

de derecho de los contratos (elaborados por la *Comisión Lando*); los Principios Unidroit (1994); el polémico proyecto de código civil europeo (grupo de estudios *von Bar*, constituido en julio de 1999); los esfuerzos de integración del derecho continental y de la *common law* de la Academia de privatistas europeos (anteproyecto de código europeo de los contratos); la voluntad expresada en diversas conferencias internacionales de lograr una uniformidad del Derecho, en particular en materia contractual, en América Latina; la integración que habrá que construir en los países de América Latina que hayan suscrito tratados de libre comercio con los Estados-Unidos (por ejemplo, Chile y México), etcétera.

Con todo, las opiniones sobre la necesidad de una codificación uniforme no han logrado la unanimidad en la doctrina francesa: "...l'objectif d'une recodification civile qu'elle soit nationale ou européenne apparaît hors d'atteinte. En soi, un tel constat ne serait pas bien grave s'il ne portait en germe la promesse de la disparition des sociétés européennes" (Y. LEQUETTE).

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES EN EUROPA

*Christian Larroumet**

1

El 11 de julio de 2001, la Comisión Europea adoptó una comunicación al Consejo y al Parlamento europeo sobre el Derecho de los Contratos en Europa. En este documento, la Comisión desea conocer los puntos de vista sobre los problemas que son relativos al funcionamiento del mercado interior por motivo de la coexistencia de derechos nacionales de los contratos, los cuales son diferentes. La Comisión considera que cuatro opciones son posibles en esta materia. La primera sería que ninguna iniciativa sea tomada por los órganos comunitarios. La segunda consiste en la promoción de principios comunes del Derecho de los Contratos para reforzar la convergencia de los derechos nacionales. Mejorar la calidad de la legislación vigente sería la tercera opción y, por último, la cuarta posibilidad es la elaboración de una legislación comunitaria completa.

Anteriormente, el Parlamento había adoptado resoluciones relativas a la armonización del Derecho Material europeo y, en los años 1989 y 1994, el mismo Parlamento había pedido que se iniciaran trabajos sobre la posibilidad de elaborar un código europeo común de Derecho Privado. En fin, en una resolución del año 2000, el Parlamento afirmó que "en el mercado interior, era esencial lograr una mayor armonización en el ámbito del derecho civil y requirió a la Comisión para elaborar un estudio en dicho ámbito". Esa resolución fue completada por otra del 15 de noviembre de 2001.

Sin embargo, mucho antes de estas resoluciones y comunicaciones, un grupo de profesores de Derecho de varios países europeos había considerado la posibilidad de una unificación del Derecho Europeo de los Contratos. A fines de los años 1980 se constituyó un grupo bajo la dirección del profesor danés Lando, conocido como la "comisión Lando". Esta comisión elaboró "los principios del Derecho Europeo de los Contratos" cuya última

* Catedrático de la Universidad Panthéon-Assas (Paris).

versión apareció el 2002. Estos principios constituyen la obra más elaborada respecto a la unificación del Derecho de los Contratos en Europa.

Otros grupos de trabajo se constituyeron para considerar y elaborar diferentes proyectos de un derecho europeo unificado.

Se trata, en primer lugar, del grupo denominado de Pavia, de la Academia de los Privatistas Europeos, que publicó en 2001 un libro en inglés *European Contract Code, a preliminary draft*.

En segundo lugar, bajo la dirección del profesor alemán von Bar, se constituyó un grupo de estudios para redactar un código civil europeo en 1999. Este grupo no ha publicado ninguna obra hasta hoy.

En tercer lugar, otro grupo existe para elaborar los principios europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil. Estos principios se encuentran agrupados en un texto que fue conocido el 2003 en el idioma inglés.

Por consiguiente, existen varias iniciativas en favor de una unificación del Derecho de las Obligaciones en Europa. Se debe destacar que los miembros de estas comisiones de trabajo son todos profesores de Derecho, lo que permite afirmar que sus investigaciones y propuestas son fruto de especialistas del Derecho que no lo practican como abogados o como jueces y que no toman obligatoriamente en consideración las necesidades de las empresas o de los justiciables.

2

La pregunta esencial que se debe plantear es saber, ¿cuál podría ser el *interés y la utilidad de una unificación* del Derecho de las Obligaciones en Europa?

A través de las presentaciones de los trabajos de los grupos de profesores, así como de la comunicación de la Comisión Europea y de las resoluciones del Parlamento, el interés de una unificación eventual aparece esencialmente con carácter económico. Sin embargo, hay también un interés relativo a la coherencia del Derecho Comunitario.

2.1

El *interés económico de la unificación* puede verificarse desde tres puntos de vista.

Ante todo, la integración jurídica permitiría una *realización más fácil del mercado interior*, el cual constituye el fundamento de la Comunidad Europea. En efecto, se necesita suprimir todas las diferencias en el mercado único de tal manera que todos los que intervienen en el mercado sean sometidos a un tratamiento igual.

Luego, puesto que la tutela de los consumidores es un objetivo de la Comunidad Europea desde la Acta Única de 1986 y los tratados de Maastricht y de Amsterdam, la unificación del Derecho de las Obligaciones permitiría una *protección igual de todos los consumidores* en cada Estado parte de la Comunidad Europea.

En tercer lugar, algunos juristas consideran que la unificación permitiría, en un sistema liberal, la realización de un *Derecho uniforme favorable a las empresas multinacionales*, lo que facilitaría el comercio internacional, más aún entre empresas de países europeos distintos.

De lo anterior, se constata que el Derecho es considerado únicamente en una dimensión económica sin tomar en cuenta el aspecto cultural en relación con la diversidad de las culturas jurídicas de Europa.

2.2

El segundo interés de la unificación sería *suprimir la confusión y la falta de coherencia del Derecho Comunitario Derivado* respecto al Derecho de las Obligaciones. En efecto, existen varios reglamentos y muchas directivas en esta materia, los cuales presentan contradicciones ciertas o posibles, al haber sido elaborados sin la debida armonización entre ellos. Además, respecto a las directivas, los Estados miembros a veces han realizado una incorrecta transposición del texto europeo. Por lo mismo, la unificación lograría remediar esta situación.

Sin embargo, el precedente argumento no parece adecuado. Si el Derecho Derivado es criticable, se requiere mejorarlo. La legislación europea es ante todo una proliferación de textos con una inspiración burocrática sin relación entre ellos. Desde este punto de vista, se puede también verificar la misma tendencia burocrática en algunos proyectos de textos de unificación. La cumbre de la visión burocrática es el texto relativo a la responsabilidad civil. La mayoría de las frases son incomprensibles. Por ejemplo, el artículo 3.103, punto 2 enuncia lo siguiente:

“si, en el caso de numerosas víctimas, no aparece cierto que el daño que padeció una víctima determinada ha sido generado por una actividad, aunque sea probable que ésta no ha generado el daño de todas las víctimas, esta actividad se considerará como una causa del daño que padecieron todas la víctimas en relación con su contribución probable a la realización del daño que padeció una víctima determinada. Se debe tomar en cuenta el riesgo contextual y las circunstancias particulares de cada víctima”.

Tal disposición es exactamente lo contrario de un texto simple y claro. Se debe recordar la sentencia de Boileau en virtud de la cual "lo que se concibe bien, se formula claramente y los términos para decirlo salen con facilidad".

3

¿Cuál sería *la base de la unificación*? ¿Cómo realizarla? Hoy en día, los tratados constitutivos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea no permiten una unificación del Derecho Europeo de las Obligaciones. En realidad, no existe el fundamento jurídico para unificar. Es decir, no existe la competencia de las autoridades europeas para realizar tal unificación que no se encuentra prevista por las disposiciones de los tratados, desde el de Roma hasta el último de Niza.

3.1

No se puede realizar la unificación por el Derecho Derivado, es decir, por los reglamentos, si falta la competencia del Consejo Europeo. Tampoco concurre la competencia para elaborar una directiva. Además, la directiva de armonización no es la fuente de Derecho adecuada puesto que se trata de una verdadera unificación y no de armonización. Desde este punto de vista, hay un buen ejemplo con el convenio de Roma de 1980 relativo a la unificación de la norma de conflicto para determinar el derecho aplicable a las obligaciones contractuales. Un tratado interestatal fue necesario porque los órganos comunitarios no tenían ninguna competencia para unificar la norma de conflicto de leyes.

3.2

Además, desde la modificación del tratado de Roma por el tratado de Amsterdam y la división entre el tratado de la Unión Europea y el tratado de la Comunidad Europea, se enuncia en el artículo 5 de este último el principio de subsidiariedad en virtud del cual, cuando existe una competencia compartida entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, las autoridades europeas pueden adoptar medidas normativas únicamente si los Estados no pueden cumplir el objetivo de una manera correcta. Mientras no se pruebe lo contrario, los Estados miembros pueden realizar sus objetivos legislativos respecto al Derecho de las Obligaciones. De todas maneras, no se puede aplicar el principio de subsidiariedad para realizar la

unificación a partir del momento en que las autoridades comunitarias no tienen ninguna competencia en este ámbito.

Por lo tanto, la unificación del Derecho de las Obligaciones supone una modificación de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea para ampliar la competencia de las autoridades comunitarias, el Consejo y el Parlamento, o un tratado del mismo tipo que el convenio de Roma de 1980. En ambos casos, se necesita la unanimidad de los Estados miembros que son veinticinco desde mayo de 2004.

3.3

La unificación plantea otro problema. En efecto, no se puede realizar una verdadera unificación sin *interpretación uniforme del derecho elaborado por el tratado*. Las cortes supremas de los Estados miembros no podrían imponer una interpretación uniforme. Por consiguiente, sería tarea de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea interpretar el Derecho Unificado. Se puede imaginar fácilmente la magnitud de la tarea al existir veinticinco Estados miembros con el mismo Derecho. Hay que ser realista.

4

Más allá de estas dificultades técnicas, el aspecto puramente económico de la unificación que podría desear la Comisión y el Parlamento oculta la *dimensión cultural del problema*. El Derecho es el producto de una civilización con su comportamiento, su manera de pensar. Es verdad que en Europa continental teníamos un Derecho Común a través de la inspiración romanista. Sin embargo, este origen se transformó con la creación de los sistemas nacionales. También es verdad que el Derecho francés y el español pertenecen a la misma familia, pero los particularismos de cada uno demuestran que hay diferencias entre ellos. ¿Qué pensar respecto a la unificación entre el Derecho inglés y el Derecho continental? La concepción del Derecho no es la misma en ambos sistemas.

No se puede reducir el Derecho a un puro fenómeno técnico de tipo económico y olvidar el aspecto cultural. En realidad, el objetivo de los proyectos de unificación total tal como el de von Bar o del grupo de Pavia es político, es decir, que sus iniciadores son favorables a la construcción de una Europa de tipo federal a través de la desaparición de las naciones. Si es cierto que el nacionalismo puede ser un obstáculo a la construcción de Europa y si se puede desear a largo plazo una federación europea frente a los Estados Unidos y a China en el futuro, no se necesita para lograrlo unificar

el Derecho Civil. El federalismo es compatible con sistemas de Derecho distintos entre los Estados miembros de la federación.

Además, como lo sabemos, los proyectos de textos de unificación han sido o son elaborados sólo por profesores de facultades de Derecho, los cuales han privilegiado el aspecto técnico de los conceptos y de los mecanismos jurídicos, los cuales no corresponden necesariamente a la tradición cultural nacional. Como máximo, se puede concebir un convenio internacional que tenga un ámbito particular y reducido. Otra cosa es la unificación total con un ámbito muy extenso.

Los textos ya redactados o en curso de elaboración son, a veces, de una inspiración muy burocrática. En realidad, en estos textos, la dimensión cultural y sociológica del Derecho desaparece totalmente para ser reemplazada por documentos de tipo administrativo que no corresponden a la concepción del Derecho que tenemos en Europa continental.

La unificación total del Derecho de las Obligaciones corresponde más a una visión económica y política del Derecho que a una visión cultural. Debemos saber que nuestra concepción del Derecho se transformaría de una manera radical con la integración al Derecho Positivo de los Estados miembros de los textos de unificación. Además, la unificación total sería incompatible con la existencia de la legislación civil actual, codificada o no. La unificación reemplazaría la diversidad que conocemos.

Si esta unificación debe corresponder a una necesidad, podría concebirse. Es la cuestión esencial. Se trata de *saber si es necesario unificar los derechos de los Estados miembros* en materia de Derecho de las Obligaciones.

5

La respuesta a la pregunta depende de la posición sobre varios aspectos.

5.1

El primero es el *ámbito de la unificación*. El proyecto del grupo von Bar es muy ambicioso. En efecto, el grupo tiene como objetivo unificar todo el Derecho Civil, incluso, el Derecho de los Bienes y de la Familia. Esto no corresponde a ninguna necesidad. Los argumentos en favor de la unificación se refieren a los intercambios económicos, es decir, ante todo, el Derecho de los Contratos. Por eso, si bien la responsabilidad contractual puede ser incluida en la unificación, se puede dudar de integrar la responsabilidad extracontractual en el ámbito de la unificación. Sin embargo, como lo sabemos, hay un proyecto de unificación en materia de responsabilidad extracontractual.

5.2

El segundo elemento es saber cuál sería *la naturaleza de la unificación*. Este problema plantea varias preguntas.

La primera consiste en averiguar si la unificación constituye *una unificación de todos los derechos internos* de los Estados miembros, es decir, que las legislaciones internas deberían ser condenadas a desaparecer en el ámbito de la unificación o, por el contrario, sólo el Derecho de los Contratos o todo el Derecho de las Obligaciones. En esa medida, no se puede concebir un sistema que compagine los derechos internos distintos con un derecho unificado. Este último tendrá vocación para aplicarse tanto en las relaciones internacionales entre personas o empresas ubicadas en Estados europeos distintos, así como en las relaciones internas dentro de un Estado determinado. Sin embargo, se puede concebir otro sistema de unificación en virtud del cual el Derecho Unificado se aplicaría únicamente a las *relaciones internacionales o transfronterizas*.

La elección de la naturaleza de la unificación depende de una postura sobre el objetivo de la unificación y sobre la filosofía que inspira ésta. Si se trata de establecer un tratamiento igual de todos los ciudadanos europeos y de todas las empresas en el mercado interior, la unificación debería ser total, es decir, con una desaparición de los derechos internos y nacionales de los Estados miembros en favor de un derecho unificado. Si se trata de facilitar el comercio entre las personas de los Estados miembros, no es necesario lograr una unificación total. Basta unificar el derecho aplicable en las relaciones transfronterizas. En esta medida, normas materiales se sustituirían a normas de conflicto de leyes y no sería necesario determinar una ley nacional aplicable por designación de una norma de conflicto.

5.2.1

Desde este punto de vista, *los proyectos de unificación son distintos*. Así, el texto redactado por la *comisión Lando* tiene esencialmente como objetivo las relaciones transfronterizas. Si los redactores han considerado que los principios del Derecho Europeo de los Contratos podrían inspirar a los legisladores nacionales así como al legislador europeo, es decir, la Comisión, el Consejo y el Parlamento, se trata, ante todo, de Derecho Internacional en las relaciones transfronterizas.

La inspiración de este sistema de unificación internacional es la misma en los principios de Unidroit, relativos a los contratos del comercio internacional. Así como los principios europeos de derecho de los contratos, los de la comisión Lando constituyen una compilación privada sin aprobación de los Estados miembros de la Unión Europea y tampoco de las autoridades

europas. Es cierto que estos principios podrían ser incluidos en un convenio internacional celebrado entre los veinticinco Estados miembros, pero hoy en día no se trata de hacerlo. La aplicación de los principios del Derecho europeo depende, ante todo, de la voluntad de las partes en un contrato, las cuales pueden someterlo a dichos principios. Sin embargo, los principios podrían tener la misma autoridad que la *lex mercatoria*. La consecuencia es que, en un pleito internacional, los jueces o los árbitros podrían decidir aplicar estos principios al contrato para resolver el litigio. Es exactamente la misma solución presente en los principios de Unidroit. Además, en el mismo sentido que los principios de Unidroit, podría ser necesario compaginar los principios con una ley nacional aplicable, sobre todo cuando se trata de las reglas imperativas aplicables en materia contractual independientemente de la ley contractual elegida por las partes en el contrato. De esta manera, aparece que los principios europeos del Derecho de los Contratos tienen una flexibilidad que debe aprobarse. Además, respecto al contenido de los principios, no sólo la redacción es clara y constituye un buen compromiso entre sistemas de derecho de tradición distinta, sino que las reglas son más precisas y completas que las de los principios de Unidroit. Por este motivo, no se puede considerar que los principios europeos constituyen una repetición inútil de los principios de Unidroit.

5.2.2

Los trabajos del *grupo de von Bar*, así como los del *grupo de Pavia* y también los principios del Derecho europeo de la *responsabilidad civil*, tienen una inspiración totalmente distinta. Se trata de unificación total de los derechos internos de los Estados miembros con desaparición de las legislaciones nacionales. El objetivo no es facilitar el comercio entre los Estados sino realizar un mercado interior unificado en todos sus aspectos, incluso, jurídicos. También se trata de unificar para facilitar el comercio mundial de tal manera que las empresas de países que no pertenecen a la Unión Europea puedan ser sometidas a una sola ley europea en lugar de elegir la ley de tal o cual Estado miembro.

Parece que los redactores de estos proyectos han olvidado que cuando una empresa europea celebra un contrato con otra empresa, por ejemplo, ubicada en los Estados Unidos o en Canadá, se debe elegir la ley aplicable que no es la misma según se trata de tal o cual Estado o provincia miembro de la federación estadounidense o canadiense.

5.3

Suponiendo que el objetivo de la unificación sea la realización del mercado interior y no sólo los intercambios transfronterizos, la cuestión consiste en saber si la unificación de los derechos internos es una necesidad. El Derecho Comparado demuestra lo contrario no sólo en zonas de integración económica más o menos adelantadas sino, también, en Estados de tipo federal en los cuales la integración económica es completa.

En primer lugar, es cierto que hay una integración económica entre los Estados miembros de la ALENA (NAFTA). Estos países no tienen ninguna integración jurídica. Sin embargo, los intercambios funcionan de una manera satisfactoria sin necesidad de elaborar una unificación jurídica. Es cierto que no se trata de un mercado interior unificado tal como en la Comunidad Europea, pero el segundo ejemplo que vamos a desarrollar demuestra que no hay ninguna necesidad de unificación en materia jurídica en Estados de tipo federal.

Algunos Estados de tipo federal pueden tener una *legislación civil y comercial unificada*.

Tal es el caso de *Alemania*. En este país, el *Código Civil* y el *Código de Comercio* se aplican a todos los *lander* de la federación. La unificación de la legislación civil y comercial en Alemania no fue dictada por motivos económicos, sino por razones culturales y políticas en la época del imperio alemán antes de la Primera Guerra Mundial. Se trató de unificar por la legislación pueblos que tenían la misma cultura, el mismo idioma y que estaban sometidos al mismo poder político. Con todo, es cierto que la situación es totalmente distinta en la Unión Europea.

También *Suiza* es un país de tipo federal que tiene un derecho civil y comercial unificado en el *Código Civil* y en el *Código de las Obligaciones*, que son comunes a toda la federación. En verdad, en Suiza, son tres idiomas y culturas distintas; sin embargo, la pertenencia de los suizos a un nación común es muy fuerte, lo que puede explicar la adhesión a un derecho unificado. En Suiza, así como en Alemania, los motivos económicos no explican la unificación de la legislación civil y comercial.

Así, se puede verificar que es ante todo la cultura común y la voluntad de pertenecer a una sola nación lo que explica la unificación del Derecho. Los motivos económicos no son suficientes y, en realidad, no lo son para nada. Hoy en día, en Europa, los motivos que se podrían invocar para justificar la unificación del Derecho serían únicamente de tipo económico, lo que puede condenar la unificación total del Derecho de las Obligaciones o de los Contratos, unificación que no correspondería a la voluntad de todos los pueblos de la Unión Europea. Los profesores y los burócratas no pueden realizar tal unificación.

Un tercer ejemplo de un país de tipo federal que tiene una legislación civil y comercial unificada es el de *Brasil*. ¿Se puede decir o no que la unificación del Derecho en Brasil corresponde a una cultura común? En realidad, en la época anterior a la independencia contra Portugal, Brasil tenía un derecho unificado, el Derecho portugués. El país conservó un derecho unificado después de la independencia y no se debe olvidar que la independencia fue realizada por un hijo del rey de Portugal. En realidad, es un elemento histórico de tipo político que explica el derecho unificado en Brasil. Al contrario de Suiza y de Alemania, no se realizó una unificación del Derecho. El Derecho era unificado en la época colonial y la tradición explica que se conservara el Derecho Unificado en la época de la creación del imperio de Brasil y luego, en la época de la república federal desde 1891 con el *Código Civil* de 1916 y con el nuevo *Código* de 2002.

Por su parte, en *Argentina*, entre 1820 y 1853, hubo una lucha entre los partidarios de un Estado unitario y los de un Estado federal. Después de la dictadura de Rosas fue adoptada la Constitución federal. Sin embargo, pareció más simple adoptar un código civil de la nación para manifestar la pertenencia de los argentinos a una nación común. Una vez más, se puede verificar que es la adhesión a una nación lo que explica la existencia de una sola legislación común.

En oposición con Alemania, Suiza, Brasil y Argentina, hay *Estados de tipo federal que no tienen un derecho civil y comercial unificado*.

El ejemplo de *México* es distinto al de Brasil. En los primeros años de la independencia de 1821, México se constituyó en 1823 en una república federal tomando como modelo los Estados Unidos. Por eso, el Derecho Privado fue desde el inicio parte de la competencia de los Estados y no de la federación. Eso explica que cada Estado tenga su propio código civil. En realidad, son razones políticas y constitucionales las que explican la falta de unificación del Derecho Civil y del Derecho Comercial. El fenómeno es exactamente el contrario al acaecido en Brasil. Sin embargo, si bien es cierto que hay diferencias, los códigos civiles y comerciales de los Estados mexicanos son, más bien, próximos.

El segundo ejemplo es el de los *Estados Unidos* que no tienen un derecho privado unificado siendo que presenta un ámbito económico totalmente integrado, con un mercado interior entre los más importantes del mundo. En los Estados Unidos así como en México, es una razón política la que explica la falta de unificación del Derecho Privado. Se trata de la diferencia entre la competencia federal y la de los Estados. También, es cierto que los derechos de los Estados son cercanos por motivo de una cultura jurídica común que ha existido durante mucho tiempo, salvo en Luisiana, que conservó un sistema de derecho escrito a partir de la época de la colonización francesa y

española. El ejemplo de los Estados Unidos demuestra que no hay necesidad de elaborar un derecho unificado para realizar una buena integración económica.

El último ejemplo, que es el más convincente, respecto a la falta de unificación del Derecho de las Obligaciones en una economía muy integrada y en un Estado federal es el de *Canadá*. Es el ejemplo más próximo de la situación de la Unión Europea. En Canadá hay dos culturas distintas, cada una con su propio idioma, cultura y lengua inglesa, por un lado, y la cultura y la lengua francesa, por otro lado en el Quebec. Cada una de estas culturas canadienses tiene su propio sistema de Derecho Privado. Si es verdad que existen materias de competencia federal, por ejemplo, el matrimonio o la quiebra, el Derecho de las Obligaciones y una gran parte del Derecho Comercial son de la competencia de las provincias. Nadie considera que la unificación del Derecho de las Obligaciones sea posible en Canadá. Por el contrario, en 1994, Quebec adoptó un nuevo código civil.

Lo anterior demuestra lo innecesario de una unificación total y completa en el Derecho de las Obligaciones o de los contratos en la Unión Europea. Sin embargo, una unificación facultativa en el ámbito del comercio entre personas que se encuentran en Estados distintos debe ser considerada de una manera favorable. En otros términos, los principios de la comisión Lando parecen una buena iniciativa.