

Entre lo político y lo académico:  
un *Common Frame of Reference*  
de derecho privado europeo

Francisco J. Infante Ruiz

Facultad de Derecho  
Universidad Pablo de Olavide  
Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC)

### *Abstract*

*Desde que en 2003 ("Action Plan") la Comisión Europea evocase la imagen de un Common Frame of Reference (CFR) como instrumento para la mejora de la calidad del acervo comunitario en el ámbito del derecho de contratos gracias a una terminología común y compartida por los Estados miembros, se ha ido dando forma a esta idea en un proceso vertiginoso hacia la consecución de un texto definitivo. En el momento actual nos encontramos en la fase final del proceso al haberse elaborado por un grupo de académicos ("Study Group" y "Acquis Group") un denominado Draft Common Frame of Reference (DCFR, 2008), que pretende convertirse en la traducción real de la idea originaria. El proceso y los trabajos han sido intensos y complicados, y muchos son los grupos, instituciones y organizaciones que en él se han involucrado. Las ideas y opiniones no siempre han sido claras y lineales, sobre todo porque las declaraciones de la Comisión frecuentemente se han movido en un halo de ambigüedad, y al mismo tiempo, han existido importantes fricciones entre los implicados. En este trabajo se ponen de relieve estas cuestiones y se evidencia la realidad de que la propuesta académica de un CFR ha sobrepasado con creces el "mandato" inicial. Hay una brecha significativa entre un "CFR político" y otro "académico". Queda por ver qué hará finalmente la comisión: puede aceptarlo todo, rechazarlo por completo, sugerir modificaciones o quedarse con algunas partes.*

*After the European Commission –in 2003– evoked the image of a Common Frame of Reference (CFR) as an instrument to improve the quality of the common heritage in the field of contracts, and with the help of a more common terminology shared by the Member States, the idea has been developed through a vertiginous process, towards the achievement of a definitive text. At the present moment the final phase of the process is taking place and has been achieved by a group of academics ("Study Group" and "Acquis Group") the so-called Draft Common Frame of Reference (DCFR, 2008), which aims at becoming the real translation of the original idea. The process and the corresponding work have been intense and complex, and many groups, institutions and organizations have taken part in it. Ideas and opinions have not always been clear and linear, above all, because the Commission's declarations have often roamed in the halo of ambiguity and at the same time the participants have lived strong frictions between them. This work tries to highlight all these issues and the reality that the academic proposal of a CFR has exceeded the initial "order" abundantly. There is a wide gap between a "political CFR" and an "academic" one. We are still waiting for the Commission's next step: it might accept it totally, refuse it totally, suggest changes or keep some of its parts.*

*Title: Between Politics and Academy: A Common Frame of Reference of European Private Law*

*Keywords: European Private Law; Common Frame of Reference; European Civil Code.*

*Palabras clave: derecho privado europeo; marco común de referencia; Código Civil europeo.*

## Sumario

1. Un problema de orden: ¿hay un sistema coherente de derecho privado europeo?
2. Los documentos oficiales y el origen del proceso de elaboración de un *Common Frame of Reference (CFR)*
3. Redes de investigación e interés político por el derecho privado europeo: “everybody” supporting the CFR!
  - 3.1. “Joint Network on European Private Law” (“Red Conjunta sobre Derecho Privado Europeo”)
  - 3.2. “CFR-Net” (“Red-CFR”)
  - 3.3. “Network of Member State Experts” (“Red de Expertos de los Estados Miembros”)
  - 3.4. “European Law Discussion Forum” (“Foro de Discusión del Derecho Europeo”)
  - 3.5. El “gran hermano”, la Comisión Europea, y la reivindicación de un papel por el Parlamento Europeo
4. El impulso académico en el *making European Private Law*: ¿hagamos el CFR!
  - 4.1. El papel del Acquis Group
  - 4.2. El papel del Study Group
5. Sentidos y funciones del CFR en el debate sobre el modo de hacer el derecho privado europeo
  - 5.1. “Marco común de referencia”: la multifuncionalidad de una “caja de herramientas” y otras ideas
  - 5.2. La eficacia normativa del CFR como “instrumento facultativo” (optional instrument). El “Blue Botton”
  - 5.3. ¿Un *Restatement* europeo de contratos?
  - 5.4. ¿Una codificación en sentido sustantivo?
  - 5.5. La previsible influencia del CFR
6. EL CFR académico, el denominado DCFR: ¿quién la sigue la consigue! (¿o no?)
  - 6.1. Un calendario apretado: trabajando bajo presión; un *Draft Common Frame of Reference*
  - 6.2. Estructura y contenido
  - 6.3. PECL, CFR y “Principios del Acquis” (ACQP)
7. Conclusiones
8. Bibliografía

## 1. Un problema de orden: ¿hay un sistema coherente de derecho privado europeo?

El fenómeno de la europeización del derecho civil lleva a una cuestión de primer orden, ¿puede hablarse al día de hoy de un sistema coherente de derecho europeo de los contratos? Las dificultades para la construcción de tal sistema son grandes, pero no insalvables, según intenta demostrar el análisis concienzudo de algunos juristas<sup>1</sup>.

En verdad, la mirada de quien se acerque al derecho europeo desde esta perspectiva debe ser muy aguda, porque lo primero que se percibe es una situación caótica, que nada tiene que ver con la coherencia del sistema.

En una primera aproximación, los análisis de la situación del derecho comunitario demuestran, desde 1980, en el sector del derecho privado una gran fragmentariedad que se detecta en varios niveles: (i) excesiva cantidad de leyes y defectos de calidad, por cuanto existe un incremento más que notable del número de directivas, que se conciben más como una parte del derecho de consumo que como un verdadero derecho de los contratos, (ii) enorme cobertura de las materias alcanzadas, pues la extensión del derecho europeo es muy amplia, abarcando el derecho de la competencia y el derecho de la propiedad intelectual, así como el derecho del trabajo, y (iii) objetivos (contradictorios) de la política comunitaria, puesto que los intentos de armonización se realizan sobre el objetivo del mercado interior (art. 95 TCCEE), al mismo tiempo que políticamente deben dirigirse a “un alto nivel de protección del consumidor” (art. 100 A TCCEE, introducido por el Acta Única Europea en 1987).

Entre estos factores, algunos especialistas de derecho comunitario han manifestado que para describir el derecho privado europeo debe partirse de diferentes patrones de densidad regulatoria, que permanecerán así en el futuro, si no se remedia, debido a que la regulación del mercado interior dirige sus esfuerzos principalmente a la fase precontractual. Así la densidad es bastante alta respecto de las normas que tratan la fase precontractual y escasa en relación con los mecanismos de conclusión y validez del contrato; pero existe una pequeña veta detectable en las normas relativas a la fase inmediatamente posterior a la conclusión del contrato, mientras que es una densidad de grado medio para la fase de ejecución del contrato<sup>2</sup>.

Frente a esta situación las soluciones aportadas por los especialistas son muy variadas. Por un lado, puede destacarse la idea de quienes a pesar de todo consideran que ya hay un sistema de derecho europeo de los contratos. En este sentido, empleando la misma metáfora sugerida por KÖTZ<sup>3</sup>, quien ya expresó que el derecho europeo de los contratos permanecería *pointillistic* en los

---

<sup>1</sup> Muy especialmente, desde la idea de que existe un sistema a pesar de los defectos que habitualmente se denuncian (sobre todo, la fragmentariedad), RIESENHUBER, K. (2005), “System and Principles of EC Contract Law”, *European Review of Contract Law* 3/2005, 297-322.

<sup>2</sup> En profundidad, SCHULTE-NÖLKE, H. (2007), pp. 334 y ss.

<sup>3</sup> Probablemente, el primero que emplea esta metáfora para explicar la situación del derecho privado europeo, fue KÖTZ, H. (1981), “Gemeineuropäisches Zivilrecht”, en *Festschrift für Zweigert*, Tübingen, pp. 481, 483; al respecto,

próximos años, y acogida ahora por RIESENHUBER, parecer ser que el cuadro del derecho europeo de los contratos, antes que estar dibujado con líneas y trazos bien definidos, se ha hecho mediante pequeñas pinceladas, punteando, al más puro estilo impresionista, lo que muestra una imagen que no se puede percibir de cerca, sino que es necesario alejarse para distinguirla en su plenitud<sup>4</sup>.

Ahora bien, el carácter fragmentario del derecho contractual europeo<sup>5</sup>, a juicio del citado autor, no es una razón para no formar un conjunto coherente, lo que puede conseguirse si se responde positivamente a la pregunta sobre si las reglas del derecho europeo concuerdan entre sí, y si en su seno se encuentran principios que gobiernen el área del derecho de contratos. En este sentido, el derecho europeo respecto de los contratos es: (a) *Coherente*<sup>6</sup>, puesto que las reglas se colocan en un orden que sigue a las fuentes del derecho contractual (obligaciones precontractuales, formación del contrato —especialmente, el derecho de desistimiento—, obligaciones contractuales —principalmente, los deberes de información—, control legal de los términos del contrato —en particular, las cláusulas abusivas— e incumplimiento del contrato). (b) Existen *Principios*<sup>7</sup> que en su teleológica cooperación y orden gobiernan las reglas del derecho contractual, esto es, los principios de libertad contractual y *pacta sunt servanda* así como la autodeterminación, como demuestran las reglas sobre desistimiento contractual y responsabilidad individual, mientras que la protección del consumidor no es un principio, sino un objetivo político (el principio es más bien la autodeterminación del contratante), lo que no pretende negar, ni mucho menos, a juicio del autor, el objetivo esencial de protección del consumidor. La conclusión es que el derecho europeo de los contratos puede concebirse como un sistema de reglas basadas en principios, a pesar de las lagunas de coherencia que están presentes en muchas materias (*pointillistic picture*)<sup>8</sup>.

Sin embargo, por otro lado, con una metodología y perspectivas diferentes, debe colocarse ahora la llamada al “nuevo mundo”, hacia un *Common Frame of Reference* (CFR) que sirva para contener los principios comunes del derecho privado europeo. Una ojeada a los documentos oficiales que a continuación se relatan muestra la idea de que se quiere poner orden en el abigarrado complejo de normas comunitarias sobre los contratos. Como se acaba de ver, son unos pocos, los más perspicaces (el mayor representante lo encontramos en el jurista alemán acabado de citar), los que opinan que existe un sistema, pero la mayoría de académicos y la burocracia predominante de

---

RIESENHUBER, K. (2005), p. 298. En la doctrina española, por todos, SÁNCHEZ LORENZO, S. (2002), pp. 162-169, quien al analizar las cuestiones del “puntillismo” del derecho privado comunitario y la ausencia de sistema jurídico llega a la radical conclusión de que el derecho privado comunitario no es un concepto referido a un sistema, sino una forma pretenciosa de referirse a la mera suma de normas de origen comunitario: “[e]l sistema de derecho privado... sólo puede ser el sistema de cada uno de los Estados miembros” (p. 168).

<sup>4</sup> RIESENHUBER, K. (2005), pp. 306-307.

<sup>5</sup> En contra, GRUNDMANN, S. (2004), p. 704: “[T]he general argument that EC contract law is fragmented is no longer acceptable; it is no longer *lege artis*”.

<sup>6</sup> Tal carácter, difícil de percibir a simple vista, lo demuestra RIESENHUBER tomando como ejemplo el derecho de desistimiento (2005, pp. 308 y ss.).

<sup>7</sup> Para más detalles, REISENHUBER, (2005), pp. 318 y ss.

<sup>8</sup> Si bien la imagen más generalizada del “puntillismo” es la de considerar el derecho comunitario como hecho a retales (“patchwork”) y, en consecuencia, falta de coherencia, transparencia y claridad dogmática. Véase, RÖTTINGER, M. (2006), p. 816.

Bruselas, o no quieren ver esta *pointillistic picture*, o se han cansado de ella, o sencillamente prefieren establecer un orden más racional. Para quienes desean claridad –la mayoría– es necesario establecer las bases de un lenguaje comunitario común sobre el que después crear un verdadero sistema de derecho privado (la idea original del CFR), o bien, entre los más “neutrales”, no estaría de más crear un conjunto de normas y principios de derecho privado y ofrecerlo ya al mercado como derecho optativo (la idea más académica sobre el CFR).

La primigenia aspiración de crear un CFR parece corresponderse con la segunda idea, aunque, como veremos en este trabajo, se haya transformado por la maquinaria académica en una aspiración más extensa que quiere conseguir la culminación de la tercera idea.

No obstante, hay quien considera que el juego de inducir principios de derecho de contratos de la legislación europea es pura “alquimia”, porque se obvia un problema profundo a la hora de usar el *acquis* como fuente del derecho de los contratos: éste es un derecho eminentemente regulatorio (*primarily regulatory*), mientras que el “derecho privado” (*private law*) se refiere a patrones relativos a la “equidad” (*fairness*) en los contratos, por lo que se contraponen dos diferentes sentidos de política jurídica en cuanto al modo de hacer el derecho: la noción de derecho regulatorio (*regulation*) como instrumento del “Estado de Bienestar”, presente en el derecho comunitario y su *acquis*, y el derecho privado cuyos principios de equidad conciernen a la justicia referida a los ciudadanos individuales<sup>9</sup>.

“[The] underlying problem in deriving general principles of contract law from the *acquis* can be interpreted as reflecting this contrast between private law and regulation as different instruments of governance”, COLLINS, H. (2006, p. 217).

Frente a esta opinión, y a pesar de las muchas dudas que puede suscitar la construcción de un sistema de derecho sobre el desconcertante acervo comunitario, por las numerosas lagunas existentes y sobre todo porque la tesis tiene que demostrarse en todos los sectores existentes en el derecho de los contratos, lo que sí es cierto es que la construcción del sistema a través de la indagación de los principios, tiene, al menos como punto de partida, una doble valoración positiva: *primera*, ser un útil instrumento de primerísimo orden para el proceso de codificación, pues se cumple uno de los postulados del ideal codificador, la creación de un sistema coherente de normas (lo que no da por supuesto, ni mucho menos, que el CFR sea, o deba ser, un verdadero código); y *segunda*, es un botón de muestra de la imparable europeización del derecho privado, de que hay algo ahí afuera que está cambiando definitivamente la faz del derecho civil patrimonial; una nueva cartografía para navegantes, una llamada de atención para los nostálgicos del derecho nacional y una fuerte sacudida para los euroescépticos. El tren de la modernización del derecho, al menos el de obligaciones y contratos, ya tiene las vías construidas, la duda tan sólo es por dónde llegará a nosotros.

---

<sup>9</sup> COLLINS, H. (2006), pp. 214-216.

## 2. Los documentos oficiales y el origen del proceso de elaboración de un *Common Frame of Reference* (CFR)

Las resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994 supusieron el comienzo de una enorme y larga maratón —si bien algunos empezaron antes— hacia un “Código Civil Europeo” (la meta final) o, al menos, hacia un derecho privado más coherente, racional, manejable y mejor articulado (la meta intermedia). Esta maratón, que tiene la peculiaridad de sumar corredores en cada instante, llega hasta el presente, momento en el que la meta intermedia parece estar más cerca.

Como es sabido, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 26 mayo 1989, “sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros”<sup>10</sup>, destacó que la cobertura jurídica de temas concretos no resultaba suficiente para las necesidades y aspiraciones de un mercado único y sin fronteras, por lo que acabó sugiriendo que se iniciaran los trabajos preparatorios para la elaboración de “Código europeo común de derecho privado”. No obstante, se ha motejado la expresión como ambigua en el contexto de esta resolución, donde los términos no se utilizan en su sentido estricto y se habla indistintamente de “armonizar” y “unificar”<sup>11</sup>, de modo que probablemente no se esté refiriendo al concepto histórico de código. Según parece, su efecto se limitaba a actuar como estímulo para la doctrina de ciertos países como Alemania, Italia, Holanda o incluso Gran Bretaña<sup>12</sup>. Posteriormente, la Resolución de 6 mayo 1994, “sobre la armonización de determinados sectores del derecho privado de los Estados miembros”<sup>13</sup>, solicitó expresamente que se diera comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un “Código europeo común de derecho privado”. El documento, además, hacía un llamamiento a los Estados miembros “para que manifiesten, después de las elaboraciones correspondientes, si desean participar en la unificación propuesta como objetivo”.

Estas iniciativas parlamentarias, tras años de recelos y titubeos, fueron asumidas finalmente por otras instituciones europeas. En este contexto, desde hace ya algunos años, destacan en el foro europeo las comunicaciones de la Comisión Europea sobre la mejora del derecho contractual europeo y se han prodigado numerosos estudios académicos que las comentan.

Primero, la Comisión Europea, ante el reto lanzado por el Consejo de Tampere<sup>14</sup>, publicó el día 11 de julio de 2001 una “Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo”<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> DOCE 158 (26.6.1989), 400.

<sup>11</sup> Cf. sobre el diferente significado de estos conceptos, hace ya tiempo, MENGONI, L., “L’Europa dei codici o un codice per l’Europa?” (1993), pp. 3, 4; en la doctrina española, por ejemplo, ARROYO i AMAYUELAS, E. (2002), p. 28; CÁMARA LAPUENTE, S. (2003), pp. 50, 51.

<sup>12</sup> Cf. VAQUER ALOY, A. (2002).

<sup>13</sup> DOCE 205 (25.7.1994), 518.

<sup>14</sup> El Consejo insistió en la creación de un auténtico espacio jurídico europeo, cifrando como una de las necesidades de este objetivo una “mayor convergencia en Derecho Civil” (apartado VII). *Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de octubre de 1999* (D/99/14).

El propósito de esta comunicación fue: “[a]mpliar el debate sobre derecho contractual europeo entre las instituciones políticas de la Unión y los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia” y, aunque hace referencia exclusiva al derecho contractual, en el párrafo 13 de la misma, se señala que, teniendo en cuenta el contexto económico, también podrían incluirse las garantías de crédito relativas a bienes inmobiliarios, el enriquecimiento injusto y la responsabilidad civil<sup>16</sup>.

Como bien es sabido, esta comunicación ha sido contestada y comentada de forma masiva por una gran cantidad de instituciones y organismos de todo tipo, incluso los Ministerios de Justicia de algunos Estados miembros y algún *Land* alemán, constituyéndose en un destacadísimo impulso para la construcción del derecho privado europeo<sup>17</sup>.

A nivel académico destaca, especialmente, la respuesta conjunta de las “Commission on European Contract Law” (Lando) y el “Study Group on European Civil Code” (Von Bar): *Communication on European Contract Law: Joint Response of Commission on European Contract Law and the Study Group on European Civil Code* (2001)<sup>18</sup>.

Por otro lado, la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo, de 12 de febrero de 2003, “un derecho contractual más coherente: plan de acción”<sup>19</sup>, ha supuesto uno de los impulsos

---

<sup>15</sup> COM (2001) 398 final (DOCE 2002, C-241/1). Entre tanto, la Resolución del Parlamento, de 16 de marzo de 2000, sobre el programa legislativo de la Comisión, reiteraba que en el mercado interior era esencial una mayor armonización en el ámbito del derecho civil, por lo que debía elaborarse un estudio al respecto. Véase, STAUDENMAYER, D. (2002), p. 251.

<sup>16</sup> COM (2001) 398 final, p. 7.

<sup>17</sup> Un extenso resumen de todas las intervenciones puede encontrarse disponible en castellano con el título “Respuestas a la Comunicación sobre derecho contractual europeo” en [http://europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/summaries/sum\\_es.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/summaries/sum_es.pdf) (última consulta 19.03.08). Entre los académicos españoles, fueron diez los que se pronunciaron, mayoritariamente de la Universidad de Zaragoza; en el servidor de la Comisión Europea se encuentran disponibles cuatro de estas respuestas (CÁMARA LAPUENTE, LETE ACHIRICA y GARCÍA RUBIO, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, QUIÑONES ESCÁMEZ): [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/academics\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/academics_en.htm) (última consulta 19.03.2008). Entre los numerosísimos comentarios y trabajos, en la doctrina extranjera, por todos, LEIBLE, S. (2001), “Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht – Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 471-481; en la española, ARROYO i AMAYUELAS, E. / VAQUER ALOY, A. (2002); CAMPUZANO DÍAZ, B. (2002); GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>. C. (2002); PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A. (2002); MARTÍN CASALS, M. (2002).

<sup>18</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/5.23.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.23.pdf) (última consulta 19.03.2008), también publicada después como BAR, C. von / LANDO, O. (2002), “Communication on European Contract Law: Joint Response of Commission on European Contract Law and the Study Group on European Civil Code”, *ERPL* 2/2002, 183-248.

<sup>19</sup> COM (2003) 68 final (DOCE 2003 C 246/1).

de más considerable magnitud acometidos por parte de las instituciones europeas<sup>20</sup>. Igualmente ha recibido una gran cantidad de respuestas por parte de los gobiernos, asociaciones de consumidores y usuarios, profesores de derecho, profesionales de la justicia e incluso partidos políticos<sup>21</sup>. Esta comunicación, más conocida como “Action Plan”, es la reacción de la Comisión a los requerimientos del Consejo y del Parlamento Europeo vertidos en sus respuestas a la Comunicación de 2001<sup>22</sup>.

El contenido esencial del “Action Plan” se divide en dos partes, la primera, describe los problemas para los operadores que resultan de las diferencias existentes entre los diversos derechos nacionales, mientras que la segunda explica las medidas propuestas por la Comisión<sup>23</sup>. Los problemas descritos en esta comunicación se cifran en dos campos que ya fueron mencionados en la anterior, por un lado, la aplicación uniforme del derecho comunitario (donde se recogen algunos ejemplos de incoherencia, como por ejemplo, los diferentes plazo de caducidad del derecho de desistimiento en las directivas de consumo y las modalidades para su ejercicio, o los problemas derivados de la mención de conceptos abstractos en las directivas que no se definen en unos casos y en otros sí, como ocurre con el término “damage”, no definido en la “Directiva de viajes combinados” (¿sólo daños materiales o también los morales?), mientras que en la “Directiva de daños causados por productos defectuosos” se define a los solos efectos de la misma); y, por otro, cuestiones relativas al funcionamiento del mercado interior (diferencias en las normas imperativas de los derechos nacionales que crean una aplicación divergente del principio de protección de consumidores, desventajas adicionales derivadas de ello para las PYMES o las diferencias entre la teoría legal y la práctica comercial en lo relativo a la facilidad con que puede elegirse el derecho aplicable).

A partir de estos problemas, teniendo en cuenta los resultados de la consulta y particularmente las opiniones del Parlamento Europeo, se estructura un “Plan de Acción” en torno a tres tipos de medidas: (1) la mejora de la calidad del acervo comunitario en el ámbito del derecho contractual<sup>24</sup> gracias a una terminología común que se expresará en el denominado *Common Frame of Reference*, (2) la promoción de la elaboración de una guía de condiciones generales de la contratación aplicables a lo largo y ancho de la UE<sup>25</sup> que podría servir como recordatorio de los

---

<sup>20</sup> Esta comunicación también ha dado lugar a una vastísima literatura que la comenta y estudia, por ejemplo: DE LA MATA, A. (2003); BAR, C. von / SWANN, S. (2003); GAMBARO, A. (2003); STAUNDENMAYER, D. (2003); HESSELINK, M. W. (2004).

<sup>21</sup> Un resumen de las respuestas recibidas por la Comisión puede consultarse en el documento en castellano “Respuestas al Plan de Acción sobre un Derecho contractual más coherente” accesible en el sitio [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/analyticaldoc\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/analyticaldoc_es.pdf) (última consulta 19.03.08).

<sup>22</sup> Respectivamente, Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar la legislación de los Estados miembros en materia civil (16.11.2001) y Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del derecho civil y mercantil de los Estados miembros (15.11.2001), DOCE C-140 E/538.

<sup>23</sup> Un excelente resumen en STAUNDENMAYER, D. (2003), pp. 118 y ss.

<sup>24</sup> COM (2003) 68 final, p. 17.

<sup>25</sup> COM (2003) 68 final, p. 24.

límites derivados del derecho comunitario y (3) la adopción de un “instrumento facultativo” en el ámbito del derecho contractual europeo<sup>26</sup>.

Para la implementación de la primera medida el “Action Plan” sugiere dos pasos. El primero sería el establecimiento del CFR, que habría de contener reglas comunes y terminología en el ámbito del derecho contractual europeo. El segundo paso se refiere a la utilización del CFR: debería usarse por la Comisión, cuando sea posible y adecuado, a la hora de revisar el acervo comunitario existente y formular nuevas propuestas; igualmente, sería utilizado por los órganos legislativos, el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo en sus enmiendas<sup>27</sup>.

“[L]a Comisión considera que un marco común de referencia que establezca principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo constituye un paso importante para mejorar el acervo en materia de Derecho contractual. Este marco común de referencia será un documento accesible al público que ayudará a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del Derecho contractual europeo. Este marco común de referencia debería responder a las necesidades y las expectativas de los operadores económicos de un mercado interior que aspira a convertirse en la economía más dinámica del mundo”<sup>28</sup>.

“[S]e presentaron algunos argumentos a favor de la adopción de un instrumento facultativo que ofrecería a las partes contratantes un conjunto modernizado de reglas particularmente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior. [...]. Este instrumento ofrecería tanto a la parte económicamente mas fuerte como a la más débil una solución aceptable y adecuada, sin que debieran aplicar necesariamente el Derecho nacional de una las partes, lo que facilitaría también las negociaciones”<sup>29</sup>.

Como puede observarse, el proceso de elaboración de un conjunto de normas, principios y reglas modelos relativas al derecho privado europeo (lo que posteriormente se dirá que debe ser el CFR) tiene aquí su partida de nacimiento. Con la finalidad declarada de superar las incoherencias y contradicciones del *acquis communautaire* en esta comunicación se menciona un proyecto y se apunta uno ulterior: (i) un marco común de referencia relativo a los principios comunes del derecho contractual europeo, así como una terminología general y compartida y (ii) un “instrumento facultativo” (“optional instrument”), con el que se lograrían una serie de reglas generales (no sectoriales) aplicables a los contratos transfronterizos en sustitución de las reglas locales.

Esta apuesta por la “unificación” del derecho privado se aumenta gracias a la posterior Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 11 de octubre de 2004,

---

<sup>26</sup> Esta medida se propone dentro de un apartado más general: “otras reflexiones sobre la oportunidad de adoptar medidas no relacionadas con un sector particular”, COM (2003) 68 final, p. 24, p. 26.

<sup>27</sup> Cf. STAUNDENMAYER, D. (2003), pp. 123, 124.

<sup>28</sup> COM (2003) 68 final, p. 18.

<sup>29</sup> COM (2003) 68 final, p. 26.

“sobre derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”<sup>30</sup>. En ella se insiste en la anterior idea de la necesidad de consolidar un marco común de referencia para “mejorar la calidad y la coherencia del acervo en el ámbito del derecho contractual”<sup>31</sup>. Ahora bien, con la finalidad de encarrillar el proceso hacia un derecho europeo de contratos común y más coherente, se abre una perspectiva de futuro (*the way forward*), al tratarse, en particular, el desarrollo del *Common Frame of Reference*, definido como “herramienta” para la relectura y revisión del derecho contractual relevante, a cuyo fin relata con cierto detalle el método para su preparación<sup>32</sup> e indica la estructura y contenidos posibles (Anexo I); asimismo, desarrolla ciertos parámetros (Anexo II) para la ulterior discusión sobre un futuro “instrumento facultativo” —algo así como el producto final del CFR— que, puesto a disposición del gran público, podría ser elegido por los sujetos contratantes como ley aplicable en los contratos transfronterizos. A pesar de que las contribuciones y dudas habidas en la fase de consulta de la anterior comunicación expresaron gran interés acerca de la naturaleza del “instrumento facultativo”, la Comisión consideró que en aquel momento resultaba claro que la mayoría de los sujetos no estaban en condiciones de adoptar una decisión política sobre esta materia antes de examinar la versión final del CFR. Por esta razón, la Comisión subrayó que se continuaría con un debate paralelo al desarrollado para el CFR. De este modo, la discusión se desplazó al ámbito de la “Agenda de Lisboa”<sup>33</sup>.

A poco que se observen las principales declaraciones de la Comisión vertidas en esta Comunicación, se extrae una conclusión global en relación con el proyecto del CFR y el instrumento facultativo: la ambigüedad de los pronunciamientos es intencionada y se evitan definiciones categóricas. Aunque se esboza una estructura y contenido del CFR, no se dice qué habrá de ser, sino simplemente que será una “herramienta” para mejorar la calidad y coherencia del acervo comunitario<sup>34</sup>. En el caso del “instrumento facultativo” lo más significativo, aun cuando el Anexo II se dedique a esbozar unos parámetros para discusiones futuras, es el hecho de que se evita definirlo, salvo las ideas que el intérprete pueda entresacar de los párrafos en los que se divaga sobre su naturaleza<sup>35</sup>. Pero, se trata, entonces, de una cuestión que se deja a la discusión de la comunidad (científica y no científica).

---

<sup>30</sup> COM (2004) 651 final (DOCE 2005, C 14/6). Al igual que en los casos anteriores se ha generado una vasta literatura sobre esta comunicación. Véanse, por todos, KARSTEN, J. / PETRI, G. (2005); STAUDENMAYER, D. (2005).

<sup>31</sup> COM (2004) 651 final, p. 2.

<sup>32</sup> COM (2004) 651 final, pp. 10-11.

<sup>33</sup> Cf. STAUDENMAYER, D. (2005), p. 100.

<sup>34</sup> En sentido similar, MILLER, L. (2007), p. 380.

<sup>35</sup> Cf. COM (2004) 651 final, Anexo II, pp. 18-20.

Lo único claro es que el CFR contendrá definiciones de términos jurídicos, principios fundamentales y modelos coherentes de normas de derecho contractual que puedan servir de ayuda en la mejora del *acquis* existente<sup>36</sup>.

(...) [l]a Comisión utilizará el MCR, cuando proceda, como herramienta para presentar propuestas de mejora de calidad y coherencia del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en el ámbito del Derecho contractual. Además, permitirá simplificar el acervo. El MCR definirá con precisión términos jurídicos, enunciará los principios fundamentales y presentará modelos coherentes de normas de Derecho contractual inspiradas en el acervo comunitario y en las mejores soluciones recogidas en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros”<sup>37</sup>.

Dejando a un lado este juego de escapismo, conjugando ambas comunicaciones, dos son los objetivos que se vislumbran: primero, y primordialmente, el CFR se dirigirá a la mejora de la calidad de la legislación y a la coherencia del acervo comunitario existente y futuro en materia de derecho de contratos; segundo, el CFR será la base de uno o varios instrumentos facultativos de derecho europeo de contratos<sup>38</sup>.

A partir de estas comunicaciones de 2003 y 2004, la elaboración de un texto normativo de derecho europeo de contratos no es ya una declaración de buenas intenciones, ni el sueño de unos cuantos, como antes lo fue, sino una realidad vivida en el seno de la política comunitaria (aunque todavía está por ver con qué intensidad) y sentida, indudablemente con más fuerza (si bien las emociones son diversas), en una ya bastante extensa “academia legal europea”. En la actualidad, el proceso hacia un texto normativo de derecho europeo, sea cual sea su índole y naturaleza, pasa por la conclusión del CFR. En consecuencia, el CFR se sitúa no sólo como recurso dialéctico, sino también como aspiración normativa, respecto de un “derecho común europeo”, entre lo político y lo académico.

### ***3. Redes de investigación e interés político por el derecho privado europeo: “everybody” supporting the CFR!***

Una previsión de futuro del “Action Plan” era que la elaboración del CFR se basase en la investigación que hasta el momento ya se había realizado. En consecuencia, los diversos grupos de investigación se combinaron en una red paneuropea, la “Network of Excellence”, financiada por el “Sexto Programa Marco de ayuda a la investigación” de la UE. La oferta de participación emitida a los grupos existentes tuvo éxito y se consiguió el compromiso contractual de los investigadores de producir un primer borrador de CFR (“draft CFR”, también llamado

<sup>36</sup> Por todos, RÖTTINGER, M. (2006), p. 811; BEALE, H. (2007), p. 257.

<sup>37</sup> COM (2004) 651 final, p. 3. Véase, además, el Anexo I (pp. 15-16), donde claramente se diseña el CFR en tres capítulos: principios (capítulo I), definiciones (capítulo II) y modelos de normas (capítulo III).

<sup>38</sup> STAUDENMAYER, D. (2005), p. 96.

“CoPECL”, principios comunes de derecho europeo de contratos) que habría de estar listo a finales de 2007 —como así ha sido—, así como un borrador revisado para el final de 2008.

Es indudable, considerando los hechos que a continuación se exponen, que el interés político por el tema del derecho privado europeo es más que relevante y que ha dejado de ser la preocupación de unos pocos.

“La europeización del Derecho privado se ha colocado entretanto en la Agenda Europea, de tal manera que en los últimos tiempos la cuestión sobre el sentido o no de un CC europeo ocupa, no ya sólo a los juristas, sino también a la práctica jurídica y, sobre todo, a los Gobiernos”, LEIBLÉ, S. (2006, p. 1590).

Antes de estudiar con detenimiento la historia del proceso de elaboración del marco común de referencia, debe ponerse de relieve que el peso de los diversos grupos implicados es bien diferente. Por un lado, deben cifrarse el impulso oficial auspiciado por la propia Comisión Europea y las diferentes estrategias que ha venido manifestando para imponer su preponderancia política. Por otro lado, debe considerarse el peso de los investigadores (los académicos), quienes en el marco de estas estrategias han trabajado técnicamente en la elaboración de un borrador final al mismo tiempo que han intentado reafirmar su independencia intelectual. En este apartado se tratarán algunas cuestiones relativas a la primera fuerza señalada (la política), mientras que el papel del impulso académico se verá en el siguiente apartado.

### 3.1. “*Joint Network on European Private Law*”

La red principal de investigación es la “Joint Network on European Private Law”, y en cuanto red de excelencia es financiada con 4,4 millones de euros por el “Sexto Programa Marco” acabado de referir. La fundación de esta red conjunta, dedicada a la elaboración de unos principios comunes de derecho europeo de los contratos, tuvo lugar en mayo de 2005<sup>39</sup>. La red engloba a numerosas universidades e instituciones y a diversas organizaciones, junto a un nutrido grupo de investigadores provenientes de todos los Estados miembros. La red está compuesta en esencia por los grupos ya existentes<sup>40</sup>: el “Study Group on European Civil Code”<sup>41</sup>, el “Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)”<sup>42</sup>, el “Project Group on the Restatement of

---

<sup>39</sup> “CoPecl Network of Excellence”, más información sobre su estructura y método en el sitio: <http://www.copecl.org>. No obstante, su organización y los métodos utilizados para la elaboración del CFR no han estado exentos de críticas, MICKLITZ, H.-W. (2007), “(Selbst) Reflektionen über wissenschaftliche Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation”, GPR 1/07, pp. 6-8.

<sup>40</sup> LEIBLÉ, S. (2006), p. 1603; BEALE, H. (2007), p. 258.

<sup>41</sup> <http://www.sgecc.net>.

<sup>42</sup> <http://www.acquis-group.org>; véase, acerca del método de investigación a partir del derecho comunitario existente (*existing EC Law*), o método del *acquis research*, SCHULZE, R. (2005); y para mayores detalles, recogiendo las aportaciones de varios autores, SCHULZE, Reiner (Ed.) (2008), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich.

European Insurance Contract Law (Insurance Group)”<sup>43</sup>, la “Association Henri Capitant” junto con la “Société des Législation Comparée y el Conseil supérieur du Notariat”<sup>44</sup>, el “Common Core Group”<sup>45</sup>, el “Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (Economic Impact Group)”<sup>46</sup>, el “Data Base Group”<sup>47</sup> y la “Academy of European Law” (ERA)<sup>48</sup>.

### 3.2. “CFR-Net” (“Red-CFR”)

Como es sabido, la red de investigación tiene que preparar un borrador de “common principles on european contract law” (CoPECL) como base del futuro CFR, y esto no es posible, a juicio de la Comisión, sin involucrar a los denominados “stakeholders” (expertos provenientes del ámbito de la empresa, las organizaciones de consumidores y los intereses profesionales) y “practitioners” (juristas prácticos pertenecientes a las diferentes profesiones jurídicas)<sup>49</sup>.

La idea de colocar a estos expertos en el núcleo de la discusión sobre el CFR ha sido eminentemente estratégica, puesto que han venido funcionando como una especie de contrapeso al papel intelectual de los grupos de investigación académicos.

---

<sup>43</sup> <http://www.restatement.info>.

<sup>44</sup> El papel de esta asociación se limita a ofrecer comentarios filosóficos sobre el CFR, mientras que el cometido principal de la “sociedad general” es crear una base de datos sobre la jurisprudencia relevante: <http://membres.lycos.fr/HenriCapitant/sommaire.htm>.

<sup>45</sup> También conocido como el “Trento Project”, más información en el sitio: <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>; cfr. al respecto, por ejemplo, BUSSANI / MATTEI (2000), *Making European Law. Essays on the ‘Common Core’ Project*.

<sup>46</sup> <http://www.tilburguniversity.nl/tilec>.

<sup>47</sup> Este grupo trabaja para la elaboración de una base de datos sobre el derecho contractual europeo; hasta la fecha se han introducido más de una centena de resoluciones. Más información en: <http://icd.recherche.jm.u-psud.fr/>.

<sup>48</sup> Fundada en el año 1992 y con sede en Trier, es el espacio común más relevante en el que confluyen investigadores y prácticos con el fin de dar a conocer los avances del derecho europeo. Esta organización, como miembro fundador de la “Joint Network”, ha asumido la tarea de organizar una serie de conferencias en las que “stakeholders” y “practitioners” puedan encontrarse con los investigadores y discutir los principales borradores sobre derecho europeo de contratos que se hayan propuesto. Recientemente, ha tenido lugar la primera conferencia (“The Draft Common Frame of Reference”) sobre el primer borrador del CFR, en Trier, los días 6 y 7 de marzo. Los días 28 y 29 de abril, con motivo de la Presidencia eslovena del Consejo, se celebrará en Liubliana una nueva conferencia (“The Draft Common Frame of Reference. Structure and contents: In the Way to a final CFR”). Más información en el sitio: <http://www.era.int>. Véase también, acerca del papel asumido por ERA, las reflexiones de su director, HEUSEL, W. (2007).

<sup>49</sup> HEUSEL, W. (2007), p. 5.

Así, El “Primer Informe anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de derecho contractual europeo y revisión del acervo” (23 de septiembre de 2005)<sup>50</sup>, puso en marcha una serie de medidas, consistentes, principalmente, en la designación de la red de expertos de los Estados miembros y su integración en la “CFR-Net”, así como la celebración de diversos talleres para examinar las cuestiones más importantes sobre determinadas materias del CFR. El objetivo principal de esta red es asegurar una participación activa de los expertos de modo que el CFR llegue a ser un instrumento de aceptación general en la práctica<sup>51</sup>. El trabajo de esta red —como se acaba de decir— viene siendo desarrollado por los “stakeholders” y “practitioners”<sup>52</sup>. Se estableció mediante una “llamada para expresiones de interés”<sup>53</sup>. La elección de los expertos se basó en cuatro criterios: la variedad de tradiciones jurídicas, el equilibrio de los intereses económicos, la experiencia y el compromiso.

Para que en los talleres pudiesen debatirse temas sustanciales, la Comisión limitó el tamaño de los grupos. Los participantes en los talleres se seleccionaron con arreglo a los mismos criterios que se aplicaron para la participación general de las partes interesadas.

La “red CFR” inició sus actividades con motivo de una conferencia celebrada el 15 de diciembre de 2004<sup>54</sup>. Los encuentros sustanciales de los “stakeholders” comenzaron en la primavera de 2005. Cada experto hubo de considerar los borradores —a veces completos, en otras ocasiones tan sólo ideas preliminares— presentados por los investigadores. El objetivo inicial fue el de desarrollar unos treinta talleres (“workshops”) que cubrieran todas las materias consignadas en el contrato de investigación.

En la actualidad, la red está formada por ciento setenta y siete miembros, con una amplia representación de los Estados miembros y las profesiones jurídicas<sup>55</sup>. A lo largo del proceso de investigación, la red ha aportado información en forma de comentarios sobre los documentos de investigación y éstos se han debatido en talleres y a través de un sitio Web de acceso restringido dedicado a este fin.

Finalmente, acabaron seleccionándose treinta y dos temas que fueron debatidos hasta el final de 2006. Para su consecución, los miembros de la red hubieron de registrar previamente, en función de su especialización, su interés por áreas específicas de investigación.

---

<sup>50</sup> COM (2005) 456 final.

<sup>51</sup> RÖTTINGER, M. (2006), p. 821.

<sup>52</sup> Un listado de sus miembros, actualizado al 5 de marzo de 2007, se encuentra en: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/cfr\\_net\\_members\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cfr_net_members_en.pdf) (última consulta 19.03.08).

<sup>53</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/callinterest\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/callinterest_en.htm) (última consulta 19.03.08).

<sup>54</sup> Un resumen de la conferencia puede consultarse en: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/conference\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference_report.pdf) (última consulta 19.03.08).

<sup>55</sup> “Primer Informe anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de derecho contractual europeo y revisión del acervo” (23 de septiembre de 2005), COM (2005) 456 final, p. 3.

La red emprendió sus actividades con un primer taller (de preparación) que tuvo lugar el 3 de diciembre de 2004. El segundo taller, celebrado el 31 de mayo de 2005, se dedicó a examinar las cuestiones más importantes y de procedimiento que se habían planteado en el desarrollo del trabajo por la red-CFR. Desde marzo de 2005, se han celebrado diversos talleres: contratos de servicios, contratos de franquicia, agencias y distribución, garantías personales, intervención en negocios ajenos, enriquecimiento injusto, nociones y funciones del contrato y nociones de consumidor y profesional. Los "Workshops de 2006", gracias al acuerdo alcanzado entre investigadores y Comisión, se centraron en los principales temas de relevancia para la revisión del *acquis* (información precontractual, derechos de desistimiento, cláusulas abusivas, compraventa 1 [conformidad y garantías comerciales], compraventa 2 [remedios y transmisión del riesgo] y derecho del consumidor a la indemnización de daños. Estos talleres fueron presididos por el jefe de equipo encargado de la revisión del acervo comunitario en el seno de la Dirección General SANCO, Giuseppe ABAMONTE. Salvando el malestar general del año anterior, los talleres fueron bastantes exitosos y hubo una viva participación de muchos "stakeholders", en particular, los provenientes de organizaciones y organismos representativos de los empresarios en relación con los consumidores, hasta el punto de que el presidente de los talleres y los funcionarios de la Comisión se involucraron muy activamente en la discusión. Pero hubo "una de cal y otra de arena", pues, por otra parte, aquellos "stakeholders" a los que no interesaba la legislación de protección de consumidores, y más preocupados por discutir el proyecto del CFR como base para un instrumento facultativo para los contratos B2B, contemplaron los talleres como de poco interés para ellos, y dejaron de acudir a los mismos. Los "workshops" se pararon. Desde entonces, no se han vuelto a organizar otros, aunque se han celebrado dos conferencias en el marco del "European Law Discussion Forum"<sup>56</sup>.

Si bien la mayoría de los talleres desarrollados al comenzar la andadura de la red, a lo largo de 2005, fueron útiles para la discusión, no obstante, las sesiones no fueron demasiado fáciles<sup>57</sup>. Cuenta BEALE que en ellos se introdujo bastante incertidumbre sobre los propósitos del CFR entre los prácticos, los investigadores e incluso la propia Comisión<sup>58</sup>. En este contexto, las dudas que recoge este autor son un buen resumen de las cuestiones más generales sobre el contenido y naturaleza del CFR que han surgido durante este tiempo: ¿será sólo una guía para elaborar directivas de consumo?; ¿se aplicará también a los contratos entre empresarios (B2B)?; o, como parece que piensan ciertos "stakeholders", aunque la Comisión lo niega fuertemente, ¿es un proyecto de Código Civil?

Frente a esta irrupción abrupta de la red de "stakeholders" en el proceso del *making european law* y las serias dudas que han venido planteando, no es de extrañar que los principales valedores del mismo, los académicos, no estén muy contentos, y que incluso se haya llegado a decir que la creación de un CFR (o incluso un instrumento facultativo) podría estar en grave riesgo. Las fricciones entre unos y otros han sido inevitables, y la Comisión en medio.

---

<sup>56</sup> Las reflexiones de ABAMONTE acerca de las posibilidades de revisión del *acquis* se presentaron posteriormente en la segunda conferencia del "Discussion Forum" (Viena, 25-26 de mayo de 2006). El documento puede encontrarse en: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/conference052006/giuseppe\\_abbamonte.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference052006/giuseppe_abbamonte.pdf) (última consulta 19.03.08). Un resumen del recorrido del CFR por los "workshops" de 2006 en BEALE, H. (2007), p. 274, 275.

<sup>57</sup> Una explicación nos la da BEALE, H. (2006), p. 303.

<sup>58</sup> BEALE, H. (2007), p. 272.

“[T]he foundation of a stakeholder network was certainly a good idea. In the beginning its realisation, however, took place in such way that the entire plan of creation a common frame of reference or even an optional instrument could be jeopardised. Warnings fell on deaf ears; a catastrophe seems unavoidable”, BAR, Ch. Von (2005, p. 21).

### 3.3. “*Network of Member State Experts*” (“Red de Expertos de los Estados Miembros”)

Además, hay que contar la red de expertos estatales sobre el CFR. Se compone de expertos que son nombrados por los propios Estados miembros<sup>59</sup>. La misión de esta red es la de reaccionar frente al trabajo presentado por los investigadores y la “CFR-Net” facilitando a la Comisión la entrada de consideraciones desde el punto de vista de los derechos estatales. La red asumió su trabajo el 3 de diciembre de 2004 en un primer “Workshop”. En el segundo “Workshop”, que tuvo lugar el 31 de mayo de 2005, se trataron las cuestiones sobre derecho procesal y material que se habían dado en el marco de los trabajos del CFR<sup>60</sup>.

### 3.4. “*European Law Discussion Forum*” (“Foro de Discusión del Derecho Europeo”)

La salida política al “colapso” provocado por las fricciones detectadas entre “stakeholders” y académicos no ha sido fácil. En cierta medida, aunque no en su totalidad, se intentó paliar mediante una invitación a un diálogo más abierto en el proceso de emisión de opiniones. Esta es la razón por la que las tres redes, es decir, académicos, prácticos y representantes de los Estados miembros, se reúnen en un “foro europeo de discusión” con el fin de contribuir al proceso de asesoramiento y facilitar en la medida de lo posible la emisión de opiniones acerca del trabajo que se ha venido desarrollando. Su fundación fue decidida en la conferencia organizada por la presidencia británica del Consejo en septiembre de 2005 en Londres. El discurso inaugural del Comisario KYPRIANOU se refirió al proyecto del CFR como “sorpresivamente ambicioso” y “demasiado lento”, y puso un especial énfasis en el dato político de que una rápida revisión del acervo comunitario no podía ser retrasada por el proyecto del CFR<sup>61</sup>. Todo vaticinaba entonces —como está ocurriendo— que la directriz de la Comisión era finalizar este proceso al final del mandato de la actual “Comisión Barroso” en el año 2009<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> El listado de sus miembros se encuentra en esta dirección: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/experts\\_membstates\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/experts_membstates_en.pdf) (última consulta 19.03.08).

<sup>60</sup> El sumario de ambos talleres puede consultarse en: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/common\\_frame\\_ref\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/common_frame_ref_en.htm) (última consulta 19.03.08).

<sup>61</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/conference092005/kyprianou2005.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference092005/kyprianou2005.pdf) (última consulta 19.03.08).

<sup>62</sup> Véase BEALE, H. (2007), p. 273.

La segunda conferencia del “Discussion Forum”, siguiendo la anterior inercia, tuvo lugar en Viena los días 25 y 26 de mayo de 2006 bajo los auspicios de la presidencia austriaca de la Comisión, con el propósito de debatir acerca de la revisión del acervo comunitario y tratar el progreso, claves y perspectivas del CFR. La visión de la Comisión Europea acerca del CFR puede entresacarse del “Saludo de bienvenida”<sup>63</sup> pronunciado en nombre del Comisario KYPRIANOU, y se resume en estos tres puntos: (1) la idea de la “better regulation”: el trabajo del CFR está conectado claramente con un objetivo global de conseguir una mejor regulación, esto es, remediar las inconsistencias y remover los obstáculos para el mercado interior que surgen de las divergencias entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales; (2) la idea, preponderante tanto en el nivel político como en el académico, de que la coherencia del derecho es buena para el mercado<sup>64</sup>: los beneficios para el mercado interno (reducción de obstáculos, promoción del mercado y competitividad) y los consumidores provendrán del incremento de la coherencia entre las diferentes piezas de la legislación europea sobre contratos; y (3) un final abierto: la forma definitiva del CFR está abierta y sólo puede decidirse su resultado definitivo en una fase ulterior. En consecuencia, la petición del Comisario es que el CFR será más efectivo si resulta obligatorio para la Comisión así como para el Parlamento Europeo y el Consejo, por lo que la participación de estas instituciones es muy bienvenida.

El tercer “Discussion Forum” se celebró en Stuttgart, los días 1 y 2 de marzo de 2007, con la cobertura de la presidencia alemana del Consejo, donde se trató el CFR y la revisión del acervo comunitario en materia de consumo. La segunda conferencia de apertura estuvo a cargo de la nueva Comisaria para la salud y la protección de los consumidores, Meglena KUNEVA, quien no se apartó de la línea seguida por su antecesor ni de la visión general de la Comisión<sup>65</sup>, al subrayar (1) la idea de la “better regulation” y de la simplificación del derecho como iniciativas presentes en la “Agenda Europea”, (2) que la revisión del acervo en materia de consumo, cuya piedra de toque es el “Libro Verde sobre la revisión del acervo comunitario en materia de consumo” (*Green Paper on the Review of Consumer Acquis*), ayudará a la Comisión en todas las demás áreas de derecho contractual y (3) la utilización del CFR como “caja de herramientas” (*toolbox*) con la que mejorar la consistencia y cualidad de la legislación existente y futura en el ámbito del derecho de contratos. El primer discurso de apertura pronunciado por el Ministro alemán de Justicia fue muy estimulante, sin embargo, la Comisaria anunció que la “Dirección General de Salud y Consumo” (DG SANCO) no organizaría en el futuro nuevos grupos de trabajo pero que otras direcciones generales sí lo harían.

---

<sup>63</sup> Cf. bajo la dirección: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/conference052006/greeting\\_mk.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference052006/greeting_mk.pdf) (última consulta 19.03.08).

<sup>64</sup> Se trata de una idea (el “argumento económico”), muy recurrida, que debe ser destacada a nivel filosófico (en lo que no podemos entrar por el propósito de este trabajo) y que en gran medida viene a mediatizar la cuestión sobre la unificación o armonización del derecho privado europeo. Por todos, CÁMARA LAPUENTE, S. (2003), pp. 49 y ss.

<sup>65</sup> Cf. en la dirección: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/speech\\_kuneva\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/speech_kuneva_en.pdf) (última consulta 19.03.08).

### 3.5. El “gran hermano”, la Comisión Europea, y la reivindicación de un papel por el Parlamento Europeo

La contemplación de este proceso en cada una de sus fases y en función de las actuaciones de sus protagonistas, inducen a pensar que la posición estratégica de la Comisión ha sido la de optar por la cómoda vía de no desvelar todas sus intenciones finales para tener a todos los protagonistas más o menos en tensión. El mensaje sobreentendido, aceptado además por los investigadores (académicos)<sup>66</sup>, es que primeramente son éstos los que han de dar forma al proyecto, elaborar y presentar el “draft” y, luego, ya veremos qué es lo que acaba acogándose a nivel político.

En cuanto a estas intenciones (nunca reveladas completamente) de la Comisión, puede tomarse como ejemplo el discurso pronunciado por el Director General de SANCO en el marco de una conferencia conjunta del Parlamento y la Comisión (28 de abril de 2004). Los puntos clave son éstos<sup>67</sup>: (1) el CFR se contempla como un juego de herramientas (“toolkit”) en el que se contendrán las *mejores soluciones* basadas en los principios comunes sustentados tanto en el acervo comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales; (2) en cuanto tal, el CFR asegurará la *consistencia* y la *coherencia* del acervo comunitario, lo que significa en la práctica que será necesario garantizar que el mismo concepto, usado en diferentes lugares, sea aplicado e interpretado consistentemente, y deberá proveer modelos a los que poder referirse allí donde se identifique la necesidad de armonizar un área específica; (3) entre otras posibles utilidades, se prevé que los otros protagonistas del proceso legislativo comunitario, el Parlamento y el Consejo, también hagan uso del CFR y, asimismo, los legisladores nacionales a la hora de incorporar las directivas; y (4) el CFR estará compuesto por tres tipos de elementos: (i) *principios fundamentales*, que servirán como sustento para los otros elementos y donde se identificarán además las circunstancias en las que la derogación de estos principios deberá estar justificada, (ii) *definiciones* de ciertos términos legales clave, lo que jugará un papel determinante en el objetivo de promover la consistencia y la coherencia (ejemplos, “contract” o “damage”), (iii) *modelos de normas* en materia de contratos, formulados gracias a la utilización de los anteriores elementos, y que podrían servir como punto de partida para la revisión y desarrollo de un sector legislativo específico (por ejemplo: formación del contrato, obligaciones precontractuales, materias relativas al cumplimiento e incumplimiento, derechos y obligaciones en caso de pluralidad de partes, cesión de créditos, transmisión de contratos y plazos para el ejercicio de los derechos).

Estas ideas se consolidan en el “Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia” (*Second Progress Report*), de 25 de julio de 2007<sup>68</sup>, donde se insiste en la opinión de

---

<sup>66</sup> No todo lo que se encuentre en el DCFR tiene que incorporarse en el CFR político que finalmente se adopte: BEALE, H. (2007), p. 265; BAR, C. von (2007), p. 357.

<sup>67</sup> Cf. MADELIN, R. (2004) [sin numeración ni paginación].

<sup>68</sup> COM (2007) 447 final.

que el CFR no tiene por objeto una armonización a gran escala ni establecer un Código Civil europeo.

- “[L]as conclusiones pertinentes del MCR se incorporarán, en su caso, a la revisión del acervo del Derecho contractual de la UE en materia de consumo”.
- “[S]egún la idea inicial, se pretende que el MCR sea una 'caja de herramientas' o un manual que la Comisión y el legislador de la UE utilizarán para revisar la legislación en vigor o preparar legislación nueva en el ámbito del Derecho contractual”.
- “[L]a Comisión considera que el MCR es un mejor instrumento regulador. Entiende que es un ejercicio a más largo plazo, cuyo objeto es garantizar la coherencia y calidad de la legislación de la CE en el ámbito del Derecho contractual. Podría utilizarse para establecer definiciones claras de los términos jurídicos, principios fundamentales y modernas normas coherentes de Derecho contractual al revisar la legislación sectorial en vigor o preparar legislación nueva, si se considera necesario. No tiene por objeto una armonización a gran escala del Derecho privado, ni establecer un Código Civil europeo”<sup>69</sup>.

Entretanto, el Parlamento Europeo (“Legal Affairs Committee”) adoptó el 23 de marzo de 2006 una “Resolución sobre derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”<sup>70</sup>. Esta Resolución es una respuesta al proceso puesto en marcha por el “Action Plan” y tiene como objetivo principal definir la participación del Parlamento en el proyecto de crear un fundamento común para el derecho civil y contractual europeo. En consecuencia, se abren las vías para ofrecer indicaciones políticas a las partes involucradas en el desarrollo del derecho contractual europeo, como por ejemplo a la Comisión, los académicos de los grupos de investigación y los “stakeholders” implicados en el CFR. La Resolución dedica diez artículos la cuestión de la cooperación con la Comisión, dirigidos, principalmente, a la finalidad de garantizar al Parlamento que la Comisión le suministre toda la información necesaria relativa a esta materia. Asimismo, el Parlamento subraya que, cualquiera que sea el resultado y a qué se parezca, la adopción final de cualquier clase de CFR necesitará la aprobación política por parte del Parlamento y el Consejo (legisladores europeos). Finalmente, en lo sustancial, en cuanto al aspecto del CFR, el Parlamento subraya que es necesario que distinga entre preceptos aplicables a los contratos entre empresarios y aquellos aplicables a las relaciones de consumo, diferenciándolos sistemáticamente. Habla, en este sentido, de una “toolbox” para los contratos en general (B2B y B2C), que no deberá favorecer a un grupo determinado<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Sucesivamente en “Segundo Informe de situación sobre el Marco Común de Referencia” (Conclusiones, p. 11).

<sup>70</sup> P6\_TA (2006) 0109 [2005/2022(INI), A6-0055/2006].

<sup>71</sup> Para un sumario de esta Resolución, LEHNE, K.-H. (2006), esp. pp. 13, 14.

#### 4. El impulso académico en el making european law: ¡hagamos el CFR!

No es posible comprender la historia del CFR sin reseñar el impulso académico y comprender el peso de cada uno de los grupos de investigación presentes. Es indudable, en un contexto más general, que la doctrina legal y los trabajos e investigaciones académicos han asumido un papel básico en el proceso de construcción del derecho privado europeo, hasta el punto de que muchos estudios han parado mientes, si bien desde perspectivas diversas, respecto del vigor adquirido en los últimos años por la ciencia jurídica y la doctrina a la hora de construir un sistema del derecho común para Europa, incluso en algún caso abogando por una especie de “renacimiento” de la función creadora del derecho mediante la autoridad y racionalidad de las proposiciones y reglas diseñadas por la doctrina<sup>72</sup>. No es el momento, no obstante, de abordar esta discusión que es ya un tópico entre los académicos europeos, sino el de poner de relieve cuál es el papel de los principales grupos de investigación en este proceso de elaboración de un CFR.

Junto a los grupos más poderosos e influyentes, que son los que a continuación citaremos, existen otras academias, institutos o grupos de destacada relevancia que también han orientado sus esfuerzos a la realización de estudios sobre la posibilidad de unificar el derecho privado en Europa: “Academy of European Law” (Trier), el “European University Institute” de Florencia, el “Instituto de Derecho Comparado” de París (TALLON), el “Centro de Derecho de obligaciones de la universidad de Lovaina” y el “Centro de Investigación en Derecho Privado de la Universidad París I” (Panthéon-Sorbonne), la “Society for European Contract Law” (SECOLA), el “Instituto Británico de Derecho Comparado” (dirigido por ANDENAS) o, finalmente, el “Proyecto de *casebooks* de Derecho europeo”.

Al día de hoy, hay una gran diversidad de grupos de investigación que han emprendido la carrera hacia la preparación de documentos o instrumentos jurídicos sobre el derecho privado europeo. En este frenesí de grupos, subgrupos y nuevos grupos de trabajo y de redes de investigaciones (específicas y conjuntas), por el momento, los dos grupos académicos más activos y destacados, por cuanto al CFR se refiere, son el “Acquis Group” y el “Study Group”. Sin olvidar, tampoco, en materia de contratos de seguros el “Project Group Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group)”, incluido también en la “CoPECL Network” de investigadores establecida por el “Sexto Programa Marco”. Este grupo ha mandado contemporáneamente a la Comisión un cuerpo de “Principios de Derecho de Contratos de Seguros”, aunque todavía no se puede concluir si (y cuándo) estos principios acabarán integrándose en el Libro IV del DCFR<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> La literatura al respecto es ingente, especialmente la extranjera; baste ahora, para ilustrar estas reflexiones, entre nosotros, las siguientes aportaciones: ARROYO i AMAYUELAS, E. (2002), pp. 33 y ss., 64 (“un nuevo *ius commune* para Europa”); CÁMARA LAPUENTE, S. (2003), pp. 87 (reivindicación del “papel creador del Derecho”), 94 (“potenciación del Derecho comparado”). Cf. las diversas perspectivas en DÍEZ-PICAZO, L. / ROCA TRÍAS, E. / MORALES, A. M. (2002), pp. 110 y ss., y 121 (“[l]a historia vuelve de nuevo... los europeos vuelven al redil del Derecho común, que ahora llamaremos Código abierto o Principios del Derecho europeo”).

<sup>73</sup> Véase los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (2008), preparados por el Study Group y el Acquis Group (“Introduction”, nº 59).

En el año 2003, como ha podido comprobarse, prácticamente todos los grupos relevantes internacionalmente en las investigaciones sobre el derecho privado europeo se presentaron a una conferencia organizada por la “Academia Europea de Derecho” (ERA) como referentes y legitimaron cada uno su papel en el proceso de elaboración del CFR<sup>74</sup>. Ahora sólo el “Acquis Group” y el “Study Group” se presentan conjuntamente como los hacedores del borrador de CFR. Los acontecimientos y las diferentes fuerzas de los grupos en liza han precipitado la abrumadora realidad de que el proyecto del CFR se ha preparado principalmente sobre las conclusiones del “Study Group”, quien gobierna el timón de la nave, con un contraalmirante excepcional (el “Acquis Group”) y una tripulación bastante variopinta, no siempre coordinada y en muchas ocasiones en desacuerdo con el capitán (los “stakeholders”). Así, el “Study Group” en el gobierno de la situación debe tener en consideración las propuestas del grupo de “stakeholders” y del “Acquis Group”, sin olvidar que los resultados obtenidos por este último grupo respecto del *acquis communautaire* se incluirán en el CFR<sup>75</sup>.

#### 4.1. El papel del Acquis Group

El “Acquis Group”<sup>76</sup> en los últimos tiempos va adquiriendo cada vez más relevancia. Se trata de un grupo fundado en el año 2002<sup>77</sup> y que está compuesto actualmente por más de cuarenta profesores pertenecientes a casi todos los Estados miembros. Desde mayo de 2005 el “Acquis Group” es parte de la “Joint Network on European Private Law”. El objetivo principal del grupo es perfilar los contornos del derecho privado europeo que trascienden y destacan en el derecho comunitario, en la medida en que resulten útiles para la aplicación y el ulterior desarrollo del derecho privado. Para conseguir este objetivo, primordialmente, concentra sus esfuerzos en el

---

<sup>74</sup> Cfr. una variedad de contribuciones de los grupos y redes de investigación en AA.VV. (2003), “A Common Frame of Reference – How should it be filled?”, *ERA-Forum*, Vol. 4, No. 2, 99-145. En esta obra varios académicos, pertenecientes a los diversos grupos, cuentan el CFR desde la perspectiva propia: “Study Group” (Christian v. Bar), “Max Planck Institute” (Jürgen Basedow), “Common Core Project”-Trento (Mauro Bussani), “European University Institute”-Florencia (Fabricio Cafaggi / Christian Joerges / Jacques Ziller / Christoph Schmid), “Centre for a Common Law of Europe and Ius Commune Casebook Project” (CCLE)-Lovaina (Wouter Devroe / Dimitri Droshout), “The Academy of European Private Lawyers”-Pavía (Giusseppe Gandolfi), “Society of European Contract Law-SECOLA (Stefan Grundmann), “Institut Charles Dumoulin-Faculté de droit Jean Monnet”-París XI (Pauline Remy-Corlay), “Association Henri Capitant des Amis de la culture Juridique Française et la Législation Comparée (Pauline Remy-Corlay), “Acquis Group” (Hans Schulte-Nölke).

<sup>75</sup> Cf. LANDO, O. (2007), p. 246.

<sup>76</sup> <http://www.acquis-group.org/>.

<sup>77</sup> Los antecedentes de este grupo se encuentra en un programa de trabajo desarrollado en los años inmediatamente anteriores a la publicación del “Action Plan” dentro del marco de la red de investigación “Common Principles of European Private Law” subvencionada por la Comisión Europea y coordinada por el “Centro de Derecho Europeo Privado” de la Universidad de Münster, presentado por primera vez en la Conferencia (2001) de la “Academia de Derecho Europeo” (ERA) en Trier. Véase, SCHULZE, R. (2003), en SCHULZE, R. / AJANI, G., *Common Principles of European Private Law*, Baden-Baden, pp. 11-14.

derecho privado de la Comunidad ya existente (*existing EC Law*) que pueda descubrirse dentro del *acquis communautaire*<sup>78</sup>.

El trabajo de este grupo se resume en tres directrices:

- Metodológicamente, se sigue el “*acquis approach*”, refiriendo la base del trabajo al derecho comunitario ya existente (*existing EC Law*), a diferencia del “*comparative approach*” que basa el trabajo en la comparación de los ordenamientos nacionales<sup>79</sup>.
- Fuentes: constituidas por las diversas formas del derecho comunitario existente, para lo que se toma en consideración la totalidad del acervo comunitario (junto a los Tratados se incluyen toda la gama de actos legales de la Comunidad relativos a los contratos, así como el *case law* del Tribunal de Justicia de la Comunidad y del Tribunal de Primera Instancia)<sup>80</sup>.
- Indagación de los principios trascendentes en materia contractual sobre la anterior base normativa empleando el “*acquis approach*”.

Los principios del derecho contractual europeo, según relata LEIBLE, se indagan en tres fases<sup>81</sup>:

- Primero, es imprescindible la formación de un inventario del derecho primario, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los diversos actos jurídicos de la Comunidad Europea. Al respecto, resulta impresionante la gran cantidad de derecho material de los contratos que ya se encuentra presente en el derecho de la Comunidad.

- Segundo, debe continuarse con la tarea de encontrar las estructuras más trascendentales y lo que hay de común entre los actos jurídicos particulares y los “sectores” en los que el derecho comunitario se ha desarrollado. En este sentido, tiene eficacia, a diferencia de lo que se ha venido haciendo hasta ahora (focalización solamente sobre los actos singulares y los sectores particulares), establecer un punto de arranque que permita una penetración sistematizadora en el derecho comunitario.

- Finalmente, habría de comprobarse sobre esta base en qué modo los principios trascendentales para la materia contractual están ocultos en el derecho comunitario. Aquí puede hallarse propiamente el logro de un desarrollo ulterior del derecho europeo de los contratos. Igualmente, si las reglas del derecho comunitario han surgido en el marco de políticas unilaterales de protección, éstas podrían tener como base unos principios con capacidad de generalización. En este sentido, tienen que perfilarse los principios comunes para todos, frente a las particularidades, como por ejemplo el derecho de consumo, y habrán de utilizarse como cimiento para un derecho contractual no sólo específicamente sectorial.

Hasta ahora, el “*Acquis Group*” se ha ocupado esencialmente de temas como la formación del contrato, la incorporación y control de contenido de las condiciones generales de la contratación, la protección contra la discriminación, los deberes de información, el significado de la buena fe,

<sup>78</sup> AA.VV./ SCHULTE-NÖLKE, H. (2003), p. 142. Sobre el carácter multívoco de la propia expresión “acervo comunitario”, ALFA, G. (2003), pp. 224-226

<sup>79</sup> SHULZE, R. (2005), p. 7, y pp. 14-18 (para más detalles).

<sup>80</sup> SHULZE, R. (2005), pp. 8, 10.

<sup>81</sup> LEIBLE, S. (2006), p. 1606. Véase también, SCHULZE, R. (2005), pp. 11-13.

los derechos de revocación o, mas recientemente, los remedios frente al incumplimiento<sup>82</sup>. Los resultados obtenidos se reúnen conjuntamente en una especie de “reglas fundamentales” del derecho privado comunitario vigente<sup>83</sup> y se publican en las lenguas europeas más importantes<sup>84</sup>.

Si bien la presencia de estos trabajos en el resultado final del borrador del CFR es importante, no obstante, la posición de este grupo puede calificarse, a mi juicio, como una posición eminente instrumental y metodológica, e incluso inspiradora, antes que suministradora de normas. En esta perspectiva, este grupo, a diferencia del “Study Group”, ha desarrollado la ingente labor de indagar, señalar o abstraer los principios del derecho comunitario existente en materia de contratos dotando de coherencia a la densidad normativa de éste y cubriendo sus lagunas (una labor cualitativa), pero en lo técnico cuantitativamente son menos numerosas las normas que han sido asumidas en el resultado final.

#### 4.2. El papel del Study Group

El “Study Group on a European Civil Code”, como es sabido, fundado en 1999, aparece actualmente como el continuador natural de los trabajos de la “Commission on European Contract Law” (“Comisión Lando”), y se encuentra integrado por un grupo muy destacado de académicos<sup>85</sup>. El grupo ha dirigido, y sigue dirigiendo, sus esfuerzos a la creación de una serie de principios comunes, es decir, más bien hacia una especie de *restatement* europeo antes que hacia un Código<sup>86</sup>. El proyecto pretende desarrollar las bases para establecer el estatuto esencial del derecho patrimonial en la Unión Europea, obviando otras materias civiles como el derecho de familia o de sucesiones<sup>87</sup>.

La misión del “Study Group” ha sido desde sus inicios la elaboración de principios europeos comunes para los aspectos más destacados del derecho de obligaciones y para ciertos aspectos de la propiedad mobiliaria especialmente relevantes para el funcionamiento del mercado común. Por esta razón deben destacarse las metodologías diversas, aun cuando concurrentes a un mismo resultado, de ambos grupos. El “Study Group” se separa metodológicamente del “Acquis Group”, puesto que no busca la indagación de los principios mediante el acervo comunitario, sino que su propósito fundamental es la elaboración de los principios comunes para el derecho

---

<sup>82</sup> SCHULZE, R. (2005), p. 19; LEIBLE, S. (2006), p. 1607.

<sup>83</sup> LEIBLE, S. p. 1606.

<sup>84</sup> Las principal publicación es RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2007), *Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier, Berlin.

<sup>85</sup> Más información en Internet: <http://www.sgecc.net>.

<sup>86</sup> Así se reconoce en la “Joint Response Lando-v. Bar”. Cf. MARTÍN CASALS, M. (2001), p. 55.

<sup>87</sup> En relación con su método de trabajo, ROCA, E. (2003), “El Study Group a European Civil Code-Proyecto Von Bar”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho Privado Europeo*, pp. 200-201.

privado europeo que tengan la mayor relevancia técnica posible. Esta metodología rebasa el derecho comunitario, tanto en cobertura de materias, pues no sólo se recoge derecho de contratos, como en las fuentes utilizadas, por cuanto también los derechos nacionales son utilizados para tal fin.

Tanto el “Study Group” como su antecesor, han asumido el compromiso de discernir y formular modelos de derecho patrimonial para los Estados miembros, si bien el primero tiene un objetivo de mayor amplitud respecto de la materia que abarca: actualmente se extiende también a los contratos en particular, las obligaciones extracontractuales (daños, enriquecimiento injustificado y *negotiorum gestio*) y determinadas cuestiones de la propiedad mobiliaria (transferencia de la propiedad y garantías mobiliarias). La “Commission on European Contract Law” culminó su cometido en el campo del derecho de contratos con la publicación de los (ahora archiconocidos) *Principles of European Contract Law* (PECL) en tres partes<sup>88</sup>. Estos principios han sido adoptados con ciertos ajustes por el “Study Group” con el fin de tomar en consideración los nuevos desarrollos y las aportaciones de sus investigadores. Los resultados de esta investigación se publican en una colección que ya ha dado lugar a importantes aportaciones en el ámbito del derecho patrimonial europeo (“Study Group on a European Civil Code series”) y que son la base (aunque no la única) del actual CFR académico<sup>89</sup>.

Son cinco las razones por las que este grupo se ha involucrado en el proceso de elaboración del CFR (cinco razones para “crear” en el CFR)<sup>90</sup>: (1) jugará una influencia potencial en la legislación nacional y en el futuro proceso legislativo a nivel europeo, (2) su influencia potencial en las sentencias de los tribunales nacionales, (3) su ámbito de aplicación puede ser fácilmente más extenso que el de un instrumento europeo obligatorio, (4) en muchos aspectos en sí mismo servirá como instrumento facultativo, y (5) proveerá las universidades europeas de un texto común a efectos docentes.

---

<sup>88</sup> LANDO, O. / BEALE, H. (2000) (eds.), *Principles os European Contract Law*, Parts I y II, Combined and Revised, The Hague; LANDO, O. / CLIVE, E. / PRÜM, A. / ZIMMERMANN, R. (2003), Part III, The Hague. Véase para las traducciones el propio sitio de la “Comisión Lando”: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/) (última consulta 19.03.08).

<sup>89</sup> Para esta perspectiva, BAR, C. von (2005), p. 18.

<sup>90</sup> AA.VV./BAR, C. von (2003), p. 100.

## 5. Sentidos y funciones del CFR en el debate sobre el modo de hacer el derecho privado europeo

### 5.1. “Marco común de referencia”: la multifuncionalidad de una “caja de herramientas” y otras ideas

En verdad, como consecuencia de la pretendida ambigüedad de las declaraciones de la Comisión y también por la encarnizada perseverancia del sector académico en un único sentido, el CFR se ha rodeado de cierto halo de misterio.

“[The] form and content of the Common Frame of Reference is still something of mystery to many”, Lord FALCONER (Discurso de apertura en la Conferencia de Londres, 2005)<sup>91</sup>.

De momento, al menos, en el horizonte de la Comisión Europea, y en menor medida del Parlamento Europeo, está predominando la opción por una especie de *soft law* de baja intensidad, por cuanto no se cubren todas las materias del derecho patrimonial y porque el futuro instrumento que resulte —si se decide— tan sólo podrá ser elegido por las partes como ley aplicable mediante una sumisión expresa al mismo (*opt-in*).

Ténganse, en cuenta, esquemáticamente, las declaraciones de las instituciones europeas. Resolución del PE de 15 de noviembre de 2001 [“body of rules” (par. 14 i y j)]; Opción II (*soft-law*) de la Comunicación de la Comisión de 11 de julio de 2001; “Plan de Acción” (2003): “CFR”, “terminología general y compartida”, “instrumento facultativo”; “Way Forward” (2004): “CFR”, “toolbox”, “principios, definiciones y modelos de reglas”.

A pesar de la incertidumbre, algunas respuestas, en función de las declaraciones y actuaciones de la Comisión así como de las interpretaciones doctrinales, pueden tenerse en cuenta para desvelar este “misterio”, aunque el grado de exactitud en las afirmaciones no puede ser absoluto.

Veamos las cuestiones fundamentales, que pueden sistematizarse, a mi juicio, del siguiente modo:

1. *Toolbox*. La propia Comisión, desde una perspectiva más reduccionista, como se ha visto, ha inventado la función del CFR como “caja de herramientas”<sup>92</sup> y los investigadores implicados en su proceso han insistido sobre la idea. Esta función significa, de acuerdo con las declaraciones de la Comisión, que el CFR será un texto de ayuda en el proceso de mejora de la coherencia interna en las directivas de protección del consumidor y, muy probablemente, en una perspectiva más

<sup>91</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/conference092005/falconer2005.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference092005/falconer2005.pdf) (última consulta 19.03.08).

<sup>92</sup> Véase, por ejemplo, el discurso de apertura del Comisario KYPRIANOU en la Conferencia de Londres de 2005: “[T]he CFR will be a valuable tool to help us improve the quality and coherence of existing and future Community legislation in contract law”. [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/conference092005/kyprianou2005.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference092005/kyprianou2005.pdf) (última consulta 19.03.08). Una referencia en RÖTTINGER, M. (2006), p. 818.

amplia, en el derecho contractual general<sup>93</sup>. De acuerdo con la idea original del “Action Plan”, la caja de herramientas no sería otra cosa que un juego de definiciones convencionales sobre expresiones legales y conceptos para utilizar en la preparación o revisión de la legislación europea<sup>94</sup>. No obstante, también se ha formulado alguna objeción, en la creencia de que la asunción de esta visión no supondría otra cosa que un funeral de primera clase para algunos de los aspectos más importantes de la idea del CFR<sup>95</sup>. Está por ver, depende en buena medida de qué visión o idea que se tenga sobre el CFR. Lo cierto es que el CFR debe tener funciones útiles y de aceptación generalizada, así como ser en sí mismo una solución a los problemas de coherencia del sistema de derecho contractual europeo. Por el momento, la expresión ofrece un amplio abanico de significados, y tal vez haya sido elegida por esta razón, y si este es el caso, entonces, tiene una evidente función política<sup>96</sup>. El segundo objetivo que se le asigna al CFR es la de constituir la base de un futuro instrumento facultativo, si es que se decide crear uno (lo veremos en el siguiente apartado).

Hay, por lo tanto, una perspectiva de sistema multifuncional. En este sentido el CFR cumple, o puede cumplir, una serie de funciones, no excluyentes entre sí, ni jerarquizadas en su orden. De una caja de herramientas se extraen los instrumentos útiles para la función que se desea realizar en cada momento. Por ello, esta metáfora es sugerente si se considera la multifuncionalidad.

2. Dentro de la caja de herramientas encontramos lo que a mi entender podríamos denominar “las llaves maestras”. *Principios, definiciones y modelos de normas*. Como hemos visto, se espera que el CFR contenga definiciones claras de conceptos jurídicos, principios fundamentales y modelos de reglas coherentes del derecho contractual, previéndose que estos últimos constituyan la parte más amplia del CFR<sup>97</sup>, que se asiente en el acervo comunitario (*acquis communautaire*) y en las soluciones empíricas comunes provenientes de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

La Comisión no establece con precisión qué han de ser, pero da algunas pautas o indicios y la estructura del CFR que sugiere se establece sobre tres capítulos que han de contener estas tres

---

<sup>93</sup> Por todos, BEALE, H. (2007), p. 260: “[The] first [function] is to assist in the improvement of the *acquis communautaire*, I call this the ‘legislator’s guide’ o ‘toolbox’; también en su presentación del CFR al Parlamento Europeo el 21 de noviembre de 2006, BEALE, H. (2006), “Common Frame of Reference: What next in European Contract Law?, *Public Hearing* (21 Nov 2006) [documento sin paginación].

<sup>94</sup> BEALE, H. (2007), p. 264; también, LANDO, O. (2007), p. 246 (“reservoir” del que podrían tomarse conceptos, términos y definiciones).

<sup>95</sup> BAR, C. von (2007), pp. 351, 352.

<sup>96</sup> El propio Christian von Bar realizó esta manifestación anteriormente: BAR, C. von (2005), p. 23.

<sup>97</sup> STAUDENMAYER, D. (2005), p. 98.

materias [véase *supra* (3. e)]. BEALE sugiere la siguiente esquematización, que proponemos con algunos ajustes<sup>98</sup>:

- **Modelos de reglas** (“model rules”). Se cree que la formulación de modelos de normas coherentes podrá ayudar a la Comisión en la revisión en marcha de ocho directivas de consumo. Estas “model rules” mostrarían cómo los principios que subyacen en las normas de los varios sectores deberían adquirir una aplicación más amplia (“horizontal approach”). Incluirían, además, más allá del propio acervo comunitario, las mejores soluciones (“best solutions”) encontradas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y los instrumentos jurídicos de carácter internacional (en particular, la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías).
- **Definiciones.** Los modelos de regulación no son suficientes ante la realidad de que las directivas incorporan términos y conceptos que no se definen (ejemplo: caso *Leitner*, sobre el concepto de “daño” en la “Directiva de viajes combinados”). Por esta vía el CFR podría contener definiciones que resultasen útiles en la hermenéutica. Los legisladores nacionales, en el momento de incorporar la directiva, tendrían la posibilidad de encontrar los conceptos en el CFR.
- **Principios.** Antes que nada, se trataría de principios de aplicación más o menos universal (por ejemplo, la buena fe, salvando las distancias con los sistemas de *common law* donde no se formula como mandato general, *pacta sunt servanda*, etc.). Pero también podrían referirse a mensajes recordatorios formulados de manera abstracta pero útiles para el legislador (debe cualificarse el principio de libertad contractual del cual se parte, debe precisarse el principio de protección del consumidor, etc.).

Además, la caja de herramientas puede desempañar otras funciones.

3. “Función A”: *Guía para legisladores y jueces*. El CFR no es otra cosa que un intento de crear una base común relativa a un sistema y a una terminología para los legisladores dentro de la UE (tanto para las instituciones comunitarias como para los legisladores nacionales) en el momento de confeccionar el derecho de contratos o de transponer las directivas comunitarias (“Guide for Legislators”) y también para quien aplique el derecho (“EC Law Interpretation Guide”)<sup>99</sup>.

En este último sentido, también, podría “[s]ervir al Alto Tribunal Europeo como punto de partida para la interpretación del derecho contractual de la Comunidad, sobre la base del acervo comunitario y de las soluciones indagadas y probadas como bien común del Derecho contractual de los Estados miembros”, LEIBLE, S. (2006, p. 1601).

Esta función parece incluso retroalimentar el proceso en un sentido circular, pues, antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva sobre el CFR, ya está utilizando ciertas propuestas académicas para los proyectos de revisión del acervo. Así ocurre con el “Libro Verde” para la revisión del acervo comunitario en materia de consumo<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Véase BEALE, H. (2007), pp. 261-264.

<sup>99</sup> En este sentido, SCHULTE-NÖLKE, H. (2007), p. 341; también, BEALE, H. (2007), p. 260.

<sup>100</sup> La Comisión publicó en febrero de 2007 el “Green Paper” sobre revisión del acervo comunitario en materia de consumo [COM (2006) 744 final].

“[I]t is clear that many of the questions draw on texts from the draft CFR that researchers presented to stakeholders workshops during 2006”, BEALE, H. (2007, p. 262).

4. “Función B”: *Revisión y ampliación del acervo comunitario*. Por esta razón, los trabajos en la elaboración del CFR no son más que una revisión y ampliación de los principios de derecho privado europeo en tres direcciones: (1) incorporación del derecho contractual de la Comunidad (en particular, derecho de consumo<sup>101</sup> y derecho anti-discriminación), (2) extensión a los contratos en particular, las obligaciones extracontractuales (daños, enriquecimiento injusto, gestión de negocios ajenos) y la propiedad de bienes muebles y (3) ampliación de la base comparativa a todos los Estados miembros<sup>102</sup>.

4. “Función C”: *Gap-filling function*<sup>103</sup>. La utilización de los “principios del *acquis*” (ACQP) tiene una virtud especial para el DCFR: puede servir para rellenar lagunas en la medida en que podemos referirnos a ellos para ilustrar las características del derecho de contratos de la Comunidad y sirve asimismo como base de conocimiento o instrumento para una ulterior mejora de calidad y coherencia de la legislación.

5. *Funciones conjeturales*. El CFR podría tener también, a la hora de la creación a nivel local del derecho en materia contractual, un carácter modélico para el legislador (*función modélica*). Otra función, en particular sugerida por el Parlamento Europeo, sería la utilización del CFR en los procedimientos arbitrales. Así las cortes arbitrales podrían recurrir al CFR para encontrar la solución objetiva y más equitativa posible en los conflictos entre las partes contratantes (*función arbitral*). La Comisión incluso propone utilizar el CFR incorporándolo en los contratos concluidos con sus contrapartes contractuales (*función contractual*). Igualmente, según la opinión de la Comisión, otros órganos e instituciones comunitarias podrían hacer uso del CFR en la celebración de los contratos con terceros (*función institucional*)<sup>104</sup>.

6. “Las llaves de otras puertas”. *Essential background information*.

Una de las dificultades que plantea el método de incluir principios en el CFR es el de estar absolutamente seguros de qué se está hablando (y de qué habla el legislador), puesto que hay principios que no adquieren el mismo significado en todos los Estados miembros. El ejemplo clásico es el principio de buena fe. Es un principio bien conocido y formulado normativamente en los códigos civiles tanto de tradición romana como germánica, pero no es conocido en los sistemas de *common law* en el mismo sentido que nosotros lo entendemos. Hay aplicaciones para soluciones de casos que son funcionalmente equivalentes, pero no existe una norma o regla de

<sup>101</sup> Con una revisión del *acquis* de consumo que ya está en marcha [COM (2006) 744 final].

<sup>102</sup> SCHULTE-NÖLKE, H. (2007), p. 345.

<sup>103</sup> Insistió en esta idea recientemente SCHULTE-NÖLKE en su intervención en la “Conference CFR and Existing EC Contract Law” celebrada en Münster los días 10 y 11 de diciembre de 2007. Véase LAUBER, A. V. (2008), p. 375.

<sup>104</sup> Cf. una referencia de estas funciones en LEIBLE, S. (2006), p. 1601.

carácter general<sup>105</sup>. También debe prestarse especial atención al uso de los conceptos en la formulación de principios relativos a los vicios de la voluntad (“mistake” o “fraud”) y al suministro de información incorrecta, pues son un sustrato esencial para el acervo comunitario de protección del consumidor en la materia de la información precontractual. Los niveles de requerimientos de información pueden variar de unos Estados a otros. Por ello, se ha propuesto que en el CFR se incluyan referencias a estas variaciones en materia de formación del contrato: “essential background information”<sup>106</sup>.

En otras palabras, detrás de otras puertas se puede encontrar la solución (normalmente, similar o igual) para el mismo problema; hay que tener las llaves. A mi juicio, no es necesario un “essential background” independiente, sino que estas materias, junto con todas las demás, tienen que tratarse con enorme precisión y sensibilidad en la parte de derecho comparado (*comparative approaches*). Se espera que la versión final del CFR académico contenga explicaciones de los ordenamientos, a semejanza de cómo hacen los PECL, y que además se extiendan a todos los ordenamientos de los Estados miembros de la UE. Igualmente, se prevé que deberán ser actualizadas con frecuencia, si su propósito es del servir para una base continuadora<sup>107</sup>. Es ahí donde debe colocarse la “essential background information”.

## 5.2. La eficacia normativa del CFR como “instrumento facultativo” (optional instrument). El “Blue Botton”

Uno de los puntos más espinosos que suscita ahora el debate de la doctrina europea es seguramente el de la naturaleza jurídica del CFR<sup>108</sup>. El segundo objetivo del CFR, presente en su proceso desde sus inicios (“Action Plan”), es del convertirse en el futuro en un “instrumento facultativo” (*optional instrument*)<sup>109</sup>. En este punto hay cierta tensión entre los dos objetivos (“caja

<sup>105</sup> Para ilustrar el problema basta con ver los comentarios y las notas al art. 1:201 PECL, LANDO, O. / BEALE, H. (2000), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague, pp. 113-121; o la “Introducción” al DCFR (2008), núm. 73.

<sup>106</sup> BEALE, H. (2006), “Common Frame of Reference: What next in European Contract Law” [sin paginación]; BEALE, H. (2007), p.264.

<sup>107</sup> En esta perspectiva correcta DCFR (2008), “Introduction” (núm. 72).

<sup>108</sup> Incluso algunos llegan a vincular su futuro a la naturaleza que adopte el instrumento facultativo, como por ejemplo, ERP, Sjeff van (2007), p. 1.

<sup>109</sup> En la versión inglesa de la Comunicación se utiliza la expresión “optional instrument”, que también ha sido acogida en la versión alemana como “optionales Rechtsinstrument”; para la comprensión del instrumento facultativo en la perspectiva alemana, LEIBLE, S. (2004), en MANSEL/PFEIFFER/KRONKE/KOHLER/HAUSMANN (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, p. 485. En cambio, la versión española, desde la traducción del “Action Plan”, habla de “instrumento facultativo”. Si bien es preferible el término original por su sentido semántico, no conviene detenerse en estas cuestiones terminológicas, al estar claro lo que se quiere decir.

de herramientas” e “instrumento facultativo”) del CFR<sup>110</sup>. Un instrumento jurídico de carácter facultativo, con el fin de ser aplicado a los contratos, necesita de reglas claras relativas tanto a la parte general de los contratos como a los contratos en particular. Si el CFR será la base de este instrumento, si se decide hacerlo, entonces, ya en este momento tendrá que contar también con “modelos de reglas” claras y precisas sobre la materia contractual. No puede quedarse exclusivamente en el objetivo de la caja de herramientas (conceptos y definiciones para la revisión del acervo comunitario).

Por el momento, la Comisión ha preferido desplazar la idea del instrumento facultativo a un debate aparte en el marco de la “Agenda de Lisboa”, ante el temor de que la focalización en el mismo impidiese la elaboración del CFR y, sobre todo, porque este debate tiene una amplia dimensión política por cuanto persigue como objetivos tanto la reducción de los costes en los contratos transfronterizos como en consecuencia la competitividad de las empresas europeas<sup>111</sup>. Otra razón, probablemente, haya sido el hecho de que si el instrumento facultativo ha de basarse en el CFR y el contenido de éste también es discutido por los “stakeholders”, éstos no habrían hecho mucho por incluir normas de carácter tuitivo, especialmente, las de protección de los consumidores<sup>112</sup>.

Las Comunicaciones de 2003 (“Action Plan”)<sup>113</sup> y 2004 (“Way Forward”)<sup>114</sup>, aun cuando la ambigüedad de las declaraciones en ellas vertidas es notable, hablan del instrumento facultativo como un conjunto de normas de carácter contractual que las partes podrían elegir para regir el contrato. En el “Action Plan” la Comisión presentó diversas aproximaciones al tema de la naturaleza obligatoria del instrumento facultativo. En esencia, las posibilidades son dos, o un conjunto de normas que rijan el contrato a no ser que las partes lo excluyan (“opt-out”) o simplemente un modelo facultativo que podría ser elegido por las partes como ley aplicable expresamente en una cláusula del contrato (“opt-in”)<sup>115</sup>. Por ahora, como resultó tras la consulta abierta por el “Action Plan”, esta predominando la vía “opt-in”<sup>116</sup>.

Ninguna de las dos comunicaciones contiene afirmaciones definitivas sobre el posible contenido del instrumento facultativo. Entonces, algunas dudas surgen: de un lado, ¿incluirá sólo reglas

---

<sup>110</sup> BEALE, H. (2006), p. 305.

<sup>111</sup> El segundo motivo lo indica STAUNDENMAYER, D. (2005), p. 100.

<sup>112</sup> Apunta la idea, BEALE, H. (2007), p. 270.

<sup>113</sup> Véase parágrafo 66 (“Medida III”).

<sup>114</sup> Véase 2.3 y Anexo II donde se contiene una discusión completa sobre sus posibilidades.

<sup>115</sup> Argumentos sobre las posibilidades de cada opción se pueden leer en RÖTTINGER, M. (2006), p. 803.

<sup>116</sup> Para una reflexión sobre la relación entre el instrumento facultativo y el derecho internacional privado desde el prisma de los escenarios posibles, STAUNDENMAYER, D. (2005), pp. 101-103; también, RUTGERS, J. W. (2006), pp. 209-211.

sobre el contrato en general o también debería incluir reglas sobre los contratos en particular?, ¿y si es así, cuáles? Los interrogantes todavía no pueden responderse a ciencia cierta, y como advierte STAUDENMAYER, de acuerdo con las declaraciones de la Comisión, todo parece depender de la opinión que al final se adopte respecto de las áreas en las que el instrumento facultativo será necesario<sup>117</sup>.

No obstante, la falta de una decisión clara de la Comisión sobre este punto hace correr el riesgo de que finalmente el instrumento que se adopte, o los instrumentos (también podrían aprobarse varios por sectores), provoque a la postre un efecto disgregador, con lo que poco se habría mejorado. El instrumento facultativo debería abarcar tanto el derecho general de los contratos como los contratos en particular, pues sólo así puede llegar a alcanzar la consideración (presuponiendo, por supuesto, un nivel técnico elevado y una ponderación equilibrada de los intereses en liza) como referente útil en la elección del derecho aplicable.

De otro lado, en relación con el objetivo del instrumento facultativo, de la Comunicación de la Comisión de 2004 (“Way Forward”) se deriva otra cuestión diferente: si el instrumento se aplicará sólo a las relaciones entre empresarios (*B2B contracts*) o también a los contratos con consumidores (*B2C contracts*). La Comisión se inclina por la aplicación a ambas categorías de contratos desde la perspectiva del desarrollo del mercado interior y al respecto destaca la importancia del carácter imperativo de determinadas normas presentes en el acervo, en particular, en el ámbito de protección del consumidor<sup>118</sup>. De este modo, el empresario podría ofrecer al consumidor contratar, o bajo la ley del país de origen del consumidor, o bien de acuerdo con el instrumento facultativo (un derecho europeo del contrato), lo que a juicio de algunos supondría una solución a las distorsiones que podría causar para el mercado si se aplica la ley del país de origen del consumidor a los casos en que el consumidor compra por Internet de un vendedor situado en otro Estado miembro<sup>119</sup>.

Una ojeada a la “Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”<sup>120</sup> deja bien clara, en palabras de LEIBLE, la senda por la que se quiere ir<sup>121</sup>. Para fortalecer más la autonomía privada, el párrafo 1 del art. 3. 2 autoriza a las partes a elegir como legislación aplicable un derecho no estatal.

---

<sup>117</sup> STAUDENMAYER, D. (2005), p. 103.

<sup>118</sup> Nuevamente, STAUDENMAYER, D. (2005), p. 103.

<sup>119</sup> BEALE, H. (2007), p. 271, refiriéndose al art. 5 (“consumer’s home law”) propuesto en la reforma de “Roma I.

<sup>120</sup> COM (2005) 650 final.

<sup>121</sup> LEIBLE, S. (2006), p. 1602; también, Beale, H. (2006), p. 314, o Paul LEGARDE en su intervención en el seno de la Conferencia “CFR and existing EC Contract Law”, véase en LAUBER, A. V. (2008), p. 379.

La expresión exacta del precepto planeado dice: “[L]as partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria”.

En la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento claramente se expresa el sentido de la norma: “[C]on el fin de reforzar aún más la autonomía de la voluntad, principio clave del Convenio, el apartado 2 autoriza a las partes a elegir, como legislación aplicable, un Derecho no estatal. La formulación elegida tiene por objeto autorizar, en particular, la elección de los principios UNIDROIT, los *Principles of European Contract Law* o un posible futuro instrumento comunitario opcional, prohibiendo al mismo tiempo la elección de la *lex mercatoria*, insuficientemente precisa, o de codificaciones privadas no suficientemente reconocidas por la comunidad internacional”, COM (2005) 650 final, p. 5 (Exposición de Motivos, 4).

Entre las propuestas para hacer factible la vida del instrumento facultativo destaca la idea del “Blue Botton” propugnada por SCHULTE-NÖLKE<sup>122</sup>. El “Blue Botton” no sería otra cosa que un instrumento que permitiría a los empresarios mantener un comercio electrónico a nivel europeo bajo un único cuerpo de normas. Esto facilitaría enormemente las ventas de bienes de consumo para el empresario que quisiese ofrecerlos en varios o en todos los Estados miembros en comparación con las veintisiete legislaciones con las que ahora tendría que bregar. Así, esta solución permitiría a los empresarios ofrecer a los clientes, con independencia de que sea consumidor o no, comprar con sometimiento a las reglas del instrumento facultativo. Este instrumento debería procurar un alto nivel de protección del consumidor, como requieren las directivas existentes, más reglas generales del contrato y de la compraventa, incluyendo también los efectos de la compra en relación con el derecho de propiedad. Contendría normas referentes al contrato de compraventa y, al menos, debería contener también normas delimitadoras del objetivo y definiciones y normas relativas a las obligaciones precontractuales, formación del contrato, contenido e interpretación, validez, desistimiento, cláusulas abusivas, cumplimiento, conformidad, remedios frente al incumplimiento (en particular, la falta de conformidad), prescripción y transferencia del título. Muchas de estas normas se aplicarían también como dispositivas a todos los contratos, mientras que serían imperativas en los contratos de consumo. Para someter el contrato al derecho contractual europeo bastaría con clicar en el “Blue Botton” (representado por la bandera azul con estrellas) que aparece en la pantalla aceptando su aplicación.

### 5.3. ¿Un *Restatement* europeo de contratos?

No está previsto que el CFR sea un derecho de carácter vinculante en los tribunales de los países europeos, sino tan sólo una especie de *soft law*<sup>123</sup> y, como hemos visto, elegible por la voluntad de las partes. La idea de este derecho contractual europeo no obligatorio evoca la imagen de una

---

<sup>122</sup> SCHULTE-NÖLKE, H. (2007), pp. 348, 349; también, BEALE, H. (2007), p. 271, 272.

<sup>123</sup> LANDO, O. (2007), p. 256.

especie de *restatement on contracts* a la europea<sup>124</sup>. No obstante, la tarea de la elaboración del CFR es más ambiciosa que la del *restatement*, cuyo carácter fundamental es recopilar y aclarar las normas existentes, mientras que el CFR persigue poner orden y coherencia en un derecho comunitario fragmentario para facilitar la mejora del acervo existente y futuro. Puesto que el CFR no se limita a recoger el derecho existente, sino que asume la tarea de confeccionar un sistema coherente sobre la base de un conjunto tiene un “valor creativo” mayor que los *restatements*, y ésta es la principal diferencia con los mismos<sup>125</sup>.

#### 5.4. ¿Una codificación en sentido sustantivo?

Aunque todavía una interpretación más atrevida es posible, y es que también puede contemplarse el CFR como una codificación en sentido sustantivo<sup>126</sup>.

Características determinantes de la codificación frente a la técnica de la armonización son las siguientes: (a) La codificación es comprensiva, pues acoge en su seno todo el derecho privado y éste da respuesta a todas las cuestiones, mientras que en la armonización las respuestas son siempre parciales sobre una base legal y el principio de subsidiariedad. (b) La codificación es sistemática, en ella se contienen normas generales, existen varios niveles de abstracción de las normas y conceptos, y pretende ser coherente; en cambio, la armonización se caracteriza por ser asistemática pues se dirige a un sector específico, en ella no hay abstracción y resulta incoherente. (c) La codificación se da siempre a través de un único nivel de ejecución, es decir, en el plano nacional, a través de un legislador y con un sistema de una sola jurisdicción, lo que no se cumple en el caso de la armonización que se caracteriza por aparecer en un sistema con dos niveles de ejecución, un plano nacional y otro europeo, un sistema vertebrado sobre criterios de no-competencia *versus* competencia y en donde la interpretación ha de tender a ser armoniosa. (d) Finalmente, la codificación se caracteriza por ser estática, puesto que no es instrumental (al máximo, será la jurisprudencia, siempre dentro de unos parámetros bien definidos, la que la desarrolle) y, ante el cambio social siempre podrá modificarse; en cambio, la armonización es dinámica por ser instrumental, en concreto al mercado interior, y porque se dirige siempre al cambio.

En este orden de cosas, HESSELINK considera que el proceso del CFR puede conducir el derecho privado europeo a una codificación en sentido sustancial, cuyo resultado se caracterizaría por todas las notas acabadas de relatar<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Por ejemplo, SHULTE-NÖLKE, H. (2007), p. 346: “...[a] restatement which is base on the existing EC law in the field of contract law and its transposition”.

<sup>125</sup> KARSTEN, J. / PETRI, G. (2005), p. 39. Para esta misma discusión en el marco de los PECL, LANDO, O./ BEALE, H. (2000), *Principles of European Contract Law*, Parts I y II, p. xxvi.

<sup>126</sup> Con estas palabras, y empleando una serie de argumentos muy convincentes, HESSELINK, M. W. (2006), “The ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience”, *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3, pp. 279, 291, 294 y 305; también, aunque con menos contundencia, GRUNDMANN, S. (2005), “European Contract Law(s) of What Colour?”, *ERCL* 2/2005, p. 204, al considerar que el CFR esconde la intención de un Código Civil que está en la agenda europea: “[A] European Contract Code is on the agenda now, even though the EC Commission still prefers to speak vaguely of a Common Frame of Reference”.

<sup>127</sup> Ampliamente y con variedad de argumentos, HESSELINK, M. W. (2006), “The ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience”, pp. 291-293.

El CFR será *comprendido* porque tratará todo el derecho de los contratos en el sentido bien definido y funcional en el que la comisión entiende esto, es decir, el derecho que se aplica a las disputas entre partes en una transacción económica; será *sistemático*, y de hecho este es el objetivo principal perseguido por el “Plan de Acción”, un derecho contractual más coherente (hacer más coherente el acervo ya existente y el futuro), para lo que se confeccionarán principios, definiciones y reglas; además, el CFR surge en *un solo nivel de ejecución*, es decir, en el nivel europeo, pues será un CFR *europeo*, y no existirá obligación de los Estados miembros de implementarlo ni introducirlo en sus derechos nacionales; finalmente, la última característica es que el CFR será *estático*, a diferencia de las directivas, porque no perseguirá el fin de provocar el cambio del derecho de los Estados miembros, sino que más bien es contemplado por la Comisión como parte de una política definida hacia la “consolidación, codificación y recogimiento”.

Esta teoría deberá tenerse en cuenta en el futuro y su verificación dependerá en buena medida de cuál sea el texto final del CFR. El actual DCFR, o sea el CFR académico, responde a estas características, aunque una cuestión bien diferente será que sea el texto que finalmente se tenga en cuenta en el terreno político a la hora de la verdad y, lo más importante, la eficacia normativa que finalmente tenga. Por ahora, no está claro que la Comisión acoja todo el CFR académico y en el horizonte el instrumento facultativo todavía no se vislumbra. No es un Código Civil, al menos en el sentido histórico, pero se le parece. Los valedores del CFR manifiestan rotundamente que no<sup>128</sup>.

### 5.5. La previsible influencia del CFR

Otro punto a destacar es el relativo a las previsiones sobre la influencia a corto plazo del CFR. KARSTEN y PETRI, contemplando el sistema de los *restatements* norteamericanos, destacan que la influencia en el *case law* ha sido más que notable. Los *restatements* se citan frecuentemente por los tribunales norteamericanos como fundamento de sus decisiones. Es demasiado optimista esperar una penetración similar del CFR a corto plazo, pero no es nada descabellado augurar que el CFR será una fuente importante del derecho para el Tribunal de Justicia de la Comunidad, como apunta la Comunicación de 2004<sup>129</sup>.

En fin, la influencia del CFR en la jurisprudencia y el manejo frecuente que la Comisión pretende dependerán en gran medida de su calidad jurídica como modelo normativo y de su recepción en Europa. Si se consigue una definición común de los conceptos jurídicos, una confección clara de los principios (que son) fundamentales y un modelo coherente de reglas, el éxito es más que probable y la influencia puede traspasar las fronteras europeas<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> BAR, C. von (2007), p. 352: “[A] Common Frame of Reference, not a European Civil Code”; LANDO, O. (2007), p. 256: “[T]he CFR is not planned to become binding on the courts of the Union; it is only to be soft law...”

<sup>129</sup> KARSTEN, J. / PETRI, G (2005), p. 40.

<sup>130</sup> No sin cierto grado de entusiasmo, se dice que el CFR podría marcar el comienzo de un proceso de cambio dentro de Europa en el Derecho de los contratos durante el siglo XXI tan importante como el del Código Civil francés de 1804 en el siglo XIX [KARSTEN, J. / PETRI, G. (2005), p. 45].

Incluso ha llegado a considerarse, desde una perspectiva bastante idealista, como un factor de apreciación de la cultura jurídica europea para los propios ciudadanos. Es un modo muy bueno de aprender más sobre las preferencias reales y las sensibilidades culturales de los ciudadanos europeos en relación con el derecho privado<sup>131</sup>.

## 6. El CFR académico, el denominado DCFR: ¿quién la sigue la consigue! (¿o no?)

### 6.1. Un calendario apretado: trabajando bajo presión; un *Draft Common Frame of Reference*

Las previsiones temporales para la conclusión de los trabajos de las redes de investigación han sido muy ambiciosas, pues se preveía —y el contrato de investigación con la Comisión obliga a ello— que deberían presentar sus conclusiones necesariamente a finales de 2007. Los grupos de trabajo antes citados, muy especialmente el “Study Group”, manifestaron su intención de presentar sus proyectos en este tiempo. El *sprint* final para la elaboración del primer documento que recogiese el deseado CFR había dado comienzo. El tiempo restante hasta finales de 2007 se contemplaba con la clara finalidad de presentar un proyecto de CFR a partir de los resultados de los grupos de trabajo particulares y desde la perspectiva de las opiniones adoptadas por la “CFR-Net” y la “Red de Expertos”.

En este contexto académico y político el “Acquis Group” y el “Study Group”, erigiéndose como artífices de los deseos de la Comisión, han presentado un flamante borrador de CFR. En otras palabras, han presentado una oferta de CFR al poder político. Se trata de un borrador de principios, definiciones y reglas modelo de derecho privado europeo. Se trata de una edición provisional extraordinaria, pues se espera la publicación de una segunda edición comentada con notas de derecho comparado y completada en ciertas materias para finales del verano de 2008.

*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) (2008), Interim Outline Edition (February 2008), Sellier.* Una primera edición en formato electrónico se ha facilitado a la comunidad científica a finales de 2007. La edición en papel tiene la fecha acabada de reseñar.

La previsión cronográfica es que, haciéndolo todo con la máxima rapidez, la Comisión necesitará el período de tiempo que va desde principios de 2008 hasta finales de 2009 para que el proyecto del CFR pueda considerarse concluido definitivamente<sup>132</sup>.

### 6.2. Estructura y contenido

En toda esta historia, como se ha visto hasta ahora, las preguntas que surgen en el *making a european CFR* son de índole variada<sup>133</sup>, desde qué tipo de reglas se recogería en él (*¿mandatory*

<sup>131</sup> HESSELINK, H. W. (2004), p. 419.

<sup>132</sup> LEIBLE, S. (2006), p. 1607; BEALE, H. (2007), p. 273.

*rules, default rules* y *principles*?, ¿o sólo definiciones terminológicas?), qué materias se regularían (¿sólo el *acquis* de consumo?, ¿también el derecho general de los contratos?, ¿y los contratos en particular?, o, ¿también se pueden considerar otras materias de derecho patrimonial?), qué ámbito de aplicación (¿sólo contratos B2B o también contratos B2C?), el origen de las reglas que en él habrían de contenerse (la vieja cuestión: *common law* o *civil law*<sup>134</sup>; la nueva: *regulatory law* vs. *private law*), hasta qué signo adoptará el futuro CFR (social o liberal)<sup>135</sup>.

Con independencia de la opinión que cada cual exprese en torno a estos temas, el hecho incontrovertible es que el CFR académico tiene una extensión y pretensiones mucho mayores que las previstas inicialmente —insistimos, no con la claridad suficiente— por la Comisión Europea<sup>136</sup>.

La “Introducción” al DCFR escrita por los académicos implicados en su elaboración expresa que la cobertura de los PECL es ya bastante amplia<sup>137</sup>. Contiene normas sobre la formación, validez, interpretación y contenido del contrato y, por analogía, respecto de otros actos jurídicos, también sobre el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato y los remedios frente al incumplimiento de las mismas. Igualmente, contiene normas relativas a los derechos y obligaciones en general (por ejemplo, pluralidad de deudores, cesión de derechos, compensación y prescripción). El DCFR recoge esta cobertura de materias, pero va más allá, puesto que también abarca una serie de modelos de normas sobre los contratos en particular (Libro IV) y los derechos y obligaciones derivados de los mismos. El DCFR también cubre las obligaciones no contractuales (enriquecimiento injusto, daños, gestión de negocios ajenos). Por ahora no recoge las materias relativas la propiedad de bienes muebles, pero se prevé que en la versión final y completa acaben incluyéndose reglas sobre transmisión de la propiedad, garantías y *trust*. Por lo demás, se ha estructurado el material de manera que el mundo político, si lo desea, pueda

---

<sup>133</sup> Algunas de las cuestiones anteriores surgidas en relación con la naturaleza de un hipotético “Código Civil Europeo” se siguen reproduciendo ahora. Véase, por todos, para el análisis de aquellas discusiones, CÁMARA LAPUENTE, S. (2003), “El hipotético ‘Código Civil Europeo’: ¿Por qué, cómo y cuándo?”, pp. 351 y ss. (¿qué materias se armonizan?), 356 y ss. (reglas imperativas vs. dispositivas), 361 ss. (¿qué ámbito espacial?), 363 y ss. (derecho de consumo: ¿dentro, fuera o dentro pero aparte?).

<sup>134</sup> Un ejemplo se encuentra en el discurso de Lord FALCONER en la apertura de la Conferencia de Londres de 2005: “[E]nglish common law of contract is now a world-wide commodity...”. [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/conference092005/falconer2005.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference092005/falconer2005.pdf) (última consulta 19.03.08).

<sup>135</sup> Para las críticas sobre la filosofía liberal del proyecto, desde diferentes perspectivas, LURGER, B. (2005), p. 465, 468; SCHMID, C. U. (2006), 211-227; RUTGERS, J. W. (2006), pp. 200, 201; muy especialmente, STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW (2006), pp. 662, 663; o incluso el propio LANDO, O. (2007), pp. 251, 252.

<sup>136</sup> Véase BAR, C. von (2007), “An Introduction to the Academic Common Frame of Reference” (núm. 10); BEALE, H. (2007), p. 265; RITAINE, E. C. (2007), p. 6; SCHULTE-NÖLKE, H. (2007), p. 349; para una visión crítica de la estructura diseñada, LANDO, O. (2007), pp. 249-251.

<sup>137</sup> DCFR (2008), núms. 37, 38, 39.

servirse de ciertas partes y dejar otras para una ulterior fase; por lo tanto, no se ha diseñado sobre la creencia “lo tomas o lo dejas”<sup>138</sup>.

Para ilustrar con sencillez este “desbordamiento” de materias del CFR académico frente al CFR político, puede valer el cuadro siguiente:

CFR – ANEXO I – COMUNICACIÓN “THE WAY FORWARD” (2004)	PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW. DCFR (2008)
CAPÍTULO I - Principios → algunos principios comunes y fundamentales	
CAPÍTULO II - Definiciones → algunas definiciones de términos legales	Anexo I - Definiciones
CAPÍTULO III - Modelos de normas  SECCIÓN I - Contrato  SECCIÓN II - Obligaciones precontractuales	(Principios y modelos de normas) Libro I - Preceptos generales  Libro II - Contratos y otros actos jurídicos Capítulo 1: Preceptos generales Capítulo 2: No-discriminación Capítulo 3: Marketing y deberes precontractuales Capítulo 4: Formación Capítulo 5: Derecho de desistimiento Capítulo 6: Representación Capítulo 7: Causas de invalidez Capítulo 8: Interpretación Capítulo 9: Contenido y efectos de los contratos
SECCIÓN III - Cumplimiento / Incumplimiento  SECCIÓN IV - Pluralidad de partes SECCIÓN V - Cesión de créditos SECCIÓN VI - Sustitución del deudor - Transmisión del contrato  SECCIÓN VII - Prescripción	Libro III - Obligaciones y derechos correspondientes Capítulo 1: General Capítulo 2: Cumplimiento Capítulo 3: Remedios frente al incumplimiento Capítulo 4: Pluralidad de deudores y acreedores Capítulo 5: Transmisión de derechos y obligaciones Capítulo 6: Compensación y confusión  Capítulo 7: Prescripción
SECCIÓN VIII - Normas específicas para el contrato de compraventa  SECCIÓN IX - Normas específicas para los contratos de seguro	Libro IV - Contratos en particular y derechos y obligaciones derivados de los mismos Parte A. Compraventa Parte B. Arrendamiento (financiero) de bienes Parte C. Servicios Parte D. Mandato Parte E. Contrato de agencia, Franquicia y Distribución Parte F. Préstamo Parte G. Garantías personales

<sup>138</sup> BAR, C. Von (2007), p. 357.

	<p><b>Libro V</b> – Gestión de negocios ajenos          Capítulo 1: Ámbito de aplicación          Capítulo 2: Deberes del gestor          Capítulo 3: Derechos y autoridad del gestor</p> <p><b>Libro VI</b> – Responsabilidad extracontractual derivada del daño causado a otro          Capítulo 1: Principios fundamentales          Capítulo 2: Daño legalmente relevante          Capítulo 3: Imputabilidad          Capítulo 4: Nexo causal          Capítulo 5: Causas de exoneración          Capítulo 6: Remedios          Capítulo 7: Reglas ancilares</p> <p><b>Libro VII</b> – Enriquecimiento injustificado          Capítulo 1: Generalidades          Capítulo 2: Cuando el enriquecimiento es injustificado          Capítulo 3: Enriquecimiento y desventaja          Capítulo 4: Atribución          Capítulo 5: Enriquecimiento inverso          Capítulo 6: Excepciones          Capítulo 7: Relación con otras reglas</p> <p><b>Anexo II</b> – Cómputo del tiempo</p>
--	--

### 6.3. PECL, CFR y Principios del Acquis (ACQP)<sup>139</sup>

Los Libros II y III contienen en su mayoría reglas traídas de los PECL, pero existen algunas variaciones como consecuencia de la estructura y de la diferente cobertura del DCFR y en parte también porque el ámbito objetivo de los PECL se ha expandido para abarcar materias de protección de consumidores. La desviación más significativa se encuentra en que el DCFR distingue claramente entre contrato y obligaciones, de modo que los derechos y obligaciones se incluyen en el Libro III. También se incluyen los trabajos publicados en “PEL series” que empezó el “Study Group” en 1998: contratos de servicios (2006), contratos de agencia, franquicia y distribución (2006), contratos de arrendamiento (financiero) de bienes (2007), garantías personales (2007) y gestión de negocios ajenos (2007). En ciertos casos algunas reglas del DCFR se han apartado de sus equivalentes de los “PEL series” con el fin de evitar reiteraciones y de mejorar en ciertos puntos el estado de la materia. Aunque el “Acquis Group” está publicando sus resultados en volúmenes independientes (hasta ahora *Contract I*, 2007), sin embargo, no se incluyen en bloque. Los ACQP se dirigen a dotar de estructura al abigarrado e incoherente derecho privado comunitario, permitiendo identificar lagunas y contradicciones. En consecuencia, según los *drafters*, cumplen una función por sí mismos en el sentido de que son una fuente en el proceso de elaboración, transposición e interpretación del derecho contractual comunitario. En esta medida contribuyen a la tarea de asegurar que el derecho comunitario existente se refleja adecuadamente en el DCFR.

<sup>139</sup> Véase DCFR (“Introduction, núms. 50-51, 55-58).

## 7. Conclusiones

El papel de la Comisión en todo este proceso, a quien corresponde la última palabra sobre cuál será la naturaleza del documento definitivo del CFR, ha sido —y sigue siendo— el de no adoptar una idea rotunda, precisa y clara sobre el proyecto, como muestra una observación detenida de sus dos comunicaciones y de las actuaciones posteriores. En la Comunicación de 2003 (“Action Plan”) se limitó a lanzar la idea del CFR (los académicos se ilusionaron), mientras que en la de 2004 (“Way Forward”) dibujó un boceto poco estructurado y sin expresar nunca qué debería ser el CFR (los académicos intentaron montar una arquitectura sobre ello y atónitos se encontraron la idea de la “caja de herramientas”, ¿qué es esto?<sup>140</sup>); en 2005 con el “Sexto Programa Marco” se estimuló el proyecto (y también a todos) mediante la cuestión económica (los académicos sintieron regocijo, al paso que manifestaron que nunca antes habían recibido subvención comunitaria), pero al mismo tiempo en el transcurso de este año vinieron a escena los “stakeholders” estimulados por la acción estratégica comunitaria (*divide et impera*, los académicos no daban crédito) y en el último tercio de este mismo año en la Conferencia de Londres el Comisario llamó la atención a los investigadores (los académicos se sintieron heridos<sup>141</sup>); en 2006 continuaron los trabajos y parece ser que los “nuevos personajes” se acoplaron mejor (los académicos empezaron a sonreír); en 2007 la presión para terminar el proyecto a tiempo es grande, ya no hay más “workshops”, desde la Comisión los mensajes son los de siempre y los académicos apuestan muy fuerte al finalizar el año poniendo a disposición de la Comisión y lanzando al público un CFR más extenso (ahora respiran tranquilos, ¿han hecho un borrador de CFR?). Pero todavía queda trabajo por hacer y aún por ver qué decidirá la Comisión Europea en (o hasta) 2009: puede aceptarlo totalmente, rechazarlo por entero, sugerir cambios o quedarse con algunas partes.

Lo cierto ahora, con el CFR académico, donde se ha articulado un conjunto de reglas abstractas sobre el derecho privado europeo, es que, al menos, se ha conjurado el peligro de que el CFR resultara ser una especie de batiburrillo de reglas creadas en los despachos de Bruselas con el lenguaje pesado y los defectos de técnica jurídica al que estamos acostumbrados. La Comisión hizo bien las cosas y llamó a los investigadores para que abordaran el trabajo difícil, pero también los condicionó. Estos juristas, ciertamente, han procurado dotar de una elevada calidad jurídica al CFR, pero al mismo tiempo han intentado imponer sus preferencias de política jurídica, y como consecuencia han desbordado el proyecto originario. El contenido del CFR académico es mucho más amplio que el CFR político. Aun cuando es posible que el resultado final pueda cumplir con todos los caracteres de la codificación, que es lo que vaticina HESSELINK, y entonces tuviéramos que hablar de la introducción de una especie de “Código facultativo del derecho europeo de contratos” (o camuflado bajo otro nombre) colocado junto a los Códigos nacionales, no parece

---

<sup>140</sup> “[W]hat then is a ‘toolbox’ aimed at improvement of European legislation in the area of private law?”, BAR, C. von (2005, p. 23).

<sup>141</sup> Basta con observar el tono del referido artículo de v. BAR —que data de esta época— y el irónico título que le da, para percibir esta idea: BAR, C. von (2005), “Working Together Toward a Common Frame of Reference”, esp. pp. 17, 18, 21.

factible por el momento esta realidad, porque simplemente no está en la agenda política. Estamos todavía lejos de alcanzar este resultado, sino más bien a punto de alcanzar la meta intermedia. La siguiente el instrumento facultativo.

Finalmente, sea adoptado o no el DCFR por las instituciones comunitarias, hay que concederle un importante valor. En la medida en que expresa las reglas y principios que los investigadores han considerado más adecuadas y modernas para la regulación de las materias señaladas (principalmente, contratos y obligaciones no-contractuales), puede ser un instrumento primordial en los *comparative approaches*<sup>142</sup>, particularmente —aunque no sólo— en las perspectivas de selección de las mejores normas para la solución del problema (*better approach rules*). Sólo queda que la comunidad científica los utilice profusamente en sus estudios (cada cual en su campo concreto), señale las virtudes y ponga al descubierto las deficiencias. Para la evolución del derecho este valor es incalculable.

## 8. Bibliografía

ALPA, Guido (2003), “Derecho privado europeo: Bases establecidas y planes de acción” (trad. M<sup>a</sup> P. REPRESA POLO), *RDP*, Vol. 87, No. 3-4, 209-234.

ARROYO i AMAYUELAS, Esther (2002), “Estudio preliminar: Las perspectivas de un Derecho Privado europeo”, en SCHULZE, Reiner / ZIMMERMANN, Reinhard, *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 17-68.

ARROYO i AMAYUELAS, Esther / VAQUER ALOY, Antoni (2002), “Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo”, *La Ley* II/2002, 1788-1795.

AA.VV. (2003), “A Common Frame of Reference – How should it be filled?”, *ERA-Forum*, Vol. 4, No. 2, 99-145.

BAR, Christian von / LANDO, Ole (2002), “Communication on European Contract Law: Joint Response of Commission on European Contract Law and the Study Group on European Civil Code”, *European Review of Private Law* 2/2002, 183-248.

BAR, Christian von / SWANN, Stephen (2003), “Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law [COM (2003) 63]”, *European Review of Private Law* 5/2003, 595-622.

BAR, Christian von (2005), “Working Together Toward a Common Frame of Reference”, *Juridica International* X/2005, 17-26.

BAR, Christian von (2007), “An Introduction to the Academic Common Frame of Reference”, *ERA – Towards a Common Frame of Reference – Speakers' contributions*, Trier (19 September 2007). [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_1095\\_6261\\_file\\_en.8992.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_6261_file_en.8992.pdf) (última consulta 19.03.08).

---

<sup>142</sup> En este sentido el “método funcional” puede llevar a determinar qué soluciones son comparables y será labor de la base académica apuntar cuáles de estas son las mejores para que las instituciones políticas puedan adoptar decisiones informadas sobre el mejor CFR posible; cf. ODERKERK, M. (2007), “The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research”, *European Review of Contract Law* 3/2007, p. 331.

BAR, Christian von (2007), "Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference", *European Review of Contract Law* 3/2007, 350-361.

BEALE, Hugh (2006), "Common Frame of Reference: What next in European Contract Law", *European Parliament, Committee of Legal Affairs. Public Hearing* (21 November 2006).

BEALE, Hugh (2006), "The European Commission's Common Frame of Reference Project: a progress report", *European Review of Contract Law* 2/2006, 303-314.

BEALE, Hugh (2007), "The future of the Common Frame of Reference", *European Review of Contract Law* 3/2007, 257-276.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2002), "El hipotético 'Código Civil Europeo': ¿Por qué, cómo y cuándo?", en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 1, 347-380.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2003), "Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", en IDEM (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 47-106.

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (2002), "¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?", *Anuario de Derecho Europeo* 2/2002, 54-65;

COLLINS, Hugh (2006), "The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: in Search of the Philosopher's Stone", *European Review of Contract Law* 2/2006, 213-226.

DE LA MATA, Almudena (2003), "Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo. Comunicación de la Comisión de 15 de marzo de 2003 sobre un derecho contractual europeo más coherente", *Aranzadi civil* 1/ 2003, 2077-2105.

DÍEZ-PICAZO, Luis / ROCA TRÍAS, Encarna / MORALES, Atonio M. (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Cívitas, Madrid.

ERP, Sjef van (2007), "Personal Security (A brief comment)", *ERA — Towards a Common Frame of Reference — Speakers' contributions*, Trier; [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_1095\\_6262\\_file\\_en.8993.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_6262_file_en.8993.pdf) (última consulta 19.03.08).

GAMBARO, Antonio (2003), "The Plan d'Action of the European Commission — A Comment", *European Review of Private Law* 6/2003, 768-781.

GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> Carmen (2002), "Consideraciones sobre la unificación del Derecho privado europeo", *Aranzadi Civil* II/2002, 2419-2441.

GRUNDMANN, Stefan (2004), "The Optional European Code on the Basis of the Acquis Communautaire — Starting Point and Trends", *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, 698-711.

GRUNDMANN, S. (2005), "European Contract Law(s) of What Colour?", *ERCL* 2/2005, 184-210.

HESSELINK, Martijn W. (2004), "The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?", *European Review of Private Law* 4/2004, 397-419.

HESSELINK, Martijn W. (2006), "The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience", *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3, 279-305.

HEUSEL, Wolfgang (2007), "European Contract Law — Towards a European Frame of Reference", *ERA-Forum*, Vol. 7, No. 1, 4-7.

KARSTEN, Jens / PETRI, Gösta (2005), "Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: The Commission's 2004 Communication European Contract Law and the Revision of the *Acquis*: The Way Forward", *Journal of Consumer Policy* 28, 31-51.

KUNEVA, Meglena, "Introduction", *European Review of Contract Law* 3/2007, 240-244.

LANDO, O. / BEALE, H. (2000), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague.

LANDO, Ole (2007), "The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)", *European Review of Contract Law* 3/2007, 245-256.

LAUBER, Anna Verena (2008), "Conference 'CFR and Existing EC Contract Law', Münster, 10-11 December 2007", *European Review of Private Law* 2/2008, 375-380.

LEHNE, Klaus-Heiner (2006), "European Contract Law — The European Parliament's Prospective", *ERA-Forum, Special Issue on European Contract Law*, 12-15.

LEIBLE, S. (2001), "Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht – Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 10, 471-481.

LEIBLE, Stefan (2006), "Vías para la unificación del Derecho privado europeo" (trad. F. INFANTE RUIZ), *Anuario de derecho civil*, Vol. 59, Nº 4, 1589-1610.

LETOWSKA, Ewa / WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, ANETA, "The Common Frame of Reference — The Perspective of a new Member State", *European Review of Contract Law* 3/2007, 277-294.

LURGER, Brigitta (2005), "The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality", *European Review of Contract Law* 4/2005, 442-468.

MADÉLIN, Robert (2004), "A Common Frame of Reference for a more coherent European Contract Law", *Joint European Parliament and Commission conference* (28 April 2004).

MARTÍN CASALS, Miquel (2001), "Els principis del Dret contractual europeu i la Codificació del Dret Català", en *1er. Congrés de Dret civil català: el Dret patrimonial en el futur Codi civil de Catalunya*, *La Notaria* 11-12/2001.

MARTÍN CASALS, Miquel (2002), "El Codi Civil de Catalunya en la cruïda del Dret privat europeu", *Revista Jurídica de Catalunya* 3/2002, 633-662.

MENGONI, Luigi (1993), "L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?", en *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e Seminari* 7, Roma.

MICKLITZ, Hans.-W. (2007), "(Selbst) Reflektionen über wissenschaftliche Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation", *GPR* 1/07, 2-15

MILLER, Lucinda (2007), "The Common Frame of Reference and the feasibility of a common contract law in Europe", *Journal of bussiness law* 4/2007, 378-411.

ODERKERK, Marieke (2007), "The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research", *European Review of Contract Law* 3/2007, 315-331.

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles (2002), "Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo?", *Actualidad Civil* 3/2002, 1163-1176

Reich, Norbert, "A Common Frame of Reference. Ghost or Host for Integration?", *ZERP-Diskussionpapier* 7/2007.

RIESENHUBER, Karl (2005), "System and Principles of EC Contract Law", *European Review of Contract Law* 3/2005, 297-322.

RITAINÉ, Eleanor Cashin (2007), "The Common Frame of Reference (CFR) and the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts", *ERA — Towards a Common Frame of Reference — Speakers' contributions*, Trier (1 September 2007). [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_1095\\_6260\\_file\\_en.8991.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_6260_file_en.8991.pdf) (última consulta 19.03.08) [Publicado después en *ERA-Forum*, Vol. 8, Vol. 4, 563-584].

RÖTTINGER, Moritz (2006), "Towards a European Code Napoléon/ABGB/BGB? Recent EC Activities for a European Contract Law", *European Law Journal*, Vol. 12, No. 6, 807-827.

RUTGERS, Jacobien W. (2006), "An optional Instrument and Social Dumping", *European Review of Contract Law* 2/2006, 199-212.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2002), *Derecho Privado Europeo*, Comares, Granada.

SCHAUB, Martien (2007), "The Common Frame of Reference and the Future of European Contract Law — Society of European Contract Law (SECOLA)" (Conference, 1 and 2 June 2007, Amsterdam), *European Review of Private Law* 5/2007, 751-755.

SCHMID, Christoph U. (2006), "The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code", *European Review of Contract Law* 2/2005, 211-227.

SCHULTE-NÖLKE, Hans (2007), "EC Law on the Formation of Contract — from the Common Frame of Reference to the 'Blue Button'", *European Review of Contract Law* 3/2007, 332-349.

SCHULZE, Reiner (2005), "European Private Law and Existing EC Law", *European Review of Private Law* 1/2005, 3-19.

SCHULZE, Reiner (Ed.) (2008), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich.

STAUDENMAYER, Dirk (2002), "The Commission Communication on European Contract Law: What future for European Contract Law", *European Review of Private Law* 2/2002, pp. 249-260.

STAUDENMAYER (2003), Dirk, "The Commission Action Plan on European Contract Law", *European Review of Private Law* 2/2003, 113-127.

STAUDENMAYER, Dirk (2005), "The Way Forward in European Contract Law", *European Review of Private Law* 2/2005, 95-104.

STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW (2006), "Social Justice in European Contract Law: a Manifesto", *European Law Journal*, Vol. 1, No. 6, 653-674.

VAQUER ALOY, Antoni (2002), "La vocación europea del derecho civil", *La Ley* 4/2002, 1603-1615.