

EL FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA CREACIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO EUROPEO EN MATERIA DE DERECHO CONTRACTUAL

THE LEGAL BASIS FOR THE ESTABLISHMENT OF A EUROPEAN LEGAL SYSTEM IN CONTRACT LAW

ALMUDENA COSTA-DE-MAZARREDO¹

Master Oficial en Unión Europea UNED

Doctoranda en Unión Europea por la UNED, línea de investigación sobre el «Ordenamiento jurídico, fuentes e Instituciones de la Unión Europea. Sistema territorial europeo»

Resumen: El objeto de este artículo reside en el análisis del fundamento jurídico adecuado para la creación de un sistema jurídico europeo moderno y flexible en materia de Derecho contractual. Para ello, en el artículo se estudian los antecedentes relevantes en el proceso de armonización y unificación jurídica del Derecho de los contratos en la Unión Europea. Asimismo, y mediante el estudio de la legislación, jurisprudencia y doctrina, se sientan las bases para la creación de dicho sistema jurídico, en orden a considerar si la Unión Europea tendría competencias para lograr este objetivo.

Abstract: The aim of this article is the analysis of the proper legal basis in order to establish a modern and flexible European legal system in Contract Law. To this end, the article examines the relevant backgrounds related to the process of legal harmonization and unification of Contract Law in the European Union. In addition, and

¹ Agradezco al Departamento de Derecho Civil de la UNED, así como a la Profesora Lourdes Tejedor Muñoz y a la Profesora M.^a Paz Pous de la Flor, las apreciaciones, observaciones y revisiones hechas al presente trabajo.

through the analysis of the legislation, case law and doctrine, the basis for the establishment of this legal system is provided in order to consider if the European Union has competences to reach this goal.

Palabras clave: Base jurídica, Derecho contractual, armonización, unificación jurídica, mercado interior de la Unión Europea.

Keywords: Legal basis, Contract Law, harmonization, legal unification, European Union internal market.

Recepción original: 26/05/2016.

Aceptación original: 10/10/2016.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Base jurídica adecuada; III.1. Consideraciones previas; III.2. Estudio de las distintas bases jurídicas a considerar; III.2.1. Cooperación judicial en materia civil; III.2.2. Aproximación de las legislaciones; III.2.3. Directivas para la aproximación; III.2.4. Acuerdo interinstitucional de carácter vinculante; III.2.5. Cláusula de flexibilidad; III.3. Valoración de las distintas bases jurídicas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía. VI. Índice de Actos europeos citados. VII. Índice de resoluciones judiciales citadas.

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la Unión Europea (UE) nos muestra los progresos que se han ido llevando a cabo desde sus orígenes. Las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación han transformado nuestra sociedad, evolucionando a la par que el fenómeno de la globalización. Sin embargo, la incapacidad del sistema actual para satisfacer los interrogantes jurídicos de los agentes que operan a nivel transnacional hacen convenientes alternativas que se adapten a los retos que plantea la globalización y la «era digital». Como puso de relieve la Comisión Europea en su Comunicación sobre la Estrategia Europea 2020, de 3 de marzo de 2010², Europa puede tener éxito si actúa colectivamente.

El contrato, como instrumento para canalizar y ordenar jurídicamente la autonomía privada, es el medio más adecuado para facilitar la necesidad de las transacciones e intercambios de bienes y servi-

² Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión Europea 2020: Una Estrategia para un Crecimiento Inteligente, Sostenible e Integrador* (COM (2010) 2020 final), (3 de marzo de 2010), pág. 2.

cios³. Es el negocio jurídico por excelencia⁴. De esta manera, una de las medidas que se podrían adoptar es la creación de una nueva estructura jurídica contractual europea, mediante la creación de un denominado «contrato europeo», en orden a regular las transacciones que tienen lugar en el mercado interior. Si bien es cierto que las partes de un contrato pueden elegir la ley aplicable al mismo, también lo es que un contrato entre partes situadas en distintos Estados miembros se regirá por una ley que, en la mayoría de los casos, siempre será desconocida para una de las partes.

El Derecho contractual europeo ha ido penetrando en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, especialmente mediante normas de protección al consumidor⁵, lo que se ha reflejado en la expresa reserva de competencia en relación a la protección de los consumidores. Cámara Lapuente⁶ indica que esta reserva de competencia «(...) a partir de Maastricht ha supuesto una potenciación de esta normativa, con clara incidencia en las fuentes de las obligaciones, el contenido del contrato y la formación del consentimiento, entre otras materias propias del Derecho de obligaciones. De hecho hasta la fecha ha supuesto el auténtico motor de la armonización indirecta de un Derecho de obligaciones y contratos para la que la UE carece de competencia genérica»⁷.

Así las cosas, hasta ahora se han adoptado medidas de armonización de carácter sectorial, principalmente, mediante directivas promulgadas por la UE, dando lugar a otros veintiocho ordenamientos jurídicos iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos aspectos, lo cual conlleva igualmente la diversidad de los Derechos na-

³ ROCA GUILLAMÓN, J., «Armonización, Unificación y Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (Notas para una Reflexión)», *Derecho de Obligaciones. XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza*, 16, 2012, pág. 7.

⁴ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a D.; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D.; POUS DE LA FLOR, M.^a P.; TEJEDOR MUÑOZ, L., *Derecho Civil de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2012, pág. 150.

⁵ Asimismo, desde el ámbito académico europeo se han llevado a cabo múltiples proyectos, frecuentemente impulsados por las propias Instituciones europeas, que han aportado relevantes proposiciones en la armonización y unificación del Derecho de los contratos, como los «Principios del Derecho Europeo en materia de Contratos» publicados por la Comisión Lando, los «Principios de Derecho Europeo» por el Grupo de Trabajo sobre un Código Civil Europeo o los «Principios Acquis» del Grupo de Investigación sobre el Derecho Privado Comunitario en vigor, entre otros.

⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., «Un Derecho Privado Europeo», Ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 56.

⁷ PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *El Proceso de Modernización del Derecho Contractual Europeo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, págs. 42-44.

cionales⁸. Sin embargo, tal y como lo han hecho múltiples autores y académicos, así como las Instituciones de la UE, es obligado preguntarse si dichas medidas de armonización podrían tender a constituir los primeros pasos de un proceso más ambicioso, que habría de concluir con la unificación del Derecho privado de los Estados miembros de la UE⁹.

No obstante, actualmente, resulta ilusorio hablar de un mercado único cuando hay veintiocho Derechos contractuales distintos aplicables, y en un contrato entre nacionales de distintos países debe determinarse el Derecho aplicable, y luego operar conforme a él¹⁰. Por ejemplo, para las empresas españolas es difícil expandir su mercado y ofrecer sus productos en otros países de la UE (actualmente, solo el 19 % de los minoristas españoles vende en línea en otros países europeos), ya que los costes relacionados con las diferentes reglas y prácticas contractuales de los distintos países, pueden llegar a los 9.000 euros por cada país al que se quiere expandir el negocio¹¹.

Sentado lo anterior, este artículo tiene por objeto el análisis del proceso de armonización y unificación jurídica del Derecho contractual en la UE, considerando que uno de los aspectos fundamentales que se ha planteado durante este proceso ha sido qué competencias legislativas ostentaría la UE para la creación de un nuevo sistema jurídico, moderno y funcional, y la base jurídica adecuada para ello, lo que ha influido de manera determinante en el proceso de unificación jurídica del Derecho de los contratos en la UE.

A estos efectos, procede aclarar ya desde este momento que por «base jurídica» se entiende los preceptos de los Tratados que en cada caso amparan la intervención de la UE, así como el procedimiento que ésta debe seguir a la hora de hacer efectiva la intervención en cuestión¹².

⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. «El Hipotético Código Civil Europeo: ¿Por qué, cómo y cuándo?», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Ed. Civitas, 2002, pág. 356.

⁹ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ *et al.*, 2012, *op. cit.*, pág. 148.

¹⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea (CESL), un Paso más hacia la Unificación del Derecho de Contratos en la UE, Lastrado por la Protección al Consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5, n.º 1, 2013, págs. 199-200.

¹¹ PRATS ALBENTOSA, L., «Venta de Bienes y de Contenidos Digitales Online», *Escritura Pública*, n.º 98, 2016, pág. 41.

¹² ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Navarra, 2012, pág. 114.

De forma paralela, y considerando que no es objeto del estudio del presente artículo, sería necesario el estudio de la interpretación del hipotético instrumento de Derecho contractual; si bien esta cuestión es cuanto menos compleja y requiere un análisis jurídico y técnico en mayor profundidad.

II. ANTECEDENTES

El proceso de lucha del Derecho de la UE contra los obstáculos que impiden el desarrollo eficiente del mercado interior, fruto de la diversidad jurídica, comenzó con una Resolución del Parlamento Europeo de 1989¹³, continuando hasta la fecha actual y sucediéndose multitud de resoluciones por parte de las Instituciones europeas, proyectos académicos y estudios sobre la cuestión.

En particular, por su relevancia, destacar la Comunicación de la Comisión Europea sobre «Derecho Contractual Europeo», de 11 de julio de 2001¹⁴, la cual invitaba a opinar sobre si el planteamiento de armonización sectorial del Derecho contractual podría dar lugar a incoherencias a nivel comunitario, ofreciendo una lista no exhaustiva de soluciones posibles¹⁵. Entre las respuestas de los interesados, subrayar la del Profesor H. Sonnenberger, que propugnaba la elaboración de un Derecho uniforme de conflictos normativos en el ámbito del Derecho contractual bajo forma de un Reglamento junto a la elaboración de una «parte general» de un Derecho material contractual de la UE, aunque era consciente de que no existía, o al menos era

¹³ Parlamento Europeo. *Resolución sobre un «Esfuerzo de Aproximación del Derecho Privado Europeo de los Estados Miembros»* (DOCE 89/C 158/05), (26 de mayo de 1989).

¹⁴ Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre «Derecho Contractual Europeo»* (COM/2001/0398 final), (11 de julio de 2001).

¹⁵ En concreto, (I) dejar que sea el mercado quien resuelva los problemas detectados; (II) promover el desarrollo de principios comunes de Derecho contractual no vinculantes; (III) revisar y mejorar la legislación comunitaria en el ámbito del Derecho contractual para que sea más coherente; y, (IV) adoptar un instrumento nuevo a nivel comunitario [Vid. COM/2001/0398 final, 2001, *op. cit.*, Apto. 46-70]. La Comunicación permitió obtener muchas contribuciones, recibiendo un amplio apoyo las opciones II y III. Al menos en esta etapa, una mayoría manifestó su oposición a la opción IV [Vid. Comisión Europea. *Comunicación De La Comisión Europea sobre «Un Derecho Contractual Europeo más Coherente»*. *Plan de Acción* (COM/2003/68 final), (12 de febrero de 2003), Apto. 7].

muy dudosa, la competencia comunitaria para crear un Derecho contractual europeo¹⁶.

El Plan de Acción de la Comisión, de 12 de febrero de 2003¹⁷, constituyó un paso más en este debate, proponiendo la elaboración de un Marco Común de Referencia (MCR), que contó con el apoyo del Parlamento Europeo, en cuya opinión el MCR debía incluir cuestiones de Derecho contractual que fueran más allá del ámbito de la protección del consumidor. Como resultado, se publicó en 2009 un Proyecto de Marco Común de Referencia (PMCR), ideado como un instrumento que debía servir para conseguir una convergencia gradual dirigida a una futura armonización completa¹⁸. Sin embargo, algunos autores sostenían que el PMCR contenía serias deficiencias, como decisiones políticas no resueltas¹⁹. Uno de los problemas del PMCR residía en que no se pronunciaba sobre la base jurídica necesaria para poder promulgar en un futuro y mediante una decisión política un MCR.

El debate sobre la base jurídica, por ende, no se había tratado hasta la fecha, sino que incluso se habían redactado compilaciones completas y no se había dispuesto cuál debía ser la fundamentación jurídica adecuada para poder otorgar eventualmente carácter político a un instrumento de unificación jurídica.

Más adelante, la Comisión publicó el Libro Verde sobre «opciones para un Derecho contractual europeo de los consumidores y la empresa»²⁰, de 1 de julio de 2010, cuyo objetivo era definir de nuevo las opciones posibles²¹ para reforzar el mercado interior avanzando

¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El Derecho de los Contratos en el Marco de la Unificación Jurídica del Derecho Privado de la UE», *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, 2005, pág. 7.

¹⁷ COM/2003/68 final, 2003, *op. cit.*

¹⁸ HESSELINK, M. W., «The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law», *Tulane Law Review*, 83, n.º 4, 2009, págs. 927-957.

¹⁹ EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; GRIGOLEIT, H. C.; JANSEN, N.; WAGNER, G.; AND ZIMMERMANN, R., «The Common Frame of Reference for European Private law-policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, n.º 4, 2008, pág. 60.

²⁰ Comisión Europea. *Libro Verde de la Comisión sobre Opciones para Avanzar hacia un Derecho Contractual Europeo para Consumidores y Empresas* (COM (2010) 348 final), (1 de julio de 2010).

²¹ En concreto, tales opciones eran las siguientes: (i) la publicación en Internet de normas contractuales tipo no vinculantes; (ii) una «caja de herramientas» (vinculantes y no vinculantes) de la que puedan disponer los legisladores de la UE para adoptar nuevos actos legislativos; (iii) una recomendación sobre Derecho contractual en la que se exhorte a los Estados miembros a que introduzcan el Derecho contractual europeo en sus respectivos ordenamientos jurídicos; (iv) un Derecho contractual eu-

en materia de Derecho contractual europeo y lanzar una consulta pública sobre las mismas²².

En mayo de 2011, se creó un grupo encargado de realizar un Informe de Evaluación de Impacto²³, cuyo cometido consistió en analizar las siete opciones de actuación recogidas en el Libro Verde, llegando a la conclusión de que las que permitirían alcanzar los objetivos marcados eran un régimen uniforme de Derecho contractual de carácter facultativo (Opción IV), una directiva de armonización plena (Opción V.a) y un reglamento por el que se estableciese un régimen uniforme de Derecho contractual de carácter imperativo (Opción VI). Sin embargo, las dos últimas opciones impondrían una carga considerable para los comerciantes, pues incluso aquellos que solo operan en el mercado nacional tendrían que adaptarse a un nuevo marco legislativo. Por otra parte, la Opción IV solo generaría costes puntuales para aquellos operadores que desearan utilizarlo para sus actividades comerciales transfronterizas, por lo que se consideró que sería la acción más proporcional. Como resultado de lo anterior, la Comisión presentó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compra-venta Europea (Propuesta de Reglamento NCCE), de 11 de octubre de 2011, la cual suponía la puesta a disposición de un corpus uniforme y autónomo de normas de Derecho contractual, que había de considerarse un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los sistemas jurídicos nacionales, aplicable a los contratos transfronterizos sobre una base voluntaria. Asimismo, la NCCE garantizaría un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la creación de un conjunto propio de disposiciones imperativas que mantendría o

ropeo optativo, que consumidores y empresas podrían elegir libremente en el marco de las relaciones contractuales; (v) la armonización de las legislaciones contractuales nacionales mediante una directiva de la UE; (vi) la plena armonización de las legislaciones contractuales nacionales mediante un reglamento de la UE; y, (vii) la creación de un auténtico Código Civil Europeo [Vid. COM (2010) 348 final, 2010, *op. cit.*, Aptdo. 4].

²² Las respuestas a la consulta pública manifestaron su preferencia por las opciones I y II. La opción IV fue respaldada, bien tal cual, bien en combinación con una «caja de herramientas», por varios Estados miembros así como por otros interesados a condición de que se cumplieran determinadas condiciones como, por ejemplo, un elevado nivel de protección de los consumidores y disposiciones claras y fáciles de aplicar [Vid. Comisión Europea. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativa a una Normativa Común de Compra-venta Europea* (COM (2011) 635 final), (11 de octubre de 2011), Exposición de Motivos, pág. 8].

²³ Comisión Europea. *Impact Assessment Accompanying the Document «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law»* (COM (2011) 635 final); (SEC (2011) 1166 final), (11 de octubre de 2011).

mejoraría el nivel de protección que los consumidores disfrutaban en el marco de la legislación de la UE vigente en la materia²⁴.

El carácter facultativo de la NCCE supuso un requisito importante, dado que desde los trabajos preparatorios del PMCR la idea de un instrumento opcional fue la más aceptada entre la doctrina, ya que permite ofrecer a las partes una normativa adecuada, protectora de sus intereses y moderna, sin obligarles a someterse a ella. Aunque el Libro Verde de la Comisión de 1 de julio de 2010, ofrecía varias opciones, algunas de ellas no se podían llevar a cabo como consecuencia de la inexistencia de una base jurídica suficiente con la que fundamentar tal instrumento (como la propuesta de un reglamento que impusiera un Derecho interno obligatorio en todos los Estados miembros)²⁵.

De este modo, la base jurídica de la Propuesta de Reglamento NCCE se justificó en el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dado que su objetivo era mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo a las empresas y las compras transfronterizas a los consumidores. Según la Propuesta, su objetivo respetaba el principio de subsidiariedad, pues tenía una dimensión transfronteriza evidente y no podía ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros; y, asimismo, el principio de proporcionalidad, en la medida en que su ámbito de aplicación se limitaba a aquellos aspectos que plantean problemas reales en las transacciones transfronterizas, dejando al margen los aspectos que regulan mejor las legislaciones nacionales. En relación con el ámbito de aplicación material, la Propuesta contenía disposiciones que regulan los derechos y obligaciones de las partes durante el ciclo de vida del contrato, pero no afectaba, por ejemplo, a las normas relativas a la representación legal, ámbito en el que es menos probable que se planteen litigios. En lo tocante al ámbito de aplicación territorial, la Propuesta era aplicable a situaciones transfronterizas en las que se plantearían problemas de costes de transacción adicionales y complejidad jurídica. Por último, su ámbito de aplicación personal se limitó a las relaciones entre empresas en las que al menos una de las partes es una PYME y en las relaciones entre empresas y consumidores. No se incluyeron los contratos entre particulares ni los contratos entre comerciantes en los que ninguna de las partes es una PYME, pues según la Propuesta no existe una necesidad demos-

²⁴ COM (2011) 635 final, 2011, *op. cit.*, Exposición de Motivos, págs. 4-10.

²⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, 2013, *op. cit.*, pág. 208.

trable de actuación en relación con estos tipos de contratos transfronterizos²⁶.

No obstante, una norma como la Propuesta de Reglamento NCCE ha sido vista con recelos por distintas razones, principalmente económicas, pero por su repercusión fuera del ámbito de la UE se ha llegado a cuestionar la propia competencia de la UE para abordarla²⁷.

Sin embargo, todo este proceso cambió de rumbo a raíz del Programa de Trabajo de la Comisión para 2015²⁸ y de su Estrategia para el Mercado Único Digital²⁹, proponiendo la modificación de la Propuesta de Reglamento NCCE³⁰, en orden a potenciar el Mercado Único Digital y adaptar la Propuesta a dicho objetivo, considerando la necesidad de eliminar los obstáculos jurídicos a la actividad transfronteriza en línea. Así, la Comisión comenzó una consulta pública sobre posibles modos de eliminar los obstáculos de Derecho contractual relacionados con la compra en línea de contenidos digitales y bienes materiales³¹. Asimismo, se publicó un Informe de Evaluación

²⁶ COM (2011) 635 final, 2011, *op. cit.*, Exposición de Motivos, págs. 10-11.

²⁷ ROCA GUILLAMÓN, 2012, *op. cit.*, pág. 22.

²⁸ Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre el «Programa de Trabajo de la Comisión para 2015», «un nuevo comienzo»* (COM (2014) 910 final), (16 de diciembre de 2014).

²⁹ Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa»* (COM (2015) 192 final), (6 de mayo de 2015).

³⁰ COM (2014) 910 final, 2014, *op. cit.*, Anexo II, Punto 60.

³¹ En relación con la compra de bienes materiales, la mayoría de los encuestados por el lado de los consumidores reconoce que la armonización puede mejorar el comercio electrónico transfronterizo, pero solo apoyarían la armonización plena siempre y cuando no redujera los niveles existentes de protección de los consumidores. Las organizaciones empresariales recomiendan evitar en la medida de lo posible un enfoque sectorial que pudiera dar lugar a normas diferentes para la venta en línea y fuera de línea y para bienes y contenidos digitales. En general, los Estados miembros apoyarían normas armonizadas de la UE, pero se muestran cautos en cuanto a la viabilidad política y a la diferenciación entre la normativa aplicable a las ventas en línea y fuera de línea [Vid. Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes* (COM (2015) 635 final), (9 de diciembre de 2015), Exposición de Motivos, pág. 10-11]. En cuanto a la compra en línea de contenidos digitales, la mayoría de las empresas y las organizaciones de consumidores apoyan la intervención de la UE mediante una armonización plena; el sector de las TI y las profesiones del ámbito jurídico muestran una mayor división. Una mayoría de los Estados miembros consultados también estarían conformes con una intervención sobre los contenidos digitales a nivel de la UE [Vid. Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suminis-*

de impacto que examinó varias políticas alternativas³², decantándose finalmente por una normativa plenamente armonizada específica para bienes y contenidos digitales, como la idónea para cumplir los objetivos políticos.

Recientemente, la Comisión Europea ha presentado, con fecha 9 de diciembre de 2015, dos Propuestas de Directiva (las Propuestas de Directiva sobre determinados aspectos contractuales), relativas a: (i) determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes³³ (Propuesta de Directiva CCVL); y, (ii) determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales³⁴ (Propuesta de Directiva CSCD). Ambas tienen como objetivo superar los obstáculos dimanantes de la fragmentación jurídica, considerando que son necesarias normas uniformes en relación con la normativa contractual en materia de consumo que, bajo el actual enfoque de armonización mínima, han generado disparidades y obstáculos al comercio en el conjunto de la UE.

Como en el caso de la Propuesta de Reglamento NCCE, su base jurídica se encuentra en el artículo 114 del TFUE, habida cuenta que su principal objetivo es mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, debido a que los obstáculos dimanantes de la diversidad jurídica ejercen un efecto directo en el mercado interior y limitan la competencia.

Según la Propuesta de Directiva CCVL, las diferencias existentes en las normativas contractuales de protección de los consumidores disuaden a los comerciantes de realizar ventas en línea transfronterizas, debido a que deben adaptar sus contratos a las distintas normativas nacionales. Por su parte, los consumidores no se sienten seguros cuando compran en el extranjero y por tanto prefieren hacerlo en sus propios mercados nacionales. Así, la Propuesta de Di-

tro de contenidos digitales (COM (2015) 634 final, 2015, *op. cit.* Exposición de Motivos, pág. 8].

³² A saber: (i) normativa plenamente armonizada específica para bienes y contenidos digitales; (ii) aplicación de la ley del comerciante en combinación con la normativa armonizada existente sobre bienes/normativa plenamente armonizada y específica para contenidos digitales; (iii) ningún cambio en la política para bienes y normativa plenamente armonizada específica para contenidos digitales; (iv) ningún cambio en la política para bienes y armonización mínima de la normativa para contenidos digitales; (v) un contrato modelo europeo voluntario en combinación con un sello de confianza de la UE [vid. COM (2015) 635 final, 2015, *op. cit.*, Exposición de Motivos, págs. 11-12; COM (2015) 634 final, 2015, *op. cit.* Exposición de Motivos, págs. 9-10].

³³ COM (2015) 635 final, 2015, *op. cit.*

³⁴ COM (2015) 634 final, 2015, *op. cit.*

rectiva CCVL creará un conjunto único de normas que garanticen el mismo nivel elevado de protección de los consumidores en el conjunto de la UE, permitiendo al mismo tiempo que los comerciantes realicen ventas en todos los Estados miembros ateniéndose a los mismos términos contractuales. De la misma manera, el objetivo general de la Propuesta de Directiva CSCD reside en eliminar los obstáculos planteados por la legislación del Derecho contractual para los consumidores en el entorno en línea y ayudar a establecer un Mercado Único Digital en beneficio de las empresas y los consumidores. Por tanto, según ambas Propuestas, se respeta el principio de subsidiariedad, pues los objetivos enunciados por las mismas no podrían lograrse de manera adecuada por los Estados miembros. Asimismo, se respeta el principio de proporcionalidad ya que no irían más allá de lo que resulte necesario para lograr los objetivos, por lo que las Propuestas no armonizarán todos los aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y a los contratos de suministro de contenidos digitales³⁵.

Por otra parte, según la Comisión, la elección de una directiva deja libertad a los Estados miembros para adaptar la implementación a su legislación nacional, ya que sostiene que un reglamento exigiría un régimen mucho más amplio para que sus efectos fuesen directamente aplicables, por lo que la interferencia en las leyes nacionales sería mayor. Asimismo, la Comisión mantiene que la elección de la armonización plena implicará la creación de una normativa sencilla y moderna que elimine los obstáculos derivados del Derecho contractual³⁶.

III. BASE JURÍDICA ADECUADA

En la actualidad, la elección de la base jurídica adecuada reviste una importancia de naturaleza constitucional, dado que la UE sólo dispone de competencias con base en el principio de atribución (que por definición impone localizar en cada caso el concreto título competencial que respalda la intervención europea³⁷). La indicación de la base jurídica reviste igualmente una importancia particular, por un lado, para preservar las prerrogativas de las Instituciones comu-

³⁵ COM (2015) 634 final, 2015, *op. cit.* Exposición de Motivos: págs. 5-7; COM (2015) 635 final, 2015, *op. cit.*, págs. 5-8.

³⁶ COM (2015) 635 final, 2015, *op. cit.*, Exposición de Motivos, pág. 9; COM (2015) 634 final, 2015, *op. cit.* Exposición de Motivos: pág. 7.

³⁷ ALONSO GARCÍA, 2012, *op. cit.*, pág. 114.

nitarias afectadas por el procedimiento de adopción de un acto; y, por otro, fija el reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros³⁸.

En concreto, el Tratado de Lisboa no otorga una competencia específica a las Instituciones para la armonización y/o unificación jurídica en materia de Derecho privado, por lo que se dificulta la adopción de medidas generales en esta materia³⁹. De esta forma, de adoptar un instrumento sobre una base jurídica poco sólida, se estaría adoptando un instrumento débil, sin fundamento adecuado y que no garantizaría la solidez del proceso de unificación jurídica en la UE. No obstante, no se puede olvidar que si existe la voluntad política, se podrá llegar con seguridad a una norma europea que otorgue competencia para promulgar un instrumento vinculante de Derecho contractual⁴⁰.

Por ello, la cuestión radica en estudiar si la creación de un nuevo sistema jurídico europeo en materia de Derecho contractual se encontraría entre las competencias normativas de la UE.

III.1. Consideraciones previas

Con carácter previo a abordar el estudio del fundamento jurídico de un hipotético instrumento de Derecho contractual, es preciso considerar los factores ligados a la determinación de la base jurídica.

En primer lugar, puntualizar que armonización y unificación son términos que suelen utilizarse de forma equivalente, pero que poseen distinto alcance. La primera tiene un carácter más flexible y no implica la necesaria adopción de un texto concreto, sino que comporta una aproximación de conceptos jurídicos, constituyendo una etapa intermedia entre los resultados de la comparación entre ordenamientos y la unificación propiamente dicha. Esta última, por el contrario, requiere la existencia de un texto común que resulta de directa aplicación para el operador jurídico, constituyendo la garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales, dotándolas de una mayor seguridad jurídica y facilitando al

³⁸ TJCE. As. 370/07, Comisión/Consejo. Sentencia de 1 de octubre de 2009. Aptsdos. 47, 48, 49.

³⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, 2005, *op. cit.*, pág. 22; EIDENMÜLLER, H., *et al.*, 2008, *op. cit.*, pág. 3.

⁴⁰ LEIBLE, S., «Vías para la Unificación del Derecho Privado Europeo», *Anuario de Derecho Civil*, 59, Fascículo IV, 2006, págs. 1596-1597.

operador jurídico la previsibilidad del Derecho. Así, la unificación y la creación del Derecho es expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones comerciales internacionales⁴¹, por lo que en el presente estudio se va a considerar esta técnica como la más adecuada.

Igualmente, la base jurídica está íntimamente ligada al objetivo que tendría el instrumento de Derecho contractual en el ámbito de la UE, el cual se ha de considerar no sólo desde el punto de vista económico, sino también desde el político, jurídico y social. Dicho objetivo debe estar en consonancia con el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), según el cual la UE debe intervenir sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que puedan alcanzarse mejor a escala de la UE. Por otra parte, los objetivos deben respetar el principio de proporcionalidad, regulado en el artículo 5.4 del TUE, que exige que las medidas adoptadas no excedan de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos de la legislación en cuestión. En este sentido, cuando existe la opción entre varias medidas apropiadas debe recurrirse a la menos onerosa, y los inconvenientes causados no pueden ser desproporcionados respecto al objetivo perseguido⁴². Sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la Institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida⁴³.

Desde una perspectiva económica, se parte de la premisa de que el mercado debe ser ordenado por el Derecho, pues la exigencia de regular el contrato y el mercado sirve para favorecer una libertad

⁴¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Derecho de los Negocios Internacionales», en *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pág. 58.

⁴² TJCE. As. 137/85. Maizena. Sentencia de 18 de noviembre de 1987. Apto. 15; TJCE. As. 339/92. ADM Ölmühlen. Sentencia de 7 de diciembre de 1993. Apto. 15; TJCE. As. 133/93, 300/93 y 362/93, Crispolti. Sentencia de 5 de octubre de 1994. Apto. 41; TJCE. As. 157/96, The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise. Sentencia de 5 de mayo de 1998. Apto. 60; TJCE. As. 210/00. Käserei Champignon Hofmeister. Sentencia de 11 de julio de 2002. Apto. 59; TJCE. As. 491/00, British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd. Sentencia de 10 de diciembre de 2002. Apto. 122; TJCE. As. 210/03. Swedish Match AB y Swedish Match UK Ltd. Sentencia de 14 de diciembre de 2004. Apto. 47.

⁴³ TJCE. As. 84/94. Reino Unido/Consejo. Sentencia de 12 de noviembre de 1996. Apto. 58; TJCE. As. 233/94. Alemania/Parlamento y Consejo. Sentencia de 13 de mayo de 1997. Apto. 55, 56; TJCE. As. 157/96. *op. cit.*, Apto. 61; TJCE. As. 491/00, *op. cit.*, Apto. 123; TJCE. As. 210/03. *op. cit.*, Apto. 48.

contractual en la cual no existan abusos⁴⁴. En este sentido, la unificación del Derecho de los contratos en la UE tendría como objetivo mejorar el funcionamiento y establecimiento del mercado interior, mediante la eliminación de los obstáculos jurídicos que frenan las transacciones, de manera que se aproveche todo el potencial que brinda el mercado interior, ofreciendo una alta protección a los consumidores. Y ello, dado que la existencia de normas legales nacionales divergentes puede conllevar costes de transacción, pues las partes contratantes se ven obligadas a obtener información y asesoramiento legal sobre la interpretación y aplicación de una ley extranjera poco familiar⁴⁵. Por lo tanto, el mercado no puede ser confiado exclusivamente a la autonomía de los particulares, pues se traduciría en la ignorancia de la existencia de las situaciones de asimetría informativa y de debilidad contractual que no son funcionales para su correcto desarrollo⁴⁶.

Por otra parte, el propio TUE en su artículo 1 manifestó la aspiración de crear una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones sean tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos. Ello implica que las medidas que se adopten a nivel de la UE deben otorgar un beneficio a los ciudadanos. Asimismo, en su artículo 3 intensificó las preocupaciones sobre la dimensión social del mercado, de forma que la UE debe obrar en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en una economía social de mercado altamente competitiva. No obstante, la estructura de la UE vigente se está quedando obsoleta y cada vez es más frágil la denominada «identidad europea». La situación actual debe cambiar, los ciudadanos deben sentirse identificados con la UE⁴⁷ y las Instituciones deben apuntar a actuar en el ámbito global como un solo agente.

De esta manera, y de conformidad con el artículo 207.1 del TFUE, la unificación de legislaciones es un pilar básico no sólo para potenciar el mercado único, sino también para fomentar el comercio extracomunitario, de manera que los Estados miembros de la UE deben tender a comportarse como una unidad en orden a la consecución de

⁴⁴ CAPOBIANCO, E., «El Contrato, entre Autonomía y Heteronomía. La Experiencia Ítalo-europea/The Contract between Autonomy and Heteronomy. the Italian-European Experience», *Revista de Derecho Civil*, 3, n.º 1, 2016, pág. 120.

⁴⁵ COM/2001/0398 final, 2001, *op. cit.*, aptdo. 31.

⁴⁶ CAPOBIANCO, 2016, *op. cit.*, pág. 121.

⁴⁷ El propio TJCE dispuso que el ordenamiento jurídico de la UE está destinado no sólo a los Estados miembros, sino también a sus nacionales [Vid. TJCE. As. 26/62, Van Gen den Loos. Sentencia de 5 de febrero de 1963].

acuerdos arancelarios y comerciales, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación y medidas de protección comercial.

Dicho esto, es cierto que algunos autores, como Posner⁴⁸, se han planteado cómo podría realmente un instrumento de Derecho contractual contribuir a reforzar la identidad europea y, por ende, el proceso de integración, en el sentido que aunque las transacciones transfronterizas aumentasen, ello no tendría por qué reforzar el hecho de que los ciudadanos se sintieran más europeos. Sin embargo, es manifiesto que cada instrumento legal promulgado en la UE ha contribuido a reforzar la unión entre los distintos Estados miembros, creando progresivamente un marco común que a todas luces tiene incidencia en el impulso de una identidad europea, ya que se integra en el propio ordenamiento jurídico de los Estados miembros, afectando directamente a sus ciudadanos.

Asimismo, en los principios fundamentales de la UE se recoge como uno de los objetivos la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, cuyo objetivo es garantizar la libre circulación de personas y ofrecer un elevado nivel de protección a los ciudadanos. Así, el hecho de reforzar la imagen europea, considerando dichos principios, podría originar también beneficios económicos, lo que se traduce en que el sistema legal común podría de hecho tener un valor de mercado, de la misma manera que un producto⁴⁹.

En otro orden de cosas y definido el objetivo que tendría el instrumento de Derecho contractual, habría que considerar su ámbito de aplicación espacial, personal y material. Respecto del primero, se considera que el instrumento se podría aplicar a: (i) los contratos nacionales, es decir, las partes se ubican en el mismo Estado miembro; (ii) los contratos intracomunitarios, suscritos entre las partes situadas en distintos Estados miembros; (iii) los contratos extracomunitarios, esto es, aquellos en los que una parte está establecida en un Estado

⁴⁸ POSNER, E. A., «The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition», *University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper*, n.º 597, 2012, pág. 12.

⁴⁹ HESSELINK, MARTIJN, W., «The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism», *European Review of Contract Law*, 8, n.º 3, 2012, págs. 18-19.

miembro y la otra en un país extracomunitario⁵⁰ (como hace la Propuesta de Reglamento NCCE⁵¹).

En segundo lugar, y en relación con el ámbito material, un instrumento de Derecho contractual europeo debería cubrir toda la regulación en relación con el ciclo de vida de un contrato y delimitar especialmente aquellas normas imperativas vinculantes que han de aplicarse en todo caso, especialmente en relación con el Derecho de consumo⁵².

Por último, y respecto al ámbito personal de aplicación, el instrumento podría ser aplicable a las transacciones entre empresas (B2B) y entre empresas y consumidores (B2C)⁵³, así como a las transacciones que se efectúan entre particulares (C2C). Respecto a este último tipo de transacciones, debemos tener en cuenta que en los últimos años ha ido surgiendo el llamado «consumo colaborativo», que puede suponer una herramienta de mercado complementaria con la que regenerar el mercado interior; dado que comparte muchos objetivos de las políticas de la Unión, por lo que la Comisión debe remover los

⁵⁰ Hay que tener en cuenta que un instrumento que se aplicara tanto a los contratos de consumo transfronterizos como a los nacionales simplificaría el marco regulatorio pero tendría consecuencias para aquellos consumidores que no desearan aventurarse en el mercado interior y prefirieran mantener niveles de protección nacionales. Por otra parte, en los contratos de empresa a empresa, en los que rige el principio de libertad contractual, un instrumento que cubriera tanto los contratos transfronterizos como los nacionales representaría un incentivo más para que las empresas se extendieran más allá de las fronteras, al poder utilizar un único conjunto de condiciones contractuales y una única política económica [Vid. COM (2010) 348 final, 2010, Apto. 4.2.2]. Asimismo, la utilización del instrumento tanto en transacciones transfronterizas como nacionales, tendría la ventaja de que aquellas empresas que actuaran en ambos ámbitos no tendrían que recurrir a dos regímenes distintos; pues, de lo contrario y en caso de que sólo se pudiera recurrir al instrumento en cuestión en las transacciones transfronterizas, las empresas y consumidores tendrían que seguir conociendo y aplicando dos regímenes distintos de Derecho contractual [Vid. Directorate General Internal Policies of the Union (Legal Affairs). *The Legal Basis for an Optional Instrument of European Contract Law*, edited by Martijn W. Hesselink, Dr. Jacobien W. Rutgers, Tim Q. de Booys, Centre for the Study of European Contract Law and Universiteit van Amsterdam, The Netherlands. Vol. PE 393.280. Brussels, European Parliament, 2008, pág. 15].

⁵¹ COM (2011) 635 final, 2011, *op. cit.*, Exposición de Motivos, pág. 8.

⁵² VON BAR, C., «A Common Frame of Reference for European Private Law-Academic Efforts and Political Realities», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, 2008, pág. 7.

⁵³ La posibilidad de ofrecer un único cuerpo de normas que regulara las relaciones contractuales podría favorecer tanto a consumidores como a las empresas. En particular, supondría ventajas decisivas para las empresas, considerando que podrían vender sus productos en todo el mercado interno, utilizando para ello un único modelo de contrato [Vid. Directorate General Internal Policies of the Union. 2008, *op. cit.*, pág. 14].

obstáculos que puedan existir a nivel europeo para el desarrollo de estas actividades, creando un marco regulatorio que genere certidumbre a largo plazo en el sector⁵⁴.

La definición de un ámbito personal de tales características estaría en consonancia con el principio de igualdad, el cual es fundamental en el Derecho de la UE, ejerciendo una influencia notable en la formación progresiva de un Derecho contractual europeo. Este principio está presente en todo el Derecho derivado y puede constituir un fundamento jurídico adicional para las iniciativas legislativas comunitarias⁵⁵. Por tanto, esta combinación de intereses contenida en un instrumento de Derecho contractual constituiría una situación de equilibrio, en la medida en que se trataría de unas reglas especiales para las transacciones de todos los operadores económicos en el mercado interior.

Por otro lado, y en relación con el tipo de instrumento a considerar, este estudio se centra principalmente en los reglamentos y directivas, instrumentos definidos en el artículo 288 del TFUE, al ser los instrumentos más utilizados por el legislador europeo y que se adaptarían mejor a los objetivos de un instrumento de Derecho contractual. Por una parte, los reglamentos tienen un carácter general, son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro. Se trata de actos de carácter normativo, que pueden adoptarse por las tres Instituciones y están dirigidos a la totalidad de los Estados miembros. Por su parte, las directivas son un instrumento más flexible y se dirigen a los Estados miembros imponiéndoles una obligación de resultado y dejándoles libertad para elegir la forma y los medios para su cumplimiento. No tienen efecto directo, sino que requieren un acto normativo interno de recepción y desarrollo y que cada Estado destinatario lleve a cabo su transposición en su ordenamiento jurídico⁵⁶.

Sin embargo, el principio de armonización mínima inspiraba en el pasado la mayoría de las directivas de Derecho privado en materia de consumo que sólo indirectamente servía para impulsar el mercado interior. Asimismo, el planteamiento de la armonización mediante

⁵⁴ Comité Económico y Social Europeo. *Dictamen Sobre Consumo Colaborativo o Participativo: Un Modelo de Sostenibilidad para el Siglo XXI*, INT/686, (21 de enero de 2014), págs. 2-7.

⁵⁵ Comité Económico y Social. *Dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo»* (DO n.º C 241), (7 de octubre de 2002), Aptos. 2.6 y 2.7.

⁵⁶ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. *Instituciones de la Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012: págs. 234-235.

directivas puede provocar incoherencias en la aplicación del Derecho de la UE⁵⁷; y ello, dado que en general dejan un amplio margen de maniobra a los Estados miembros⁵⁸ para que recurran a sus propios conceptos jurídicos, que se definen en los distintos sistemas jurídicos de forma diferente. Además, su carácter sectorial puede conducir a una superposición de normas mal coordinadas en un ámbito del Derecho. Por lo tanto, el Reglamento es preferible para evitar divergencias⁵⁹, toda vez que el legislador nacional no puede legislar en contrario⁶⁰, lo que favorece la seguridad jurídica en las relaciones contractuales.

Asimismo, el Informe al Presidente de la Comisión Europea, sobre «Una nueva estrategia para el mercado único al servicio de la economía y la sociedad de Europea», elaborado por Mario Monti, de 9 de mayo de 2010, aludió al problema de los métodos de adopción de normas más adecuados para regular el mercado único, puntualizando la mayor idoneidad de los reglamentos en vez de las directivas como la técnica jurídica preferida para regular el mercado único, habida cuenta de su claridad, previsibilidad y eficacia⁶¹.

Así las cosas, un reglamento podría crear un instrumento optativo que se entendería como «segundo régimen» en cada Estado miembro, ofreciendo así a las partes la posibilidad de optar entre dos regímenes de Derecho contractual nacional. Introduciría en las legislaciones nacionales de los veintiocho Estados miembros un conjunto amplio y, en la medida posible, autónomo de normas de Derecho contractual que podrían elegir las partes como ley aplicable a sus contratos. Para que fuera operativo desde la perspectiva del mercado interno, el instrumento tendría que afectar a la aplicación de las disposiciones obligatorias, incluidas las relativas a la protección del consumidor. La

⁵⁷ Por ejemplo, el Gobierno austriaco indicaba que en su consulta nacional son más bien las empresas que los consumidores quienes piden la plena armonización del Derecho contractual en materia de consumo, por oposición a una armonización mínima, lo cual evitaría divergencias en las aplicaciones nacionales. El Ministerio belga de Asuntos Económicos y el Gobierno finlandés señalaron también que sus consultas nacionales ponen de manifiesto preocupaciones a propósito de una armonización mínima de la legislación en materia de consumo [Vid. COM/2003/68 final, 2003, *op. cit.*, Anexo: «Respuestas a la Comunicación sobre Derecho contractual Europeo» – Respuestas de los gobiernos].

⁵⁸ TJCE. As. 168/00, Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co KG. Sentencia de 12 de marzo de 2002.

⁵⁹ DO n.º C 241, 2002, *op. cit.* Apto. 3.5.

⁶⁰ CAPOBIANCO, 2016, *op. cit.*, pág. 116.

⁶¹ MONTI, M., *Informe al Presidente de la Comisión Europea sobre «Una Nueva Estrategia para el Mercado Único al Servicio de la Economía y la Sociedad de Europa»*, 2010, págs. 95-97.

referencia coherente a un único conjunto de normas haría innecesario que los jueces y otros profesionales del Derecho investigaran legislaciones extranjeras en determinadas situaciones, como suele pasar en las normas sobre conflicto de leyes⁶².

Optar por un reglamento vinculante y obligatorio, por otro lado, podría sustituir la diversidad de legislaciones nacionales con un conjunto de normas uniforme y europeo, que se aplicarían, no por opción de las partes, sino con fuerza de Derecho nacional. Esta solución acabaría con la fragmentación jurídica en materia de Derecho contractual y llevaría a una aplicación e interpretación uniforme de las disposiciones del reglamento. Esta alternativa podría, no obstante, provocar problemas delicados de subsidiariedad y proporcionalidad⁶³. Asimismo, las iniciativas tendentes a la promulgación de un instrumento unificador vinculante han sido objeto de importantes críticas por los juristas de tradición romanista, para quienes la existencia de un «Código» supone la materialización de una vieja ambición académica que siempre aspiró a un texto único aplicable a todos los Estados de la UE⁶⁴.

III.2. Estudio de las distintas bases jurídicas a considerar

El Tribunal de Justicia ha declarado que la elección de la base jurídica de un acto no puede depender únicamente de la convicción de una Institución respecto al fin perseguido⁶⁵, por lo que es preciso tener en cuenta los factores expuestos en el Apartado anterior a la hora de analizar la competencia comunitaria que podría fundamentar la creación de un nuevo sistema jurídico europeo en materia de Derecho contractual, pues dicha elección debe fundarse en factores objetivos susceptibles de control jurisdiccional, como el objetivo y contenido del acto⁶⁶.

Así, y entrando en el análisis concreto del fundamento jurídico, puntualizar que las competencias que otorgan los siguientes preceptos difieren en relación con los procedimientos legislativos que se de-

⁶² COM (2010) 348 final, 2010, *op. cit.*, Apto. 4.1.

⁶³ COM (2010) 348 final, 2010, *op. cit.*, Apto. 4.1.

⁶⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, 2005, *op. cit.*, pág. 18.

⁶⁵ TJCE. As. 300/89, Comisión/Consejo, «Dióxido de Titanio». Sentencia de 11 de junio de 1991. Apto. 10.

⁶⁶ TJCE. As. 45/86, Comisión/Consejo. Sentencia de 26 de marzo de 1987. Apto. 11; TJCE. As. 233/94, *op. cit.*, Apto. 12; TJCE. As. 269/97, Comisión/Consejo, «Etiquetado de la carne de vacuno». Sentencia de 4 de abril de 2000. Apto. 43; TJCE. As. 491/00, *op. cit.*, Apto. 93.

ben seguir y las Instituciones que participan en los mismos, los tipos de medidas que pueden ser adoptadas y las materias que pueden considerarse.

III.2.1. Cooperación judicial en materia civil

En primer lugar, podría considerarse el artículo 81 del TFUE (antiguo artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea –TCE–) como la competencia para legislar en esta materia, mediante el desarrollo de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Mediante esta cooperación se puede incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. A estos efectos, el Parlamento y el Consejo pueden adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros. Sin embargo, se ha venido manteniendo que es improbable que un instrumento que estableciese la regulación sustantiva del Derecho contractual pudiera ser considerado como un instrumento armonizador de las normas de conflicto de leyes a las que se refiere el artículo 81 del TFUE, por lo que tampoco podría considerarse este precepto como la base legal apropiada en orden a adoptar un instrumento de Derecho contractual⁶⁷.

III.2.2. Aproximación de las legislaciones.

La justificación competencial del Parlamento y del Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social Europeo (CESE), para elaborar un instrumento de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, se ha venido justificando en el artículo 114 del TFUE (antiguo artículo 95 del TCE). Según el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), la aplicación de este artículo exige justificar la vinculación directa de una acción con las necesidades de establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior⁶⁸, traducido en un espacio

⁶⁷ Directorate General Internal Policies of the Union, 2008, *op. cit.*, págs. 4, 22-23.

⁶⁸ TJCE. As. 376/98, R. F. de Alemania/Parlamento y Consejo, «Asunto de la publicidad del tabaco». Sentencia de 5 de octubre de 2000. Apto. 83; TJUE. As. 26/13.

sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, de acuerdo con las disposiciones del Tratado (artículo 26.2 del TFUE).

Indicar que el principio de subsidiariedad se aplica cuando el legislador comunitario recurre al artículo 114 del TFUE, en la medida en que esta disposición no le concede competencia exclusiva para regular las actividades económicas en el mercado interior, sino únicamente competencia para mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento de éste⁶⁹. El precepto no confiere una competencia general al legislador europeo, éste sólo puede legislar cuando existe un obstáculo probable a la libre circulación de mercancías y a la competencia, no cuando existe un mero riesgo abstracto, siendo necesario que la legislación contribuya efectivamente a la eliminación de los obstáculos y distorsión de la competencia⁷⁰. Si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos o de distorsiones de la competencia bastase para justificar la elección del artículo 114 del TFUE como base jurídica, el control jurisdiccional podría quedar privado de toda eficacia⁷¹.

De este modo, el análisis concreto de la competencia comunitaria debe dirigirse exclusivamente a determinar que la medida persigue los objetivos propios del mercado interior, al tiempo que se tiene en cuenta que ello puede ser compatible con la simultánea consecución de otros objetivos complementarios de interés público, que no pueden por sí solos justificar la aplicación del artículo 114 del TFUE⁷².

Como base complementaria a la que concede el artículo 114 del TFUE, en materia de protección los consumidores y sus obligaciones para la realización del mercado único, el Tratado de Lisboa concede a la UE una base sólida para proponer iniciativas en el ámbito de los contratos transfronterizos⁷³, en virtud de los artículos 12 y 169.2.a) y b) del TFUE. De acuerdo con los preceptos mencionados, la UE debe promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte/Parlamento y Consejo de la UE. Sentencia de 22 de enero de 2014. Apto. 100.

⁶⁹ TJCE. As. 376/98, *op. cit.*, Aptos. 83, 95; TJCE. As. 491/00, *op. cit.*, Apto. 179.

⁷⁰ TJCE. As. 350/92, España/Consejo. Sentencia de 13 de julio de 1995. Aptos. 32, 33; TJCE. As. 491/00, *op. cit.*, Apto. 60.

⁷¹ TJCE. As. 376/98, *op. cit.*, Apto. 84.

⁷² Conclusiones del Abogado General Sr. Nial Fennelly, As. 376/98, R. F. de Alemania/Parlamento y Consejo, de 15 de junio de 2000. Aptos. 93, 94; TJCE. As. 210/03. *op. cit.*, Apto. 30.

⁷³ DO n.º C 241, *op. cit.*, Apto. 2.2.1.1.

nivel de protección, mediante las medidas que se adopten en virtud del artículo 114 del TFUE en el marco de la realización del mercado interior y/o mediante medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

Por lo tanto, a priori, un hipotético instrumento de Derecho contractual, que incluyera un alto nivel de protección a los consumidores, podría servirse de la base que proporciona el artículo 114 junto con el artículo 169 del TFUE, toda vez que existen legislaciones nacionales dispares en materia de Derecho contractual, que constituyen obstáculos al ejercicio de la libertad de circulación en la UE, en cuanto frenan los intercambios transfronterizos en el mercado interior; y, asimismo, distorsionan las condiciones de competencia en el ámbito comercial. Como contrapartida, es necesario valorar si el alcance de esta medida sería demasiado amplio (por ejemplo, porque afecta a un volumen considerable de intercambios internos a la vez que a intercambios transfronterizos relativamente escasos), y por tanto, si los efectos de la medida, excesivamente restrictivos, son superiores a sus beneficios para el mercado interior⁷⁴.

III.2.3. Directivas para la aproximación

De acuerdo con el artículo 115 del TFUE (antiguo artículo 94 del TCE), el Consejo puede adoptar, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al CESE, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior. No obstante, esta base jurídica no otorgaría al Consejo la competencia adecuada, si se considera la adopción de un instrumento opcional. Asimismo, se estima improbable que un instrumento de carácter obligatorio y vinculante pudiera adoptarse con base en el artículo 115, habida cuenta de que se requiere unanimidad para su adopción. Por último, tampoco se entiende como la base jurídica adecuada, ya que este precepto únicamente permite la adopción de una directiva, que debería ser traspuesta al ordenamiento jurídico de los Estados miembros, no siendo una medida adecuada si se considera otorgar un instrumento de carácter optativo⁷⁵.

⁷⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Nial Fennelly, As. 376/98, *op. cit.*, Apto. 104.

⁷⁵ Directorate General Internal Policies of the Union, 2008, *op. cit.*, págs. 31-32.

III.2.4. Acuerdo interinstitucional de carácter vinculante

De conformidad con el artículo 295 del TFUE, esta opción consistiría en un acuerdo interinstitucional vinculante entre la Comisión, el Parlamento y el Consejo para hacer una referencia coherente a las disposiciones del mismo al redactar y negociar propuestas legislativas que atañan al Derecho contractual europeo. La propuesta requeriría negociaciones entre los tres legisladores para hacerse efectiva, pero tendría un valor añadido en la implicación de las tres instituciones, y sería necesario para tener en cuenta las recomendaciones de la propuesta cuando se preparen y aprueben nuevos instrumentos legislativos. El inconveniente es que no aportaría beneficios inmediatos y tangibles para el mercado interior, pues no eliminaría las divergencias jurídicas. Además, para el legislador no podría garantizar la aplicación e interpretación convergente del Derecho contractual de la Unión por los órganos jurisdiccionales⁷⁶.

III.2.5. Cláusula de flexibilidad

La denominada Cláusula de flexibilidad o Cláusula de cierre del sistema competencial, contenida en el artículo 352 del TFUE (antiguo artículo 308 del TCE) faculta al Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento, para adoptar las disposiciones adecuadas en orden a alcanzar los objetivos establecidos por el Tratado, cuando no se haya previsto el poder necesario de actuación⁷⁷. Si bien, estas medidas no pueden conllevar armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización. Asimismo, se excluye la utilización del artículo 352 del TFUE como base jurídica cuando el acto comunitario controvertido no crea un nuevo régimen jurídico de protección, sino que sólo armoniza las normas establecidas en el Derecho de los Estados miembros para otorgar y proteger dicho régimen⁷⁸.

Esta vía no se había venido considerando adecuada toda vez que mediante el antiguo artículo 308 del TCE sólo era necesaria la previa consulta al Parlamento Europeo, por lo que esta Institución no actua-

⁷⁶ COM (2010) 348 final, 2010, Apto. 4.1.

⁷⁷ TJCE. As. 45/86, *op. cit.*, Apto. 13; TJCE. As. 350/92, *op. cit.*, Apto. 16; TJCE. As. 436/03. Parlamento/Consejo. Sentencia de 2 de mayo de 2006. Apto. 36.

⁷⁸ TJCE. As. 377/98. Países Bajos/Parlamento y Consejo. Sentencia de 9 de octubre de 2001. Apto. 25; TJCE. As. 436/03, *op. cit.*, Apto. 37.

ba en calidad de colegislador. Sin embargo, el vigente artículo 352 del TFUE sí requiere la previa aprobación del Parlamento. Asimismo, mientras que el TCE vinculaba la activación de la cláusula de flexibilidad con el funcionamiento del mercado interior, en el TFUE se generaliza el vínculo con las políticas definidas en los Tratados.

Por otra parte, la Declaración número 41 aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental de Lisboa dispone que la referencia a los «objetivos» fijados por los Tratados en el apartado 1 del artículo 352 del TFUE debe entenderse en el sentido de que la activación de la cláusula de flexibilidad queda excluida a efectos de perseguir únicamente los objetivos establecidos en el artículo 3.1 del TUE, esto es, «promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos»⁷⁹.

De esta forma, podría ser viable adoptar un instrumento que regulase determinados aspectos del Derecho contractual que tuvieran una trascendencia relevante para el mercado interior, con base en la cláusula de flexibilidad, como se ha realizado en otras ocasiones⁸⁰, como la regulación de la Sociedad Anónima Europea⁸¹ (SAE), la Sociedad Cooperativa Europea⁸² (SCE) o la protección de la Marca Comunitaria⁸³ (MC), adoptados mediante reglamentos cuya regulación coexiste con la nacional. Y ello, dado que tanto en los casos mencionados, como en el caso del Derecho contractual, son materias propias del ámbito del Derecho privado de la UE.

Para sostener que las Instituciones europeas tendrían competencia con arreglo a la cláusula de flexibilidad para adoptar un instrumento de carácter optativo de Derecho contractual, sería necesario que el propio Tratado no estableciese ninguna otra competencia en esta materia, pero sí estuviese previsto el objetivo que se pretende alcanzar⁸⁴. En este sentido, la vía del artículo 114 y esta vía son mutuamente ex-

⁷⁹ ALONSO GARCÍA, 2012, *op. cit.*, pág. 125.

⁸⁰ Directorate General Internal Policies of the Union, 2008, *op. cit.*, págs. 5, 33.

⁸¹ Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

⁸² Reglamento (CE) n.º 1435/2003 de 22 de julio de 2003, del Consejo relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.

⁸³ Reglamento (UE) n.º 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo sobre la Marca Comunitaria, y el Reglamento (CE) n.º 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) n.º 40/94 del Consejo sobre la Marca Comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Diseños y Modelos).

⁸⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Carl Otto Lenz, As. 45/86, Comisión/Consejo, de 29 de enero de 1987. Aptdos. 75-77.

cluyentes⁸⁵. Por ello, para aplicar la cláusula de flexibilidad se tendría que considerar que las competencias que otorga el artículo 114 del TFUE no cubren el objetivo de un nuevo sistema jurídico de Derecho contractual.

III.3. Valoración de las distintas bases jurídicas

Como se ha expuesto en los antecedentes, la base jurídica para adoptar un instrumento que unifique el Derecho contractual en la UE es una cuestión cuanto menos polémica, toda vez que algunos interesados han venido manteniendo opiniones que ponen en duda la competencia de las instituciones de la UE para adoptar un instrumento de tales características.

En concreto, en la doctrina española la posición de Sánchez Lorenzo⁸⁶ ha sido contundente al efecto, basándose en el problema constitucional derivado de la falta de una competencia comunitaria que suministre la base jurídica suficiente para emprender una tarea de este tipo. A su lado está el argumento derivado de los límites espaciales del Derecho privado europeo: el Derecho de la UE permite solamente la unificación de los Derechos nacionales, incluidas las relaciones internas cuando la diversidad de legislaciones afecte de forma sensible a las condiciones de competencia en el mercado excluyendo cualquier diversidad jurídica que pueda implicar una disfunción en el mercado interior. Por eso, siguiendo con el planteamiento de este autor, al margen de ser un instrumento político, de entrañar el riesgo de un déficit democrático y de ir en contra de la nueva cultura jurídica basada en la descodificación, un Código civil europeo⁸⁷ sería por definición no sólo contrario a los postulados competenciales del Derecho de la UE, sino también a sus propios límites de aplicación espacial.

A mayor abundamiento, se ha sostenido que sería difícil aprobar una unificación completa del Derecho contractual de la UE con fundamento en el artículo 114 del TFUE o en cualesquiera otras del TUE y TFUE⁸⁸. Por ejemplo, The City of London Law Society, en su res-

⁸⁵ Directorate General Internal Policies of the Union, 2008, *op. cit.*, pág. 32.

⁸⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., «¿Hacia un Código civil europeo?», *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 388-399.

⁸⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, 2005, *op. cit.*, pág. 19.

⁸⁸ Por ejemplo, The City of London Law Society, en su respuesta a la consulta pública formulada por el Libro Verde de la Comisión, de 1 de julio de 2010, sostenía que el artículo 114 del TFUE no constituye base jurídica suficiente para adoptar un instrumento conforme a las opciones planteadas por el Libro Verde. Asimismo, man-

puesta a la consulta pública formulada por el Libro Verde de la Comisión de 2010⁸⁹, sostenía que el artículo 114 del TFUE no constituye base jurídica suficiente para adoptar un instrumento conforme a las opciones planteadas por el Libro Verde de 2010.

Por otra parte, siguiendo al Profesor J. H. Dalhuisen⁹⁰, se ha mantenido también que, si existiera un consenso sobre la necesidad de adoptar un instrumento de unificación del Derecho contractual, sería necesario llevar a cabo primero la reforma del TUE y del TFUE.

No obstante, en ciertas ocasiones, se ha sostenido que el artículo 352 del TFUE podría considerarse como una base jurídica adecuada para adoptar un instrumento de Derecho contractual europeo, habida cuenta que bajo el artículo 114 del TFUE no podría promulgarse un instrumento opcional de Derecho contractual europeo, pues el mismo no tendría por objeto la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros, sino la creación de un nuevo sistema jurídico. Asimismo, de la jurisprudencia del TJUE –denominado anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)⁹¹ se desprende que, dado que las partes tienen libertad para elegir la ley aplicable a su contrato, sólo las normas imperativas de ámbito transnacional suponen un obstáculo a la libre circulación de bienes, habida cuenta de que las partes no se pueden desviar de su contenido (artículo 9 del Reglamento Roma I). En consecuencia, una regulación de carácter opcional no podría considerarse como una medida de aproximación legislativa según el artículo 114 del TFUE⁹².

Sentado lo anterior, podría seguirse el ejemplo de la SCE –o bien, de la SAE o de la protección de la Marca Comunitaria–, regulada por el Reglamento (CE) n.º 1435/2003 de 22 de julio de 2003, figura que coexiste con la de las sociedades cooperativas nacionales y, de forma subsidiaria, se regula por el Derecho interno, para las materias no reguladas por el Reglamento o por los estatutos de la SCE. El TJCE

tenía que es igualmente difícil sostener que las Instituciones de la UE tienen competencia con base en otras bases jurídicas del Tratado de Lisboa [Vid. The City of London Law Society. «Response to European Commission Green Paper on Contract Law», CLLS registration number 24418535037-82. Disponible en Web: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/68_en.pdf]

⁸⁹ The City of London Law Society, 2011, *op. cit.*

⁹⁰ DALHUISEN, J. H., «Presentation on the Draft Common Frame of reference (DCFR) pursuant to the Green Paper of the EU Commission of July 1 2010», 31 de diciembre de 2010. Disponible en Web: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/87_en.pdf, pág. 10.

⁹¹ TJCE. As. 339/89. Alsthom Atlantique SA/Compagnie de construction mécanique Sulzer SA. Sentencia de 24 de enero de 1991. Aptdos. 14, 15.

⁹² Directorate General Internal Policies of the Union, 2008, *op. cit.*, págs. 28, 38.

estimó que dicho Reglamento había sido adoptado adecuadamente bajo el artículo 352 del TFUE, pues su objeto era crear una nueva forma de sociedad cooperativa que se superpone a las nacionales, es decir, una estructura comunitaria paralela, por lo que no se trataba de una aproximación de las legislaciones en el sentido del artículo 114 del TFUE⁹³.

De la jurisprudencia se puede inferir la afirmación general de que, para crear determinadas figuras jurídicas comunitarias se debe tomar como base jurídica el artículo 352 del TFUE. En este sentido, habría que considerar que un hipotético instrumento de Derecho contractual en la UE crea, de hecho, un nuevo marco jurídico, que conviviría con el Derecho nacional, en las materias no reguladas por dicho instrumento. Los contratos que se celebraran bajo este nuevo régimen serían «contratos europeos». Por lo tanto, este nuevo marco sería complementario al Derecho nacional, considerando los contratos europeos como una auténtica creación nueva, diferenciándose de los contratos nacionales y coexistiendo con los mismos⁹⁴. Las partes de un contrato, por ende, podrían optar, si así lo desean, por suscribir un contrato europeo. Una aplicación voluntaria conduciría a una mayor aceptación, como ocurrió en el caso de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías (CVCIM)⁹⁵ e interferiría en menor medida en la autonomía legislativa de los Estados miembros⁹⁶.

IV. CONCLUSIONES

1. El mercado único es una construcción basada en el Derecho, que debe buscar la certeza como principio de actuación para los agentes que operan en el mismo. Por ello, si se considera la creación de un nuevo sistema jurídico europeo en materia de Derecho contractual es preciso que el mismo tenga un fundamento jurídico sólido, con base en las competencias que el Tratado de Lisboa otorga a las Instituciones de la UE.

2. Se ha constatado que durante el proceso de elaboración de un Derecho contractual europeo, tanto las Instituciones como los académicos

⁹³ TJCE. As. 436/03. Parlamento/Consejo. Sentencia de 2 de mayo de 2006. Apto. 44.

⁹⁴ Conclusiones de la Abogado General Sra. Christine Stix-Hackl, As. 436/03, *op. cit.*, Aptos. 67, 82, 85, 89, 90, 96-98.

⁹⁵ COM/2003/68 final, 2003, Anexo: «Respuestas a la Comunicación sobre Derecho contractual Europeo».

⁹⁶ Directorate General Internal Policies of the Union, 2008, *op. cit.*, pág. 9.

micos, se han ido decantando por distintas formas jurídicas para adoptar un hipotético instrumento de Derecho contractual. Como se desprende de las respuestas a la Comunicación de la Comisión de 2001 y al Libro Verde de 2010, una de las formas que ha ido alcanzando mayor aceptación es un reglamento de carácter facultativo que estableciera un régimen uniforme del Derecho de los contratos, al considerarse como la acción más proporcional para alcanzar el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior. En consecuencia, la Comisión presentó la Propuesta de Reglamento NCCE que establecía un segundo régimen uniforme de normas de Derecho contractual, de carácter facultativo, dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros. Sin embargo, dicho proyecto fue sustituido posteriormente por las actuales Propuestas de Directiva sobre determinados aspectos contractuales. Éstas y la anterior Propuesta de Reglamento NCCE se han basado en el artículo 114 del TFUE, habida cuenta de su objetivo de mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

3. Así las cosas, la Propuesta de Reglamento NCCE constituye un instrumento que cubre casi todo el ciclo de vida de los contratos, mientras que las Propuestas de Directiva sobre determinados aspectos contractuales sólo cubren una parte sustancial de este ámbito en relación con determinados tipos de contratos. Si bien es cierto que las Propuestas de Directivas actuales se adecúan a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, teniendo cabida sin duda en el artículo 114 del TFUE, también lo es que la Propuesta de Reglamento NCCE se configuró como un texto más completo en orden a dar una solución más directa a los obstáculos jurídicos que se plantean en el mercado interior de la UE, como consecuencia de la diversidad jurídica; no obstante, uno de los problemas de esta última Propuesta era, en efecto, las dudas en torno a si el artículo 114 del TFUE constituía una base jurídica suficiente.

4. A este respecto, las Propuestas de Directiva sobre determinados aspectos contractuales suponen una solución que, a corto plazo, podría configurarse como el primer paso en la adopción de un instrumento de Derecho contractual. No obstante, el problema de adoptar un instrumento en forma de directiva es que no contribuirá efectivamente a la eliminación de los obstáculos jurídicos existentes en el mercado interior, sino sólo conllevará una reducción de una parte de los mismos, dada su reducida aplicación sólo a determinados aspectos contractuales y a los contratos entre empresas y consumidores.

5. Dicho esto, según los objetivos y necesidades actuales, tomando como base la Propuesta de Reglamento NCCE, se considera un instrumento mucho más adecuado para contribuir a potenciar el mercado interior en la UE, la configuración de un marco jurídico contractual mediante un reglamento de carácter facultativo, que instaurara un segundo régimen paralelo a las normativas nacionales, que cubriría toda la regulación del Derecho contractual, aplicable a todo tipo de transacciones, tanto desde el punto de vista espacial como personal. Asimismo, la libertad contractual se salvaguardaría facultando a las partes a optar por la aplicación de dicho instrumento⁹⁷. Por otra parte, al añadir un sistema paralelo, el marco jurídico seguiría siendo complejo y exigiría información clara para que los consumidores entendieran sus derechos y así adoptaran una decisión informada para celebrar o no un contrato con esta base alternativa⁹⁸. Igualmente, las empresas tendrían que valorar qué sistema jurídico les sería más favorable, de manera que el instrumento a adoptar debería ser más ventajoso tanto para las empresas como para los consumidores, a efectos de evitar que las empresas tuvieran que incurrir igualmente en costes cuando quisieran realizar transacciones en un Estado miembro determinado, analizando qué ley aplicable al contrato sería la más propicia a sus intereses.

6. De esta forma, se podrían alcanzar realmente los objetivos propuestos a lo largo de todo el proceso de unificación del Derecho de los contratos en la UE, tanto los objetivos económicos considerados, como los sociales y políticos, traducidos todos ellos en potenciar la integración de la UE a través de la mejora del establecimiento y funcionamiento del mercado interior, habida cuenta de que un instrumento de tales características facilitaría a las empresas y consumidores una herramienta flexible que podrían aplicar sin necesidad de recabar asesoramiento jurídico sobre una ley extranjera que resultara aplicable a un determinado contrato. Y ello, considerando que, para conseguir el objetivo de un establecimiento real y efectivo del mercado interior en la UE, tal iniciativa significaría una verdadera diferencia que no podría lograrse por otros medios menos intrusivos. Esta solución, sin embargo, se descartó como consecuencia de las dudas en torno a la competencia de las Instituciones de la UE para adoptar

⁹⁷ Las respuestas a la Comunicación de la Comisión Europea sobre «Un Derecho Contractual Europeo más Coherente». Plan de Acción (2003) estaban en su mayoría a favor de esta opción. [Vid. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «Un Derecho Contractual Europeo y Revisión del Acervo: Perspectivas para el Futuro» (COM/2004/651 final), (11 de octubre de 2004)].

⁹⁸ COM (2010) 348 final, 2010, *op. cit.* Apto. 4.1.

un instrumento de tales características, dada la necesidad de respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

7. Sin embargo, tras el análisis de las distintas bases jurídicas que se han considerado a efectos de crear un nuevo sistema jurídico europeo en materia de Derecho contractual, se considera como el fundamento más adecuado el proporcionado por el artículo 352 del TFUE, toda vez que dicho instrumento persigue objetivos establecidos por el Tratado, considerando que el mismo tendría trascendencia relevante para el mercado interior y promovería el modelo europeo de justicia como expresión concreta de la idea de una economía social de mercado⁹⁹. Asimismo, y siguiendo ejemplos pasados como el Reglamento por el que se crea la figura de la SCE o la SAE, este instrumento crearía una nueva figura jurídica, esto es, un contrato europeo, que conviviría de forma paralela con los contratos nacionales, por lo que no se trataría de una aproximación de legislaciones regulada por el artículo 114 del TFUE. Como contrapartida, el procedimiento que establece el artículo 352 del TFUE requeriría unanimidad en el Consejo, lo que supone un fuerte compromiso político en orden a la eventual aprobación de este instrumento.

8. Llegados a este punto, y teniendo en cuenta lo mucho que se ha avanzado en el proceso, es preciso reordenar lo logrado y fijar prioridades, considerando que estamos aún en una etapa anterior a la creación de un sistema jurídico europeo de contratos. Dicho objetivo es posible en el futuro, y no tan lejano. No obstante, tal y como ya han apuntado varios autores en diversas ocasiones¹⁰⁰, no existe una voluntad política en orden a conseguir este objetivo, lo que pone de relieve la independencia de facto entre los distintos Estados miembros y su reticencia, en gran medida, a acercar sus posiciones desde el punto de vista jurídico. Por consiguiente, la primera acción a emprender sería precisamente la conciliación de los intereses de todas las partes afectadas en este proceso, esto es, las Instituciones de la UE, los Estados miembros y sus ciudadanos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R., «Sistema Jurídico de la Unión Europea», Ed. Civitas, Navarra, 2012.

⁹⁹ HESSELINK, 2012, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁰⁰ POSNER, 2012, *op. cit.*, págs. 2-3.

- CÁMARA LAPUENTE, S. «El hipotético Código Civil Europeo: ¿Por qué, cómo y cuándo?», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Ed. Civitas, 2002.
- «Un Derecho Privado Europeo», Colex, Madrid, 2003.
- CAPOBIANCO, E., «El Contrato, entre Autonomía y Heteronomía. La Experiencia Ítalo-europea/The Contract between Autonomy and Heteronomy. the Italian-European Experience», *Revista de Derecho Civil* 3, n.º 1, 2016, págs. 115-131.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a D.; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D.; POUS DE LA FLOR, M.^a P.; TEJEDOR MUÑOZ, L., *Derecho Civil de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2012.
- DALHUISEN, J. H., «Presentation on the Draft Common Frame of reference (DCFR) pursuant to the Green Paper of the EU Commission of July 1 2010», 31 de diciembre de 2010. Disponible en Web: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/87_en.pdf.
- Directorate General Internal Policies of the Union (Legal Affairs). *The Legal Basis for an Optional Instrument of European Contract Law*, edited by Martijn W. Hesselink, Dr. Jacobien W. Rutgers, Tim Q. de Booy, Centre for the Study of European Contract Law and Universiteit van Amsterdam, The Netherlands. Vol. PE 393.280. Brussels, European Parliament, 2008.
- EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; GRIGOLEIT, H. C.; JANSEN, N.; WAGNER, G.; AND ZIMMERMANN, R., «The Common Frame of Reference for European Private law-policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies* 28, n.º 4, 2008, págs. 650-708.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *Instituciones de la Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El Derecho de los Contratos en el Marco de la Unificación Jurídica del Derecho Privado de la UE», *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, 2005, págs. 157-192.
- «Derecho de los Negocios Internacionales», en *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.
- HESSELINK, M. W., «The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law», *Tulane Law Review* 83, n.º 4, 2009, págs. 919-971.

Hesselink, M. W., «The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism», *European Review of Contract Law*, 8, no. 3, 2012, pág. 342-366.

Leible, S., «Vías Para La Unificación Del Derecho Privado Europeo», *Anuario de Derecho Civil*, 59, Fascículo IV, 2006, pág. 1589-1609.

Pérez Velázquez, J. P. *El Proceso De Modernización Del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson, 2014.

Posner, E. A., «The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition», *University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper* no. 597, 2012.

Prats Albentosa, L., «Venta De Bienes y De Contenidos Digitales Online», *Escritura Pública* no. 98, 2016, pág. 34-43.

Roca Guillamón, J., «Armonización, Unificación y Modernización Del Derecho De Obligaciones y Contratos (Notas Para Una Reflexión)», *Derecho De Obligaciones. XVI Jornadas De La Asociación De Profesores De Derecho Civil*, Zaragoza 16, 2012, pág. 193-280.

Sánchez Lorenzo, S. «Hacia un Código civil europeo», *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, 381-406.

The City of London Law Society. «Response to European Commission Green Paper on Contract Law», CLLS registration number 24418535037-82. Disponible en Web: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/68_en.pdf.

Valpuesta Gastaminza, E., «La Propuesta De Normativa Común De Compraventa Europea (CESL), Un Paso Más Hacia La Unificación Del Derecho De Contratos En La UE, Lastrado Por La Protección Al Consumidor.» *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 5, no. 1, 2013, pág. 199-216.

Von Bar, C., «A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, 2008.

VI. ÍNDICE DE ACTOS EUROPEOS CITADOS

Comisión Europea. *Comunicación De La Comisión Al Consejo y Al Parlamento Europeo Sobre «Derecho Contractual Europeo»* (COM/2001/0398 final), (11 de julio de 2001).

Comisión Europea. *Comunicación De La Comisión Europea sobre «Un Derecho Contractual Europeo Más Coherente». Plan De Acción (COM/2003/68 final)*, (12 de febrero de 2003).

Comisión Europea. *Comunicación De La Comisión Europea al Parlamento Europeo y Al Consejo Sobre «Un Derecho Contractual Europeo y Revisión Del Acervo: Perspectivas Para El Futuro» (COM/2004/651 final)*, (11 de octubre de 2004).

Comisión Europea. *Comunicación De La Comisión Europea 2020: Una Estrategia Para Un Crecimiento Inteligente, Sostenible e Integrador (COM (2010) 2020 final)*, (3 de marzo de 2010).

Comisión Europea. *Libro Verde De La Comisión Sobre Opciones Para Avanzar Hacia Un Derecho Contractual Europeo Para Consumidores y Empresas. COM (2010) 348 final*, (1 de julio de 2010).

Comisión Europea. *Propuesta De Reglamento Del Parlamento Europeo y Del Consejo Relativa a Una Normativa Común De Compraventa Europea (COM (2011) 635 final)*, (11 de octubre de 2011).

Comisión Europea. *Impact Assesment Accompanying the Document «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law» (COM (2011) 635 final); (SEC (2011) 1166 final)*, (11 de octubre de 2011).

Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre el «Programa de Trabajo de la Comisión para 2015», «un nuevo comienzo».* (COM (2014) 910 final), (16 de diciembre de 2014).

Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa».* (COM (2015) 192 final), (6 de mayo de 2015).

Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (COM (2015) 634 final)*, (9 de diciembre de 2015).

Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (COM (2015) 635 final)*, (9 de diciembre de 2015).

Comité Económico y Social. *Dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo»* (DO n.º C 241), (7 de octubre de 2002).

Comité Económico y Social Europeo. *Dictamen Sobre Consumo Colaborativo o Participativo: Un Modelo De Sostenibilidad Para El Siglo XXI*. INT/686, (21 de enero de 2014).

Monti, M., *Informe Al Presidente De La Comisión Europea Sobre «Una Nueva Estrategia Para El Mercado Único Al Servicio De La Economía y La Sociedad De Europa»*, 2010.

Parlamento Europeo. *Resolución Sobre Un «Esfuerzo De Aproximación Del Derecho Privado Europeo De Los Estados Miembros»* (DOCE 89/C 158/05), (26 de mayo de 1989).

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

TJCE. As. 26/62, Van Gen den Loos. Sentencia de 5 de febrero de 1963.

TJCE. As. 45/86, Comisión / Consejo. Sentencia de 26 de marzo de 1987 y Conclusiones del Abogado General Sr. Carl Otto Lenz.

TJCE. As. 137/85. Maizena. Sentencia de 18 de noviembre de 1987.

TJCE. As. 339/89. Alsthom Atlantique SA / Compagnie de construction mécanique Sulzer SA. Sentencia de 24 de enero de 1991.

TJCE. As. 300/89, Comisión / Consejo, «Dióxido de Titanio». Sentencia de 11 de junio de 1991.

TJCE. As. 339/92. ADM Ölmühlen. Sentencia de 7 de diciembre de 1993.

TJCE. As. 133/93, 300/93 y 362/93, Crispoltoni. Sentencia de 1994.

TJCE. As. 350/92, España / Consejo. Sentencia de 13 de julio de 1995.

TJCE. As. 84/94. Reino Unido/Consejo. Sentencia de 12 de noviembre de 1996.

TJCE. As. 233/94. Alemania / Parlamento y Consejo. Sentencia de 13 de mayo de 1997.

TJCE. As. 157/96, The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise. Sentencia de 5 de mayo de 1998.

TJCE. As. 269 / 97, Comisión / Consejo, «Etiquetado de la carne de vacuno». Sentencia de 4 de abril de 2000.

TJCE As. 376/98, R. F. de Alemania / Parlamento y Consejo, «Asunto de la publicidad del tabaco». Sentencia de 5 de octubre de 2000 y Conclusiones Abogado General, Sr. Nial Fennelly.

TJCE. As. 377/98. Países Bajos / Parlamento y Consejo. Sentencia de 9 de octubre de 2001.

TJCE. As. 168/00, Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co KG. Sentencia de 12 de marzo de 2002.

TJCE. As. 210/00. Käserei Champignon Hofmeister. Sentencia de 11 de julio de 2002.

TJCE. As. 491/00, British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd. Sentencia de 10 de diciembre de 2002.

TJCE. As. 210/03. Swedish Match AB y Swedish Match UK Ltd. Sentencia de 14 de diciembre de 2004.

TJCE. As. 436/03. Parlamento / Consejo. Sentencia de 2 de mayo de 2006 y Conclusiones de la Abogado General Sra. Christine Stix-Hackl.

TJCE. As. 370/07, Comisión / Consejo. Sentencia de 1 de octubre de 2009.

TJUE. As. 26/13. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte / Parlamento y Consejo de la UE. Sentencia de 22 de enero de 2014.

