

Bogotá D.C., 2 de julio de 2017

La unificación del derecho privado europeo y las transacciones jurídico-mercantiles transfronterizas

The unification of European private law and the cross-border legal-mercantile transactions

Yeisson Coronel Ávila¹

Abstract

This article analyzes the historical progress, perspectives and proposals on the processes of unification of European private law, from a legal and empirical study, in order to highlight the current situation of legal-mercantile transactions within the European Union and the Incidence of legal asymmetry of states on mercantile and financial flows.

Keywords: unification of private law, internal market of the European Union, European legal asymmetry, mercantile exchange

Resumen

Este texto analiza el avance histórico, las perspectivas y las propuestas sobre los procesos de unificación del derecho privado europeo, desde un estudio empírico y jurídico, cuya finalidad es evidenciar la situación actual de las transacciones jurídico-mercantiles al interior de la Unión Europea y la incidencia de la asimetría legal de los Estados sobre los flujos mercantiles y financieros.

Palabras claves: unificación del derecho privado, mercado interior de la Unión Europea, asimetría legal europea, intercambio mercantil

Recibido: 17 de febrero de 2017

Aceptado: 18 de junio de 2017

¹ Estudiante de pregrado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Correo: ycoronela@unal.edu.co

I. Introduction

La problemática relativa a las disparidades jurídicas entre legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en relación a la normativa civil y mercantil ha generado múltiples obstáculos al comercio intra-europeo, afectando de forma proporcional la competencia en la Comunidad y el funcionamiento del mercado interior. Consecuentemente, las dinámicas comerciales referentes al derecho contractual y los derechos reales se han desplazado a órbitas más flexibles como el derecho internacional, los principios de derecho mercantil internacional y la costumbre comercial, configurando un escenario altamente complejizado. De estos hechos, se deduce que los costos de transacción que representa la adecuación normativa de las prácticas mercantiles resulten innecesariamente gravosos para las partes contractuales, puesto que la naturalidad de dichas actividades es siempre tendiente a la simplificación, no a los tratos complejos que brinda el panorama segmentado de la normatividad del derecho patrimonial.

Este trabajo analiza, precisamente, dichos fenómenos desde una órbita económica y con un enfoque dogmático jurídico, en tanto que pretende demostrar la actual tensión entre la autonomía nacional de los legisladores de la comunidad y las necesidades económicas de la misma, más concretamente en lo que respecta a las transacciones mercantiles. Esto con la finalidad de plantear el estado actual y potencial de la unificación del derecho privado europeo, las opciones de unificación o armonización y las posibles alternativas que solucionen los problemas fácticos del contexto comunitario, planteando desde ya la muy necesaria pregunta de ¿cuál es la mejor alternativa en estas condiciones?

Sobre el acápite anterior, cabe resaltar la importancia de aproximarse al tema de unificación del derecho privado desde una visión sistemática, transpolando alrededor del mismo las diferentes propuestas de unificación que, a nuestro juicio, deben superar las viejas nociones de Estadonación o los debates de descodificación que no responden adecuadamente a la realidad global y que resultan en desventajas e inconvenientes competitivos y económicos.

Para abordar los objetivos sugeridos, se plantea, en un primer momento, la necesidad de resaltar algunas nociones preliminares que permitan al lector entender el funcionamiento estructural de la normativa europea, además de plantear unas definiciones pertinentes en lo que respecta al concepto de unificación del derecho privado. Seguidamente, este escrito aborda el contexto histórico y jurídico de la Unión Europea para de allí esbozar un breve estado del arte en lo que respecta a las propuestas académicas de unificación; con este panorama en mente, corresponde avanzar en este proyecto analizando las incidencias económicas de la asimetría legal en los flujos mercantiles transnacionales, esto, por supuesto, desde una perspectiva eminentemente pragmática y económica. Finalmente, se exponen las propuestas de unificación, en las cuales corresponde realizar una disertación sobre las ventajas de cada una de ellas, cotejando lo empírico y lo jurídico, para así concluir esta abreviada prospección.

II. Nociones preliminares

a. Naturaleza jurídica de la Unión Europea y sus actos normativos

La Unión Europea es una asociación económica y política *sui generis*, compuesta por 28 países europeos, que se basa en tratados acordados voluntaria y democráticamente por los países

miembros.² Precisamente, la naturaleza jurídica de la Unión Europea (UE) tiene un comienzo inequívocamente internacional, puesto que fue creada por toda una serie de tratados internacionales, normalmente designados como “Tratados constitutivos”³.

Justamente, el inicio y la existencia de la Unión Europea en sentido estricto se puede ubicar en el Tratado de Maastricht de 1992; con anterioridad, únicamente, existían las tres Comunidades Europeas, a saber: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero o CECA creada en 1951 con un marcado carácter supranacional; así mismo, la Comunidad Económica Europea (CEE) fue una unión con las características propias de la modalidad de mercado común; y, finalmente, la Comunidad Europea de la Energía Atómica o la denominada EURATOM creada en 1957. Pese a lo anterior, las naciones adscritas compartían un aparato institucional segmentado y difuso hasta que, en 1992, aparece una institucionalidad plenamente unitaria, sin que significara la fusión de la tres.

Ya hace varios años, luego del fracaso de la Constitución para Europa del Tratado Constitucional de 2004, el Tratado de Lisboa de 2007 consolidó la Unión tras sustituir al primero, entregando como característica principal el estatus de personalidad jurídica que asumió la Unión para firmar acuerdos internacionales a nivel comunitario.⁴

Tras estos avances políticos y jurídicos se consolida la Unión Europea como un único ordenamiento jurídico, conjunto y de naturaleza atípica, constituido por distintos tipos de actos legislativos; algunos son vinculantes y otros no, algunos se aplican a todos los países de la UE y otros sólo a unos pocos;⁵ lo anterior, sin mencionar los tratados internacionales.

Los primeros instrumentos legislativos son los Reglamentos, que cumplen la función de actos legislativos vinculantes y deben aplicarse en su integridad en toda la EU. Seguidamente, las Directivas -como actos legislativos- son aquellas que establecen objetivos para todos los países de la UE con la finalidad de cumplimiento. Sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos. En tercer lugar, están las Decisiones con fin específico y destinatario particular (un país de la UE o una empresa concreta) de aplicabilidad directa. También están las Recomendaciones de carácter no vinculante y sin ninguna consecuencia legal. Las recomendaciones permiten a las instituciones dar a conocer sus puntos de vista y sugerir una línea de actuación sin imponer obligaciones legales a quienes se dirigen. Finalmente, como herramienta legal que la UE posee, están los Dictámenes, que son instrumentos que permiten a las instituciones hacer declaraciones de manera no vinculante, es decir, sin imponer obligaciones legales a quienes se dirigen⁶.

b. Unificación del derecho privado

El concepto de Unificación del derecho privado que trata este texto se basa en el artículo primero del Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, cuya noción básica se constituye como aquellos medios para armonizar y coordinar el derecho privado

² European Union, <https://europa.eu>, (visitada por última vez el 04 de abril de 2016).

³ Luis Díez-Picazo, La naturaleza de la Unión Europea, 4 *Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-10 (2008).

⁴ *Supra* nota 2.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

entre los Estados o entre grupos de Estados y disponer gradualmente de la adopción, por parte de los distintos Estados, de una legislación de derecho privado uniforme y común.

III. Los procesos jurídico-históricos de unificación del derecho privado europeo

La unificación jurídica del derecho privado de los Estados miembros de la Unión Europea inicia con la Primera Resolución del Parlamento Europeo del 26 de mayo de 1989 donde, concretamente, se consideró que la protección jurídica de ciertos temas no resultaba suficiente para las necesidades y aspiraciones de un mercado único y que la forma más conveniente de armonización para lograr la cobertura de las necesidades jurídicas de la Comunidad Europea en el ámbito del derecho privado era la unificación, mediante la creación de un Código común, de lo que resultó una solicitud de dar inicio a los trabajos preparatorios para tal fin.⁷ En esta Resolución, el Parlamento contemplaba la unificación de temas relevantes de derecho privado esenciales para el desarrollo del mercado único, verbigracia, el derecho de obligaciones, puesto que mediante él se fundamenta y fluye la actividad económica.⁸

Efectivamente, las evidentes divergencias entre los derechos nacionales, es decir, los diferentes sistemas jurídicos al interior de la UE, repercuten negativamente en las transacciones transfronterizas y en el funcionamiento del mercado interior. En contraste con lo anterior, y tratándose de los esfuerzos de unidad jurídica, la solicitud hecha en 1989 no fue acogida y no resultó pacífica por existir numerosos partidarios de conservar los Derechos privados nacionales.⁹

Otro hito importante lo constituyó la reunión de 15 y 16 de octubre de 1999 del Consejo Europeo, de donde se instituyó el Capítulo VII sobre una “Mayor convergencia en Derecho civil” y se acordaron por parte del Consejo Europeo una serie de orientaciones y de prioridades políticas, afirmando en particular que “(...) en un auténtico Espacio Europeo de Justicia, no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derechos o las disuada de ejercerlos.”¹⁰

Resultado de los planteamientos reseñados, en el año de 1999, se publica el documento de trabajo de la Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo, titulado “The private law systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code (JURI - 103 EN/ 10-1999)”, que reitera la problemática de la asimetría en los sistemas de derecho de los contratos y la imperatividad de creación de sistema uniforme del derecho contractual general de los Estados de la Unión Europea.

Los esfuerzos por parte del Parlamento se prolongaron y, mediante la Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa legislativo de la Comisión para ese año, de nuevo se reiteró la importancia para el mercado interior de una mayor armonización en el ámbito del derecho civil y la necesidad de un estudio al respecto.¹¹ El 11 de julio de 2001, se presentó por parte de la Comisión Europea sobre derecho contractual, en respuesta al Parlamento Europeo de 2000, una comunicación en materia contractual “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento

⁷ Beatriz Campuzano Díaz, *¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?*, *Anuario de Derecho Europeo*, 43, 45-50, (2002).

⁸ José Carlos Fernández Rozas, *El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea*, Fundación de Cultura Universitaria, 157, 161-163 (2009) [Fernández Rozas, *El Derecho de los contratos*].

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.* en 162.

¹¹ *Supra* nota 7.

Europeo sobre derecho contractual europeo”, que se limita a formular una serie de opciones sobre la posible acción de las instituciones comunitarias en materia contractual y hacer una invitación al debate,¹² dando así los primeros pasos formales para iniciar el proceso de consolidación en materia de unidad jurídica del derecho privado europeo.

A juicio de la Comisión, las opciones para alcanzar la unidad en el ámbito de los países integrantes de la Unión eran las siguientes:

- “1. No actuar. Entregar a la autorregulación del mercado la solución del problema de la existencia y complementariedad de las diversas legislaciones.
2. Fomentar la definición de principios comunes de derecho contractual para reforzar así la convergencia de las leyes nacionales, es decir, avanzar en la investigación del Derecho Comparado con el objeto de definir reglas básicas o principios comunes a los estados integrantes de la Unión Europea.
3. Mejorar la calidad de la legislación comunitaria vigente. Lo que comportaría modernizar, consolidar, codificar y refundir los instrumentos ya existentes.
4. Adoptar una legislación exhaustiva en el ámbito europeo, con un amplio abanico de alternativas entre las que se debería incluir la elaboración y promulgación de un Código Civil europeo.”¹³

Desde la Comunicación de 2001 de la extinta Comisión Europea, los avances reales e institucionales en busca de un Código de Derecho Privado Europeo se han estancado; como consecuencia, la academia en los últimos tres lustros se dedicó al debate jurídico particular. Sin embargo, es poco acertado decir que el Derecho privado “comunitario” esté igualmente estancado, pues los esfuerzos de la Unión Europea han sido enormes al respecto y la armonización de los diferentes derechos nacionales se ha llevado a cabo por diferentes mecanismos o instrumentos.

En la actualidad, la Comunidad Europea ha desarrollado, mediante los organismos legislativos que posee, numerosas directivas para la solución unificada de problemas concretos en el ámbito del derecho privado. Ciertamente, tales actos tienen como fundamento, en un gran número de ocasiones, intereses transnacionales y compromisos comunitarios como el derecho de los consumidores y de la competencia, entre otros. Aquí una referencia de las medidas legislativas más relevantes,¹⁴ sistematizadas en una pequeña tabla:

Norma	Tema regulado
Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985.	Relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos

¹² *Id.*

¹³ Carlos Ruiz-Tagle Vial, Lecciones del proceso de unificación del derecho privado en la Unión Europea, 1 *Revista de Derecho de Valparaíso*, 185, 189 (2006).

¹⁴ Véase Fernández Rozas, El Derecho de los contratos, *supra* nota 8 en 13. Además, pueden consultarse las normas en el sistema de acceso a normas de la Unión Europea en: <http://eur-lex.europa.eu>

	negociados fuera de los establecimientos comerciales.
Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985.	Relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.
Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.	Referente a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores
Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997.	Relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.
Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999.	Referente a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.
Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (Directiva sobre el comercio electrónico).
<i>Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000.</i>	<i>Que regula medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.</i>

Respecto al cuadro anterior, como se ha mostrado, el compendio normativo es exclusivo a los derechos del consumidor, de forma que aspectos propios del derecho de las obligaciones, como las regulaciones precontractuales, condiciones de validez en los contratos, régimen de nulidad, régimen de intereses, responsabilidad y modos de extinción de las obligaciones, entre otras tantas materias, siguen en el fuero nacional y en una disimilitud general dentro de la Unión Europea. Lo anterior, sin mencionar a profundidad la transposición de la legislación de la UE en la legislación nacional, sobre la cual, en resumen, debe señalarse la dificultad de su aplicación y la deficiencia de las medidas nacionales de incorporación que, sumadas al limitado número de países contrayentes, configuran un desastroso fenómeno normativo. Justamente, en la gran mayoría de la normatividad referida, no sólo no aparecen países como el saliente Reino Unido, entre otros, sino también asombra la disparidad de medidas adoptadas por cada una de las naciones, que pueden variar entre países de una sola a más de 10, lo que, por supuesto, constituye un desequilibrio y una asimetría entre ordenamientos.

Sobre la asimetría legal, el profesor Ole Lando en el estudio de 1999, ya vislumbraba que, “[l]as grandes diferencias son en realidad una razón para estandarizar la ley en lugar de un argumento en contra. Estas diferencias complican el comercio exterior. Al menos una de las partes en un contrato internacional ha sido sujeto a un sistema legal extranjero y muchas veces tendrá que invertir mucho tiempo, esfuerzo y dinero para familiarizarse con la ley extranjera. Aventurarse en un mercado extranjero es arriesgado, y muchas empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas, se cuidan de hacerlo. Las diferencias jurídicas constituyen, pues, obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas y servicios, obstáculos que son fundamentalmente irreconciliables con el principio de un mercado común.”¹⁵ Razones que llevan a pensarse el estado actual del derecho privado y, por supuesto, sus problemáticas, con el fin de plantear posibles soluciones.

IV. El estado actual del derecho privado en la Unión Europea y los recientes esfuerzos académicos

Con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa (2007/c 306/01)¹⁶ y la consolidación de la Unión Europea, es evidente como fin de la misma, por el numeral segundo del artículo 2, que el establecimiento de un mercado interior es sin duda uno de los objetivos primordiales de la existencia de la Unión. Igualmente, la coherencia normativa comunitaria es un presupuesto de

¹⁵ Traducción al español de Von Bar, Christian, et al., Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo, *The private law systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, (1999), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/1999/168511/IPOL-JURI_ET\(1999\)168511_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/1999/168511/IPOL-JURI_ET(1999)168511_EN.pdf): “The great differences are actually a reason for standardising the law rather than an argument against it. These differences complicate foreign trade. At least one party to an international contract has to be subject to an alien legal system and will often have to invest a great deal of time, effort and money to become familiar with the foreign law. Venturing into a foreign market is risky, and many companies, especially small and medium-sized businesses, are wary of doing so. The legal differences are therefore obstacles to the free movement of goods, people and services, obstacles which are fundamentally irreconcilable with the principle of a common market.”

¹⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *BG., ES., FR., art. 2.*, 13 de diciembre de 2007, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT>

tales fines, así lo demuestra el interés legislativo materializado en numerosos reglamentos y diversas directivas en este sentido,¹⁷ como las referidas *ut supra*.

En contraposición, cabe señalar lo dispuesto en el numeral primero del artículo 3 del Tratado de Lisboa que establece: “[l]a delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.”¹⁸ Por lo tanto, no hay una competencia general de la UE para regular el derecho privado en su totalidad, pero sí para hacerlo frente a aspectos particulares mediante instrumentos legales.¹⁹

Se indicó, en el punto inmediatamente anterior, los avances en materia de directivas sobre puntos tangentes al derecho privado. No obstante, la normatividad referida, por su naturaleza específica, no presta mayor mérito al objeto del presente escrito, basta por lo tanto su mera enunciación como referencia necesaria.

Sin embargo, adicionamos las siguientes notas del estado actual del derecho privado en la UE. El artículo 114 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²⁰ es el fundamento jurídico de un cuerpo entero del derecho contractual de la UE que contiene las directivas mencionadas.

Adicionalmente, en ciertos aspectos del derecho procesal, también se han armonizado sobre la base de la competencia del mercado interior: por ejemplo, la Directiva sobre acciones de cesación en la protección de los intereses de los consumidores (2009/22); la Directiva sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual (2004/48); y la Directiva de ODR (resolución de litigios en línea) (524/2013), que mantiene abiertos los aspectos que sea más del procedimiento civil, regulados por el Tratado de Amsterdam, que entró en vigor en 1999 y actualmente establecido sobre la base de los artículos 67 y 81 TFUE, que buscan facilitar el acceso a la justicia, en particular, a través del principio de mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.²¹

Hay que mencionar, con respecto al desarrollo del derecho privado europeo, que buena parte se ha producido, como lo señala la Comisión Europea (2011), en el marco de la cooperación judicial civil, que de natural alberga asuntos del derecho patrimonial en general, con la excepción de aquellos ámbitos ya regulados directamente por el derecho comunitario, específicamente lo relativo a temas de derecho de los consumidores o de la propiedad industrial.²²

Hay, a su vez, algunos mecanismos del derecho internacional, incorporados en el sistema normativo europeo, que permiten cierta armonización; de manera puntual en lo que se refiere al campo del derecho internacional privado, la UE ha adoptado instrumentos sobre la elección de la ley aplicable, sirva de ejemplo “(...) en particular el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento

¹⁷ Klaus Jochen Albiez Dohrmann, et al., *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España: incluye la propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos* 5-25 (Barcelona: Atelier Civil, 2011).

¹⁸ *Supra* nota 16.

¹⁹ Rafał Mańko, EU Competence in Private Law: The Treaty Framework for a European Private Law and Challenges for Coherence, (January 8, 2015), <http://ssrn.com/abstract=2553945>

²⁰ Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *EN.- FR.- IT. art. 114*, (26 de octubre de 2012), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

²¹ *Supra* nota 19.

²² *Supra* nota 8.

Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), y, por lo que hace a las obligaciones de información precontractual, el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). El primero de estos instrumentos establece reglas para determinar la ley aplicable en el ámbito de las obligaciones contractuales y el segundo, en el campo de las obligaciones extracontractuales, incluidas las que derivan de declaraciones precontractuales.”²³

Pero estos mecanismos, propios del derecho internacional, no son suficientes para la armonización jurídica que requiere la Comunidad de Estados, debido a las exigencias y fines del mercado interior europeo. Consecuentemente, y en términos de Rafał Mańko, las actuales dinámicas del “*private law*” en la UE se basan en la armonización espontánea del derecho mediante normas y principios de la Comunidad, y del derecho privado nacional dentro de una red común de conceptos, principios y reglas, aún precarias que, ciertamente, no constituyen un cuerpo ordenado y coherentes sino disperso y difuso.²⁴

Por otro lado, el papel de la academia ha sido fundamental en el desarrollo de la unificación del derecho privado en la UE, pues no desde la institucionalidad sino desde las aulas se ha forjado esta idea de progreso. Los primeros pasos en este sentido se dieron en el año 1974, en el cual se celebró un simposio en la Escuela de Comercio de Copenhague; el tema a tratar era el proyecto de convención de derecho internacional privado sobre la ley aplicable a obligaciones contractuales y no contractuales.²⁵ Igualmente, en el “(...) año 1976 un grupo de académicos presididos por el profesor Ole Lando se reunió en la ciudad de Florencia bajo el tema Nuevas perspectivas de un Derecho común de Europa. En esa oportunidad se formó la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos que sin tener carácter oficial, sino académica, comenzó la búsqueda de los principios Europeos de Derecho de contratos.”²⁶

En primer lugar, el avance legislativo y académico en la Unión Europea propiciaría múltiples estudios frente al tópico en cuestión, e.g., la mencionada Comunicación de la Comisión Europea de 2001 sobre derecho contractual europeo, que fomentó el avance en esta materia. Posteriormente, la Comisión en su Comunicación denominada “Un derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción”, previó, en el 2003, la creación de un marco jurídico común de referencia basado en la investigación de la academia, fruto de un esfuerzo de múltiples grupos de estudio, entre ellos el *Study Group on a European Civil Code*; con base en lo anterior, de 2005 a 2007, se constituyó el “Proyecto de Marco Común de Referencia” (“*Draft Common Frame of Reference*” [DCFR]), cuyo contenido temático está compuesto por principios, definiciones, reglas-modelo de derecho civil [*Principles, definitions and model rules*], contractual y de responsabilidad civil, con disposiciones de contratos mercantiles y de consumo, en una presentación sistemática por artículos.

²³ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea COM (2011), European-Parliament (2011), http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282011%290635_/com_com%282011%290635_es.pdf.

²⁴ *Supra* nota 19.

²⁵ Pablo Ruiz-Tagle Vial, Lecciones del proceso de unificación del derecho privado en la unión europea, 1 *Revista de Derecho de Valparaíso*, n.º 27, 185, 185-205 (2006).

²⁶ *Id.* en 187.

Precisamente, el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*) tiene como objeto mejorar la legislación y el desarrollo de los principios *freedom, security, justice and efficiency*, considerado como “los cuatro pilares” del derecho europeo de contratos).²⁷

Estas contribuciones fundamentan las acciones de política jurídica y económica de la Unión para el avance de un derecho europeo contractual uniforme, tal como la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea de 11.10.20119, y modelo para su desarrollo, de las nuevas acciones de la Unión, y del derecho de contratos contemporáneo.²⁸

Igualmente, uno de los estudios más relevantes frente al tema lo constituye el documento *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*. Esta obra colectiva, editada por el profesor Reiner Schulze en 2008, presenta en un estudio de seis partes donde diferentes autores exponen sus puntos de vista en múltiples áreas de los contratos, derecho del consumidor, obligaciones y seguros, entre otras.²⁹

Resulta también relevante el documento de la Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, editadas por Bénédicte Fauvar Cosson y Denis Mazeaud, titulada *Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, publicada en el 2008. Principios y materias diversas del derecho privado son tratados allí. Su mayor aporte lo constituye la segunda parte, dirigida por Guillaume Wicker, que estudia los principios rectores del derecho europeo de contratos.³⁰ Además de aportar un valioso análisis de la terminología y los problemas conceptuales en el derecho europeo que, aun siendo modesto en sus límites, los autores reseñan los principales conceptos que tiene vigencia en el contexto de la EU.

También en el desarrollo académico europeo, encontramos las siguientes referencias: por un lado, el texto de profesor Martijn W. Hesselink titulado “*CFR & Social Justice: A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice?*” del año 2008, publicado por el Centre for the Study of European Contract Law de la de la Universidad de Amsterdam,³¹ que evalúa el DCFR en términos de justicia social y democracia; por otra parte, el compendio de Christian von Bar y el Study Group on A European Civil Code, editores del mismo, titulado “*Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*”, publicado en 2009, el cual contiene en su núcleo un estudio de derecho comparado, al tiempo que un análisis de los principios de la comunidad sobre el derecho patrimonial europeo.³²

Finalmente, Muriel-Ciceri, en su importante aporte sobre el panorama de la doctrina en materia de derecho privado europeo, señala el texto de Reiner Schulze y Jules Stuyck (editores), titulado

²⁷ *Supra* nota 17 en 108-154.

²⁸ José Hernán Muriel-Ciceri, Contribuciones doctrinales a la armonización y el avance del derecho privado europeo, 22 *Revista De Derecho Privado*, 357 (2012).

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* en 358.

³¹ Este texto se puede consultar y descargar en: https://www.researchgate.net/publication/228153901_CFR_Social_Justice_A_Short_Study_for_the_European_Parliament_on_the_Values_Underlying_the_Draft_Common_Frame_of_Reference_for_European_Private_Law_-_What_Roles_for_Fairness_and_Social_Justice.

³² *Supra* nota 28 en 362.

“*Towards a European Contract Law*”, publicado en el año 2011, donde se analizan los resultados preliminares del “estudio de viabilidad sobre un futuro instrumento de derecho contractual europeo” presentado el 3 de mayo del 2011 por el grupo de expertos de la Comisión Europea.³³

Seguramente los desarrollos obviados aquí son mayores a los reseñados, pero nos abstenemos de ceñirnos a lo escrito por José Hernán Muriel-Ciceri en su artículo “Contribuciones doctrinales a la armonización y el avance del derecho privado europeo” publicado en la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia,³⁴ adicionado en lo necesario algunos datos extraídos de los textos publicados en su idioma original y de otros autores.

Ahora bien, como se ha podido evidenciar, los desarrollos doctrinales no son pocos, por el contrario, son la base de los actos y decisiones que se han llevado al interior de la institucionalidad de la UE, y seguramente estos mismo elementos y aportes de la academia trazarán el futuro del derecho privado europeo.

V. Incidencias e impacto en el intercambio mercantil de la asimetría legal de la Unión Europea, desde un análisis empírico y jurídico

La economía global tiene por característica la vocación de los Estados a relacionarse económicamente con el exterior, superando situaciones de autarquía económica.³⁵ Estas observaciones llevan a las naciones a asociarse en diferentes formas con la finalidad de competir en el mercado global y mantener un flujo constante en el intercambio de bienes y servicios.

Ciertamente, la naturaleza misma de la UE responde a los objetivos anteriores, pues el carácter de mercado interno le es intrínseco; así lo reconocen el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, modificados por el Tratado de Lisboa. De ahí que las finalidades de unidad económica, de facilidad en las transacciones comerciales, desarrollo sostenible y demás elementos, le sean propias a una comunidad de Estados como la Unión Europea.

De forma que los convenios sobre las leyes, las regulaciones y la forma válida de obligarse, deben pretender constituirse al interior de la Comunidad como una herramienta y no como un obstáculo. En el caso concreto del intercambio de bienes y el régimen aplicable a las obligaciones contractuales, se puede notar su incompletitud, pues no se libera a las empresas de la molestia y el costo de familiarizarse con las leyes extranjeras aplicables, es decir, el régimen general de derecho privado.³⁶ Sino que, por el contrario, mantienen tal estado de cosas petrificado.

La problemática en la asimetría de los regímenes legales de los Estados parte en la UE, es de vieja data y múltiples autores han señalado sus efectos. Sin embargo, su flagrancia queda evidenciada en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, que evidencia las problemáticas actuales de la atomización nacional del derecho privado sobre materias contractuales (Régimen general de derechos reales, obligaciones y contratos). Precisamente, la Propuesta del año 2011 tiene por objeto la creación de un cuerpo normativo facultativo, de libre

³³ *Id.*

³⁴ Referencia en *Supra* nota 28.

³⁵ José Carlos Fernández Rozas, El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización, 5 *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, 161-230 (2000).

³⁶ *Id.*

aplicación para los comerciantes y personas que interactúan en relaciones jurídico- patrimoniales relevantes dentro de la Unión.³⁷

En consecuencia, en el año 2011, se presentó la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para un segundo régimen de Derecho contractual de carácter facultativo. El instrumento elegido para esta iniciativa ha sido un reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea de carácter facultativo, pues, a criterio de la Comisión Europea, la “caja de herramientas” a disposición del legislador de la Unión o una recomendación dirigida a los Estados miembros, no podría alcanzar el objetivo de mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y una directiva o un reglamento que sustituyera las legislaciones nacionales por un derecho contractual europeo de carácter obligatorio iría demasiado lejos, ya que obligaría a los comerciantes nacionales que no deseen operar en contextos transfronterizos a soportar costes que no se verían compensados por los ahorros obtenidos únicamente cuando se realizan transacciones transfronterizas. Tampoco sería adecuada una directiva por la que se establecieran normas mínimas de derecho contractual europeo de carácter obligatorio, pues no lograría el nivel de seguridad jurídica y el grado de uniformidad necesario para reducir los costes de transacción.³⁸

Los argumentos esbozados para fundamentar la propuesta de la Comisión fueron sólidos y tendientes al señalar, que, “[a]ctualmente, solo uno de cada diez comerciantes de la Unión que se dedica a la venta de bienes, exporta sus productos a otros Estados miembros y la mayoría de los que lo hacen únicamente exportan a un número reducido de ellos. Los obstáculos relacionados con el Derecho contractual son uno de los principales factores que explican esta situación.”³⁹

Y es que la necesidad de los comerciantes de adaptarse a las normativas contractuales de otras naciones para poder ejecutar operaciones transfronterizas hace que el comercio con el extranjero sea más complejo y costoso que el doméstico, pues los costos de asesoría y documentación sobre las disposiciones de la normativa contractual extranjera aplicable son una carga extraña y, en ocasiones, insoportable para la pequeña y mediana empresa (PyME). Hay que mencionar, además, que “[l]os comerciantes se ven asimismo confrontados a una mayor complejidad jurídica en el comercio transfronterizo que en el comercio doméstico, ya que a menudo han de hacer frente a múltiples normativas contractuales nacionales con características diferentes.”⁴⁰

Evidentemente, existe evidencia empírica y científica sobre el efecto de frontera de desigualdad legal entre países sobre las transacciones comerciales. Un ejemplo claro de la incidencia negativa de la asimetría legal entre Estados lo proporcionan estadísticas de los países de la OCDE, que indican que los flujos comerciales entre naciones con diferentes tradiciones y sistemas jurídicos son menores respecto de otros con sistemas y procedimientos legales similares o idénticos.⁴¹ Adicionalmente, la intensidad del comercio entre los países puede tener otros factores (culturales e históricos) que pueden facilitar o no el comercio.

Es habitual en los estudios de economía utilizar ecuaciones de gravedad o peso para explicar los flujos comerciales bilaterales sobre la base de cálculos, donde todas las variables del país/región

³⁷ *Supra* nota 23.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* en 2.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Alessandro Turrini & Tanguy van Ypersele, Traders, courts, and the border effect puzzle, 40 *Regional Science and Urban Economics*, 81-91 (2010).

son adicionadas y sistematizadas, de forma que se evidencian las barreras comerciales. Turrini y Van Ypersele en su artículo “Traders, courts, and the border effect puzzle” [Comerciantes, Cortes y el enigmático efecto frontera],⁴² realizan este ejercicio con resultados negativos. En resumen, mediante la utilización de las ecuaciones de gravedad y el análisis estadístico, queda probado que tanto en el comercio internacional e intra-nacional, como en el caso de las regiones francesas (objeto de estudio por la autonomía que poseen), las asimetrías legales pueden desplazar una cantidad considerable de actividades comerciales y, si bien en las regiones el efecto es menor, sigue siendo significativo y de magnitud no despreciable.⁴³

En el mismo sentido, señala la OCDE, en base a estudios económicos sobre los costos de transacción, que la supresión de los obstáculos internos potenciaría el comercio intra-UE, lo que permitiría lograr un mayor crecimiento económico.⁴⁴ Más aún, si consideran que en un mercado que por su naturaleza representa el mayor flujo de bienes y servicios de la UE, pero que no obstante tiene un lento crecimiento corroborable en las bases de datos en línea de Eurostat⁴⁵ sobre el comercio de mercaderías al interior de la UE.

Conviene, sin embargo, advertir que la evidencia empírica por su naturaleza implica la carga de múltiples variables a la hora de un análisis fuerte sobre la economía y el comercio. Sin embargo, sobre la base de estudios de evidencia estadística proporcionados por los países de la OCDE, correspondientes a los años 1990-2001 y, de igual modo, sobre el modelo teórico-hipotético desarrollado por Turrini y Van Ypersele que hemos tratado de reseñar en estas páginas, podemos concluir con los autores que las diferencias jurídicas y las asimetrías judiciales (*asymmetries in judicial systems*), con fundamento de la multiplicidad simultánea de diferentes sistemas jurídicos, resultan en efectos de frontera (*border effect*) y fraccionamiento comercial, afectando de forma negativa los flujos comerciales (*trade flows*) interestatales, lo que resulta, en palabras de Coase, en que las negociaciones entre los sujetos del mercado - o partes- no lleguen a un punto óptimo de asignación de los recursos en el mercado, una situación ciertamente no deseable.

Adicionalmente, y en lo concerniente al ejercicio técnico del derecho, el Swiss Institute of Comparative Law en un estudio publicado en el año 2011,⁴⁶ titulado “*The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future*”, acreditó las problemáticas relativas a la aplicación del derecho extranjero por parte de los profesionales del derecho y funcionarios de toda la UE. De manera puntual, la publicación evidenció que la aplicación del derecho extranjero no parece ser usual entre los profesionales del derecho en general y, en efecto, muchos de los encuestados indicaron que, en realidad, evitan la aplicación de la ley extranjera, en este contexto Bélgica, Chipre, Alemania, Lituania y España tienen tasas de evitación particularmente altas, entre 55 y 60%.⁴⁷ Y si bien existen canales bilaterales de cooperación judicial, precisamente la Red Judicial Europea en materia civil y asuntos comerciales,

⁴² Véase la referencia en *Supra* nota 41.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Organización Mundial de Comercio, Examen de las políticas comerciales, The World Trade Organization (WTO), (18 de mayo de 2015) https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/s317_s.pdf.

⁴⁵ Véase Eurostat: estadísticas oficiales de la UE en: <http://ec.europa.eu/eurostat/data/database>

⁴⁶ Este estudio empírico se basa en 576 respuestas recibidas de una variedad de profesionales del derecho de todas las jurisdicciones de la Unión Europea, con un número mínimo de 30 encuestados por Estado miembro, además de asociaciones de abogados y jueces, organismos profesionales y redes europeas.

⁴⁷ Swiss Institute of Comparative Law. *The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future* (Lausanne: 2011).

Convenio Europeo de 7 de junio de 1968 en materia de información sobre derecho extranjero o Convenio de Londres, la verdad es que los abogados poco lo usan.

Lo peor del caso, una parte considerable de los encuestados indicó que aconsejaría activamente a sus clientes a que no recurran al derecho extranjero. Lo que naturalmente traería como consecuencia una hermeticidad de las relaciones comerciales.

Como se indica en la información anterior, el derecho fragmentado, y en general la asimetría legal, trae aparejada la consecuencia de una inaplicación del derecho extranjero y un obstáculo en las relaciones comerciales, que se ven sometidas a uno u otro ordenamiento jurídico y que siempre resultaría ajeno y extraño a una de las partes negociales. Indiscutiblemente, la disonancia normativa trae para el profesional en derecho un obstáculo infranqueable, por lo cual el comerciante debe acudir a un especialista para negociar en el extranjero, aumentando los costes de transacción y afectando los flujos de mercaderías.

En otro orden de cosas, es necesario señalar desde un análisis jurídico las incidencias de las diferencias legales entre los Estados miembros de la UE, a fin de concretar el análisis empírico precedente. A propósito, debe referirse que la disgregación de los sistemas jurídicos de las naciones europeas es antigua, pues de hecho nunca ha existido un sistema global de derecho, como señala Cárdenas Mejía: “[e]n efecto, existen países con Códigos que datan del siglo xix, que fueron elaborados bajo la influencia del Código Civil Francés, el derecho español y el derecho romano. Por el contrario, otros países tienen códigos que fueron elaborados en el siglo xx bajo la influencia del código suizo, del código alemán o del código italiano.”⁴⁸

Tradicionalmente, la respuesta al efecto frontera a nivel internacional es la adopción de textos vinculantes, que por ello se constituyen en normas jurídicas o se establecen instrumentos que no tengan tal carácter.⁴⁹ A pesar de todo, como lo indicó la Comisión Europea en 2011, el estado actual del derecho privado, particularmente sobre el intercambio mercantil, es insuficiente, v. gr., la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías regula ciertos aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes, “(...) pero deja fuera de su ámbito de aplicación cuestiones importantes como, por ejemplo, los vicios de consentimiento, las cláusulas contractuales abusivas y la prescripción,”⁵⁰ queda explícitamente evidenciado en la misma Convención que muchos asuntos de la materia quedan deficientemente regulados o, en su defecto, en vacíos. Es así que, como “indica el comentario de la Secretaría al actual art.4, §4, la Convención no se aplica a la transmisión de la propiedad de las mercancías vendidas, ya que no se pudo alcanzar una unificación normativa.”⁵¹

Vale resaltar otras limitaciones, como su aplicabilidad, pues, de hecho, no todos los Estados miembros de la Unión Europea han suscrito la Convención; baste como muestra el Reino Unido (desligado tras el Brexit), Irlanda, Portugal y Malta, y aún más preocupante, no existe ningún mecanismo que permita garantizar su interpretación uniforme.⁵²

⁴⁸ Juan Pablo Cárdenas Mejía, Notas sobre la unificación y modernización del derecho privado en materia de obligaciones y contratos, 45 *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes*, 1, 6, (2011).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Supra* nota 23.

⁵¹ María del Pilar Perales Viscasillas, El contrato de compraventa internacional de mercaderías, Institute of International Commercial Law, (2001), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>

⁵² *Supra* nota 23.

Incluso, como señala Cárdenas Mejía, “la adopción de leyes modelos no garantiza una unificación, no sólo por el hecho de que su adopción es voluntaria, sino también por la tendencia que existe en cada estado de modificar el texto de la ley modelo para acomodarla a sus particularidades.”⁵³

Dentro de este marco, es común que los comerciantes y Estados utilicen mecanismos no vinculantes, como es el caso de los principios de contratación comercial internacional de Unidroit o de otras entidades.⁵⁴ Pero nuevamente nos vemos ante un fenómeno que presenta problemas de eficacia y de costos adicionales, sobre todo en las PyMEs.

Por consiguiente, la normatividad en materia de derecho privado ha sufrido un proceso de disgregación que, en consecuencia, ha derivado en un sinnúmero de leyes y tratados internacionales, legislación supranacional, legislación comunitaria, recopilaciones de usos y costumbres, y recomendaciones de principios, tal como sucede con los principios de UNIDROIT para la contratación mercantil internacional. De donde resulta que esta dispersión de la normatividad aplicable a los negocios internacionales sea confusa y haga engorroso cualquier negocio transnacional, poco plausible su viabilidad e imposible la solución de controversias, aspectos que ofuscan el panorama comercial. Por tanto, este cúmulo se convierte en un obstáculo jurídico y económico de la creciente liberalización comercial.⁵⁵

VI. Las propuestas para mejorar el funcionamiento del mercado interior transfronterizo en la Unión Europea

Con anterioridad, enumeramos las posibles propuestas que esbozó la Comisión en 2001 para unificar el derecho privado europeo. Ahora es conveniente tratar una por una, esto con la finalidad de justificar las posibles salidas para el mejoramiento de las condiciones actuales del mercado respecto a la normatividad privada.

La primera opción que la Comisión y el Parlamento Europeo mencionan en el Comunicado consiste en entregar a la autorregulación del mercado la solución del problema de la existencia y compatibilidad de las diversas legislaciones. Justamente, “[s]e trata, más que de una actitud pasiva, de una que considera el mecanismo de autorregulación que contiene el sistema de mercado. Se estima que este es suficientemente eficaz en el ensamble entre las legislaciones de los diversos Estados integrantes de la Unión Europea y los particulares.”⁵⁶ Sin embargo, no son solucionados de fondo, pues los costes de transacción y la anormalidad social de estado actual del mercado, no sólo porque el mercado actúa de forma lenta sino porque no existe legitimidad, ni efectividad garantizada en tales correcciones.

La segunda opción es la de promover la definición de principios comunes de derecho contractual, como lo ha venido haciendo el Instituto Internacional para la Unificación del derecho Privado.⁵⁷ Pero no se tiene “(...) como objetivo borrar los grandes avances alcanzados durante décadas por

⁵³ *Supra* nota 48 en 7.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Jorge Oviedo Albán, La unificación del derecho privado: Unidroit y los principios para los contratos comerciales internacionales, Institute of International Commercial Law, (30 de Julio de 2002), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>

⁵⁶ *Supra* nota 25 en 189.

⁵⁷ *Supra* nota 7.

las distintas formas de concebir el derecho en el continente europeo, sino la convergencia de las leyes nacionales de la Unión Europea.”⁵⁸

La tercera opción, según lo expuesto por la Comisión, es modernizar, consolidar, codificar y refundir los instrumentos ya existentes; “armonizar las directivas ya aprobadas o, en lugar de dictar nuevas directivas, plantear la posibilidad de extender la aplicación de las ya existentes a situaciones semejantes.”⁵⁹ Pero la emisión de directivas resulta desorganizada, además de no ser vinculantes de pleno derecho, generales e impropias al derecho tradicional,⁶⁰ por lo cual el plan estaría en el marco de integralidad.

Pese a la crítica de incompletitud, la Opción III es sin dudas la que más beneficios otorga. Además de enfrentar la dispersión general de la normativa comunitaria mediante la codificación, refundición o simplificación de instrumentos existentes,⁶¹ es la más aceptada por parte de los gobiernos y las empresas.

Anexo a lo anterior, es posible en esta opción pensar la unificación mediante los tratados o convenios internacionales, “ellos podrían llegar a tener poder en la medida que todos los Estados comunitarios los adoptaran y posteriormente ratificar sin reservas ni exclusión de cláusulas. Condiciones a las que difícilmente se arribará. Esta vía, según se puede constatar, presenta pues serias dificultades para la integración comunitaria y, probablemente, no sea tomada en cuenta como una vía válida para resolver la actual controversia que se presenta en la Unión Europea.”⁶²

La cuarta y última alternativa de la Comisión consiste en aprobar un texto general que albergue disposiciones sobre las cuestiones generales de derecho contractual y contratos específicos, es decir, un Código Europeo. En cierto modo, esta alternativa “(...) contiene un amplio espectro de posibilidades en cuanto al camino a seguir, pero especialmente se encamina a la elaboración y promulgación de un Código Civil europeo.”⁶³ Pese a esto, esta opción ha tenido muchas críticas y resulta demasiado ambiciosa, lo que hace que resulte poco aceptada y más bien en una salida a muy largo plazo.

Uno de los argumentos para excluir la unificación mediante la cuarta opción, son las grandes diferencias del derecho inglés, *Common Law*, y el derecho continental, además de la identidad que estos sistemas generan. Así “[u]no de los juristas que se ha opuesto a la unificación del Derecho Privado en un Código Europeo es el profesor Pierre Legrand que sostiene que los intentos de unificación del Derecho Privado es una impostura que no considera la tradición del *Common Law* y busca insertar instituciones propias del Derecho Continental totalmente ajenas al Derecho anglosajón.”⁶⁴ Pero, con los acontecimientos recientes del *Brexit* británico, pareciera solucionado el problema, con el carácter negativo del resultado mismo. No obstante, la diversidad no debe ser ignorada por completo, y aun la diferencia de tradiciones y estructuras jurídicas persiste, en razón del origen de cada sistema jurídico, adicionadas sus especificidades por la costumbre.

⁵⁸ *Supra* nota 7 en 192.

⁵⁹ *Id.* 193.

⁶⁰ *Supra* nota 7.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Supra* nota 25 en 195.

⁶³ *Id.* 200.

⁶⁴ *Id.* 191.

Definitivamente, el debate se encuentra en un estado insoluble, las posiciones entre partidarios y detractores de las medidas de unificación del derecho privado se basan en la convicción de la posibilidad de un derecho común y en la mayor o menor influencia del derecho romano en las diversas soluciones jurídicas aportadas por el *Civil Law* y el *Common Law*. Algo de razón asiste a los argumentos de los defensores de la imposibilidad de conciliar los dos sistemas jurídicos, asunto que definitivamente ha enriquecido la discusión pero que, en realidad, en las circunstancias actuales es poco práctico discutir. No obstante, se observa que las diferencias en la práctica no resultan imposibles de dirimir, prueba de ello ha sido el ejercicio unificador en relación con la transposición de la Directiva 93/13/CEE sobre la protección a los consumidores europeos contra las cláusulas abusivas en los contratos, que ha tenido una aplicación uniforme y concertante en toda la Unión Europea, y que en Inglaterra incluso tuvo plena acogida.

La Propuesta de Reglamento de 2011 no es exhaustiva en encuadrarse en una las cuatro líneas planteadas en el Comunicado, pero su esencia se acomoda a una modernización y armonización menos rígida; su objetivo general consiste en mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo a las empresas y las compras transfronterizas a los consumidores, y pretende alcanzarse mediante la puesta a disposición de un *corpus* uniforme y autónomo de normas de derecho contractual que incluya disposiciones para proteger a los consumidores, la normativa común de compraventa europea, que ha de considerarse un segundo régimen de derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros.

Dentro de la Propuesta tenemos artículos que pretenden regular asuntos generales del derecho contractual. Resultan interesantes los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 10, y sorprende la exactitud y dinamismo de la propuesta.

La propuesta consta de tres partes principales: un Reglamento, el anexo I del Reglamento, que contiene las normas de derecho contractual (la normativa común de compraventa europea) y el anexo II, que contiene una ficha informativa estándar.

En cierto modo, la Propuesta de 2011 presenta una solución factible, pero debemos señalar que la organización de mercado es dinámica y que las relaciones comerciales no se limitan a grandes contratos de intercambio de bienes mercantiles o multimillonarios contratos de suministro, sino que los flujos comerciales en la era global interconectada se enfocan en transferencias y compras por medio del comercio electrónico, un área en auge. Así fue reconocido por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la EU, (COM 82009-557) en el 2009. De lo anterior, se puede colegir la importancia sobre la unificación, pues la maquinaria del comercio, i.e., los consumidores, sujetos a un régimen de derecho especial, podrían potencialmente beneficiarse de un cuerpo sistemático de derecho privado.⁶⁵ A propósito, el carácter facultativo y no global de la propuesta no garantiza la efectividad del mismo, e implica para las empresas nacionales, en especial las Pymes, manejar dos sistemas de derecho privado diferente, con los riesgos que esto puede acarrear.

Cabe anotar sobre los avances de los proyectos académicos, como el marco común de referencia (Draft Common Frame of Reference (DCFR), que su aplicación real es exigua, casi nula, como se

⁶⁵ *Supra* nota 23.

evidencia en España, donde la influencia del mismo a nivel nacional debe mirarse hacia el futuro.⁶⁶ Esto sin contar las falencias y carencias del DCFR, sobre validez, cláusulas en los contratos y responsabilidad, y el tan discutido modo de transferencia de la propiedad, que asume el modelo francés, con los problemas del mismo, v.gr., en la enajenación de bienes.

En efecto, la disgregación normativa actual tiene un impacto negativo en el comercio transfronterizo.⁶⁷ Actualmente, las barreras normativas de derecho privado, relativas a usos y costumbres jurídicas, no son propicias para el desarrollo del intercambio internacional por parte de los comerciantes.⁶⁸ Consecuentemente, cabe señalar que, pese a los múltiples esfuerzos de unificación, ninguno ha logrado la integralidad de aspectos relevantes para las transacciones mercantiles. Puntos centrales como la transmisión de la propiedad de las mercancías y validez de los contratos siguen siendo puntos blandos a la hora de negociar y, a nuestro juicio, sólo un cuerpo de derecho unificado, coherente y simplificado puede remediar estos inconvenientes en función del mercado interior.

En contraste, la propuesta de un Código civil europeo es una propuesta jurídicamente incompatible con los principios del derecho europeo, especialmente con el principio de identidad jurídica nacional en el marco de la proporcionalidad. En cualquier caso, la unificación mediante la codificación es una solución que va mucho más allá de lo necesario, particularmente si lo que se pretende es un texto normativo que abarque por igual las situaciones internas y las transfronterizas,⁶⁹ aunque esto no es una situación pétrea al interior de la UE y, seguramente, tampoco un obstáculo insoslayable para un futuro código europeo de derecho privado.

Nuevamente, la alternativa más realista se basa en los instrumentos que puedan constituir en normas de *soft law*, que promocionan la unificación progresiva sin forzarla,⁷⁰ pese a los inconvenientes y desventajas que presentan. Por otra parte, el debate está abierto, y las ventajas que prestaría a la economía y al comercio la armonía la simplicidad de la unidad jurídica en la UE serían equilibradas, aun cuando lo que se pretende es sólo regular el régimen de derecho privado patrimonial, necesario para consolidar la estabilidad económica de la UE, aún más después de efectos tan desalentadores en la macroeconomía del año 2016.

VII. Conclusiones

El panorama de la Unión Europea constituye, sobre el tema de unificación de derecho privado, una oportunidad práctica para evidenciar las tensiones resultado de las concepciones tradicionales de regulación del Estado-nación y las necesidades de un mundo cada vez más conectado, que le exige celeridad, practicidad, simplicidad y armonía al Derecho. Precisamente, la naturaleza jurídica y económica de la Unión Europea debería, en principio, conseguir superar estos inconvenientes, surgidos dentro del mercado transfronterizo, pero, como se evidenció, casi

⁶⁶ Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia, La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación, en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, 448-483 (Klaus Jochen Albiez Dohrmann, et al. eds., Madrid: Altelier, 2011).

⁶⁷ *Supra* nota 53.

⁶⁸ *Supra* nota 23.

⁶⁹ Sixto Sánchez Lorenzo, La unificación del derecho privado en Europa, 11, *Revista de Estudios Jurídicos*, 21, 21-32. (2011).

⁷⁰ *Id.*

sesenta años de debate insoluble no han logrado resolver la problemática, generando incidencias presentes y negativas para el mercado interno y sus flujos mercantiles.

Las alternativas son múltiples, pero cada una con sus respectivas falencias y aún más con su funcionalidad reducida por la discordancia normativa imperante en la UE, que disminuye las posibilidades de apertura de los mercados nacionales a los demás Estados miembros de la Unión, pues es evidente que el Derecho se ha tornado en un obstáculo para las transacciones jurídicas y la auténtica circulación de bienes y servicios, afectando directa e inmediatamente a las PyMEs y a los consumidores que no logran acceder a un mercado interior de libre competencia.

En consideración general de todo lo anterior, nos inclinamos a juzgar a la codificación como el instrumento por excelencia para resolver estos inconvenientes, tanto por ofrecer unidad, armonía y simplicidad, como por tener un ámbito de aplicación generalizada. Además, tal herramienta del derecho privado en el gremio comercial y el sector civil patrimonial sería de gran utilidad, no sólo por reducir los costos de transacción, sino por naturalizar las prácticas jurídicas en estas esferas negociales, pues se lograría prescindir de los inconvenientes de lidiar con múltiples normatividades de nivel nacional, comunitario e internacional, otorgando seguridad jurídica y formalización de los intercambios económicos. Lo anterior, sin desconocer el debate político que implica un código europeo de derecho privado y que, a nuestro juicio, presenta más utilidad que desventajas, ya que, en materia de derechos patrimoniales (reales y crediticios), al igual que los derechos fundamentales, por su intrínseca correlación, les corresponde obtener un carácter global en este marco.

Aún la situación es inconclusa y un tanto preocupante, por lo cual debemos esperar a los próximos años para evidenciar los resultados de asumir medidas “suaves” en la regulación comunitaria y su ámbito de aplicación. Sin embargo, las lecciones históricas y jurídicas de la UE quedan para Latinoamérica y su potencial desarrollo en este campo jurídico-económico.