Contracts*, Munich, 2007; U. DROBNIG, *Personal Security*, Munich, 2007; K. LILLEHOLT, A. VICTORIN, A. FÖTSCHL, B.-E. KONOW, A. MEIDELL, A. BJØRANGER TØRUM, *Lease of Goods*, Munich, 2008; E. HONDIUS, V. HEUTGER, CH. JELOSCHKE, H. SIVESAND, A. WIEWIORSKA, *Sales*, Munich, 2008.

<sup>33</sup> Vid. Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (nota 16), Introducción, núms. 50 ss.; sobre ello *infra* V.2.

pea había intentado suscitar un cierto interés en la opinión pública por ese proceso de elaboración del CFR<sup>34</sup>. Por otro, emprende una modificación de los Principios, en parte necesaria para adaptarlos y coordinarlos con el resto de materias tratadas por el *Study Group*, y en parte debida al hecho de que el *Study Group* contempla como uno de sus objetivos fundamentales el desarrollo de unos conceptos y estructuras claras para el Derecho patrimonial europeo. No se puede olvidar que los PECL habían surgido sin un plan preestablecido y, en ese sentido, acusaban ciertos déficits en su concepción<sup>35</sup>. Esos tenían que ver con la decisión, tomada a lo largo de su proceso formativo, de ir en determinados puntos más allá de la parte general de contratos para abarcar otros aspectos del Derecho de obligaciones, y se muestran en ciertas discordancias entre las Partes I y II de dichos Principios y la Parte III, o en el uso a veces no del todo técnico de conceptos como *contract*, *claim* o *obligation*.

En algunos puntos la adaptación ha sido meramente terminológica, o se ha referido a aspectos más bien marginales; así, por ejemplo, en materia de prescripción y de compensación [en la que, con todo, conviene mencionar que se ha introducido una definición de compensación poco adecuada: art. III.-6:101 (1)]. En cambio, ha sido bastante amplia la reelaboración que han sufrido otras materias, como pueden ser las normas sobre representación, el contrato a favor de tercero (arts. II.-9:301 ss.) y la cesión (arts. III.-5:101 ss.)<sup>36</sup>. El resto de materias se encuentra entre ambos extremos. Según el artículo 2:201 (1)(a) de los PECL, se concluye un contrato cuando las partes tienen la voluntad de quedar vinculadas jurídicamente; según el artículo II.-4:101 DCFR, las partes deben tener la voluntad de entrar en una relación jurídica vinculante o pretender otro efecto jurídico. La cláusula general de buena fe del artículo 1:201 (1) PECL ha sido sustituida por dos normas referidas a las relaciones precontractuales [art. II.-3:301 (2) DCFR] y a las relaciones contractuales [art. III.-1:103 (1) DCFR], en la última de las cuales se intenta concretar por vía de enumeración en qué sentido una parte en un contrato tiene que actuar de acuerdo con las normas de la buena fe y del recto tráfico jurídico. En materia de negocios jurídicos anulables ha sido sustancialmente alterada la norma reguladora del error (art. 4:103 PECL frente a art. II.-7:201 DCFR)<sup>37</sup>. Los tres tipos de pluralidad de deudores, sobre cuya denominación

<sup>34</sup> Muy crítico con la manera en que dicho *stakeholder process* ha sido conducido, G. WAGNER, *ZEuP* 15 (2007), pp. 180, 189 ss. Positivo es el juicio de E. BRÖDERMANN, *ZEuP* 15 (2007), 304 ff.

<sup>35</sup> *Vid.*, por ejemplo, R. ZIMMERMANN (nota 7), pp. 114 ss.

<sup>36</sup> Sobre ello, *infra*, IV.1.

<sup>37</sup> Sobre ello, *infra*, V.2.b.

había debatido largamente la Comisión Lando, se llaman ahora *solidary, divided y joint obligations* (en vez de *solidary, separate y communal obligations*)<sup>38</sup>. Las reglas sobre cumplimiento e incumplimiento se han adaptado a la nueva sistemática del DCFR, de forma que se refieren a las obligaciones en general y no sólo a los contratos<sup>39</sup>. Lógicamente, los ejemplos citados no son más que un botón de muestra de las variaciones aludidas. A ellas hay que añadir todo un conjunto de normas que se han incluido en el DCFR en aras de la ya señalada pretensión de totalidad que éste tiene: así el artículo II.-1:108 DCFR sobre contratos mixtos o el artículo III.-6:201 DCFR sobre la confusión.

Finalmente, la novena de las citadas «masas textuales» proviene del *European Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, fundado en el año 2002 y que tiene a Hans Schulte-Nölke como coordinador. A diferencia de la Comisión Lando y del *Study Group*, el objeto de su investigación consistía y consiste en elaborar un marco regulatorio basado en las normas comunitarias ya existentes (*acquis communautaire*). Por ello, los *Acquis Principles* parten de un modelo y concepción contrapuestos al de los PECL, donde el Derecho comunitario no fue objeto de tratamiento<sup>40</sup>. Lo mismo que el *Study Group*, el *Acquis Group* publica sus resultados en una serie de volúmenes autónomos; hasta noviembre de 2008 sólo había aparecido el primero de los dos volúmenes anunciados<sup>41</sup>. Un análisis de ese primer tomo, dedicado a los deberes precontractuales, la conclusión del contrato y el control de sus cláusulas, ha mostrado que los *Acquis Principles* no son resultado de una relectura crítica del sistema de protección de los consumidores establecido en el *acquis*, sino que, al contrario, en toda una

<sup>38</sup> En los *Unidroit Principles for International Commercial Contracts*, que están en proceso de revisión, las dos primeras categorías recibirán el nombre de *joint and several y separate obligations*, mientras que la tercera desaparece; sobre esa tercera categoría, proveniente del Derecho alemán., *vid.* S. MEIER, en: M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK)*, tomo II/2, 2007, §§ 420 - 432/I, marg. 93, 98.

<sup>39</sup> Crítico con ello O. LANDO, *ERCL* 3 (2007), p. 250; R. SCHULZE (nota 15), p. 14 («The DCFR has, in this respect, become something else than a European contract law»). Otra valoración, en cambio, H. SCHULTE-NÖLKE, en: R. SCHULZE (nota. 12), p. 54 («The DCFR is nothing more than an extension of the PECL»), 60.

<sup>40</sup> Esto ha sido objeto de frecuentes críticas; *vid.* por ejemplo W. WURMNEST, *ZEuP* 11 (2003), pp. 729 s.; H.-W. MICKLITZ, *ZVglRW* 103 (2004), pp. 88 ss.; se explica por el hecho de que a comienzos de los ochenta, cuando comenzó sus trabajos la Comisión Lando, no se habían dictado todavía las Directivas sobre Derecho privado europeo.

<sup>41</sup> The Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) - Contract I: Precontractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich, 2007. El tomo Contract II: Performance, Non-Performance, Remedies ha sido anunciado para diciembre de 2008; más información sobre ello, R. SCHULZE (nota 12) pp. 301 ss.

serie de puntos tiende más bien a su generalización<sup>42</sup>. Son esos *Acquis Principles* los que, en parte inalterados, pero en su mayor parte reelaborados, han tenido acceso al DCFR<sup>43</sup>. Con ello, hay que reconocer que los autores del DCFR han intentado afrontar una de las tareas más ineludibles del Derecho privado de nuestro tiempo: la de integrar todo el *acquis commun*, surgido de la larga tradición jurídica común a Europa, con el *acquis communautaire*, centrado sobre todo en la protección del consumidor. Ahora bien, esa tarea, si quería ir más allá de la mera yuxtaposición de materiales, hubiese requerido de un trabajo de reconceptualización de las normas sobre protección de los consumidores<sup>44</sup>; trabajo que no llevó a cabo el *Acquis Group*. En consecuencia, ese trabajo le había de corresponder al *Compilation and Redaction Team* (Presidencia: Christian von Bar y Eric Clive), que fue constituido sólo a comienzos de 2006, y que, como es lógico, apenas ha tenido tiempo de ocuparse de esta cuestión.

#### 4. ¿UN TEXTO ACADÉMICO?

Como ya hizo la Comisión Lando y, siguiendo sus pasos, otros grupos internacionales de trabajo, tanto el *Study Group* como el *Acquis Group* designan, de manera un tanto imprecisa, el producto de su trabajo como «Principios» (*Principles*). En realidad, se trata de un obra regulativa de estilo codificadorio, que podría ser promulgada sin más problema por un legislador que contase con competencia para ello. Cosa que se oculta con el concepto de *Common Frame of Reference*, elegido por la Unión Europea para denominar el producto. En lo que se refiere al estilo y a la estructura de la publicación resultante, ha servido de inspiración el trabajo de la Comisión Lando, lo mismo que ésta se sirvió de los *Restatements* norteamericanos<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Sobre ello, N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *JZ* 2007, pp. 1113 ss.; *vid.* también *infra* V.1.b).

<sup>43</sup> *Vid.* sobre ello, desde la perspectiva del *Acquis Group*, los trabajos de C. TWIGG-FLESNER, ST. LEIBLE, E. TERRY y T. PFEIFFER en Schulze (*supra* nota 12), pp. 97 ss.

<sup>44</sup> Sobre ello, desde la perspectiva de la libertad de *ambas* partes de determinar el contenido contractual, J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübinga, 1998; también C.-W. CANARIS, *AcP* 200 (2000), pp. 273 ss.; R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2005, pp. 159 ss.

<sup>45</sup> Cada volumen del *Study Group* contiene, además del texto de los artículos, un comentario con ejemplos de aplicación, así como anotaciones de Derecho comparado. Se ha previsto la misma forma para la presentación de la versión definitiva del DCFR. El *Acquis Group*, cuya obra es independiente del Derecho privado común que reflejan los diversos Derechos nacionales, ha de modificar ese esquema: aquí sólo figurarán junto a los artículos los actuales fundamentos normativos de esas normas en el *acquis*, y ejemplos de

Los autores del DCFR remarcan que se trata de un texto meramente académico, y no de un texto de autoridad o con legitimación política<sup>46</sup>. En consecuencia, el CFR que en su día pueda publicar la Comisión Europea es algo diferente de este proyecto académico de un DCFR. Sin embargo, como no podía ser menos, los propios autores declaran que uno de los objetivos del DCFR consiste en servir de proyecto para ese CFR<sup>47</sup>. Y hacia el final de la introducción dedican un largo párrafo a la cuestión de cómo el DCFR puede servir para preparar el camino al CFR<sup>48</sup>. De hecho, no parece creíble que la Comisión Europea, que ha apoyado con cuantiosos medios el trabajo del *Study Group* y del *Acquis Group*<sup>49</sup>, no vaya a querer adoptar el texto o servirse de él de algún modo. Ya sólo este hecho hace de él un documento de considerable importancia potencial para el desarrollo del Derecho privado europeo. En consecuencia, merece ser objeto de una especial atención y una discusión crítica lo más amplia posible. El presente artículo, cuyo origen se remonta a un seminario que tuvo lugar entre sus autores en el Max-Planck-Institut de Hamburgo, quiere espolear ese debate. Como es obvio, teniendo en cuenta la extensión del DCFR y la complejidad de las cuestiones allí tratadas, y la propia extensión de este artículo, no se trata más que de un primer intento de valoración. Intento de valoración que ofrecemos en respuesta a la amable invitación de

aplicación. A diferencia de lo que sucedió en la Comisión Lando, ha sido ahora el inglés el lenguaje de trabajo empleado por todos los grupos, y por ello el DCFR ha aparecido sólo en versión inglesa.

<sup>46</sup> Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 4.

<sup>47</sup> Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 6.

<sup>48</sup> Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núms. 60 ss.

<sup>49</sup> La ayuda se enmarca en el Sexto Programa marco sobre investigación de la Comisión Europea y mediante el establecimiento de una «network of excellence», en la que, además del *Study Group* y del *Acquis Group*, se integran otra serie de organizaciones. De ellas destaca la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* y die *Société de Législation Comparée* que han presentado un tomo titulado *Terminologie Contractuelle Commune*, 2008, y otro titulado *Principes Contractuels Communs*, 2008. En el primero de esos volúmenes se examinan toda una serie de conceptos jurídicos tales como *contrat*, *obligation/devoir*, *acte juridique/fait juridique*, *ordre public et règles impératives*, *bonne foi*, *faute et manquement*, *préjudice*, *dommages et intérêts/indemnité* und *anéantissement*. El segundo tomo se ocupa de dos cuestiones: Por un lado se ocupa de tres «principes directeurs» del Derecho contractual europeo: *liberté contractuelle*, *sécurité contractuelle* y *loyauté contractuelle*; y propone una serie de reglas fundamentales que se antepondrían a los PECL. En segundo lugar se revisan los PECL a la luz de esos Principios directores. El tomo I, referido a la terminología, y la primera parte del tomo II (*principes directeurs*) parece constituir un proyecto de capítulos I y II de un CFR, tal como lo había previsto la Comisión Europea en su Comunicación de 11.10.2004, COM (2004) 651 final [vid. en ZEuP 13 (2005), 462 ss.]; el Conjunto normativo creado por el *Study Group* y el *Acquis Group* formaría el capítulo III de ese proyecto. Ahora bien, no está muy claro que esa iniciativa esté coordinada con la de los otros grupos (sobre todo, si se tiene en cuenta que la iniciativa francesa ha tomado directamente por base los PECL).

los autores del DCFR: «Criticism and comments are most welcome»<sup>50</sup>.

## II. VALORES SUBYACENTES Y VALORES EN CON-CURRENCIA EN EL DCFR

### 1. VALORES BÁSICOS COMPARTIDOS

Una obra legislativa no es una mera yuxtaposición de normas técnicas, sino que es, de suyo, expresión de una serie de valores e intereses. Por ello, a la hora de valorarla, tanto desde un punto de vista político como en cuanto a su claridad y consistencia dogmática, es esencial que se pueda reconocer cuáles son los fines normativos que se han perseguido y en qué medida y relación se han alcanzado cada uno. Cuestión totalmente distinta a la de si esos fines normativos han de ser explícitamente reseñados en una sección introductoria del texto, o la de si incluso deben ser explicados y presentados detalladamente.

En la introducción del DCFR se deja abierta la cuestión de si más adelante se completará el texto con esa sección introductoria<sup>51</sup>. En cualquier caso, algunos de los fines esenciales del Derecho privado son mencionados y descritos brevemente por los autores<sup>52</sup>. Entre ellos se cuentan la justicia, la libertad, la protección de los derechos humanos, el «bienestar económico»<sup>53</sup>, solidaridad y responsabilidad social. Aunque referidos sólo a la configuración del Derecho privado por la Unión Europea, también se citan la promoción del mercado interior y la conservación de la pluralidad cultural y lingüística. Como fines «formales» que deben ser tenidos en cuenta en la elaboración de *model rules*, los autores citan la racionalidad, la seguridad jurídica, la previsibilidad y la eficiencia. Pero dicha lista no debe considerarse cerrada. Así, por ejemplo, la protección de la confianza generada con la propia conducta o el principio de responsabilidad por los riesgos creados son también citados como fines importantes, si bien probablemente no pertenecen a los fines primordiales.

<sup>50</sup> Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 77.

<sup>51</sup> Sobre ello Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 11, 19.

<sup>52</sup> Sobre ello Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 22 ss.

<sup>53</sup> «Bienestar económico» es un pleonasma: bienestar es de suyo un concepto económico. No hay bienestar que no sea económico.

## 2. CONTENIDO Y RELACIÓN ENTRE SÍ DE LOS VALORES FUNDAMENTALES

Contemplando esa pluralidad de principios o de valores fundamentales<sup>54</sup>, surge inmediatamente la pregunta de hasta qué punto pueden dichos principios servir para concretar cada una de las reglas del DCFR. Pues esa es precisamente la finalidad esencial de dichos valores fundamentales: «Any statement of them must ... give some practical guidance on how to read and to interpret the definitions and model rules contained in the CFR ...»<sup>55</sup>. Finalidad que parece problemática desde dos puntos de vista: por un lado, si se tiene en cuenta que el propio contenido de esos principios es en gran medida incierto, lo cual limita necesariamente sus posibilidades orientativas; por otra parte, porque el texto no ofrece respuesta a la cuestión sobre la relación en que se sitúan esos principios cuando se dé el caso –que en la resolución de casos concretos habrá de darse– de conflicto entre ellos.

La falta de claridad que dispensa la mera enumeración de valores fundamentales puede observarse claramente si se analizan los conceptos «libertad» y «justicia». Así, la libertad puede entenderse de maneras bien diferentes. El texto introductorio a los DCFR contiene algunas precisiones al respecto, pero se ocupa sólo de una manera muy general de la libertad contractual<sup>56</sup>. A las posibles concepciones sobre la libertad, bien alejadas unas de otras, pertenecen por ejemplo: (i) libertad formal en el sentido de no intervención estatal, en su caso limitada a determinadas esferas (por ejemplo, vida e integridad corporal); (ii) libertad en el sentido de garantía –también estatal– de ámbitos de actuación ajenos a la intervención de terceros (por ejemplo, mediante el Derecho penal); (iii) libertad en el sentido de una pluralidad real –de nuevo creada por el Estado– de opciones asumibles (concepto según el cual sólo aquellos que tienen suficientes recursos son libres y pueden permitirse ciertas opciones); (iv) libertad en el sentido de libertad de elección –concepto que desempeña un papel sobre todo en el contexto del fraude, la intimidación–. El texto introductorio no toma ninguna posición en relación con todas estas posibles concepciones.

<sup>54</sup> En la introducción del DCFR se habla continua e indistintamente de «principios», «aims» and «values». No es posible discernir un uso técnico de esa terminología, tal y como propuso por ejemplo *Dworkin* y desarrolló *Alexy*, distinguiendo entre reglas y principios (vid. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, pp. 22 ss., 71 ss. *et passim*; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, pp. 71 ss.). Tampoco se asume con claridad la distinción entre «core aims» y «more 'formal' aims» [vid. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 22].

<sup>55</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 18.

<sup>56</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 25 ss.



nes, por más que cada una de ellas es relevante para la interpretación del Derecho privado.

También sobre el significado y el contenido de la justicia existen las más variadas interpretaciones. A veces se usa ese concepto con el sentido de igualdad (con la pluralidad de significados que ésta a su vez entraña), otras como término de referencia en el que se sostiene una determinada concepción ética (por ejemplo, liberalismo, utilitarismo). También puede servir para referirse a concepciones de la justicia que podrían llamarse «procedimentales» («justicia mediante procesos»). El texto introductorio trata del asunto sirviéndose de la clásica distinción aristotélica entre justicia distributiva y justicia conmutativa<sup>57</sup>. El pasaje en cuestión dice que el DCFR se ocupa fundamentalmente de la justicia conmutativa, pero también a veces de la distributiva. En cualquier caso, es claro que esa vaga y marginal mención a una distinción tan antigua como controvertida es algo bien distinto a una consistente concepción de qué sea la justicia. Y desde luego, sólo esta última puede servir como herramienta de apoyo para la interpretación de las normas legales.

Por lo que respecta al resto de valores fundamentales del DCFR, se puede decir que es igualmente imposible fijar un contenido claro que pueda luego servir de criterio interpretativo. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la exigencia de solidaridad y responsabilidad social. Todo apunta a que se han querido evitar precisiones que entrañen concepciones políticas, a fin de evitar las controversias. Pero el resultado es que ese conjunto de principios fundamentales tan cuidadosamente elaborado apenas va a servir de nada al intérprete que tenga que trabajar con el DCFR.

Y el problema se agrava si se tiene en cuenta que el texto introductorio no ofrece respuesta alguna a la cuestión sobre la prevalencia y prioridad entre esos valores o principios fundamentales. Acertadamente se reconoce que en cada caso concreto surgirán conflictos entre esos valores o fines<sup>58</sup>. En consecuencia, ninguno de ellos podrá imponerse de forma rígida o sin atención a los demás, sino que al aplicar cada una de las reglas habrá que aplicarlos y llegar a puntos de equilibrio entre ellos. Pero justamente en la medida en

<sup>57</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 24. Sobre la interpretación de esa distinción *vid.* E.J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge, 1995; C.-W. CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, Munich, 1997, 9 ss. *et passim*; CH. WENDEHORST, *Anspruch und Ausgleich*, Tübinga, 1999, 3 ff., 13 ff. *et passim*; N. JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübinga, 2003, pp. 76 ss. *et passim*; H. EIDENMÜLLER, en: C. Ott, H.-B. Schäfer (eds.), *Ökonomische Analyse des Sozialschutzprinzips im Zivilrecht*, Tübinga, 2004, pp. 45, 46; J. GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford, 2006, pp. 12 ss. *et passim*.

<sup>58</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 23.

que se trata de principios fundamentales que pueden entrar en contradicción los unos con los otros, o que ponen el acento en soluciones diversas, es claro que su mera mención no servirá de mucho para la interpretación de las reglas, salvo que se hubiese establecido una serie de reglas de conflicto que estableciesen qué valores son prevalentes y, sobre todo, cuáles son las razones para dar la prevalencia a un valor o a otro.

Entre los citados valores o principios fundamentales, se puede decir que hay algunos especialmente predispuestos a entrar en conflicto, tales como los de solidaridad, eficiencia y justicia, o los de justicia y seguridad jurídica/previsibilidad (por cierto, que la cuestión de hasta qué punto existe un criterio de diferenciación entre estos valores es tan poco clara como la de la diferencia entre eficiencia y prosperidad económica). Hubiese sido de agradecer que al menos se hubiese aclarado la cuestión de cómo interactúan entre sí la eficiencia –la maximización de la tarta– y la solidaridad o *ius-titia distributiva* –el reparto de la tarta–, es decir, que se hubiese aclarado en qué medida el derecho de contratos es un instrumento adecuado para llevar a cabo fines redistributivos<sup>59</sup>. Desde luego parece claro que esos fines redistributivos se consiguen de manera más eficiente –es decir, con la mínima pérdida de prosperidad– por medio de impuestos y subvenciones que mediante normas de Derecho privado<sup>60</sup>. Del mismo modo puede decirse que las formas más adecuadas para la consecución de objetivos relacionados con la solidaridad, la responsabilidad social o la no discriminación se encuentran en las instituciones de Derecho público<sup>61</sup>. Una cierta claridad entre toda esta amalgama de valores se hubiese conseguido si al menos se hubiese distinguido con mayor nitidez entre Derecho privado y Derecho público, y se hubiesen recogido como valores fundamentales sólo aquéllos genuinamente ligados al Derecho privado. Cuantos más valores y fines fundamentales se le encargan al Derecho privado, más pierde éste en claridad y seguridad jurídica<sup>62</sup>.

En resumen, puede decirse que los principios y valores fundamentales que se encuentra en el texto introductorio del DCFR aca-

<sup>59</sup> Cfr. G. WAGNER, *ZEuP* 15 (2007), pp. 184 ss.

<sup>60</sup> Vid. S. SHAVELL, 71 (1981) *American Economic Review Papers and Proceedings*, p. 414; L. KAPLOW, S. SHAVELL, «Why the Legal System is less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income», (1994) 23 *The Journal of Legal Studies*, p. 667; H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübinga, 2005, pp. 289 ss.

<sup>61</sup> El hecho de que el Derecho comunitario contenga normas similares a éstas en sus Directivas no sirve para excusar que el *Acquis Group* no haya llevado a cabo una reflexión profunda sobre el sentido, finalidad y, sobre todo, ámbito de aplicación de esas normas.

<sup>62</sup> Sobre el Derecho privado como «Magna Charta» de una sociedad libre vid. entre otros F. BÖHM, *ORDO* 17 (1966), pp. 75, 77 s.

ban constituyendo una mezcla que carece de contornos precisos y criterios de relación. Para la interpretación de las particulares reglas del DCFR no sirve ese catálogo de criterios diversos, más aún si se tiene en cuenta que la enumeración no tiene el carácter de lista cerrada («at least»).

### 3. PLASMACIÓN DE LOS VALORES FUNDAMENTALES EN EL PROYECTO

Con independencia de qué valoración merezcan los fines y valores fundamentales asumidos por el DCFR, una obra de esta naturaleza puede valorarse en función del grado de realización efectiva de los fines propuestos. En este sentido, hay que «tomarle la palabra» al DCFR. Se tratará de ver cómo se han plasmado la pluralidad de valores fundamentales que, según los autores del proyecto, habían de conjuntarse en el plano normativo concreto<sup>63</sup>. Si esta labor se lleva a cabo de modo correcto, se alcanzarán ya los valores de seguridad jurídica y predecibilidad de la norma —que, de este modo, se erigen de algún modo en meta-valores de toda la obra—. Habrá que ver en qué medida se ha conseguido eso. Pero también se trata de ver si los valores fundamentales de carácter sustantivo que se han enunciado en el texto introductorio han encontrado un reflejo coherente y consistente en el texto regulatorio. Y no faltan razones para dudar de que se haya alcanzado este resultado, tal y como se deduce si se observa por ejemplo el texto legal desde la perspectiva del principio de eficiencia.

En el texto introductorio se declara de manera clara y sin ambages que la eficiencia y el bienestar económico son dos de los fines fundamentales que persigue el texto: «The rules in the DCFR are in general intended to be such as will promote economic welfare; and this is a criterion against which any legislative intervention should be checked»<sup>64</sup>. Inmediatamente después se declara que la eficiencia y el bienestar económico han de promoverse, por ejemplo, mediante la regulación protectora de los consumidores o los deberes de información<sup>65</sup>, una declaración que desde la perspectiva de los avances de una psicología cognoscitiva es sumamente discutible: el cúmulo de información que el DCFR prevé<sup>66</sup> no va a poder ser debidamente integrado por el particular (la utilidad de la infor-

<sup>63</sup> Vid. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 23.

<sup>64</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 29.

<sup>65</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 30.

<sup>66</sup> Vid. sobre ello *infra* V. 1. b) aa).

mación es decreciente y puede llegar a tener incluso un componente negativo)<sup>67</sup>, que apenas va a hacer uso de las facultades de desistimiento previstas, de modo que en muy pocos casos cumplen dichas facultades la función para la que se previeron (ha de tenerse en cuenta que esos derechos de desistimiento se atribuyen en una multitud de situaciones en las que se producen contratos ineficientes<sup>68</sup>).

La idea de una solución eficiente aparece explícitamente en el texto regulatorio sólo en dos ocasiones: en sede de dolo, donde para valorar la posibilidad de que exista dolo omisivo hay que considerar los costes que hubiese supuesto proporcionar la información [art. II.-7:205 (3)(b)]. Criterio de eficiencia que en cambio no se tiene en absoluto en cuenta ni para enjuiciar los deberes precontractuales de información (arts. II.-3:101 ss.), ni en la regulación sobre el error provocado en la otra parte [art. II.-7:201 (1)(b)], por más que aquí existían tantas razones como en el otro caso para tener ese criterio en cuenta. Y la otra ocasión en que se cita explícitamente el criterio de los costes es en la determinación de la calidad de las prestaciones en el marco de la regulación del contrato de servicios. Según el artículo IV.C.-2:105 (4)(b) deben tenerse en cuenta también los costes de las medidas de precaución que hubiesen sido necesarias para evitar un daño.

Resulta contradictorio tener en cuenta el criterio de los costes que supone suministrar la información a la hora de enjuiciar el dolo, y no tenerlo en cuenta en relación con los deberes de información o con el error provocado. Y respecto a otras instituciones no se hace referencia alguna al criterio de eficiencia. Ciertamente, las normas de Derecho privado pueden ser eficientes o no eficientes, sin necesidad de que se cite el criterio de su eficacia económica. También hay conceptos jurídicos indeterminados, como el de «negligencia» que tradicionalmente se valoran desde una perspectiva económica. Pero desde luego no parece que se pueda hablar de una particular relevancia del criterio de eficiencia en la concreta plasmación de las reglas del DCFR, por más que el texto introductorio haya hecho expresa mención de ese supuesto «valor funda-

<sup>67</sup> Vid. B. GRUNEWALD, *AcP* 190 (1990), pp. 609, 612 ss.; M. MARTINEK, *NJW* 1997, pp. 1393, 1396; S. KIND, *Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information*, Berlín, 1998, pp. 513 ss.; H. EIDENMÜLLER, *JZ* 2005, 216, 218; M. REHBERG, «Der staatliche Umgang mit Information», en: T. Eger, H.-B. Schäfer (eds.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Tübinga, 2007, pp. 284, 319 ss.

<sup>68</sup> Vid. Bundestag-Drucksache 10/2876 v. 15.02.1985, 7 f.; M. LEHMANN, *GRUR* 1974, pp. 133, 140; G. MAGOULAS, A. SCHWARTZE, *JA* 1986, pp. 225, 230; KIND (*supra* nota 67), pp. 520 s.; M. REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, Baden-Baden, 2003, pp. 243 s.; EIDENMÜLLER, *JZ* 2005, pp. 216, 221 s.; con menor escepticismo J. DREXL (*supra* nota 44), pp. 485 ss. Vid. también *infra* V. 1. b) bb).

mental». Si el DCFR se lo había propuesto como un específico valor a alcanzar, es claro que luego ha prescindido de él.

#### 4. DIVERGENCIA DE VALORES EN EL PLANO DE LAS NORMAS CONCRETAS

A los problemas ya mencionados hay que añadir que la relación entre los valores que postula el DCFR no queda resuelta en el plano de las concretas normas, por más que esto era lo prometido. Esto se debe sobre todo al abundante uso que se hace de cláusulas generales así como de conceptos jurídicos indeterminados. Resultado de esto es que, al final, la decisión sobre qué valor es el que ha de prevalecer y cómo se han de resolver los conflictos interpretativos en el plano normativo queda a la libre decisión del posible aplicador jurídico.

Normas tales como el artículo I.-1:102 (3)(b) pueden encuadrarse en el concepto de «cláusula general». Según ella, las reglas del DCFR han de interpretarse conforme con la *good faith* y *fair dealing*. Y lo mismo el artículo II.-1:102 (1), conforme al cual la autonomía privada debe entenderse limitada por la *good faith* y *fair dealing*<sup>69</sup>. O la que establece el deber de conducir la propia actuación de acuerdo con esos dos principios [art. II.-3:301 (2)]. También en la interpretación de los contratos se debe tener en cuenta esos criterios [art. II.-8:102 (1)(g)]. El artículo III.-1:103 (1) declara que *good faith* y *fair dealing* han de tenerse en cuenta en el cumplimiento de los contratos, el ejercicio de una pretensión de cumplimiento, el ejercicio de acciones derivadas del incumplimiento así como el ejercicio del derecho de resolución. El DCFR reitera este tipo de cláusulas generales en todos los planos. En total, el binomio *good faith/fair dealing* aparece más de veinte veces en el texto. Si esa reiteración se ha hecho con una intención concreta, ha de presumirse que es la de resaltar la importancia que los conceptos de *good faith* y *fair dealing* tienen en la tradición jurídica anglosajona.

La inseguridad jurídica que así se provoca se acentúa por el hecho de que, en la descripción de los supuestos de hecho y de las consecuencias jurídicas, junto a las cláusulas generales, se emplean muy frecuentemente conceptos jurídicos indeterminados. Entre ellos es quizás especialmente llamativo el uso del concepto *reasonable*; «razonable» —que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual todavía se refuerza: «fair and reasonable»— parece ser-

<sup>69</sup> Vid. más detalles *infra* III. 1. a).

vir para resolver cualquier problema<sup>70</sup>. En el texto regulatorio (sin contar el texto introductorio), aparece el concepto en sus diversas variantes [(un)reasonable/y] más de cuatrocientas veces. El catálogo de definiciones que figura en el Anexo I del DCFR da la siguiente aclaración: «What is “reasonable” is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices». Con esa explicación lo único que se hace es sustituir un concepto jurídico indeterminado por otras fórmulas igualmente vacías. Lo cual no ha sido obstáculo para que se haya afirmado que el frecuente uso del concepto *reasonable* es uno de los «puntos fuertes» del DCFR<sup>71</sup>.

Lo que significan en el caso concreto «fair dealing», «reasonable» o «good faith» depende fundamentalmente de los valores fundamentales antes aludidos y de la relación que exista entre ellos. Por ejemplo, piénsese en un juez que tenga que dictaminar sobre la imposición de una pena convencionalmente pactada o su moderación (art. III.-3:710), en un caso en que un consumidor, comitente de una obra, haya impuesto esa cláusula al pequeño constructor que actúa como contratista: la decisión del juez dependerá de si prefiere atenerse al principio de protección del consumidor o si se inclina por el de la justicia distributiva. Si la protección del consumidor se eleva a único criterio decisorio, se impondrá el comitente, mientras que si lo fundamental en este caso concreto es la protección de la parte contratante más débil, habrá que inclinarse a favor del pequeño empresario autónomo. Además, una decisión favorable a este último encaja mejor con una concepción sustantiva de la libertad de contratar, entendida como posibilidad real de elegir entre diferentes opciones. En cambio, si la libertad de contratar se entiende en un sentido meramente formal de libertad, igualdad y asunción de la propia responsabilidad, será fácil que la cláusula en cuestión escape del control judicial. Pero a todo esto se puede añadir que si la conservación de las diferencias culturales y lingüísticas son un bien que ha de protegerse, habrá que tener en cuenta si el pequeño empresario de nuestro ejemplo pertenece a una minoría étnica y, en consecuencia, debe gozar de una especial protección. En resumen: en función de qué principio se siga y qué rango se dé

<sup>70</sup> Ahora bien: Si algunas reglas incorporan la *reasonability* al supuesto de hecho y otras no, sería posible, al menos desde el punto de vista lógico, deducir que donde no figura tal concepto es posible una interpretación «irrazonable», cosa que no parece ser la querida por los autores del DCFR. Ahora bien, si esa conclusión no es la adecuada y la que se debe extraer, ¿para qué se ha introducido el concepto *reasonability*?

<sup>71</sup> Vid. S. TROIANO, «Das Konzept der Reasonableness als Mittel der Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts», en: R. Schulze (ed.), *New Features in Contract Law*, Munich, 2007, pp. 375 ss.

a cada principio resultará que la solución del caso va a ser una u otra.

No se crea que los conceptos de buena fe, recta conducta y razonabilidad agotan el arsenal de conceptos jurídicos indeterminados del DCFR. Otros, tales como *circumstances* (más de 90 veces), *(un)fair* (más de 70 veces)<sup>72</sup>, *similar* (más de 10 veces) o *normal* (también más de 10), se pueden ir espigando a lo largo del texto. Incluso se evita fijar con precisión los plazos: al contrario, muy a menudo se remite a un *undue delay* (28 veces). En consecuencia, previsiones que serían de importancia fundamental para la seguridad jurídica y el tráfico económico permanecen totalmente imprecisas.

Un ejemplo de lo que venimos diciendo puede verse en la regulación prevista para la representación cuando se da un conflicto de intereses (art. II.-6:109). Según esa regla, el *dominus negotii* puede impugnar un contrato celebrado por su representante cuando éste se hallaba en una situación de conflicto de intereses y la otra parte lo sabía o podía haberlo sabido. El párrafo segundo supone la existencia de conflicto en una serie de casos que se corresponden con los del § 181 BGB. Pero ese párrafo segundo no establece una lista cerrada, de forma que también en otros casos se puede entender que se ha producido conflicto. Pero resulta además que no cabe la impugnación del contrato celebrado por el representante en caso de conflicto de intereses cuando sea razonable pensar que el representado conocía la situación de conflicto y pese a ello no impugnó el negocio en un plazo razonable. El resultado del conjunto normativo es que los requisitos de esa impugnación se establecen en diferentes planos y por medio de conceptos jurídicos indeterminados: «conflicto de intereses», «ser razonable pensar», «dentro de un plazo razonable». Desde luego, no parece que esta sea la forma más adecuada de alcanzar una cierta seguridad jurídica, y menos aún en un ámbito tan sensible como éste<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> El término *unfair*, naturalmente, aparece en las normas sobre control de cláusulas abusivas. En contratos entre empresario y consumidor o entre consumidor y consumidor se concreta como una *significantly disadvantages* (art. II.-9:404 y artículo II.-9:405). Especialmente llamativa es la vaguedad de la concreción que se ofrece en caso de contratos entre empresarios: «... grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing» (art. II.-9:406). Lo que se hace es sustituir un concepto jurídico indeterminado por otros conceptos jurídicos indeterminados y por una cláusula general.

<sup>73</sup> Se podrían ofrecer muchos más ejemplos como éste. Un ámbito muy sensible a la falta de seguridad jurídica es el de las normas de anulabilidad. Según el artículo II.-7:201 (2) la impugnación por error se excluye cuando «... (a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by [the] party [that wishes to avoid the contract]». Sobre la anulación por error en el DCFR *vid.* también *infra* V. 1. b).

## 5. DIVERGENCIA DE VALORES: INSEGURIDAD JURÍDICA Y ARBITRIO JUDICIAL

La seguridad jurídica no puede ser un objetivo o valor más, sino que es expresión de un principio fundamental en un Estado de Derecho: por un lado, es un desarrollo del principio democrático y de la idea de protección de los derechos fundamentales, en cuanto que impone que cuestiones de gran importancia para los ciudadanos queden reservadas a la decisión de un parlamento democrático. Pero además la seguridad jurídica garantiza el principio de igualdad ante la ley, en cuanto que impone que los casos semejantes sean tratados de la misma manera. En consecuencia, en una sociedad democrática hay que circunscribir el ámbito que queda a la libre decisión de los órganos judiciales. Y no se puede obviar que las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados entrañan de suyo una remisión de la decisión al juez<sup>74</sup>: en consecuencia, lo que se entienda en el caso concreto por *reasonable* o *due* variará en función de la visión que tenga el juez que lo ha de resolver.

Además, hay que considerar que la existencia de reglas claras y formuladas con precisión facilita a las partes la tarea de acomodar a ellas su conducta. En la medida que eso se consigue, se descarga el sistema judicial de conflictos y se alcanzan los fines que se había propuesto la norma. El (excesivo) uso de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados exige además que exista una amplia base de conocimientos y conceptos compartidos, desarrollados a lo largo de una tradición común, que facilite su aplicación.

Para un (opcional) Código civil europeo, que tuviese al CFR como potencial precursor<sup>75</sup>, esa indeterminación es especialmente problemática, precisamente porque todavía no existe esa base de conocimientos compartidos. No se trata sólo de que la remisión de las decisiones políticas que se hayan de tomar al ámbito judicial vaya a revertir en una politización de la justicia. Es que, dada la existencia de diversas tradiciones jurídicas entre los Estados miembros de la Unión Europea, existe el peligro de que los tribunales nacionales interpreten los conceptos jurídicos indeterminados de forma que se amolden precisamente a la solución que preveía su Derecho para el caso de conflicto. Esta fue una de las razones por las que el legislador del BGB se inclinó por un lenguaje técnico

<sup>74</sup> Por todos P. HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tubinga, 1929, § 4, 1, S. 11.

<sup>75</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 76; sobre ello *supra* I. 1 y 4.



que pudiese aportar la mayor claridad<sup>76</sup>. De otro modo, apenas se hubiese superado la dispersión jurídica anteriormente existente. Argumento que ha de valer con mayor razón para el conjunto de Europa. Justamente para un cuerpo regulatorio supranacional es especialmente importante que se prime una solución lo más precisa y sistemática posible. De otro modo, el DCFR, en vez de servir para determinar el contenido del Derecho, no cumplirá otra función que la de ofrecer una guía de temas para la búsqueda de un Derecho eminentemente casuístico.

Ante ese hecho no basta con alegar que otras obras de carácter supranacional, tal como la Convención de Viena, también contiene una pluralidad de términos jurídicos indeterminados. Es claro que ninguna codificación sale adelante sin servirse de esos conceptos y de cláusulas generales. Pero es muy diferente tener un núcleo de normas jurídicas relativamente determinadas para la solución de los casos concretos, cuyos resultados puedan ser corregidos por vía de cláusulas generales en casos excepcionales, a integrar, como hace el DCFR, las cláusulas generales en esas normas concretas, añadiendo además otras cláusulas generales a su lado. Y además, la posible indeterminación que pueda existir en las normas de la Convención de Viena no resulta problemática, en cuanto que las partes pueden sustraerse de tal indeterminación determinando el Derecho que rija su relación. En cambio, puede ser poco prudente que un instrumento meramente opcional pretenda ocuparse y legislar sobre áreas donde no existe todavía un claro consenso.

### III. DERECHO PRIVADO LIBERAL *VERSUS* DERECHO PRIVADO SOCIAL

#### 1. LIMITACIONES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Conforme con el pluralismo de principios fundamentales asumido por los autores del DCFR, la autonomía privada es contemplada como un principio más entre muchos otros<sup>77</sup>. La apuesta por una equiparación entre la importancia de todos los valores hace que la libertad personal se someta a muchas trabas en la normativa propuesta. Ese hecho se plasma sobre todo en que el contenido del contrato pactado por las partes queda a merced de una serie de reservas de naturaleza normativo-objetiva y de una serie de están-

<sup>76</sup> *Vid.* G. PLANCK, *AcP* 75 (1889), pp. 327, 331.

<sup>77</sup> *Vid. supra* II. 2.

dares formulados en forma de cláusulas generales («good faith», «fairness» y otros). A diferencia de lo establecido en la regulación de instituciones singulares como la desaparición de la base del negocio, en la mayoría de los casos el DCFR ni menciona el carácter excepcional de ese tipo de inferencias o limitaciones a la autonomía privada, ni precisa los criterios de excepcionalidad que permiten su invocación<sup>78</sup>.

En el fondo, parece partirse de la idea de que las limitaciones a la autonomía privada establecidas por vía de esas cláusulas generales son menores que las que provocan las normas de derecho imperativo<sup>79</sup>. Sin embargo, la realidad es que las limitaciones establecidas a la autonomía privada en el DCFR van mucho más allá de las que se han propuesto recientemente para el Derecho privado desde la perspectiva llamada de la «sustantivización de la autonomía privada»<sup>80</sup>; esta última, al final, no consiste en otra cosa que en conceder una importancia mayor a los requisitos necesarios para que una actuación sea considerada como autónoma en un sentido jurídico. Incluso el alto grado de normativismo y burocratismo alcanzado por las Directivas europeas sobre Derecho privado queda en cierto modo eclipsado en comparación con el nuevo texto propuesto. Las Directivas limitan su aplicación a las llamadas relaciones-b2c (*business-to-consumer*), y limitan la autonomía privada de forma puntual, en aspectos en cierto modo previsibles para las partes intervinientes. En cambio, la tendencia del DCFR es a una limitación global y genérica de la autonomía privada de la que gozan las partes a la hora de configurar sus relaciones<sup>81</sup>.

a) *La buena fe y los usos mercantiles como conceptos primordiales del Derecho privado*

De particular intensidad es la regulación del artículo II.-1:102 (1), según el cual «[p]arties are free to make a contract ... and to determine its contents, subject to the rules on good faith and fair dealing ...»<sup>82</sup>. De esta manera, la libertad de contratar queda desde el primer momen-

<sup>78</sup> Conviene destacar, como supuesto donde en contra de lo habitual sí se resalta el carácter excepcional de la intervención, el caso de desaparición de la base del negocio. En efecto, aquí se dice expresamente que los contratos han de ser cumplidos aunque aparezcan dificultades [art. III.-1:110 (1): An obligation must be performed, even if...]. También en relación a la modificación de contrato se remarca el carácter excepcional de esta medida («exceptional change», «manifestly unjust»).

<sup>79</sup> Vid. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*infra* nota 16), Introducción núm. 28.

<sup>80</sup> CANARIS, AcP 200 (2000), pp. 273 ss.

<sup>81</sup> Junto a los ejemplos que a continuación se verán, se puede ver esto también en el extensísimo concepto de deberes previos de información que maneja el DCFR, que apenas deja reconocible el principio de autorresponsabilidad. Vid. *infra* V. 1. b) aa).

<sup>82</sup> Vid. artículo 1:102 (1) PECL.

to sometida a una especie de tutela por la buena fe. Eso abre la puerta a un control del contenido contractual de corte general, de carácter mucho más amplio que el que podría derivarse de otros conceptos tales como la moral o las leyes prohibitivas. No cabe duda de que las facultades de intervención que de este modo se conceden al juez son mucho más extensas que las que actualmente existen en cualquier país de la Unión Europea o en el mismo Derecho comunitario. En particular, a través de un criterio tan general como el de la buena fe se subvierte la relación de regla general y excepción que existía entre la autonomía privada y los criterios existentes de control de contenido, tales como los derivados de la moral, las normas de Derecho imperativo o las normas reguladoras de las condiciones generales. El estándar de buena fe se aplicaría a toda clase de cláusulas de todo tipo de contratos, y dejaría incluso la puerta abierta a un control judicial sobre los precios fijados por las partes en sus contratos.

Es posible que los autores del DCFR no hayan sido plenamente conscientes de esas consecuencias. Por eso, a la vez, han previsto especiales requisitos para que se aplique el control de contenido de los artículos II.-9:402 y siguientes, que queda a su vez supeditado respecto al estándar de «fairness», y han establecido que ese control de contenido sólo se aplique a contratos entre empresarios y consumidores, y en caso de que una determinada cláusula haya sido introducida por el empresario en claro perjuicio del consumidor y en contradicción con las normas de la buena fe (art. II-9:404); y excluyen expresamente el control del precio y otros elementos esenciales [art. II.-9:407 (2)]. También aquí se ve la tendencia hacia un excesivo control de contenido en que la limitación de ese control a las «cláusulas no negociadas individualmente» se ha puesto entre corchetes, de forma que queda a merced del desarrollo futuro: el *Study Group* es partidario de un control de contenido de carácter general sobre todas las cláusulas de los contratos entre empresarios y consumidores, mientras el *Acquis Group* –con mejor criterio– prefiere excluir de ese control a las cláusulas negociadas individualmente, de forma que también en los contratos entre empresarios y consumidores haya un núcleo reservado a la decisión de la autonomía privada<sup>83</sup>. Por lo que respecta a los contratos

---

<sup>83</sup> La introducción de un control de contenido para todo tipo de cláusulas de un contrato entre empresario y consumidor, independientemente de que hayan sido negociadas individualmente o no, se planteó en la fase preparatoria de la Directiva sobre condiciones abusivas en contratos con consumidores, pero se acabó rechazando: Commission (EC) Proposal for a Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts COM (90) 322 final [1990] OJ C 243/2 de 28 septiembre 1990; una crítica al control de contenido referido a todo tipo de cláusulas en C.-W. CANARIS, en: *FS Lerche*, Munich, 1993, pp. 873, 887 ss.; H.E. BRANDNER, P. ULMER, *BB* 1991, pp. 701 ss.; P. HOMMELHOFF, *AcP* 192 (1992), pp. 71, 90 ss.

entre consumidores, así como entre empresarios, el control de contenido derivado del criterio de «unfairness» se limita a las cláusulas estándar (arts. II.-9:405 s.). Sin embargo, la definición de esas «cláusulas estándar» en el artículo II.-9:403 suscita la impresión de que en ese concepto pueden también incluirse cláusulas negociadas individualmente, que no se sustraerían entonces a ese control de contenido, de forma que al final éste también se aplicaría en determinadas circunstancias a las cláusulas que hayan pactado individualmente dos empresarios —una consecuencia que, a la vista de la definición de «cláusulas estándar» en el Anexo, probablemente no se pretendía—<sup>84</sup>.

El criterio de buena fe resulta a su vez completado y apuntalado por medio del artículo II.-1:104 (2), conforme al cual las partes están sometidas a los usos comerciales («The parties are bound by a usage...»). Al no decirse que esos usos tengan carácter complementario de la declaración de voluntad, o que sirvan meramente como normas interpretativas o integradoras de ésta<sup>85</sup>, parece deducirse que esos usos tienen rango preferente respecto a la autonomía privada: se constituye así otra limitación a la libertad de contratar que no cuenta con precedente ni paralelo en ninguno de los ordenamientos europeos.

#### b) *Imposición de un deber general de cooperación*

A las limitaciones ya citadas hay que sumar la recogida en el artículo III.-1:104, que menciona un deber general de «cooperación» de las partes<sup>86</sup>. También aquí habría que precisar mucho los requisitos para que se deba entender aplicable ese genérico deber, pues lo lógico es partir de que las partes ya han regulado en el contrato los deberes que se van a deducir de él. Pero lo cierto es que la primacía de la autonomía de la voluntad al prever las consecuencias del contrato ha quedado oscurecida por la incorporación de ese deber general de cooperación, que a su vez se ve reforzado por el establecimiento de hasta cinco (!) deberes adicionales de cooperación<sup>87</sup>. A lo anterior, se debe sumar que el DCFR prevé otros meca-

<sup>84</sup> *Vid. infra* VI. 1.

<sup>85</sup> En este sentido *vid.* por ejemplo §§ 242 BGB, 346 HGB (Código de Comercio alemán).

<sup>86</sup> *Vid.* artículo 1:202 PECL. El deber de cooperación es muestra también de la convicción de los autores del DCFR de que el Derecho privado ha de promover un cierto altruismo: *vid.* Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 32.

<sup>87</sup> *Vid.* artículo IV C.-2:103 (Reglas generales sobre contrato de servicios); artículo IV C.-3:102 (contrato de obra); artículo IV C.-4:102 (Especificación); artículo IV D.-2:101 (Mandato); artículo IV E.-2:201 (Representación mercantil, franquicia y contratos de distribución).

nismos generales, que a menudo se solapan con el deber general de cooperación, para extender el complejo de deberes derivados del contrato: así, el deber de las partes de observar en el desarrollo del contrato los deberes derivados de la buena fe (art. III.-1:103), así como deberes de conducta derivados de un «cambio de circunstancias» que pueda considerarse relevante (art. III.-1:110). El establecimiento de esos genéricos deberes de cooperación acaba por amenazar y enturbiar la vinculación de las partes a las concretas cláusulas contractuales, ya que la inseguridad que tan vagos criterios provoca puede acabar sirviendo para que el deudor pretenda acogerse a ellos para huir de las obligaciones más gravosas y para que el juez tome pie de ellos para buscar por su cuenta la «justicia contractual».

## 2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: APERTURA DE LAS COMPUERTAS

Otros ejemplos de la prevalencia de los principios de «solidaridad y responsabilidad social»<sup>88</sup> frente al criterio de autorresponsabilidad pueden verse en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.

### a) *Responsabilidad contractual*

En el ámbito de la responsabilidad contractual, el artículo III.-3:701 (3) declara que cualquier daño es susceptible de indemnización, independientemente de que sea o no de naturaleza patrimonial. En los de naturaleza patrimonial se incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante, la pérdida de valor y los «burdens incurred», es decir, los gastos realizados. Entre los de naturaleza no patrimonial se cuentan, según el artículo III.-3:701 (3) frase segunda, los dolores sufridos y los deterioros experimentados en la calidad de vida (*impairment of the quality of life*).

Tal y como demuestra el uso de la palabra «includes» en esas definiciones, las enumeraciones que allí se hacen no son exhaustivas. En consecuencia, si los tipos fundamentales de daños son enunciados con carácter meramente indicativo, es porque la responsabilidad contractual se extiende a cualquier daño o perjuicio, sea del tipo e importancia que sea. De ahí se deriva que, respecto a muchos países de la Unión, el sistema suponga una extensión de

<sup>88</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (infra nota 16), Introducción núm. 22; sobre los valores superiores, *supra* II. 2.

los daños indemnizables. Por ejemplo, respecto al Derecho alemán, al que se le ha criticado con razón que no contempla suficientemente la protección de intereses inmateriales, particularmente cuando el contrato se dirige a la protección o la promoción de éstos<sup>89</sup>. Pero al DCFR se le puede achacar el defecto contrario, que contempla un deber de reparación prácticamente ilimitado. En ese sentido, se puede decir que es más parecido al sistema francés de indemnización. Pero se debe tener en cuenta que allí el juez cuenta con unas amplísimas facultades discrecionales para moderar el daño<sup>90</sup>. Además, se debe tener en cuenta que el Derecho francés ha desarrollado toda una serie de criterios que tienen la finalidad de establecer límites al concepto de daño y al de resarcimiento: así, según el artículo 1.151 *Code Civil*, para ser susceptible de reparación, el daño debe ser «une suite immediate et directe» del incumplimiento<sup>91</sup>. Apoyándose en esa fórmula pueden los tribunales franceses pasar por alto la indemnización de daños mínimos y establecer límites razonables a la indemnización de daños inmateriales. Pero el DCFR carece de ese tipo de instrumentos, ni va a encontrar fuera de Francia una tradición jurídica acostumbrada a tratar con un concepto tan amplio de daño contractual.

#### b) *Responsabilidad extracontractual*

La tendencia a extender la responsabilidad suprimiendo los diferentes limitaciones y distinciones existentes en el Derecho de cada uno de los Estados miembros no es sólo algo característico de las normas sobre contratos del DCFR, sino también –e incluso de manera agravada– de las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en su Libro VI.

##### aa) Daños patrimoniales y daños no patrimoniales

El libro VI del DCFR, que lleva el nombre, un tanto desacomunado, de «Non-contractual liability arising out of damage caused to another», resulta un tanto complejo en su estructura. Eso se debe a que el texto, aunque renuncia al requisito de que exista una infracción de un bien jurídico protegido para que surja el deber de indemnizar, y se orienta directamente al concepto de daño («damage»), luego enumera en los artículos VI.-2:101, VI.-2:201

<sup>89</sup> Sobre ello G. WAGNER, en: Deutscher Juristentag (ed), *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags*, tomo I, Munich, 2006, A 49 ss.

<sup>90</sup> G. VINEY, *Les obligations, La responsabilité: effets*, París, 1988, Nr. 62 ff.; C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2006, núm. 1202-1.

<sup>91</sup> A. BÉNABENT, *Droit civil – Les obligations*, París, 2005, marginal 416.

hasta VI.-2:211 una larga lista de intereses protegidos. La responsabilidad dimanante del libro VI requiere que se haya infringido uno de los bienes jurídicos protegidos enumerados en esas normas, y que se den el resto de requisitos exigibles en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, tales como causación del daño, y culpa del causante o existencia de un criterio de responsabilidad objetiva (arts. VI.-3:201 ss.). Viendo la amplia lista de bienes jurídicos protegidos uno llega a la conclusión de que el DCFR, si bien no contiene una cláusula general al estilo de las de los artículos 1.382 y 1.383 del Código civil francés, delinea el ámbito de la responsabilidad extracontractual mediante este conjunto de categorías de daños. En comparación con él, el capítulo dedicado a los «remedies» es más bien breve (arts. VI.-6:101-106).

Un examen de los hechos jurídicos que entrañan responsabilidad confirma la tendencia, que ya se vio en materia de responsabilidad contractual, a extender los supuestos que generan un deber de indemnizar. Así, en materia de daños a la salud o a la integridad física, el artículo VI.-2:201 declara que hay deber de indemnizar los costes del tratamiento médico llevado a cabo, incluidos los gastos realizados por los familiares para poder atender a la persona que sufrió el daño. Esto es algo lógico, pero la definición no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, tal y como se deduce de las palabras introductorias «such loss *includes* ...». De ahí se puede deducir que, en caso de daños a la salud y a la integridad física, también se deben indemnizar los daños inmateriales, lo cual se ve confirmado por el hecho de que el artículo VI.-2:101 (4)(b) defina los daños inmateriales tal como ya lo hizo el artículo III.-3:701 (3) en su frase segunda, incluyendo entre ellos los sufrimientos físicos (*pain and suffering*) y el deterioro en la calidad de vida (*impairment of the quality of life*)<sup>92</sup>. El término «includes», repetido aquí de nuevo, muestra que tampoco aquí la enumeración es exhaustiva. El resultado es que cualquier daño provocado por una lesión corporal con independencia de que se trate de un daño patrimonial o inmaterial, queda sujeto a indemnización. Una vez más, las normas del DCFR parecen muy cercanas a las del sistema francés. Pero no se puede olvidar que las normas francesas de responsabilidad civil exigen que el daño sea «direct, actuel et certain», y

<sup>92</sup> Por desgracia, el artículo VI.-2:201 no hace referencia al artículo VI.-2:101 (4) (b), y por ello no se aclara por qué las categorías de «economic loss» y «non-economic loss» no aparecen en las categorías enumeradas en el artículo VI.-2:201 ss. Resulta lamentable la falta de coordinación de esas dos normas, porque con el texto actual el artículo VI.-2:201 no cumple su propósito de definir el «legally relevant damage» en caso de lesiones corporales o a la salud. Habrá que tomar en sentido literal el «includes» del artículo VI.-2:201 (2)(a) y recurrir al artículo VI.-2:201 (4) para fundar, por ejemplo, una pretensión de resarcimiento en caso de daño corporal.

que los jueces franceses saben servirse de esa fórmula para limitar el ámbito de responsabilidad<sup>93</sup>, mientras que el DCFR no contiene una fórmula o criterio limitativo semejante.

bb) Resarcimiento por meros daños corporales

La tendencia a suprimir los límites existentes al resarcimiento de daños y perjuicios da un paso adelante cuando el artículo VI-6:204 declara indemnizables también los «daños corporales en cuanto tales» (*injury as such*). Esa pretensión de resarcimiento se sitúa al lado de las provenientes de daños patrimoniales y no patrimoniales, tal y como se deduce de la adición de las expresiones «loss» y «injury as such» en los artículos VI-2:201 (1), VI-6:204 y en la definición de «damages» del Anexo I del DCFR, de forma que introduce una tercera categoría al lado de las otras. Ahora bien, se plantea la siguiente pregunta: si, conforme con el artículo VI-2:201 (4), «loss» comprende el conjunto de daños patrimoniales (letra a – *economic loss*) y de daños no patrimoniales (letra b – *non-economic loss*), ¿qué es lo que comprende «injury as such»?

Los «daños corporales en cuanto tales» supone una recepción del concepto de «danno biologico», nacido en Italia. El Derecho italiano ha desarrollado la categoría del puro daño a la salud, a fin de encontrar una salida a su regulación, excesivamente estrecha, de la «indemnización por daño corporal»<sup>94</sup>. En Italia, adicionalmente a los costes del tratamiento médico, a las pérdidas de ganancias y la propia indemnización por daño corporal (*pain and suffering*), se concede hoy una indemnización por la merma de funciones corporales, cuya función no resulta muy diferente a la de las rentas para personas discapacitadas del sistema de previsión social<sup>95</sup>. En esencia se trata de conceder una compensación por la pérdida de funciones corporales y de calidad de vida a ellas asociada. El DCFR, sin embargo, no limita la indemnización de daños inmateriales a

<sup>93</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, tomo 2, Le fait juridique, 10. ed., París, 2003, marginal 136 ; F. TERRÉ, PH. SIMLER, I. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8. ed., París, 2002, marginal 700 ss. ; *vid. también supra* nota 91.

<sup>94</sup> Cfr. F. D. BUSNELLI Y G. COMANDÉ, «Country Report Italy» en W.V.H. ROGERS (ed), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (Tort and Insurance Law vol 2, Viena, 2001), pp. 137 ss. B. MARKESINIS ET AL., *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Cambridge, 2005, pp. 84 ss. CH. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I*, Munich, 1996, marginal 573 s.; G. WAGNER, (nota 89) A 46 ss.; *idem*, en: E. LORENZ (ed.), *Karlsruher Forum*, Karlsruhe, 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, pp. 100 ss.

<sup>95</sup> F. D. BUSNELLI, G. COMANDÉ, «Compensation for Personal Injury in Italy», en: B.A. KOCH, H. KOZIOL (eds.), *Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Viena, 2003, núm. 1 ss.; G. COMANDÉ, «Towards a Global Model for Adjudicating Personal Injury Damages: Bridging Europe and the United States», (2005) 19 *Temple International & Comparative Law Journal*, pp. 241, 288 ss.



la «indemnización por daño corporal», sino que, en el artículo VI.-2:101 (4)(b), declara expresamente que también corresponde indemnización por la pérdida de calidad de vida<sup>96</sup>. En consecuencia, dado que en el DCFR el concepto de daño inmaterial es mucho más extenso que el del Derecho italiano, no se ve dónde va a poder aplicar una indemnización por «daños corporales en cuanto tales»<sup>97</sup>. Lo único que se ha conseguido, más bien, es que al aparecer el mismo daño en dos diferentes «títulos de resarcimiento», pueda haber quien piense que hay que indemnizarlo dos veces, por más que no parezca tal la intención de los redactores del DCFR.

cc) Indemnización por daño corporal de allegados, daños ecológicos u otros intereses

Por razones de espacio, no parece posible exponer en cada caso con detalle la tendencia del DCFR a extender la responsabilidad por hechos productores de un resultado dañoso. A modo de ejemplo sí que se puede mencionar que el artículo VI.-2:202 concede pretensiones de resarcimiento a los allegados no sólo en caso de muerte del primariamente afectado por el daño, sino también en caso de meros daños corporales: y lo que resulta más llamativo, lo hace de modo complementario a las pretensiones de resarcimiento del artículo VI.-2:201 (2)(a), a favor de los familiares por los gastos llevados a cabo para atender al lesionado y sin limitarlas al cónyuge y demás parientes<sup>98</sup>. Desde luego, resulta más que dudoso que esa extensión y multiplicación de indemnizaciones vaya a resultar un sistema recomendable<sup>99</sup>. Otro ejemplo digno de mención de esa extensión de la responsabilidad civil puede verse en el artículo VI.-2:209 que concede al Estado una pretensión para el resarcimiento de gastos llevados a cabo para la reparación del medio ambiente, que va mucho más allá de lo actualmente establecido por la Directiva sobre responsabilidad medioambiental<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Una visión introductoria sobre las diferentes formas de daños inmateriales que pueden surgir en caso de lesiones corporales o a la salud, en G. WAGNER, *JZ* 2004, pp. 319, 322 ss.

<sup>97</sup> Cfr. MARKESINIS ET AL., *supra* nota 94, p. 85: «The compensation thus given to the victim under this new heading of damage (*danno biologico*) covers all the different kinds of damage which English law would compensate under such headings as “loss of amenities of life”, Damage to the aesthetic appearance of the victim...».

<sup>98</sup> Sobre las pretensiones de resarcimiento a los familiares, G. WAGNER (nota 89), A 62 ss.

<sup>99</sup> ROGERS, *supra* nota 94, p. 264: «However such damages were to be assessed it would add a new dimension of complexity and uncertainty to even the simplest claims».

<sup>100</sup> Parliament and Council Directive 35/2004/EC of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage (2004) OJ L 143/56. Sobre su trasposición a Alemania, *vid.* G Wagner, «Das neue Umweltschadengesetz» (2008) *Versicherungsrecht*, p. 565; for other Member States cf. <http://www>.

Y no se debe además perder de vista que el catálogo de los artículos VI.-2:201 y siguientes que recoge los hechos que dan lugar a una responsabilidad extracontractual («legally relevant damage») no tiene carácter de lista cerrada. Como se dice en el artículo VI.-2:101 (1)(b), cualquier otro daño o pérdida es indemnizable, siempre y cuando sea resultado de la violación de un derecho concedido por la ley. Y aún va más allá el artículo VI.2:101 (1) (c), al declarar, con un formato ya cercano a la cláusula general, que cualquier otro interés jurídicamente protegido (*interest worthy of legal protection*) cuenta con la protección del derecho de daños. En suma, parece que se deja a los órganos jurisdiccionales dictaminar sobre hasta dónde llega la esfera de aplicación del Derecho de daños.

#### dd) Cláusula de reducción

Parece que a los autores del DCFR, después de haber extendido de tal modo el ámbito de aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, les hubiese entrado una especie de «mala conciencia». No se entiende de otro modo que el artículo VI.-6:202 contenga una llamada «cláusula de reducción», que autoriza al juez a liberar, parcial o totalmente, a la persona que por ley debe responder de ciertos daños, en aquellos casos «where it is fair and reasonable»<sup>101</sup>. La propia norma se encarga inmediatamente de decir que esa reducción o liberación no puede ser razonable si el daño se cometió intencionadamente. En los restantes casos, es decir, en caso de daños producidos por negligencia o por conductas de riesgo, se puede conceder la reducción cuando la indemnización íntegra resultase desproporcionada en relación, (1) bien con la responsabilidad de la persona causante del daño, (2) la extensión de los daños<sup>102</sup>, o (3) las posibilidades de evitar el daño. Resulta un tanto sorprendente que no se haya contemplado como posible causa de reducción el desequilibrio económico entre los patrimonios de

soton.ac.uk/law/research/europelaw/EnvironmentalLiabilitydirective.html, consultado con fecha 7.08.08; más detalladamente sobre dicha Directiva, WAGNER, «Die gemeinschaftsrechtliche Umwelthaftung aus der Sicht des Zivilrechts», en R. HENDLER y P. MARBURGER (eds.), *Umwelthaftung nach neuem EG-Recht*, Berlín, 2005, p. 73; G. WAGNER, «Die gemeinschaftsrechtliche Umwelthaftung aus der Sicht des Zivilrechts» (2005) *Versicherungsrecht*, pp. 177 ss.

<sup>101</sup> De modo semejante, el artículo 10:401 Principles of European Tort Law del (concurrente) *Group on European Tort Law*; vid. O. MORÉTEAU, en: *European Group on Tort Law* (*supra* nota 24), 179 ss.; también § 1317 del Proyecto de reforma austriaco; vid. I. GRISS, G. KATHREIN, H. KOZIOL (eds.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Viena, 2006, pp. 9, 89 ss.; crítico con esto G. WAGNER, *JBl.* 2008, pp. 2, 18 ss.

<sup>102</sup> Este criterio no es muy claro, porque la extensión de los daños y la extensión de la indemnización son los dos reversos de la misma moneda.

los dos sujetos<sup>103</sup>; tal vez lo mejor sea subsumirlo en el segundo caso de los enunciados, que de otro modo quedaría vacío de contenido.

ee) Los peligros de una responsabilidad ilimitada

A pesar de los reparos que se puedan expresar frente a esa «apertura de compuertas» que realiza el DCFR en materia de responsabilidad extracontractual, la realidad es que el objetivo que se propone con esas medidas es merecedor del máximo respeto. No puede decirse que la «cláusula de reducción» subvierta esa finalidad. Más bien lo que hace esa cláusula de reducción es suscitar la siguiente pregunta: si los hechos productores de la responsabilidad extracontractual recogida en el Libro VI del DCFR cuentan con suficiente fuerza y consistencia como para justificar esa responsabilidad del causante del daño, ¿por qué se incluye esa cláusula de reducción? Además, hay que tener en cuenta que esa cláusula de reducción supone un arma de doble filo, ya que el criterio de proporcionalidad que justifica que los jueces puedan llevar a cabo una reducción de la responsabilidad del causante del daño puede servir de igual modo para justificar responsabilidad por un hecho no previsto. El DCFR puede, de este modo, acabar provocando que los jueces actúen como peculiares «agentes de redistribución».

El Libro VI contiene la no pequeña cifra de 57 artículos. Son muchos más que los cinco que dedica a la materia el Código civil francés<sup>104</sup>, e incluso que los cerca de treinta párrafos que le dedica el Código civil alemán. Pero a pesar de que no se pueda decir que le falten disposiciones sobre la materia, el resultado sigue siendo de una gran vaguedad<sup>105</sup>. Este hecho paradójico se explica por el rechazo que tiene el texto a las determinaciones precisas, y en el abuso de la palabra «includes». Al final, queda en manos de los jueces determinar qué intereses son merecedores de protección jurídica. Aceptado eso, tanto los daños patrimoniales como los inmateriales pueden liquidarse prácticamente sin limitación. Ahora bien, resulta que si el resultado contradice el sentido de la justicia del juez, la cláusula de reducción permite reducir la cuantía a la que a éste le parezca adecuada. Al final, todo esto acaba siendo una nueva muestra de la tendencia del DCFR a extender los poderes discrecionales del juez mediante el uso de cláusulas generales y

<sup>103</sup> G. WAGNER, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. ed. 2004, § 829, marginal 14 ss.

<sup>104</sup> No se cuentan aquí las disposiciones de los artículos 1.386 y siguientes del *Code Civil*, dedicadas a la transposición de la Directiva sobre responsabilidad por producto defectuoso.

<sup>105</sup> En el mismo sentido N. JANSEN, *RabelsZ* 70 (2006), pp. 732, 756.

conceptos jurídicos indeterminados. Se llega a la conclusión de que el paradigma en torno al cual gira todo el derecho de daños del DCFR no es la persona prudente que responde de su conducta, sino el juez paternalista que busca mejorar la sociedad por medio de sus sentencias.

#### IV. INCONSISTENCIAS NORMATIVAS

Visto el heterogéneo conjunto de valores que sostienen el DCFR, la diversidad de personas y grupos que han participado en su elaboración, y la premura de tiempo con que se ha llevado a cabo, no sorprende que el texto incurra en numerosas contradicciones conceptuales, sistemáticas y también teleológicas. No se trata de un problema que se refiera sólo a la tensión y conflicto en que se encuentran los «valores fundamentales» del DCFR<sup>106</sup>, sino que afecta también a numerosas materias que pueden tildarse de «no políticas», tales como la cesión de créditos, la representación o el mandato. La regulación de esas instituciones, divergente en buena medida de la de los PECL, requiere por ello de una particular atención.

##### 1. CESIÓN DE CRÉDITOS

No es este el lugar adecuado para llevar a cabo un análisis detallado de la normativa de la cesión, por más que hay muchos puntos que lo requerirían<sup>107</sup>. Nos vamos a limitar a señalar una serie de

<sup>106</sup> Sobre ello, *supra* II. 2.

<sup>107</sup> Así, la ineficacia real de las prohibiciones de disponer también en caso de cesión de créditos no dinerarios: Artículo III.-5:108 (1). Eso supone una importante disminución de la libertad de contratar, sin que se sepa exactamente a qué razón se debe (H. EIDENMÜLLER, *AcP* 204 [2004], pp. 457 464 ss., 471; H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I*, Tubinga, 1996, p. 417). Poco afortunado, pero establecido en cierto modo para compensar lo anterior, es el efecto liberatorio de la prestación realizada por el deudor cedido al cedente, cuando el cedente con su cesión ha incumplido respecto a él (párrafo 2.º); *vid.* H. EIDENMÜLLER, *op. cit.*, p. 472. Según los artículos 11:301, 303 PECL una cesión contraria a lo pactado en el contrato sólo es posible en unos casos muy limitados, pero no cabe que el deudor cedido cumpla frente al cedente cuando sabe de la existencia de la cesión. El DCFR nos conduce así a la solución no muy técnica de que el deudor según el artículo III.-5:116 (2)(b) no podrá oponer al acreedor cesionario «defences» nacidas del incumplimiento de esa prohibición de ceder, por más que la norma del artículo III.-5:108 (2) fundaría esa excepción, porque el efecto liberatorio de la prestación se produce a pesar de que el deudor haya tenido conocimiento de la cesión. Probablemente, esas «defences» previstas son por ejemplo una resolución por cesión no permitida, pero en este punto el texto no es muy claro. Por último, muy problemático es también que una prestación llevada a cabo por el deudor a un cesionario aparente le libere cuando la comunicación ha sido llevada a cabo por el cesionario, igual que si fuera llevada a cabo por el cedente: artículo III.-5:118 (2).

problemas fundamentales que dificultan tremendamente –si no hacen sencillamente imposible– aplicar de un modo racional la regulación propuesta. En primer lugar hay que citar el problema de las modificaciones contractuales pactadas entre el cedente y el deudor y que afectan al crédito ya cedido. Dichas modificaciones contractuales pueden estar plenamente justificadas en contratos de obra no ejecutados y en relaciones obligatorias de tracto sucesivo: piénsese por ejemplo en un aplazamiento de pago, una remisión, una transacción sobre un posible vicio o una simple modificación de la prestación debida, por ejemplo cuando el comitente de la obra pide un material constructivo diferente al previsto y de menor precio o que un determinado equipo, cedido mediante leasing, sea sustituido antes de la expiración del contrato por otro más moderno. Todas las convenciones internacionales que se han adoptado en esta materia contienen soluciones para este tipo de problemas<sup>108</sup>. Según el artículo 11:308 PECL, este tipo de acuerdos son eficaces cuando se hacen de buena fe y no son contrarios a los intereses del cesionario. Si se cumplen esas exigencias, el acuerdo entre las partes resulta eficaz frente al tercero. La ventaja en relación con la solución de exigir la aprobación del cesionario es que se ahorran costes de negociación. El DCFR renuncia a establecer una regla de este tipo sobre la validez de dichos acuerdos. Todo lo que hace es recoger que el cedente se compromete a no modificar las condiciones del contrato más que con las condiciones enunciadas al respecto por los PECL [art. III.-5:112 (4)].

Ahora bien, si se tiene en cuenta que este tipo de acuerdos, conforme con el artículo II.-1:103 (1), carecen de fuerza vinculante si se realizan en perjuicio de tercero –el cesionario– o si suponen una disposición sobre un crédito por parte de un no-titular, resulta que la norma es en cierto modo absurda: el cedente se compromete a no realizar lo que de cualquier modo no puede hacer<sup>109</sup>. Si se pretende solucionar el problema diciendo que lo que hace la norma es conceder eficacia externa a tales acuerdos, pero imponiendo que el

---

Esta solución puede conducir a una total desprotección del acreedor, que no será responsable en modo alguno de haber creado ninguna apariencia jurídica; sobre ello H. EIDENMÜLLER, *op cit.*, 490.

<sup>108</sup> Así el convenio de UNIDROIT sobre contrato de Factoring, de 1988, el convenio de UNIDROIT-sobre derechos de garantía internacional sobre equipamiento mueble y sobre todo el Convenio de Naciones Unidas sobre acuerdos de cesión. Sobre ello, H. EIDENMÜLLER, *AcP* 204 (2004), pp. 457, 486 s.; C. HATTENHAUER, en: HKK (*supra* nota 38), tomo II/2, §§ 398-413, marg. 70 ss.

<sup>109</sup> La regulación de los PECL parece adecuada también porque en ella la cesión sólo resulta eficaz frente al deudor cuando se le comunica: G. LUBBE, *Assignment*, en: H. MacQueen, R. Zimmermann (eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edimburgo, 2006, pp. 307, 312 s., 329. En cambio, en el DCFR, la cesión tiene eficacia en virtud del mero *act of assignment*; siendo irrelevante su comunicación: artículos III.-5:104 (2), 5:113, 5:118 ss.

cedente indemnice por ellos al cesionario, la regulación resulta aún más extraña, porque entonces resultaría que un acuerdo llevado a cabo entre el cedente y el deudor en perjuicio del cesionario sería eficaz contra éste, y que a éste no le quedaría más remedio que acogerse a unas acciones de regreso. Solución a todas luces injusta y que no cuenta con precedentes en ningún ordenamiento nacional ni internacional.

También la adquisición de buena fe de un crédito se regula de forma poco coherente. Según el artículo III.-5:104 (*Basic requirements*) la cesión de créditos presupone entre otras cosas la existencia del crédito cedido y el poder de disposición del cedente. El artículo III.-5:111 precisa que sólo el acreedor está autorizado a llevar a cabo la cesión, y que esa cualidad no se ha de cumplir en el momento de la declaración de cesión sino en el de la transmisión del crédito. Las consecuencias parecen muy claras: se excluye la adquisición de créditos en virtud de la buena fe, de acuerdo con lo que establecen muchos derechos nacionales (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), de forma que la segunda cesión realizada por un titular que dejó de serlo queda sin efecto. En consecuencia, en caso de doble cesión será el primer cesionario el que tendrá la prioridad, pues con la cesión se convierte en nuevo y único acreedor (art. III.-5:113). Pero resulta que, de forma totalmente contradictoria con eso, el artículo III.-5:120 (*Competition between successive assignees*) establece que en esos casos prevalece el cesionario que primero haya comunicado la cesión al deudor, salvo que conociese la cesión previa o debiese haberla conocido. Se trata de una solución que puede ser adecuada<sup>110</sup>, y que es la que adoptó el artículo 11:401 PECL, pero que, en cualquier caso, resulta contradictoria con lo establecido en el artículo III.-5:104. Si se opta por entender prevalente el artículo III.-5:120, resultará que el artículo III.-5:104 (que por cierto, no cuenta con norma paralela en los PECL) habrá de ser tenida por una norma superflua y provocadora de confusión.

Además, el DCFR no contiene una respuesta a la cuestión de si la cesión se ha configurado como causal, siguiendo el modelo francés, o como abstracta, tal como hace el Derecho alemán, de forma que no se sabe si su eficacia depende de la existencia de un negocio obligatorio anterior (por ejemplo, una compra de créditos, una donación o un acuerdo de garantía)<sup>111</sup>. Parece que la definición de

<sup>110</sup> Vid. O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN (*supra* nota 6), pp. 121 ss. (Comentario al art. 11: 401); C. HATTENHAUER (*supra* nota 108), marg. 72 con indicaciones de Derecho comparado.

<sup>111</sup> Para una discusión más amplia, C. HATTENHAUER, en: HKK (*supra* nota 38), tomo II/2, §§ 398-413, marginal 6, 18 s., 28 ss., 66 ss, y con las indicaciones que allí se hacen.

cesión como «contrato u otro acto jurídico que tiene por finalidad transferir un derecho» [art. III.-5:102 (2) <sup>112</sup>] tiende hacia un modelo abstracto. Dado que además las normas sobre compraventa prevén la compraventa de créditos [art. IV.A.-1:101 (2)(c)], parece que la cesión y el negocio de compraventa de créditos son dos cosas distintas. En resumen, parece que la transmisión de créditos exige solamente una cesión eficaz, pero no la concurrencia de un negocio causal, y que tiene por tanto carácter abstracto.

Pero luego resulta que según el artículo III.-5:112 (2), (3) DCFR, y de acuerdo con el modelo del artículo 1269 *Codice Civile* y del artículo 11:204 PECL, el cedente asume el papel de garante sobre numerosos aspectos relacionados con el crédito cedido: entre otras cosas, que él era titular del crédito y que no existían obstáculos jurídicos a su cobro, tales como posibilidad de compensarlo. Además, en caso de cesiones por causa de donación y de cesiones en garantía, el negocio de cesión debe reunir los respectivos requisitos de forma que se les exigen a aquellos negocios (art. III.-5:110). De forma que la cesión mezcla en este punto elementos propios de un negocio obligacional y de uno real, y su eficacia queda condicionada, al menos en parte, a la del negocio causal. El resultado es cuanto menos poco coherente.

Especialmente desacertada parece la distinta normativa sobre responsabilidad que figura de una parte en el artículo III.-5:112, relativo a la cesión de créditos, y de otra en sede de compraventa. Porque mientras que las normas de la compraventa prevén una exclusión de los deberes de garantía cuando el comprador conoce el defecto de conformidad (art. IV.A.-2:307), no existe ninguna norma de este tipo en la cesión de créditos. Y, en cambio, en caso de reclamaciones por parte de un tercero, el vendedor responde no sólo cuando ese tercero resulta tener un derecho sobre la cosa, sino también cuando interpone una demanda, aunque luego resulte infundada. Es decir, que responde aunque la demanda del tercero no triunfe (art. IV.A.-2:305) <sup>113</sup>. De forma que el vendedor de un crédito debería responder en caso de que un tercero quiera hacer valer una supuesta cesión previa, o cuando el deudor quiera hacer valer una supuesta excepción, por más que según el artículo III.-5:112 (2) el cedente no responde en este caso. Se plantea entonces qué relación existe entre los deberes de garantía en la compraventa y la cesión de créditos, dado que ninguna de las dos regulaciones puede ser considerada como especial respecto a la

<sup>112</sup> «An “act of assignment” is a contract or other juridical act which is intended to effect a transfer of the right.»

<sup>113</sup> Según la definición que se da en el Anexo I «a claim is a demand for something based on the assertion of a right».

otra<sup>114</sup>. Parece que la regulación de los deberes de garantía en la cesión sólo tiene sentido si se configura la cesión como un contrato obligatorio independiente, tal como hacen los PECL, de forma que no se superponga su regulación con la del contrato de compraventa. Pero la regulación de la cesión de créditos en el DCFR es poco clara desde el punto de vista dogmático y sistemático: en la medida en que parece regular el negocio como abstracto, coloca la figura en el ámbito de los derechos reales<sup>115</sup>; si no la configurase así, podría conceptuarse el negocio como un tipo de contrato –tal y como hace el Derecho italiano<sup>116</sup>–, o como una modalidad de compraventa –tal y como hace el Derecho francés<sup>117</sup>–.

## 2. REPRESENTACIÓN Y MANDATO

También parece estar mal concebida desde el punto de vista sistemático la relación entre las normas sobre representación, de una parte, y las del mandato y el contrato de servicios de otra. Aquí los problemas nacen de que mientras que el poder de representación (*authority*), de conformidad con la tradición jurídica europea de los últimos doscientos años, es concebido de manera abstracta, el mandato es concebido como su correspondiente en el Derecho de obligaciones, como contrato de apoderamiento, es decir, como un contrato por el que se confiere el apoderamiento a un representante<sup>118</sup>. Pero el mandato no se ha querido configurar como un tipo especial de contrato de servicios, por más que el concepto de servicio es tremendamente amplio y podía haber servido para englobar el mandato<sup>119</sup>. En consecuencia, surge un problema de delimitación no resuelto entre el mandato y los contratos de servicios en

<sup>114</sup> Mientras que desde la perspectiva de la compraventa la compraventa de un crédito supone un supuesto especial, desde la perspectiva del derecho de cesión de créditos el caso es inverso: aquí la cesión del crédito en virtud de compraventa es un caso especial.

<sup>115</sup> Esto se corresponde con el actual modelo holandés; sobre este problema H. KÖTZ (*supra* nota 3. 404 ss.

<sup>116</sup> Art. 1.260 ss. *Codice Civile*.

<sup>117</sup> Art. 1.689 ss. *Code Civil*; sobre él F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 2. ed, Viena, 2003, pp. 442 s.

<sup>118</sup> Art. IV.D.-1:101 (1) define el *mandate* como un contrato, «under which: (a) a person ... is authorised and instructed ... to conclude a contract between the principal and a third party or otherwise affect the legal position of the principal in relation to a third party; ...» (*vid. infra* nota 119).

<sup>119</sup> Art. IV.C.-1:101 (1)(a) define el *service contract* como un contrato, «under which one party ... undertakes to supply a service to the other party ...», y el artículo IV.D.-1:101 (1) el *mandate* como contrato «under which: ... (b) the representative undertakes ... to act on behalf of ... the principal» (*vid. también* nota 118). Actuar para otro no significa al fin y al cabo otra cosa que realizar para él un servicio.



que el comisionado es también representante<sup>120</sup>: no quedará más remedio que tratarlos como contratos mixtos. Con el problema que entonces surgirá de compatibilizar dos regulaciones bien diferentes entre ellas, la del contrato de servicios y la del mandato<sup>121</sup>.

A este problema hay que sumar que también entre las normas del mandato y las de la representación se produce un solapamiento normativo, que revierte no sólo en redundancias, tales como duplicidad de definiciones idénticas<sup>122</sup>, sino también en contradicciones<sup>123</sup> y lagunas normativas. Así, y a modo de ejemplo, mientras en el *mandate* se le permite al representante contratar consigo mismo siempre y cuando el contenido del contrato que se le autoriza a celebrar está tan determinado que no haya riesgo alguno de que se pospongan los intereses del *principal* [art. IV.D.-5:101 (2)(d)], esa excepción no vale para la representación [art. II.-6:109 (3)]<sup>124</sup>. Y mientras que hasta en Alemania, pese al valor que allí se da a la abstracción de la relación entre mandato y representación, la extinción del poder se rige fundamentalmente por la relación jurídica que dio lugar a su otorgamiento (§ 168.1 BGB), el DCFR regula estas cuestiones de forma independiente entre ellas (arts. II.-6:112 y IV.D.-6:101 ss.). Según ello, el poder existirá hasta el momento en que sea razonable pensar que su revocación ha sido conocida por un tercero que tuvo conocimiento de su otorgamiento [art. II.-6:112 (1)]. Solución que supone cargar al representado con el deber de informar a terceros de la extinción del poder, aun en casos en que el poder se concedió para una finalidad específica o para un determinado periodo de tiempo<sup>125</sup>. No será el tercero el que tenga que probar el mantenimiento del poder aparente, sino que el representado ha de probar su extinción, cosa a menudo imposible, que va más allá de las nor-

<sup>120</sup> Una resolución expresa para este conflicto sólo se da (a favor del mandato) en los contratos en que el mandatario ha sido autorizado para iniciar los tratos preliminares para celebrar un contrato, pero sin llegar a concluirlo: artículo IV.D.-1:101 (4).

<sup>121</sup> Se formulan de modo diverso, por ejemplo, las normas sobre el precio (arts. IV.C.-2:101 y IV.D.-2:102), los deberes de cooperación (arts. IV.C.-2:103 y IV.D.-2:101) y las obligaciones de cuidado (art. IV.C.-2:105 y artículo IV.D.-3:103). Pero no se ve que exista ninguna razón objetiva para ese distinto tratamiento.

<sup>122</sup> *Vid.* por ejemplo artículo II.-6:102 (2) y artículo IV.D.-1:102 (b) («authority of a representative»).

<sup>123</sup> Así «revocation ... in relation to a juridical act» se define en el Anexo I como «its recall by a person or persons having the power to recall it, so that it no longer has effect», mientras que el artículo IV.D.-1:102 (h) la «revocation of the mandate of the representative» la configure como «the decision of the principal to no longer authorise and instruct the representative to act on behalf of the principal».

<sup>124</sup> El mismo problema surge en caso de conflicto de intereses por quien es representante en virtud de un mandato: en ese caso los artículos II.-6:109 (3), IV.D.-5:101 (2), y IV.D.-5:102 (2) contienen una regulación en parte diversa, aunque parece que la solución debiera ser coincidente. Ello conduce a innecesarios problemas interpretativos, ya que el aplicador ha de preguntarse por el sentido de que existan esas divergencias.

<sup>125</sup> Ya los PECL contenían en el artículo 3:209 (1) un deber demasiado amplio en este punto, pero el artículo II.-6:112 (1) del DCFR ha extendido aún más ese deber.

males exigencias de protección de la confianza y que no parece probable que haya sido pretendido con esas reglas. A la vez, y de modo contrario a lo anterior, se establece que la representación será revocable incluso cuando el mandato sea irrevocable: así se deduce del hecho de que la irrevocabilidad del mandato –regulada con mucho detalle (art. IV.D.-1:105)– sólo rija en las relaciones internas, mientras que en las relaciones externas sólo cabe una representación irrevocable cuando el representado se ha obligado con respecto a un tercero a no revocar dicho mandato [art. 6:112 (2)]. Tampoco esta solución parece muy convincente, porque si las partes han configurado su relación de mandato de forma irrevocable es para garantizar el poder de representación del representante, y no para que éste se tenga que contentar en caso de revocación con una indemnización de daños y perjuicios.

Finalmente, resulta también paradójica la situación que se produce en caso de que el representante se exceda respecto a las facultades que se le han concedido contractualmente (*mandate*) o de las competencias que se le han otorgado (*representation*). En caso de mandato se conceden al mandatario amplias facultades de actuación, siempre y cuando se desconozca la voluntad del mandante: artículo IV.D.-3:201 (1) <sup>126</sup>. Dichas facultades no se refieren a sus competencias para actuar con efectos frente a tercero, sino que ese punto queda remitido a la *representation* (3) <sup>127</sup>. Pero resulta que allí no se encuentra ninguna previsión sobre ello (cfr. art. II.-6:104: *Scope of authority*) <sup>128</sup>. Con lo cual resulta que el mandatario, en ciertos casos, parece poder excederse en su actuación del mandato que se le ha dado, pero sin que esa actuación produzca efectos. Solución que no sólo es desconcertante, sino que resulta contradictoria con la prevista para la gestión de negocios ajenos sin mandato (*Benevolent intervention in another's affairs*), donde el gestor puede actuar frente a tercero siempre y cuando sea razonable pensar que su conducta va a favorecer al *dominus negotii* (art. V.-3:106) <sup>129</sup>. Aunque según las normas que se publicaron en 2006 sobre *Benevo-*

<sup>126</sup> «The representative may act in a way not covered by the mandate if: (a) the representative has reasonable ground for so acting on behalf of the principal; and (b) the representative does not have a reasonable opportunity to discover the principal's wishes in the particular circumstances; and (c) the representative does not know and could not reasonably be expected to know that the act in the particular circumstances is against the principal's wishes».

<sup>127</sup> La remisión al «Book III ...» supone a todas luces una errata: debe decir al libro II.

<sup>128</sup> Tampoco en el artículo II.-6:112 (4), que lo que prevé es una especie de poder de representación necesario una vez acabado el poder normal.

<sup>129</sup> Aunque el texto es susceptible de ser malentendido, pues habla de que «may conclude legal transactions», se deduce del título («Authority of the intervener»), de la regulación del párrafo segundo y de la fundamentación (CH. VON BAR (*supra* nota. 32), Introduction, marg. 93 y Comentario a artículo 3:106) que se alude al poder de representación.

*lent intervention* ese poder de representación había de concederse también en caso del mandatario que se excediese del mandato<sup>130</sup>, el artículo IV.D-3:201 (3) establece justamente lo contrario, y no parece que sea un error de redacción. En cualquier caso, la regulación resulta incomprensible, y se puede considerar como una consecuencia de la exagerada separación que ha establecido el DCFR entre mandato y representación: que haya que deslindar y distinguir uno de otro no significa que sus regulaciones no tengan nada que ver entre ellas.

## V. DÉFICIT DE REFLEXIÓN EN EL TRATAMIENTO DEL ACQUIS COMUNITARIO EXISTENTE Y LOS PECL

Otro aspecto importante a la hora de realizar una valoración del DCFR es su relación con los textos que le sirven de base. A este respecto, y a la hora de realizar ese análisis, hay que distinguir tres tipos de normas en el DCFR: aquellas que toman como precedente la regulación de los PECL, aquellas que se apoyan en las normas comunitarias ya existentes, y aquel conjunto normativo que no cuenta con precedentes en esos textos, y que por tanto hay que suponer que se apoya directamente en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea y en las bases jurídicas compartidas. Este último bloque, constituido por materias por así decir «nuevas» en la unificación jurídica, es excesivamente extenso como para que aquí podamos analizarlo, además de que parece conveniente esperar a que se publiquen los comentarios que han de acompañar al DCFR. Lo único que queremos señalar es que existen dudas más que fundadas de que la regulación de algunas instituciones centrales pertenecientes a este bloque, tales como *service contracts* (arts. IV.C.-1:101 ss.), gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. V.-1:101 ss.), responsabilidad extracontractual (arts. VI.-1:101 ss.) o enriquecimiento sin causa (arts. VII.-1:101 ss.), cuente con una base normativa coherente en alguno de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros o en la ciencia jurídica europea<sup>131</sup>. En cualquier caso, queremos aquí centrarnos en la valoración de las normas del DCFR cuyo precedente es el *acquis*

<sup>130</sup> CH. VON BAR (*supra* nota 32), Introduction, marginal 93: una persona, autorizada en principio sólo para iniciar los tratos preliminares, está autorizada a concluir el contrato si éste parece favorable para el representado.

<sup>131</sup> Para una breve referencia al derecho de daños, *vid. infra* III. 2. b); y en referencia a las reglas de la gestión de negocios ajenos sin mandato, N. JANSEN, ZEuP 15 (2007), pp. 958 ss.

comunitario o los PECL, pues nos parece que esos precedentes no se han reflejado adecuadamente en el texto.

## 1. TRATAMIENTO DEL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

### a) *Necesidad y encargo de una revisión del *acquis**

La Comisión Europea, al dar las líneas maestras de lo que había de ser el CFR, estableció que el *acquis communautaire* ya existente en el ámbito del Derecho contractual debía ser revisado y mejorado. Se trataba de dar una mayor coherencia a todo el Derecho que se había ido emanando a lo largo de muchos años de Directivas comunitarias, y que a veces no encajaba ni entre sí ni con el Derecho de los Estados miembros. Además de eso, la Comisión abrió la puerta a que se llevase a cabo una valoración crítica de toda la normativa que había ido dictando y a que se valorase los efectos que sobre consumidores y usuarios había tenido<sup>132</sup>. Esos objetivos se han asumido como propios en la introducción del DCFR<sup>133</sup>.

Ese encargo de la Comisión de pasar el *acquis* a través del tamiz de la crítica, responde a una necesidad realmente sentida y ofrece una oportunidad excelente para comprobar los efectos que produce todo ese conjunto normativo y reformarlo en consecuencia<sup>134</sup>. No se puede olvidar que han pasado más de veinte años desde que se dictó la primera Directiva sobre Derecho contractual, la llamada Directiva sobre ventas a domicilio<sup>135</sup>. Parece haber llegado el momento para evaluar la eficacia de algunas instituciones centrales del Derecho de consumo, tales como las facultades de desistimiento o los deberes de información. Porque hoy es todo menos claro que la facultad de desistimiento esté desarrollando la protección jurídica para la que se pensó, y habría que replantearse las circuns-

---

<sup>132</sup> Vid. COM (2004) 651 versión de 11.10.2004 («Way forward»); sobre la revisión del *acquis* que debe ejercer el CFR, pp. 3 ss.); COM (2003) OJ C 63/1 («Action plan»; sobre la revisión del *acquis* en el CFR S. 19 ff.). Sobre las alternativas que hoy se discuten para la revisión del *acquis*, especialmente sobre la posibilidad de una revisión separada de algunas Directivas, así como sobre la promulgación de una Directiva-guía sobre consumidores COM (2006) 744 versión de 08.02.2007 («Green paper»); H.-W. Micklitz, N. Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht – quo vadis?, disponible en [http://www.vur-online.de/beitrag/2007\\_04\\_2.html](http://www.vur-online.de/beitrag/2007_04_2.html).

<sup>133</sup> Cfr. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 60 ss.

<sup>134</sup> A favor de llevar a cabo una revisión crítica del *acquis*, B. DAUNER-LIEB, *NJW* 2004, pp. 1431, 1433 ss.

<sup>135</sup> Vid. la Directiva del Consejo de 20.12.1985, relativa a contratos celebrados fuera de establecimiento comercial.

tancias y condiciones de las que debería depender ese derecho de desistimiento<sup>136</sup>. Y aún más importante sería ver el efecto que han tenido los múltiples deberes de información que ha establecido el *acquis* en materia de protección del consumidor. Hoy se admite que la utilidad marginal de la información es decreciente respecto a su magnitud, y que, al final, su efecto puede ser incluso negativo<sup>137</sup>. Habría que hacer un cuidadoso examen, basado en experiencias empíricas, de la utilidad que está teniendo esa masa informativa que se transmite al consumidor.

b) *Acquis-positivismo y generalización del acquis*

No parece que al redactar el DCFR se haya llevado a cabo una labor de examen sobre la protección que concede todo ese *acquis* ni sobre los efectos que ha ido teniendo<sup>138</sup>. Parece que, en la labor de transposición de todo ese conjunto normativo al DCFR, ha primado una actitud que podríamos llamar quasi-notarial, limitada a reproducir del modo más fiel y completo posible el material ya existente. Pero donde el DCFR se aparta de esa actitud, la tendencia en que se mueve es a extender el ámbito de aplicación de las Directivas ya existentes y a generalizar las soluciones previstas en la regulación del *acquis*<sup>139</sup>. Puede decirse que la idea que ha guiado a los autores del DCFR al redactar la normativa derivada del *acquis* ha sido aceptarlo de modo acrítico y extender sus soluciones. Dos instituciones en las que puede comprobarse especialmente bien esa tendencia son los deberes de información (arts. II.-3:101 ss.) y las facultades de desistimiento (arts. II.-5:201 ss.).

<sup>136</sup> Vid. referencias *supra* nota 68. Un análisis en profundidad de la función del derecho de desistimiento puede verse en P. MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte*, Tubinga, 2003, especialmente pp. 33 ss., 222 ss., 734 ss., 1082 ss., 1131 ss.; S. LORENZ, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, Munich, 1997, pp. 122 ss.

<sup>137</sup> Vid. referencias *supra* nota 67. Vid. también W. BOENTE, T. RIEHM, *Jura* 2002, pp. 222, 225, 230 (Informations-Kollaps); H. C. GRIGOLEIT, *NJW* 2002, pp. 1151, 1155, 1158; A. TITTE, *Die Struktur der Informationspflichten bei Finanzdienstleistungen*, Baden-Baden, 2006, en particular pp. 110 s., 203, 264, 312. También manifiestan una postura crítica respecto a la extensión del deber de información en el *acquis* H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, 2007, 743, disponible en [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/comp\\_analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf)

<sup>138</sup> Un análisis muy amplio y valioso de las normas del *acquis* referidas a los consumidores realizan H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers (nota 137). El trabajo analiza detalladamente la trasposición de las Directivas sobre protección de los consumidores en cada uno de los países miembros. Con todo, el trabajo tiene más por finalidad favorecer una mejor sistematización del *acquis* que plantearse sus efectos y postular posibles correcciones.

<sup>139</sup> Una visión crítica sobre los *Acquis Principles* en, N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *JZ* 2007, pp. 1120 ss.

## aa) Deberes de información

La regulación de los artículos II.-3:101 y siguientes generaliza y extiende los deberes de información que imponen diversas Directivas comunitarias<sup>140</sup>: se abandona el carácter restrictivo con que los configura el *acquis*, y en concreto su limitación a ciertas formas negociales y tipos contractuales. Además, los deberes de información, previstos en las citadas Directivas fundamentalmente para los contratos con consumidores, se extienden también a los contratos entre empresarios (*b2b-contracts: business-to-business*). Se establece un deber de los empresarios de informar, antes de la conclusión del contrato, a cualquiera que vaya a contratar con ellos de todas las circunstancias «concerning the goods or services to be supplied» [art. II.-3:101 (1)]. Y en caso de contratos con consumidores, el empresario debe informar sobre todas las circunstancias que un consumidor medio necesitase saber en esa situación para tomar una decisión adecuada [art. II.-3:102 (1)], estableciéndose incluso un deber agravado de información «in the case of transactions that place the consumer at a significant informational disadvantage» (art. II.-3:103).

El sistema de deberes de información establecido mediante esas variadas cláusulas generales padece de cierta incoherencia y descoordinación. Pero el problema más grave del conjunto normativo así creado es que sugiere la idea de que el deber de las partes contratantes de obtener la información que precisen se convierte en excepción frente a una regla general de que ésta ha de ser suministrada por la otra parte<sup>141</sup> –y esto no sólo en los contratos entre empresario y consumidor, sino también en las relaciones entre

---

<sup>140</sup> Vid., entre otras, Directiva del Consejo 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1987, relativa a la aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros en material de crédito al consumo; Directiva del Consejo 90/314/CEE de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Directiva del Parlamento y del Consejo 94/47/EC de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva del Parlamento y del Consejo 97/7/CEE de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales; Directiva del Parlamento y del Consejo 2000/31/CEE de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; Vid. éstas y otras directivas en Schulze/Zimmermann/Arroyo i Amayuelas, *Textos Básicos de Derecho Privado europeo – Recopilación*, Barcelona, 2002.

<sup>141</sup> En el comentario que acompaña a los deberes de información establecidas por los *acquis-Principles*, se alude a ese principio de autorresponsabilidad: vid. *Acquis Group* (*supra* nota. 41), artículo 2:201 marg. 4. Pero cuando se observa el contenido de los principios, da la impresión de que esa declaración se queda en una mera declaración de intenciones. En cambio, las normas del DCFR relativas «change of circumstances» sí que dan una clara impresión de carácter restrictivo, destacando la excepcionalidad de esta institución: vid. *supra* nota 78.

empresarios—. Ese esquema de regla general y excepción resulta contradictorio con el que hoy rige en los ordenamientos europeos y con el que parece más coherente y conforme con los postulados de una sociedad libre. Ni siquiera en las Directivas europeas es prevalente la idea de que una parte es responsable de transmitir a la otra la información que ésta precise para valorar si debe contratar o no<sup>142</sup>. Es cierto que en ellas se establecen numerosos deberes de información. Pero se limitan casi siempre a cuestiones que tienen que ver con la protección de los consumidores, o a aspectos técnicos del contrato que se va a celebrar, de su contenido o de su desarrollo<sup>143</sup>. En consecuencia, es de gran importancia que en la revisión del Derecho privado europeo se sistematice y reduzca a unidad esa maraña de deberes de información establecido por las Directivas. Pero lo que resulta del ensamblaje de cláusulas generales que establece el DCFR [art. II.-3:101 (1); artículo II.-3:102 (1); artículo II.-3:103 (1)] es justamente lo contrario, es decir, una extensión de esos deberes de información que se combina con una mayor inseguridad sobre sus contenidos. Los criterios jurídicos y económicos que más recientemente se han manejado como adecuados para concretar todos esos deberes de información —tales como la relevancia de la información que se ha de suministrar, la accesibilidad y costes de la información suministrada y el incentivo a la búsqueda de información<sup>144</sup>— no han sido tenidos en cuenta en la regulación del DCFR.

La tendencia a la extensión y generalización de dichos deberes de información se muestra también en la regulación de las consecuencias de su infracción (art. II.-3:107). Dicho artículo hace un listado de posibles sanciones que puede llevar aparejada, desde una ampliación del periodo durante el que puede ejercitarse la facultad de desistimiento, a la responsabilidad por los daños causados por esta falta de información, hasta la posibilidad de impugnación por error. Sin embargo, se echa de menos el establecimiento de un criterio que permita relacionar cada forma de infracción de esos deberes con el remedio correspondiente. Con lo cual se suscita la impresión de que las sanciones son intercambiables entre sí, independientemente de cuál sea el tipo de infracción, cuando en las

<sup>142</sup> En consecuencia, la deducción del resto de deberes de información de las normas ya existentes en el *acquis* resulta muy vagamente formulado en los Comentarios de los *Acquis-Principles, Acquis Group* (*supra* nota 41), artículo 2:201 marg. 4 ss. (sobre ello N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *JZ* 2007, 1125 s.) y artículo 2:202 marg. 4.

<sup>143</sup> *Vid. supra* nota 140.

<sup>144</sup> *Vid.* sobre la posible formulación de esas exigencias, H. Kötz, *Vertragliche Aufklärungspflichten*, en: J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann (eds.), *Undogmatisches*, Tübinga, 2005, pp. 246 ss.; H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Munich, 2001, pp. 576 ss.

actuales Directivas de la Unión Europea esos deberes de información cumplen funciones diversas, y su infracción debe acarrear, en consecuencia, diferentes sanciones<sup>145</sup>. Así, por ejemplo, los deberes de información previstos para el comercio electrónico (art. II.-3:105) están directamente relacionados con las normas generales sobre celebración de los contratos<sup>146</sup>. En cambio, otros deberes de información tienen como misión asegurar la transparencia del contenido contractual [art. II.-3:103 (1)]<sup>147</sup>, y tienen por ello más relación con las normas sobre interpretación; el deber de proporcionar una información veraz sobre el objeto del contrato [arts. II.-3:101 (1), 3:103 (1)]<sup>148</sup>, tiene que ver con la responsabilidad contractual, y en concreto con la responsabilidad por vicios ocultos prevista en el contrato de compraventa. En suma, el cometido más importante que debe cumplir una revisión de los deberes de información existentes en las Directivas comunitarias es la de enjuiciar la misión que cada uno de ellos cumple y establecer en función de ello las consecuencias jurídicas de su infracción. Y ese objetivo es precisamente el que se ha frustrado con la visión tan generalizadora que se ha adoptado.

#### bb) Facultades de desistimiento

Otro ejemplo de la actitud generalizadora con que se ha tratado el *acquis* es la regulación de las facultades de desistimiento (arts. II.-5:201 ss.). Dichas facultades, previstas en función de unas determinadas formas de negociación en las Directivas sobre ventas a domicilio o fuera de establecimiento comercial<sup>149</sup>, negociación a distancia<sup>150</sup>, y negociación a distancia de servicios financieros<sup>151</sup>, son reconducidas a un criterio común, consistente en que la oferta o aceptación contractual formulada por un consumidor sea realizada fuera de los establecimientos comerciales [«away from the business premises»: art. II.-5:201 (1)].

<sup>145</sup> *Vid.*, sobre ello, H. C. GRIGOLEIT (*supra* nota 137) pp. 1155 s; e *IDEM.* WM 2001, pp. 597 ss.

<sup>146</sup> *Vid.* la Directiva del Parlamento y del Consejo 2000/31/CEE, sobre comercio electrónico.

<sup>147</sup> *Vid.* las Directivas sobre venta a distancia y viajes combinados, en el lugar citado *supra* nota 140.

<sup>148</sup> *Vid.* las Directivas sobre venta a distancia y viajes combinados, en el lugar citado *supra* nota 140.

<sup>149</sup> Directiva 85/577/CEE, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales.

<sup>150</sup> Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

<sup>151</sup> Directiva 2002/65/CE relativa a la contratación a distancia de servicios financieros.



Es cierto que esta expresión aparece en el Título de la Directiva sobre ventas a domicilio. Pero la Directiva concreta luego las situaciones de contratación a las que se aplica esa facultad de desistimiento, de forma que ésta afecta sólo a situaciones en que, por así decir, el consumidor es cogido por sorpresa. Y así, conforme al artículo 1 de la Directiva, se excluye la facultad de desistimiento cuando la relación jurídica comenzó a iniciativa del consumidor. En cambio, el DCFR, al fijarse únicamente en el concepto espacial —emisión del consentimiento fuera del establecimiento comercial—, pasa por alto si el consumidor ha sido cogido por sorpresa o no<sup>152</sup>.

A la vez que eso, el DCFR prescinde del criterio que habían seguido las otras dos Directivas para conceder un derecho de desistimiento en casos de negocios celebrados a distancia. Este consiste en esencia en que la negociación y celebración del contrato se haya llevado enteramente a cabo mediante formas de comunicación a distancia<sup>153</sup>. La razón para conceder una especial protección al consumidor en estos casos es que se considera que, a causa de la falta de contacto personal con la otra parte, puede tener una deficiente formación de la voluntad contractual, en la medida que las posibilidades de informarse han sido más limitadas y ha podido carecer de la posibilidad de probar el objeto del contrato<sup>154</sup>. Pero esas consideraciones, que justifican la concesión de la facultad de desistimiento, no coinciden con el criterio meramente local para su concesión («fuera de establecimiento comercial»). Si por ejemplo un empresario cuenta en su negocio con varios ordenadores por medio de los cuales se pueden contratar una serie de servicios, resultará que se dará la relación «despersonalizada» que justifica en las actuales Directivas el derecho de desistimiento, sin que el contrato se haya celebrado «fuera de su establecimiento comercial». La generalización de esos derechos de desistimiento, pensados exclusivamente para ciertas circunstancias de la contratación, disuelve la finalidad para la que fueron pensados, y es sintomática de lo que sucede con la generalización del *acquis*. Cuando las facultades de desistimiento no se limitan a aquellos casos en que el consumidor es cogido desprevenidamente o contrata de forma impersonal, hay que preguntarse cuál es la razón para concederlas,

<sup>152</sup> Vid. sobre este punto, tomado por el DCFR de los *Acquis-Principles, Acquis Group* (*supra* nota 41), artículo 5:201 marg. 1 ss. La excepción de los negocios iniciados por el propio consumidor se descarta con apoyo en un estudio publicado en Inglaterra, que sostiene que también en ese caso se puede dar una situación de especial presión (*vid.* lugar citado, marg 23).

<sup>153</sup> Vid. artículo 2 de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la contratación a distancia de servicios financieros.

<sup>154</sup> Vid., entre otros, CH. WENDEHORST, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. ed. 2007, ante § 312b marg. 4.

y hasta qué punto no será ya entonces lógico conceder ese derecho al consumidor en cualquier contrato que celebre. Esa impresión de falta de reflexión al llevar a cabo la incorporación de esos derechos de desistimiento se refuerza al ver que se han acogido todas las excepciones que se preveían a su ejercicio, y que en muchos casos no cuentan con un fundamento muy consistente [art. II.-5:201 (2) a (4)]<sup>155</sup>.

La impresión que queda es que el DCFR carece de una concepción clara en lo que atañe a la función, legitimación y ámbito de aplicación del derecho de desistimiento. Impresión que se confirma cuando se cae en la cuenta que el DCFR –al igual, de nuevo, que el *acquis*– sólo para el contrato de aprovechamiento por turno de viviendas prevé un derecho general de desistimiento (art. II.-5:202). Si se recuerda que la Comisión había previsto que se llevase a cabo una labor de revisión de todo el *acquis*, se plantea la duda de por qué se ha mantenido la facultad de desistimiento como algo específico para ese contrato tan particular. Más aún si se tiene en cuenta que los inconvenientes que a veces provoca un contrato de este tipo normalmente sólo se perciben pasado un largo periodo de tiempo, de tal forma que la efectividad de ese derecho de desistimiento es muy poca<sup>156</sup>. Hubiese tenido más lógica prescindir de ese caso, o preverlo para toda una serie de contratos considerados «peligrosos», determinando éstos en función de su complejidad interna, de su volumen financiero o de la duración para la que se prevean.

## 2. TRATAMIENTO DE LOS PECL

### a) *Necesidad de un replanteamiento de los PECL*

Una crítica bastante similar puede formularse en relación con la incorporación de los PECL, que han constituido el núcleo para la formación de la parte general de contratos del DCFR<sup>157</sup>. Aunque las Partes I, II y III de los PECL se publicaron hace ya trece, ocho y cinco años respectivamente<sup>158</sup>, los estudios y análisis que sobre ellos se han llevado a cabo no han superado aún el nivel introduc-

<sup>155</sup> Directiva de aprovechamiento por turno, citada en nota 140.

<sup>156</sup> Vid. M. MARTINEK, *NJW* 1997, pp. 1393, 1397; R. ZIMMERMANN (nota 44), p. 216. También en ese sentido, *Acquis Group* (nota 41), artículo 5:202 marg. 5.

<sup>157</sup> Vid. *supra* I.3.

<sup>158</sup> Vid. *supra* nota 6.

torio<sup>159</sup>. Este es uno de los ejemplos en los que se perciben los problemas que causa a la ciencia jurídica europea la falta de unidad de discurso.

El CFR podría y debería servir para ampliar y profundizar en ese debate, de forma que, sobre esa base, se pudiese llegar a una revisión de las reglas allí propuestas. Pero da la impresión de que el DCFR no ha tenido en cuenta esas posibilidades. Ciertamente, se han hecho correcciones al texto originario, y algunas de ellas suponen una clarificación o desarrollo de intuiciones allí presentes<sup>160</sup>. Pero en otros puntos las modificaciones provocan ambigüedades o contradicciones –como se ha visto al analizar las normas sobre cesión de créditos o representación–<sup>161</sup>. Y otros puntos e instituciones, que podían haber sido objeto de reforma o de replanteamiento, tales como las limitaciones establecidas a la autonomía privada, se han asumido sin revisión alguna. En conjunto, la impresión que da es que ha faltado una idea clara sobre el sentido en que debían revisarse los PECL, como si no hubiese tenido lugar una reflexión pausada sobre ello. Además de la premura de tiempo con que se ha redactado el DCFR, puede haber influido también el hecho de que haya habido una continuidad, al menos parcial, entre la *Commission on European Contract Law* y el *Study Group*<sup>162</sup>.

b) *Un ejemplo característico: las reglas sobre vicios de la voluntad*

La necesidad de una revisión crítica de los PECL se ve al considerar las objeciones que se pueden hacer a ciertas partes de su

<sup>159</sup> Vid. los trabajos contenidos en los siguientes volúmenes: J. Basedow (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (Tubinga, 2000); A. Hartkamp y otros (eds.), *Towards a European Civil Code* (3.ª ed., Nimega, 2004); H. MacQueen y Zimmermann, *supra* nota 49; Association Henri Capitant, *supra* nota 49. También, R. ZIMMERMANN, «Vertrag und Versprechen, Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich», en Stephan Lorenz et al. (eds.), *Festschrift für Andreas Heldrich* (Munich, 2005) pp. 467 ss.; R. ZIMMERMANN, «Restitutio in integrum: Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den Unidroit Principles und dem Avant-projet eines Code Européen des Contrats», en *Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer* (Basel, 2004) pp. 735 ss.; P. AUMÜLLNER, «Das Recht der Stellvertretung in den Principles of European Contract Law (PECL) und in der österreichischen Rechtsordnung – ein Systemvergleich» [2007] *Zeitschrift für Rechtsvergleichung Internationales Privatrecht und Europarecht*, 208; C. ARMBRÜSTER, «Zustandekommen und Wirksamkeit von Verträgen aus gemeineuropäischer Sicht. Ein Vergleich der Lando-Principles (PECL) und der Konzeption des Gemeinsamen Referenzrahmens (CFR) mit dem deutschen Recht» [2007] *Jura*, p. 321.

<sup>160</sup> Cfr., por ejemplo, artículo II.9:301 ff. DCFR y artículo 6:110 PECL (*stipulatio alteri*) o los artículos III.-3:511 ss. DCFR y los artículos 9:305 ss. PECL (devolución de prestaciones tras resolución).

<sup>161</sup> Vid. *supra* IV.

<sup>162</sup> Vid. *supra* I.3. y nota 29.

regulación que han pasado sin apenas modificaciones al DCFR. Ejemplo típico son las normas sobre vicios de la voluntad, que resultan coincidentes en los PECL y en el DCFR<sup>163</sup>.

La regulación del artículo 4:103 PECL se basa en la idea, que parece razonable, de que sólo pueden dar lugar a la impugnación del negocio aquellos errores de los que sea responsable, o al menos corresponsable, la otra parte. Sin embargo, luego no se precisan los hechos que provocan esa responsabilidad o corresponsabilidad, ni se establece un criterio claro que permita delimitarlos: el artículo 4: 103 (1) establece como condiciones de ese error que la otra parte tuviese conocimiento de él, o hubiese debido tenerlo, y que sea su causante o sufra el mismo error. No se hace en cambio ninguna consideración a si se ha infringido un deber de información, pese a que ese es el concepto hoy día más al uso para determinar la existencia de responsabilidad precontractual en estos casos.

El artículo II.-7:201 DCFR asume ese impreciso concepto de responsabilidad por error propuesto por los PECL. Ciertamente, se añade como causa de responsabilidad alternativa la infracción de un deber de información precontractual o del deber de corregir la información suministrada; probablemente, se refiere a los deberes de información establecidos en el *acquis* y de los que ya hemos tratado (arts. II.-3:101 ss. DCFR). Pero esa mención de los deberes de información lo que hace es ampliar la confusión, pues no se sabe qué papel cumplen esos deberes de información al lado de los criterios de responsabilidad provenientes de los PECL. El artículo II.-7:201 acaba siendo resultado de dos tendencias típicas del DCFR, la que lleva a expandir el *acquis* y la que tiende a asumir críticamente los PECL.

Otro defecto en el concepto de errores relevantes para la anulación es que deja en penumbra la importante distinción entre la información falsa que se ha suministrado y la información que se ha omitido<sup>164</sup>. Sólo en la impugnación por dolo se hace uso de esa dualidad de conceptos, mencionando los criterios que imponen un deber de informar (art. II.-7:205 DCFR/art. 4:107 PECL). Es un tanto desconcertante que la posible relevancia del error se haga depender de la responsabilidad de la otra parte, cuando resulta que

<sup>163</sup> También crítico, aunque con un enfoque diferente, W. ERNST, «Irrtum - Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte», en: R. Zimmermann (ed.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, Tübinga, 2007, pp. 1, 27 ss.; J.D. HARKE, *ZEuP* 14 (2006), pp. 326 ss. Más sobre ello H. C. GRIGOLEIT, «Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles», en: R. Schulze, M. Ebers, H.C. Grigoleit (eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübinga, 2003, pp. 201, 207 ss.

<sup>164</sup> G. WAGNER, «Lügen im Vertragsrecht», en: R. ZIMMERMANN (*supra* nota 163), pp. 84 ss.

sólo en relación con el dolo se enuncian los deberes de información<sup>165</sup>. Además, resulta desafortunada la equiparación que se hace entre el error de contenido y el error en los motivos que permite la impugnación (art. II.-7:202 DCFR/art. 4:104 PECL): dado que para el error de contenido rige, como para cualquier error, el principio de que sólo es relevante aquel que fue reconocible para la otra parte o del que ésta es responsable (art. II.-7:201 DCFR/art. 4:103 PECL), hay que concluir que no cabe propiamente error de contenido que dé lugar a anulación, pues ese error siempre se puede resolver por vía de interpretación: si la otra parte causó el error o fue consciente de él, el contrato se ha de interpretar tal y como lo entendió la parte que sufrió el error, pues la otra parte pudo perfectamente conocer cuál fue la intención de la otra parte (art. II.-8:103 DCFR)<sup>166</sup>.

Finalmente, hay que decir que la posibilidad de adaptar el contrato que, en caso de error, se prevé como alternativa a su impugnación, da lugar a muchos problemas (art. II.-7:203 DCFR/art. 4:105 PECL). Esa norma busca adaptar el contrato a la forma en que la parte que ha sufrido el error lo ha entendido («... as the party understood it»). Pero ese criterio sólo parece aplicable en caso de error de contenido, que en la práctica es el de menor importancia. Para los supuestos clásicos de error en los motivos –del que sea responsable la contraparte–, la adaptación no tiene campo alguno. Además de eso, es evidente que hay una clara incongruencia entre la regulación de la adaptación prevista para este caso y la que tiene lugar en caso de problemas de la base del negocio (art. III.-1:110 DCFR/art. 6:111 PECL). Los PECL no tuvieron en cuenta la relación que existía entre estos dos casos, y el DCFR tampoco la ha tenido en cuenta.

## VI. FORMALISMO Y TERMINOLOGÍA

### 1. INCONSISTENCIA DE LAS DEFINICIONES

Ya en una primera lectura del DCFR llama la atención el esfuerzo por proporcionar unas explicaciones y definiciones propias de un manual. Se trata de una característica que puede ser adecuada

---

<sup>165</sup> Vid. también las acertadas apreciaciones de W. ERNST (*supra* nota 163), pp. 30 s., quien piensa que las normas relativas al error han absorbido las del dolo, hasta el punto de que no queda un espacio para los supuestos de hecho propios del dolo.

<sup>166</sup> Acertadamente, J. D. HARKE, *ZEuP* 14 (2006), pp. 326, 327 s.

para una obra de este tipo, que ha de ser aplicada en diferentes ordenamientos jurídicos y en ámbitos pertenecientes a diversas tradiciones jurídicas, aunque suponga a la vez una cierta pérdida de flexibilidad. Teniendo esto en cuenta, lo ideal hubiese sido emplear una definición sólo cuando lo exigiese la claridad en la aplicación de la norma, sin caer en un exagerado conceptualismo. Pero el DCFR no se ha atendido siempre a ese criterio limitador. Así, y a modo de ejemplo, si los requisitos del «Benevolent intervention in another's affaire» están plasmados en las normas del libro V, no tiene mucho sentido que en el Anexo se dé una definición de la figura, con una remisión a la *negotiorum gestio*, que no tiene demasiado sentido en una obra normativa; lo mismo se puede decir del «unjust enrichment». E igualmente resultan superfluas ciertas definiciones de conceptos, como las de «liable» o «must». Provoca una cierta irritación ver al DCFR esforzarse por alcanzar la máxima precisión en materia de definiciones, mientras que, a base de hacer un uso excesivo de palabras como «reasonable», acaba dejando al buen sentido del juez la decisión de cuestiones sustantivas de trascendencia<sup>167</sup>.

Y en cualquier caso: si se apuesta por las definiciones, hay que pedir que al menos esas definiciones sean coherentes y promuevan la seguridad jurídica. Pero éste es uno de los puntos en los que el DCFR presenta serias deficiencias. Y no se trata de cuestiones de detalle, sino que en muchos puntos se perjudica gravemente la seguridad jurídica. Aunque parezca sorprendente, en muchas ocasiones la cuestión hubiese quedado más clara si se hubiese prescindido de la definición.

Así, por ejemplo, el artículo I.-1:103 subraya la importancia de las definiciones, remitiendo al catálogo del Anexo I, pero haciendo a la vez cuestión de la importancia de esas definiciones, al añadir las palabras «unless the context otherwise requires» (al igual que hace, por cierto, el artículo 1:301 PECL). ¿Para qué sirve una definición que rige unas veces y otras no, según cuál sea el contexto? David Mellinkoff ha dicho con ironía de una norma similar que figura en el § 1-201 del *Uniform Commercial Code* estadounidense que «the draftsman is... warning us that while we are to remember his definitions, he may forget them»<sup>168</sup>. Y por ejemplo, los autores han olvidado su definición en el artículo II.-9:403 (3), según el cual la parte que ha introducido un «standard term» (cláusula estándar) puede probar que ha sido negociada individualmente, cuando según

<sup>167</sup> Vid. sobre ello *supra* II.4.

<sup>168</sup> D. MELLINKOFF, «The Language of the Uniform Commercial Code» (1967) 77, *Yale Law Journal*, pp. 185, 190.

el Anexo los «standard term» se definen precisamente por no haber sido negociados. Otro ejemplo: según el artículo II.-9:411, en los contratos con consumidores, se presume («presumed») que ciertas cláusulas son abusivas («unfair») y por tanto no obligatorias; pero, ¿han olvidado aquí los autores que las presunciones, según su definición de «presumption», pueden ser siempre contradichas? Si se compara el texto con el del artículo II.-9:410, parece que la palabra se usó intencionadamente y que la lista de cláusulas abusivas del artículo II.-9:411 admite por tanto excepciones. La cuestión no es, con todo, demasiado clara, y hay que esperar que la resuelvan los «Comentarios».

Tampoco queda muy claro qué criterio se ha seguido a la hora de seleccionar los términos que iban a entrar en el catálogo de definiciones del Anexo I. Se trata en parte de una repetición de definiciones que ya figuran en el texto [por ejemplo, «assignment» en el artículo III.-5:102 (1), o «authorisation» en el artículo II.-6:102 (3)], mientras que en otros casos las definiciones son específicas (por ejemplo, «assets», «avoidance») y, en otros, definiciones que figuran en el texto no pasan al Anexo [por ejemplo, «act of assignment» en el artículo III.-5:102 (2), «reciprocal» en el artículo III.-1:101 (4)]. Ahora bien, resulta que la colocación que tenga una definición puede dar lugar a un problema interpretativo. Así, el artículo II.-4:104 (1) habla de una «individually negotiated clause». Qué significa «individually negotiated» no lo declara el catálogo de definiciones, pero el artículo II.-9:403 sí define qué es «not individually negotiated». ¿Debe usarse ese concepto para interpretar el artículo II.-4:104 (1), a pesar de que el artículo I.-1:103 sólo declara como generales las definiciones que aparecen en el Anexo? Por cierto, que hubiese sido una ayuda que se hubiese hecho figurar una llamada en el texto cuando se usa un concepto definido en el Anexo.

También sucede que algunas definiciones resultan de escasa utilidad porque usan conceptos que a su vez no están definidos. Así, se define «damage» en el Anexo como «any type of detrimental effect»: «it includes loss and injury». Lo primero que aquí plantea dudas es el significado de la palabra «includes», usado con mucha frecuencia<sup>169</sup>, y que suscita la pregunta de si la definición es exhaustiva o junto a «loss» e «injury» existen otros tipos de «damage». Si se tiene en cuenta que, según la definición, «loss includes economic and non-economic loss», hay que preguntarse qué es lo que comprende «injury»<sup>170</sup>. El término no es objeto de definición,

<sup>169</sup> Por ejemplo, artículos I.-1:106 (1), II.-1:106 (1), II.-3:104 (2).

<sup>170</sup> Vid. también *supra* III.2.b).bb).

sino sólo el de «injured person» como «person who has suffered damage». Si se tiene en cuenta el criterio del artículo I.-1:103 (2), según el cual, en caso de definición de una palabra, el resto de formas gramaticales tienen un significado correspondiente, se llega al resultado de que «injury» tiene el mismo significado que «damage», pero con la peculiaridad de que «damage» también incluye «loss». Al final uno se siente como cuando juega al Monopoly: «retroceda a la casilla de salida».

En caso de duda, parece que los autores han preferido acumular conceptos semejantes antes que correr el riesgo de dejar algo fuera que quizá debiera estar incluido. Esta estrategia acaba por privar de eficacia determinativa a las definiciones y puede conducir a otro peligro, que se incluyan conceptos que no deberían incluirse. Así, se define «juridical act» en el Anexo y en el artículo II.-1:101 (2) como «any statement or agreement or declaration of intention, whether express or implied from conduct, which has or is intended to have legal effect as such». «Statement», «agreement» y «declaration of intention» no se definen. El término «statement» es tan amplio que permite subsumir en él cualquier declaración, y la oración de relativo que lo acompaña no opera ninguna restricción, ya que no exige ninguna voluntad orientada a producir un efecto jurídico, sino que basta que la declaración produzca de hecho esos efectos. Así, y a modo de ejemplo, serían «juridical act» los anuncios comerciales ilícitos y las ofensas, porque producen efectos penales o propios del derecho de la competencia. Pero luego resulta que, a diferencia de la definición de «juridical act» del Anexo, el artículo II.-4:101 exige para los «contracts» y «unilateral juridical acts» una voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos. No se acaba de saber entonces por qué la definición permite incluir también los «statements, which have legal effect as such».

El artículo II.-1:103 (2) establece «A valid unilateral promise or undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance». Aquí lo que no queda claro es cuál es la diferencia entre «promise» y «undertaking», ya que no se define ninguno de los dos términos<sup>171</sup>. El artículo II.-1:106 (1), según el cual «notice» incluye la comunicación de una «promise» (pero no de un «undertaking»), puede aludir a que la «promise» es expresa mientras que el «undertaking» es tácito. Pero entonces se plantea la pregunta de por qué por ejemplo en los

<sup>171</sup> El mismo problema se plantea en el artículo IV.G.-1:104 (2).



artículos II.-4:104 (1)<sup>172</sup>, IV.A.-6:101<sup>173</sup> y IV.G.-2:101 (1)<sup>174</sup>, se menciona sólo los «undertakings» y no las «promises».

Las definiciones de «business» y «consumer» que figuran en el Anexo dan lugar a graves problemas sustantivos: según ellas, «‘Business’ means any natural or legal person... who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession...» y «A ‘consumer’ means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession»<sup>175</sup>. Una y otra definición no son correspondientes la una de la otra, como si lo son en cambio las de las Directivas europeas sobre protección de consumidores<sup>176</sup>, y las de los §§ 13 y 14 BGB. Una primera distinción viene dada porque en la definición de consumidor se exige que la persona actúe «primarily» con una finalidad privada, mientras basta en caso del empresario que el fin buscado esté en relación con sus actividades empresariales o profesionales. En consecuencia, un abogado que compra un ordenador, primordialmente para sus juegos de ordenador, pero con la idea también de que pueda servirle en ocasiones para redactar escritos, estaría actuando a la vez como consumidor y como empresario, porque sigue primordialmente fines privados, pero también a la vez otros profesionales. Y, al revés, un profesor de colegio que

<sup>172</sup> «If a contract document contains an individually negotiated clause stating that the document embodies all the terms of the contract (a merger clause), any prior statements, undertakings or agreements which are not embodied in the document do not form part of the contract».

<sup>173</sup> «A consumer goods guarantee means any undertaking of a type mentioned in the following paragraph given to a consumer in connection with a consumer contract for the sale of goods...». También en el artículo IV.A.-6:102 (1) se mencionan sólo las «unilateral undertaking».

<sup>174</sup> «Any undertaking to pay, to render any other performance or to pay damages to the creditor by way of security is presumed to give rise to a dependent personal security, unless the creditor shows that it was agreed otherwise».

<sup>175</sup> La definición de consumidor supone (lo mismo que la de la Directiva relativa a protección de consumidores), que la persona en cuestión ejerce una profesión o se integra en una empresa o sociedad, pero que en la celebración de este contrato actúa con otros fines. Lógicamente, no parece que eso sea del todo acertado, ni que de ahí haya razón para excluir del concepto de consumidor al estudiante o al jubilado. En cualquier caso, hubiese sido más adecuado decir que es «who is acting primarily for purposes which are not related to a trade, business or profession». *Vid.* sobre ello W. FLUME, *ZIP* 2000, pp. 1427 s.

<sup>176</sup> Por ejemplo, artículo 1 (2)(a) y (c) de la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo «For the purposes of this Directive: (a) consumer: shall mean any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession; (c) seller: shall mean any natural or legal person who, under a contract, sells consumer goods in the course of his trade, business or profession». También el artículo 2 de la Directiva sobre negocios celebrados fuera de establecimiento comercial; y el artículo 1 (2)(a) y (b) de la Directiva referente a la aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los estados miembros en materia de crédito al consumo; o el artículo 2 (b) y (c) de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores; o los artículos 2.2 y 2.3 de la Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

compra un ordenador para preparar sus clases no sería ni consumidor ni empresario, ya que por una parte actúa con una finalidad profesional (y, en consecuencia, no es un consumidor), pero su actividad profesional no es autónoma, de forma que no es empresario. El DCFR ha seguido para el concepto de empresario las reglas del BGB, que exigen el carácter autónomo de la actividad, mientras que para el concepto de consumidor ha seguido el concepto de las Directivas sobre consumidores, en las que no se dice nada sobre ese carácter autónomo. En cualquier caso, es común exigir también en las Directivas el criterio de autonomía para el empresario<sup>177</sup>. Pero la redacción del DCFR, al mencionarlo en un caso y no en otro, dificulta esa interpretación. Con todo, no parece probable que los redactores hayan querido apartarse del criterio según el cual toda persona siempre ha de ser considerada o empresario o consumidor, y nunca ambas cosas a la vez. Lo más probable es que la falta de correspondencia entre ambas definiciones se deba a un error de redacción.

## 2. REDUNDANCIAS

La lectura del DCFR resulta algo tediosa, pues contiene muchas repeticiones y elementos superfluos. Así, por ejemplo, el artículo IV.C-1:201 se toma el trabajo de hacer una sinopsis de los artículos siguientes, como si se tratase de un libro de texto, y sin tener en cuenta que para eso ya están los títulos de los apartados que siguen. El artículo IV.A.-3:201 remite en cuestión del pago del precio a las normas generales sobre lugar y tiempo del pago, cosa que resulta totalmente superflua. Igualmente superfluo es el artículo II.-3:106 (2), según el cual es posible que haya normas especiales sobre la forma en que ha de suministrarse la información a la otra parte. Los artículos IV.A-1:301, IV.C.-1:202, IV.E.-1:202 y IV.G.-1:103 afirman todos ellos –si bien bajo diferentes títulos («Rules not mandatory unless otherwise stated», «Derogation», «Freedom of contract»)– que las reglas contenidas en las respectivas partes del libro IV son dispositivas salvo que se diga lo contrario. Ahora bien, resulta que eso ya se había dicho en la parte general de contratos, en concreto en el artículo II.-1:102 (2). Y la redundancia no sólo resulta poco estética, sino que puede ocasionar más problemas, si se saca una

---

<sup>177</sup> Así T. PFEIFFER, en: *Anwalt-Kommentar BGB*, Bonn, 2005, artículo 1 de la Directiva sobre venta de bienes de consumo marg. 24; L. SERRANO, en: S. GRUNDMANN, F. BIANCA, *EU-Kaufrechts-Richtlinie*, Colonia, 2002, artículo 1 marg. 58; H.-W. MICKLITZ, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5.º ed., Munich, 2006, § 14, marg. 32.

conclusión *a contrario*: si en relación a la compraventa, contratos de servicios, de representación mercantil, de franquicia, de distribución, y de fianza, se dice que las normas respectivas son de derecho dispositivo, a pesar de haberse ya dicho en el libro II, ¿es que las reglas del contrato de arrendamiento (IV.B) y del mandato (IV.D) son de derecho imperativo? Podría sacarse esa conclusión, pero entonces resultarían superfluas numerosas normas que, en esas partes, establecen que ciertas reglas son imperativas [por ejemplo, artículos IV.B.-2:103 (5), IV.B.-4:102, IV.B.-6:102, IV.D.-1:104 (3), IV.D.-6:102 (3)]. Con lo cual hay que preguntarse cuáles son las superfluas, las mencionadas reglas de las partes A, C, E y G, o las de las partes B y D. Parece bastante claro que lo son las primeras, pero si la redacción hubiese sido más clara ni siquiera se plantearía este problema.

### 3. FALTA DE RELATIVIZACIÓN

Como ya se dijo<sup>178</sup>, el DCFR, a pesar de su prolijidad, acaba siendo con frecuencia poco preciso a la hora de dictar las soluciones, al relativizar sus reglas con expresiones tales como «razonable». Y, en cambio, en otros puntos hubiese sido de agradecer una mayor dosis de relativización. Así, según los artículos III.-4:104, III.-4:106 (1), III.-4:204 y III.-4:206 (1), los deudores en las obligaciones parciarias responden por cuotas iguales, y los acreedores también lo son por iguales partes. No parece probable que esas normas impidan otra forma de reparto de crédito y deuda entre esos acreedores o deudores. Según la regla general del artículo II.-1:102 (2), cabe en todo caso que el acuerdo contractual entre acreedores y deudores establezca otra forma de reparto de crédito y deuda. Pero no se debe olvidar que las relaciones que se dan entre la comunidad de deudores o de acreedores no tienen por qué ser contractuales. A la vista de que muchas otras normas de ese Capítulo empiezan con la frase «The default rule is...» [arts. III.-4:103 (2), III.-4:203 (2)], hubiese sido de agradecer que también se hubiese puesto ese inicio al comienzo de los artículos III.-4:104, III.-4:106 (1), III.-4:204 und III.-4:206 (1), a fin de evitar interpretaciones restrictivas que cierren el paso a esos acuerdos sobre el modo de distribuirse crédito y deuda.

<sup>178</sup> Vid. *supra* II.4., V.2.b).ee).

## VII. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Ha sido una enorme labor la que han realizado los grupos participantes, pues en muy poco tiempo han elaborado un extenso texto normativo. A pesar de ello, el juicio de conjunto sobre el proyecto presentado ha de ser negativo<sup>179</sup>. El texto tiene un gran número de deficiencias graves. Entre ellas pueden mencionarse las contradicciones entre sus principios y que muchas de sus reglas no coordinan unas con otras o incluso son contradictorias. Especialmente grave es que el *Draft* abre camino a una grave merma de la autonomía privada, yendo mucho más allá de la habitual tendencia actual a «materializar» el Derecho privado: la buena fe y los usos negociales no serían ya simples criterios para la interpretación e integración de la norma, sino que más bien el contenido contractual queda subordinado a esos criterios generales. Además, el Derecho contractual deja en buena parte de ser dispositivo, convirtiéndose en una estricta regulación de *ius cogens*. Con ello se traslada en buena parte a las normas y a los jueces la decisión sobre el contenido contractual acordado por las partes. Cosa que parece de especial gravedad si se tiene además en cuenta que el texto carece de una clara base valorativa, tanto en el plano de los principios que lo sustentan como en el de la concreta regulación. Dado el heterogéneo catálogo de valores que lo sustenta, las numerosas cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que recoge se convierten en un cheque en blanco a los poderes discrecionales del juzgador. Esto no sólo se ve en materia de contratos –donde en buena parte las decisiones dependerán de lo que el juez entienda por «razonable»–, sino también en materia de responsabilidad extracontractual, donde se combina una responsabilidad muy extensa con una definición del daño amplísima, para acabar intentando rebajar todo esto mediante una cláusula que faculta al juez a reducir la responsabilidad cuando le parezca justo y razonable. El proyecto no ofrece por tanto base adecuada para lo que podría ser un (opcional) Código de Derecho privado europeo. Para diseñar un texto que pueda cumplir esa finalidad habría que abrir una discusión sobre las bases normativas del «marco de referencia» –pues es claro que sobre ese punto ni siquiera entre los miembros más señalados de los grupos implicados ha habido acuerdo<sup>180</sup>–, llevar a cabo además una integración coherente entre Derecho general común y Derecho

<sup>179</sup> En la misma línea, W. ERNST, *AcP* 208 (2008), pp. 246 ss.

<sup>180</sup> La falta de visión social la destaca O. LANDO, *ERCL* 2007, pp. 245, 251 ss.; H. BEALE, *ERCL* 2007, 257, 265 ff.; en cambio, fuera de los grupos redactores, algunos se quejan de que ha sobrado visión social; *vid.* G. WAGNER, *ZEuP* 15 (2007), p. 180.

comunitario, y emplear una técnica normativa que se esfuerce por lograr claridad y precisión, en vez de dejar los problemas a la decisión discrecional del potencial aplicador jurídico.

A la vista de lo dicho, hay que preguntarse qué valor académico deben atribuir los juristas europeos al DCFR. El texto presenta graves deficiencias estructurales. Muchas cuestiones fundamentales no han sido objeto de discusión; no se ha procedido a ninguna revisión del *acquis* referido al consumidor, y ha fallado una integración coherente de ese *acquis* con el resto de materiales. Los *Acquis-Principles* siguen siendo el texto fundamental en la materia de que tratan. Cuando el DCFR se aparta de los PECL de la Comisión Lando no siempre lo hace con acierto, por lo cual también los PECL han de conservar su valor como *restatement* autónomo del derecho contractual europeo. Y críticas parecidas se pueden hacer respecto a las materias que el DCFR ha tratado por vez primera: las normas relativas a la compraventa resultan poco avanzadas si se comparan con las del CISG o con las de la Directiva sobre ventas de bienes de consumo, mientras en otros ámbitos, como por ejemplo los *service contracts* y las obligaciones nacidas de la ley, son muy innovadoras, hasta el punto de que sería conveniente un cierto replanteamiento<sup>181</sup>. Los desarrollos posteriores, en consecuencia, habrán de tener en cuenta los diferentes textos, en buena parte concurrentes, que ahora mismo existen: junto al Proyecto académico de CFR hay que seguir teniendo presentes los PECL y los textos elaborados por el *Acquis Group* y el *Study Group* que han servido de base para la elaboración del DCFR, que irán apareciendo como libros autónomos, y que constituyen cada uno de ellos una «masa de textos» con su propia unidad interna<sup>182</sup>. La discusión de los próximos años irá decantando en qué medida cada uno de esos textos va ganando autoridad *imperio rationis*. Sólo por medio de ese debate y discusión se podrá ir decantando qué conjuntos de reglas pueden ser asumidas en un «marco común de referencia» promulgado por el poder político que tenga valor *rationi imperii*. Esta discusión requiere su tiempo: el DCFR muestra que todavía no están los tiempos maduros para que el legislador imponga un texto.

En consecuencia, la discusión académica sobre la estructura, valores y reglas del Derecho privado europeo no va a finalizar con el DCFR, sino que debe continuarse. Ello remite a su vez a la cues-

<sup>181</sup> Sobre los *service contracts*, CH. WENDEHORST, *AcP* 206 (2006), pp. 205, 290 ss.; E. CASHIN RITAINE, «The Common Frame of Reference (CFR) and the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts», *ERA-Forum* 8 (2008), pp. 563 ss.; sobre «Benevolent Intervention in Another's Affairs» (*negotiorum gestio*), H. SPRAU, *ERA-Forum* 7 (2006), pp. 220 s.; N. JANSEN, *ZEuP* 15 (2007), pp. 958 ss.; L. RADEMACHER, *Jura* 2008, pp. 87 ss.

<sup>182</sup> *Supra* I.4.

tión sobre si se debe articular un procedimiento y una sede institucional para canalizar ese debate. Porque sin un procedimiento y marco adecuado parece difícil que se consiga un texto de referencia satisfactorio, que pueda servir a su vez a medio o largo plazo como base para un (opcional) Código civil. La experiencia acumulada en la redacción del DCFR muestra la necesidad de conjugar política y ciencia jurídica en ese procedimiento, de forma que de lo que se trataría es de crear un ente institucional con legitimidad académica y política suficiente para poder dirigir el proceso de debate. En esta línea, puede ser un primer paso, propuesto por varios autores, la creación de un European Law Institute, que tome como modelo el American Law Institute<sup>183</sup>. El DCFR merece sin duda una amplia discusión entre los juristas de todos los Estados miembros; es más, tiene necesidad de ella.

---

<sup>183</sup> *Vid.* W. F. EBKE, en: *Festschrift Großfeld*, Heidelberg, 1999, pp. 189 ss.; CH. SCHMID, *JZ* 2001, pp. 674, 680 ss.; W. ERNST, *AcP* 208 (2008), pp. 278 ss., con numerosas citas.