

EL PLAN DE ACCIÓN PARA UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO MÁS COHERENTE

Beatriz CAMPUZANO DÍAZ*

RESUMEN: El 11 de julio de 2001 la Comisión de las Comunidades Europeas aprobó una comunicación sobre derecho contractual europeo. Esta comunicación planteaba cuatro opciones para mejorar la situación del derecho contractual en Europa: la primera consistía en dejar que fuera el mercado quien ofreciera la solución; la segunda opción contemplaba el desarrollo de una serie de principios comunes; la tercera opción consistía en revisar el acervo comunitario existente; y la cuarta opción contemplaba la adopción de un nuevo instrumento a nivel comunitario. El plan de acción de la Comisión para un Derecho Contractual Europeo más Coherente, recientemente aprobado, constituye otro paso importante en la discusión sobre las perspectivas del futuro derecho contractual europeo.

*ABSTRACT: On 11th July 2001, the Commission adopted a Communication on European Contract Law. This Communication raised four options to improve the situation of European Contract Law: the first one, was to left the solution to the market; the second option envisaged the development of common principles; the third option consisted of revising the existing *acquis communautaire*; and the fourth option devised the adoption of a new instrument at the EC level. The recent Commission's Action Plan on a more Coherent European Contract Law is another important step in the discussion about perspectives for the future of European Contract Law.*

*RÉSUMÉ: Le 11 juillet 2001 la Commission a adopté une Communication sur le droit européen des contrats. Cette Communication a proposé quatre options de discussion pour améliorer la situation du droit européen des contrats: la première option consistait à laisser la solution au marché; la deuxième option envisageait le développement de principes communs; la troisième option consistait dans la révision de l'*acquis communautaire* existant; et la quatrième option consistait à l'élaboration d'un nouvel instrument au niveau communautaire. Le récent Plan d'Action de la Commission por un Droit Européen des Contrats plus Cohérent est une autre étape importante dans la discussion sur les perspectives d'un futur droit européen des contrats.*

* Profesora de derecho internacional privado de la Universidad de Sevilla.

El Parlamento Europeo, aprovechando esta circunstancia, volvió a reiterar en una resolución de 16 de marzo de 2000, que en el mercado interior resultaba esencial una mayor armonización en el ámbito del derecho civil, y que la comisión debía elaborar un estudio al respecto.⁵

La comisión, en su respuesta al Parlamento Europeo de 25 de julio de 2000, sí se comprometió en esta ocasión a presentar una comunicación a las demás instituciones comunitarias y al público en general, respetando la fecha de 2001 fijada por el Consejo Europeo de Tampere. Y la presentó efectivamente el 11 de julio de 2001, aunque con un ámbito más restringido del inicialmente previsto, referida tan sólo a la materia contractual: “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo”.⁶

La preparación de propuestas legislativas mediante comunicaciones, libros verdes o blancos constituye un modo de consultar a las distintas instituciones y partes interesadas sobre la necesidad y contenido que debe darse a un instrumento legislativo con el fin de alcanzar los objetivos fijados.⁷ En este caso, la comisión deseaba que los interesados se pronunciaran sobre si la coexistencia de distintas normativas en materia contractual supone un obstáculo para el funcionamiento y desarrollo del mercado interior, planteando, para el caso de que así fuera, una serie de opciones de mejora.

Pues bien, se recibieron numerosísimas respuestas provenientes de las instituciones comunitarias, gobiernos, empresas, organizaciones de consumidores, profesionales de la justicia y profesores de derecho.⁸ La nueva Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada “Un derecho contractual europeo más coherente-plan de acción”,⁹ tiene en cuenta todas estas contribuciones para plantear y perfilar futuras actuaciones en materia contractual. En las líneas que siguen vamos a analizar su contenido.¹⁰

5 Resolución sobre el programa legislativo anual de la comisión para 2000 (B5-0228, 0229, 0230/2000), DOCE C 377, de 29 de diciembre de 2000, pp. 323-329, especialmente p. 326.

6 DOCE C 255, de 13 de septiembre de 2001, pp. 1-44.

7 *Ibidem*, p. 7.

8 Las respuestas a la comunicación y un resumen conjunto de las mismas se pueden consultar en la siguiente dirección de Internet: http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/index_en.html.

9 DOCE C 63, de 15 de marzo de 2003.

10 Este trabajo supone una continuación de otros que ya hemos dedicado a esta materia, véase Campuzano Díaz, B., “¿Hacia un derecho contractual europeo?”, *Anuario de Derecho Europeo*, 2002, vol. 2, pp. 43-65; *id.*, “El derecho contractual europeo en el marco de la globalización”, en

II. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO CONTRACTUAL EN EUROPA

El proceso de consulta desarrollado a raíz de la Comunicación de 11 de julio de 2001 y el plan de acción previsto a continuación, demuestran que la situación del derecho contractual en Europa no resulta plenamente satisfactoria.

En el ámbito comunitario, los países están vinculados por un convenio de unificación conflictual, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales,¹¹ y se han adoptado numerosas directivas para facilitar el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, que han afectado en bastantes ocasiones a la materia contractual, principalmente en el sector del consumo.¹² Pero con dichas disposiciones no se ha eliminado la diversidad normativa que presentan los Estados miembros en materia contractual, y que es fuente de numerosos problemas.

El Convenio de Roma sirve para aportar cierta seguridad jurídica a las transacciones internacionales. Al disponer los Estados miembros de un mismo sistema de normas de conflicto, resulta indiferente que el liti-

Calvo Caravaca, A. L. y Blanco-Morales Limones, P. (ed.), *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 73-85.

11 Versión consolidada DOCE C 27, de 26 de enero de 1998. La bibliografía sobre el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 es amplísima, destacaremos en la doctrina española: Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., "El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980", en Blanco-Morales Limones, P. (coord.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 41-143; Esplugues Mota, C., "Régimen jurídico de la contratación en el derecho del comercio internacional", en *id.* (coord.), *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 27-128; Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., "Obligaciones", *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 502-557; Pérez Beviá, J. A., "Las obligaciones contractuales", en Aguilar Benítez de Lugo, M. *et al.*, *Lecciones de derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 257-292; y Virgós Soriano, M., "Obligaciones contractuales", *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6a. ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 143-207. Actualmente se ha abierto un periodo de consulta para su reforma, véase Libro Verde sobre la Transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales en Instrumento Comunitario y sobre su Actualización, Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, 14 de enero de 2003, COM (2002) 654 final.

12 La Comunicación del 11 de julio de 2001 se acompaña de un anexo I titulado "Acervo comunitario relevante en el ámbito del derecho privado", donde se analiza brevemente el objeto y contenido de las distintas normas aprobadas, "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo", *op. cit.*, nota 7, pp. 13 y ss. Resulta también muy interesante la clasificación por materias que hace Sánchez Lorenzo, S., *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 43 y ss.

gio que pueda surgir en torno a un contrato se plantee en un país u otro, ya que el derecho aplicable al fondo del asunto no tiene por qué variar.¹³ No obstante, las normas de conflicto unificadas conducen, al fin y al cabo, a la aplicación del derecho interno de un determinado país, y eso supone que uno de los contratantes, o incluso los dos, tiene que informarse sobre el contenido, aplicación e interpretación de una normativa que le resulta extraña.

Con las directivas sí se armoniza el derecho interno de los Estados miembros. El problema en este caso es que la política armonizadora en el ámbito comunitario ha sido muy sectorial, se han abordado cuestiones muy puntuales,¹⁴ produciéndose con ello además incoherencias en el acervo comunitario.¹⁵ Por otra parte, como se ha recurrido fundamentalmente a la directiva como método armonizador,¹⁶ en la legislación que han aprobado los distintos Estados miembros para darles aplicación, se han producido algunas divergencias.¹⁷

13 La seguridad jurídica que aporta este tipo de acuerdos ha llevado a que se aprueben acuerdos similares en otros ámbitos regionales, o de contenido más específico, en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Destacaremos aquí la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales, adoptada en México el 17 de marzo de 1994.

14 Como ha puesto de manifiesto Sánchez Lorenzo, la situación actual del derecho privado comunitario se compara con un estilo pictórico impresionista, el puntillismo; Sánchez Lorenzo, S., *Derecho privado...*, cit., nota 12, pp. 164 y 165.

15 La comunicación relativa al plan de acción ofrece varios ejemplos de incoherencias: se tratan de manera diferente situaciones idénticas sin que ello esté justificado; en circunstancias específicas pueden aplicarse varios actos comunitarios que producen resultados contradictorios; en ocasiones coexisten dos enfoques legislativos diferentes en la misma directiva. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada "Un derecho contractual europeo más coherente-plan de acción", Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 12 de febrero de 2003, COM (2003) 68 final, pp. 8-11.

16 La directiva es un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 249, TCE). Para que la directiva despliegue sus efectos en el ordenamiento interno de los Estados miembros y pueda regir las relaciones entre particulares, o lo que es lo mismo, para que tenga efectos horizontales, se requiere su transposición. Pero esta transposición no siempre se produce en los plazos estipulados, y además puede ocasionar divergencias entre los distintos Estados miembros. Para una síntesis de los problemas que presenta la directiva como método armonizador, véase Parra Lucán, Ma. A., "Apuntes sobre la unificación del derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil Europeo?", *Actualidad Civil*, núm. 36, 30 de septiembre-6 de octubre de 2002, pp. 2 y ss. en la versión de *Internet*; y para un examen en profundidad véase Sánchez Lorenzo, S., *Derecho privado...*, cit., nota 12, pp. 73 y ss.

17 A modo de ejemplo, en el asunto C-168/00, Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co KG, se puso de manifiesto que Alemania y Austria aplicaban de modo diferente la Directiva 90/314/CEE del consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; véase Ferrer Ramírez, R., "El principio de aplicación uniforme del derecho comunitario en el ámbito del derecho privado y, en particular, del derecho contractual", *Unión Europea Aranzadi*, septiembre de 2002, pp. 7 y ss. En ocasiones, la posibilidad de que

Los países de la Unión Europea también están vinculados por otros acuerdos internacionales que trascienden este ámbito regional, y que ofrecen una respuesta específica y directa a los contratos internacionales. El ejemplo más significativo es el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, elaborado en el seno de *Uncitral*.¹⁸

Pero tampoco se consigue con ellos una situación jurídica plenamente satisfactoria, debido a que suelen presentar dos grandes inconvenientes: los límites geográficos y materiales. Así, siguiendo con el ejemplo del mencionado Convenio de Viena, no se aplica en todos los países de la Unión Europea, debido a que el Reino Unido, Portugal e Irlanda no lo han ratificado; y hay cuestiones, como la validez del contrato o los efectos que éste pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas, que no regula.

En otro plano se sitúan, por último, los Principios de *Unidroit* para los contratos del comercio internacional,¹⁹ o los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.²⁰ Estos principios son un conjunto sistemático de reglas sin carácter jurídicamente vinculante, que se aplican cuando los contratantes así lo acuerdan, o cuando estipulan que el contrato se regirá por los principios generales del derecho, *lex mercatoria* u otra expresión equivalente. Su efectividad hasta ahora ha sido bastante limitada y circunscrita fundamentalmente al arbitraje.

surjan diferencias puede estar prevista en la propia directiva. Ésta puede configurarse como una armonización de mínimos cuando existe un interés político en proteger a una parte débil, permitiendo a los Estados miembros introducir normas más restrictivas.

18 En el anexo II que acompaña a la Comunicación de la Comisión de 11 de julio de 2001, se ofrece una visión muy completa de otros convenios elaborados en el seno de *Uncitral*, *Unidroit* y el Consejo de Europa, junto con sus estados de ratificaciones, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

19 *Unidroit* ofrece una información muy completa sobre la estructura y contenido de estos principios en su página WEB (<http://www.unidroit.org>). En la actualidad se está trabajando en una segunda parte que cubrirá aspectos no tratados en la primera edición.

20 Estos principios se han elaborado en el seno de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, conocida también como Comisión Lando por el nombre de su presidente. En 1995 se publicó la Parte I, que se volvió a publicar junto con una Parte II en el 2000, detallando una serie de principios en materia de formación, validez, interpretación y contenido de los contratos, autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes, cumplimiento de las obligaciones contractuales y remedios en caso de incumplimiento. Lando, O. y Beale, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part I: *Performance, Non Performance and Remedies*, Dordrecht, 1995; *id.* (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part I and II, La Haya, Kluwer, 2000. Está pendiente de publicación la Parte III, que ya puede ser consultada a través de Internet, donde se contienen otra serie de principios relativos a condiciones, efectos de ilegalidad, pluralidad de acreedores y deudores, cesión de créditos, compensación y prescripción. (http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index_html).

En definitiva, cabe concluir que la situación actual del derecho contractual en Europa se caracteriza por una pluralidad de normas de origen diverso, que no eliminan, o sólo muy parcialmente, la diversidad normativa que presentan los Estados miembros. Esto, en opinión de prácticamente todos los sectores consultados, supone un obstáculo para el normal desarrollo de las operaciones internacionales y, con ello, para la consecución de un verdadero mercado interior.²¹

III. OPCIONES DE MEJORA

En la Comunicación de 11 de julio de 2001 se plantearon diversas opciones para mejorar la situación del derecho contractual en Europa, que vamos a presentar a continuación acompañadas de las reacciones que suscitaron.

1. *La no actuación de la Comunidad Europea (opción I)*

La primera opción que se planteó fue que no se produjera ninguna actuación a nivel comunitario y que en el propio mercado se desarrollaran las soluciones. La comunicación señaló, a propósito de esta opción, que en el mercado se crean con frecuencia problemas de interés público, pero que pueden resolverse autónomamente respondiendo a los distintos valores sociales, gracias a la intervención de los grupos de interés afectados y a las distintas asociaciones de comerciantes.²²

Esta opción se relaciona con la actividad de los comerciantes para autorregular sus operaciones. Hace ya mucho tiempo que éstos vienen desarrollando una serie de usos y prácticas, englobados bajo la expresión de Nueva *Lex Mercatoria*, para regir sus operaciones internacionales y evitar así los problemas derivados de la pluralidad normativa.²³

21 En la comunicación relativa al plan de acción se dedica un epígrafe a reflejar los problemas que derivan de la diversidad legislativa. Se dice, por ejemplo, que aunque las partes elijan la normativa aplicable al contrato, pueden encontrarse con que se aplican las normas imperativas de otro país. Se alude también a la inseguridad jurídica que origina la diferencia de requisitos para la formalización del contrato. Se señala que existen perturbadoras divergencias en materia de inclusión y aplicación de las cláusulas tipo de los contratos... Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada "Un derecho contractual europeo más coherente-plan de acción", *op. cit.*, nota 15, pp. 11-16.

22 "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo", *op. cit.*, nota 7, p. 8.

23 Sobre el origen y factores que han contribuido al desarrollo de la nueva *Lex Mercatoria*, véase

Pero el problema es que dichos usos y prácticas se han desarrollado con carácter fragmentario. Como han puesto de manifiesto O. Lando y C. von Bar, las soluciones que ofrece el mercado han evolucionado con éxito en ciertas áreas, pero en otras es muy poco probable que lo hagan. Así, por ejemplo, las Reglas y Usos Uniformes en materia de Créditos Documentarios y los *Incoterms* son generalmente aplicados, pero no cabe esperar que el mercado ofrezca soluciones satisfactorias cuando se trata de proteger a una parte débil.²⁴

Por ello, esta opción no recibió muchos apoyos. Las respuestas provenientes del mundo empresarial fueron las más favorables, pero sin que faltaran posturas contrarias.²⁵ Los gobiernos se mostraron mayoritariamente en contra.²⁶ Las asociaciones de consumidores rechazaron esta opción, señalando que cuando hay que proteger a una parte débil, la solución no debe quedar en manos del mercado.²⁷ Y los juristas también se opusieron mayoritariamente, a pesar de reconocer que los Principios de *Unidroit* y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos han supuesto un importante esfuerzo de sistematización de la nueva *Lex Mercatoria*.²⁸

Goldstajn, A., "The New Law Merchant Reconsidered", *Law and International Trade*, Festschrift für C. M. Schmitthoff zum 70 Geburtstag, F. Fabricius (Hrsg.), Frankfurt, Athenäum Verlag, 1973, p. 175.

24 Lando, O. y Bar, C. von, "Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", *Europa e diritto privato*, 2002, t. 1, p. 163.

25 A modo de ejemplo, The Advertising Association apoyó decididamente la opción I; la Federation of European Direct Marketing reconoció que en determinados casos el mercado puede dar una respuesta satisfactoria; y el Comité Européen des Assurances rechazó la opción I, aludiendo a la necesidad de intervenir para avanzar en el establecimiento del mercado interior, véase *supra* nota 8.

26 Francia señaló que esta opción resulta incompatible con un buen funcionamiento del mercado interior; Italia aludió al peligro de que se produjera una mayor fragmentación del derecho contractual; los Estados federados alemanes se refirieron a la necesidad de claridad y transparencia para los agentes económicos; y el gobierno polaco manifestó que este método no conduce a un progreso satisfactorio en la armonización del derecho de los contratos internacionales. Si apoyaron esta opción el gobierno británico y, con ciertas reservas, los Estados del EEE y AELC, véase *supra* nota 8.

27 A modo de ejemplo, véase *supra* nota 8, Respuestas del Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) y del European Consumer Law Group.

28 Lando, O. y Bar, C. von, "Communication on European...", *cit.*, nota 24, p. 163; G. Gandolfi y J. L. de los Mozos, en nombre del Grupo de Pavia; y M. Fontaine, representando al Centre de Droit des Obligations de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain; véase *supra* nota 8.

2. *El fomento de la definición de principios comunes de derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales (opción II)*

Se barajaron dos posibilidades de actuación en el marco de esta segunda opción.

a) La primera decía que desde la comisión se podrían fomentar los estudios de derecho comparado y la cooperación de académicos y profesionales de la justicia, con el fin de establecer una serie de principios comunes en materia contractual. Estos principios serían útiles para las partes contratantes en el momento de la redacción y ejecución de los contratos, también para los tribunales e instancias arbitrales que tuvieran que decidir sobre cuestiones jurídicas transfronterizas, y constituirían una solución común a todos los sistemas nacionales de derecho contractual que facilitaría una mejor comprensión de la normativa extranjera que eventualmente se tuviera que aplicar.²⁹

La comunicación añadía que podría desarrollarse la labor realizada hasta ahora por determinados círculos académicos, y que sería conveniente, para ello, crear una asociación de cuya coordinación se encargarían las instituciones comunitarias.³⁰

Debemos señalar, a propósito de esto, que en Europa han proliferado muchísimo los estudios de derecho comparado en los últimos años. Anteriormente ya nos referimos a los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, que han sido elaborados en el seno de la Comisión Lando.³¹ Para proseguir su labor se ha creado un Grupo de Estudio para la elaboración del Código Civil Europeo, que pretende ofrecer otra serie de principios en el ámbito más amplio del derecho patrimonial.³² Por otra parte, el denominado Grupo de Pavía ha publicado recientemente un proyecto preliminar de Código contractual europeo, donde se recogen una serie de

29 "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo", *op. cit.*, nota 7, p. 9.

30 *Idem.*

31 Véase *supra* nota 20.

32 Este grupo está dirigido por C. von Bar, y comenzó a trabajar en 1999. En su seno se han creado diversos equipos de trabajo que se ocupan de las siguientes cuestiones: normativa aplicable a ciertos tipos de contratos (compraventa, servicios, garantías, seguros, y contratos comerciales de larga duración: agencia, distribución y franquicia), obligaciones extracontractuales, y cuestiones relacionadas con el derecho de propiedad que tienen incidencia en el mercado interior. Para más información sobre su estructura, funcionamiento, resultados alcanzados hasta la fecha y bibliografía (<http://www.sgecc.net>).

normas, basadas igualmente en un estudio de derecho comparado.³³ Y se añade, por último, que en algunas de las respuestas enviadas a la comunicación se habló de la existencia de otros grupos, pidiendo que sus trabajos también fueran tenidos en cuenta.³⁴

La elaboración de una serie de principios comunes con el respaldo de las instituciones comunitarias no parece por tanto que fuera a resultar muy dificultosa. Además, esta propuesta recibió un apoyo bastante generalizado, aunque se manifestaron divergencias en cuanto al objetivo a conseguir con la misma. Veremos algunos ejemplos.

El gobierno británico se mostró partidario de la opción I, pero añadiendo que sería conveniente elaborar una serie de principios comunes para facilitar a los tribunales la aplicación del derecho extranjero. El gobierno portugués, en otra línea, señaló que los principios serían útiles para que los contratantes pudieran someterse voluntariamente a ellos, y además, que constituyen un paso obligado para una mayor armonización (opción IV).³⁵

33 Se trata de normas relativas a la formación, contenido y forma de los contratos; interpretación y efectos contractuales; cumplimiento e incumplimiento de contratos; extinción, otras anomalías y recursos contractuales, *European Contract Code-Preliminary Draft*, Università di Pavia, 2001; publicado en italiano en *Europa e diritto privato*, 2002, t. 2, pp. 275-343. Este proyecto se ha desarrollado en el seno de la Academia Europea de Especialistas en Derecho Privado, que se fundó en 1992 a iniciativa del profesor Gandolfi, y que está formada en la actualidad por cerca de 70 juristas de los Estados miembros de la Unión Europea y Suiza, provenientes fundamentalmente del ámbito universitario. Entre los trabajos que se han publicado sobre este proyecto, cabe destacar los siguientes: Gandolfi, G., "Pour un Code européen des contrats", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, pp. 702-736; *id.*, "Per la redazione di un codice europeo dei contratti", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1995, pp. 1073-1093; Mozos, J. L. de los, "El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavia", *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 253-265; *id.*, "El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavia", *La Ley*, núm. 5629, 9 de octubre de 2002; Ferri, G. B., "Il Code européen des contrats", *Europa e diritto privato*, 2002, pp. 345-358; y Gatt, L., "Sistema normativo e soluzioni innovative del Code Européen des contrats", *Europa e diritto privato*, 2002, pp. 359-379.

34 S. Cámara Lapuente se refirió al Grupo de Trento, dirigido por U. Mattei y M. Busani, que está realizando valiosas contribuciones en el ámbito del derecho europeo de los contratos, responsabilidad extracontractual, propiedad y trusts; y también, a "The Tilburg Group on Torts", que está tratando desde 1993 diferentes aspectos de la responsabilidad extracontractual, véase *supra* nota 8. V. Heuze aludió al marco de colaboración que existe entre el Centro de Derecho de Obligaciones de la Universidad Católica de Lovaina y el Centro de Investigación en Derecho Privado de la Universidad París I (Panthéon-Sorbonne), que se ha materializado en la publicación de diversos trabajos. "A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats", *La Semaine Juridique*, 29, 17 julio 2002, p. 1343. Y W. van Gerven se refirió en su respuesta, a la preparación por un grupo de profesores y jueces de una serie de Casebooks for the Common Law of Europe, "Codifying European Private Law", véase *supra* nota 8.

35 Véase *supra* nota 8.

Entre los juristas, C. von Bar y O. Lando también se refirieron a los principios como un paso obligado de cara a la elaboración de un Código Civil común.³⁶ Pero otros defendieron posturas más moderadas, R. Goode, por ejemplo, se manifestó igualmente a favor de su elaboración, pero con el sólo fin de que las partes pudieran someterse voluntariamente a ellos.³⁷

En el ámbito empresarial, la verdad es que no se mostró gran entusiasmo.³⁸ Y las asociaciones de consumidores se opusieron, alegando en este caso que la normativa aplicable a su sector debe tener fundamentalmente carácter imperativo, y que la formulación de una serie de principios con carácter voluntario no se ajusta a sus necesidades.³⁹

b) En el marco de esta opción II también se consideró la posibilidad de que la comisión fomentara la elaboración de contratos tipo destinados a ser utilizados en toda la comunidad. Se dijo que estos contratos se utilizan en gran número en todos los Estados miembros, debido a que con ellos se evita el tener que negociar los términos de cada nueva operación, y que proporcionan cierta seguridad jurídica.⁴⁰

Esta segunda propuesta no suscitó mucha atención, ya que la mayoría de las respuestas se centraron en la primera. Cabe destacar que el gobierno danés se mostró favorable,⁴¹ y que desde el ámbito empresarial se cuestionó esta actuación, señalando que ello debe dejarse a los agentes económicos.⁴²

36 Lando, O. y Bar, C. von, "Communication on European...", *cit.*, nota 24, pp. 169 y ss. Igualmente, S. Cámara Lapuente, véase *supra* nota 8; quien se mostró, sin embargo, un tanto escéptico: Charbit, N., "L'esperanto du droit?", *La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats*", *La Semaine Juridique*, núm. 1, 2 de enero de 2002, p. 16; y M. Fontain, véase *supra* nota 8.

37 Véase *supra* nota 8.

38 Algunas empresas apoyaron la elaboración de los principios, pero otras muchas cuestionaron su utilidad o defendieron firmemente la opción I. Se pueden consultar, a modo de ejemplo, las respuestas del Comité Européen des Assurances, de CBI y de European Publishers Council, véase *supra* nota 8.

39 El Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) admitió, no obstante, que la preparación de unos principios podría constituir una base de trabajo para llegar a la opción IV, véase *supra* nota 8.

40 "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo", *op. cit.*, nota 7, p. 9.

41 Véase *supra* nota 8.

42 Se puede consultar, a modo de ejemplo, la respuesta de EuroCommerce, véase *supra* nota 8.

3. *La mejora de la calidad de la legislación ya en vigor (opción III)*

La comunicación barajó como tercera opción la posibilidad de adoptar una serie de medidas que sirvieran para mejorar la calidad del acervo comunitario. Hizo alusión en este punto a diversas acciones que se están llevando a cabo en el ámbito comunitario, y que servirían en el ámbito contractual para reducir el volumen de los instrumentos reglamentarios, y para corregir las incoherencias y contradicciones que puedan existir entre ellos.⁴³

Así, por ejemplo, con el plan de acción “Simplificar y mejorar el marco regulador”⁴⁴ está previsto reforzar el control de la legislación que aprueban los distintos Estados miembros para cumplir con las directivas, y tomar medidas contra las posibles infracciones. Por otra parte, la revisión de la redacción⁴⁵ de las directivas serviría para evitar que el uso de términos abstractos generara divergencias en los distintos derechos estatales, y para corregir también la vulgaridad o pobreza de que se acusa al acervo comunitario.⁴⁶ Y con las acciones de consolidación, codificación, refundición o simplificación se superarían las críticas que se hacen al carácter fragmentario, sectorial o puntillista de la normativa comunitaria.⁴⁷

Esta opción fue apoyada por todos los sectores consultados. Los gobiernos estuvieron de acuerdo en que había que mejorar la legislación comunitaria.⁴⁸ Las empresas se mostraron conformes.⁴⁹ Las asociaciones de consumidores señalaron que las medidas propuestas resultaban muy oportu-

43 “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo”, *op. cit.*, nota 7, p. 10.

44 La Comunicación de 11 de julio de 2001 se refirió al Informe Provisional de la Comisión al Consejo Europeo de Estocolmo “Mejorar y simplificar el marco regulador”, COM (2001) 130, de 7 de marzo de 2001. Pero con posterioridad se han publicado otros documentos que vienen a completar ese informe provisional: Comunicación de la Comisión “Simplificar y mejorar el marco regulador”, COM (2001), 726, de 5 de diciembre de 2001; y Comunicación de la Comisión, Plan de Acción “Simplificar y mejorar el marco regulador”, COM (2002), 278, de 5 de junio de 2002.

45 La comunicación aludió en este punto al Acuerdo interinstitucional de 22 de diciembre de 1998 relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción comunitaria (DOCE C 73, de 17 de marzo de 1999).

46 Véase Sánchez Lorenzo, S., *Derecho privado...*, *cit.*, nota 12, pp. 170 y ss.; García Rubio, M. P. y Lete, J., Respuesta a la Comunicación, véase *supra* nota 8.

47 “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo”, *op. cit.*, nota 7, pp. 9 y 10.

48 Algunos gobiernos propusieron combinar esta opción con otras. Los países del EEE y AELC señalaron que debería adoptarse la opción III junto con la II. Y los gobiernos italiano, portugués y polaco consideraron que la opción III podía ser una etapa hacia la IV, véase *supra* nota 8.

49 A modo de ejemplo, la Federation of European Direct Selling Association señaló que había que evitar las cláusulas de armonización mínima pues producen divergencias, véase *supra* nota 8.

tunas.⁵⁰ Y los juristas reconocieron igualmente la utilidad de estas medidas, aunque poniendo de manifiesto sus limitaciones.⁵¹

4. La adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario (opción IV)

La comunicación propuso en último lugar que se aprobara un texto, que en función del grado de unificación o armonización pretendido podría ser una directiva, reglamento o recomendación que recogiera disposiciones sobre cuestiones generales de derecho contractual y sobre contratos específicos. Ese texto se podría aplicar con carácter opcional, cabría también la posibilidad de que se aplicara automáticamente salvo disposición contractual en contrario, o incluso, que no fuera posible excluir su aplicación.⁵²

Pues bien, los distintos sectores consultados coincidieron en señalar que esta opción resultaba demasiado ambiciosa por el momento. En la mayoría de las respuestas se apoyó una mejora del acervo comunitario, o la promoción de los estudios de derecho comparado para el establecimiento de una serie de principios comunes, añadiéndose, como mucho, en algunos casos, que así podría prepararse el camino hacia esta opción.⁵³

50 Por ejemplo, el Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) apoyó una mejora de la normativa comunitaria que facilitara su aplicación en relación con las nuevas tecnologías, véase *supra* nota 8.

51 N. Reich señaló muy acertadamente que en este caso no debemos estar ante una opción, sino ante un requisito que inspire la práctica habitual de la comunidad con cualquier instrumento legislativo, véase *supra* nota 8. Y C. von Bar y O. Lando señalaron que esta opción carece de gran significado, teniendo en cuenta que los materiales existentes se limitan a resolver problemas muy específicos. Lando, O. y Bar, C. von, "Communication on European...", *cit.*, nota 24, p. 177.

52 "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo", *op. cit.*, nota 7, pp. 10 y 11.

53 Así, por ejemplo, el gobierno portugués consideró que la opción IV constituye un objetivo poco realista a corto plazo, aunque añadiendo que podría estudiarse su viabilidad una vez materializada la opción II. Las empresas, en general, no se mostraron muy entusiasmadas con esta opción, aunque aceptaron que pudiera ser un objetivo a largo plazo. Y entre las asociaciones de consumidores se destacó la dificultad de esta opción, señalando que se podría comenzar por los contratos de consumo al existir en este ámbito un mayor desarrollo normativo, véase *supra* nota 8. Los juristas también reconocieron que este objetivo no puede lograrse a corto plazo. C. von Bar y O. Lando propusieron una actuación por etapas: en primer lugar, habría que promover una serie de principios con carácter no vinculante, que fueran progresivamente conocidos y estudiados por sus destinatarios; en una segunda fase, las partes podrían someterse voluntariamente a dichos principios; en una tercera etapa se aplicarían a menos que las partes los excluyeran; en una cuarta fase se aplicarían a las transacciones internacionales sin posibilidad de exclusión; y el proceso finalizaría con su extensión a las transacciones internas. Lando, O. y Bar, C. von, "Communication on European...", *cit.*, nota 24, pp. 186 y 187.

Por otra parte, entre los juristas se ha cuestionado si las instituciones comunitarias tienen competencia para aprobar un texto general en materia contractual, girando el debate fundamentalmente en torno a si el artículo 95 del TCE es base jurídica suficiente para ello.⁵⁴

Este artículo contempla la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.⁵⁵ El Parlamento Europeo aprobó una resolución el 15 de noviembre de 2001 sobre la aproximación del derecho civil y mercantil de los Estados miembros, animando a la comisión a recurrir a dicho precepto como fundamento jurídico para seguir consolidando y desarrollando la armonización del derecho civil.⁵⁶ Pero el TJCE ha señalado en su Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Tobacco Advertising*, que sólo se puede acudir a dicho precepto cuando se necesita la armonización, no para eliminar barreras ficticias o distorsiones mínimas a la competencia, sino riesgos concretos.⁵⁷

En cualquier caso, no le falta razón a D. Staudenmayer cuando señala que se trata de una discusión bastante prematura, teniendo en cuenta que la opción IV sólo podría realizarse a largo plazo, y que en el futuro pueden producirse modificaciones que afecten a su base legal.⁵⁸

54 W. Tilmann y W. van Gerven han analizado también la posibilidad de recurrir a los artículos 65 y 308 TCE, "The Competence of the EU to create a Uniform European Law of Obligations and Property and the Potential Legal Bases", *The Private Law Systems in the EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code*, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103, PE 168.511, pp. 190 y ss.

55 Se explica por ello la insistencia de la comunicación en que se aporten ejemplos o supuestos concretos en los que la disparidad de legislaciones afecte a su correcto funcionamiento y desarrollo, "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo", *op. cit.*, nota 7, pp. 4, 6 y 7.

56 DOCE C 140 E, de 15 de noviembre de 2001, pp. 538 y ss., especialmente p. 542.

57 Véase Weatherhill, S., "The European Commission's Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality", *Journal of Consumer Policy*, 2001, pp. 363 y ss.; "On the Way to a European Contract Code?", *Common Market Law Review*, Editorial Comments, 2002, pp. 222 y 223; Reich, N., "Some Critical Comments on the Commission Communication of 11-7-2001, Com (2001) 398 final On European Contract Law", véase *supra* nota 8.

58 Staudenmayer, D., *op. cit.*, nota 3, p. 260.

IV. REFERENCIAS A LAS MEDIDAS PREVISTAS EN EL PLAN DE ACCIÓN

1. *Objetivos del plan de acción*

La nueva Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada “Un derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción” tiene en cuenta todas las consideraciones que se realizaron a propósito de la Comunicación de 11 de julio de 2001, para plantear y perfilar futuras actuaciones en materia contractual. Esta comunicación también tiene en cuenta las indicaciones que se realizaron desde el consejo, Parlamento Europeo y Comité Económico y Social.

El Consejo de la Unión Europea aprobó un informe insistiendo fundamentalmente en la necesidad de mejorar el acervo comunitario.⁵⁹

Más ambicioso se mostró el Parlamento Europeo en su resolución de 15 de noviembre de 2001 sobre la aproximación del derecho civil y mercantil de los Estados miembros. Este organismo, tras lamentar que la comunicación se hubiera limitado al derecho contractual, teniendo en cuenta las posibilidades que ofrecía el mandato de Tampere, pidió que se estableciera un plan de acción detallado con medidas a corto, medio y largo plazo con un calendario predeterminado.⁶⁰

Y por último, el Comité Económico y Social, en su Dictamen de 17 de julio de 2002, señaló que lo ideal sería elaborar un derecho contractual con carácter mundial, pero que dado que esta idea resultaba poco realista, había que considerar la posibilidad de elaborar un derecho contractual europeo que pudiera aplicarse voluntariamente en un principio (*opt-in solution*), y que con el tiempo pasara a aplicarse automáticamente salvo acuerdo en contrario (*opt-out solution*).⁶¹

2. *Medidas propuestas en el plan de acción*

El plan de acción propone una combinación de medidas reguladoras y no reguladoras que habrán de desarrollarse en diversas etapas. Así, en algunos casos, ya se han adoptado o se adoptarán pronto iniciativas para mejorar las directivas vigentes o proponer otras nuevas; las medidas para promover la elaboración de contratos tipo está previsto que se adop-

59 Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 29 de octubre de 2001, JUSTCIV 129.

60 DOCE C 140 E, de 15 de noviembre de 2001, pp. 538 y ss.

61 DOCE C 241, de 7 de octubre de 2002, pp. 1 y ss.

ten también rápidamente; la creación de un marco común de referencia, que sirva para mejorar la calidad del acervo comunitario y como base para un futuro instrumento facultativo en materia contractual, llevará algo más de tiempo; y la elaboración y aprobación definitiva de este instrumento facultativo se contempla como una medida a largo plazo.

Este plan de acción se acompaña de una nueva invitación a todas las partes interesadas para que formulen cuantas observaciones estimen pertinentes. Como muy acertadamente se señala, sólo a través de la participación permanente de todas las instituciones y de todas las partes interesadas, podrá garantizarse que el resultado final de este proceso sea aceptado por sus interesados y que responda realmente a las necesidades del sector.⁶²

A. Medidas para mejorar la calidad del acervo comunitario en el ámbito del derecho contractual

Para mejorar la calidad del acervo comunitario se proponen dos medidas: la creación de un marco común de referencia; y un mayor control de la calidad y coherencia del acervo comunitario en materia contractual.

a. Un marco común de referencia

La comisión considera que hay que elaborar un marco común de referencia, donde se establezcan principios o reglas comunes y una terminología uniforme en el ámbito del derecho contractual, que sirva para mejorar el acervo comunitario, para facilitar la convergencia de los derechos nacionales y para que pueda aprobarse en el futuro un instrumento facultativo en materia contractual.⁶³

Se quiere elaborar dicho marco apoyando y coordinando los estudios de derecho comparado que se están llevando a cabo,⁶⁴ e incentivando también nuevas investigaciones en campos aún no cubiertos. Estos trabajos tendrán que tomar como base los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de encontrar denominadores comunes, elaborar principios comunes y, en su caso, identificar las mejores soluciones; la jurisprudencia de los tribunales nacionales, sobre todo la de los tribunales supremos, y las prácticas contractuales establecidas; y también el acervo comunitario

62 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: "Un derecho contractual europeo más coherente plan de acción", *op. cit.*, nota 15, p. 5.

63 *Ibidem*, p. 18.

64 Véase *supra* epígrafe III.2.

existente y los instrumentos internacionales en la materia, especialmente la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.⁶⁵

El plan de acción dice que el marco común de referencia deberá abarcar el derecho contractual en general. A continuación específica no obstante que tendrá que recoger normas generales en materia de conclusión, validez e interpretación de los contratos; normas relativas a la ejecución, el incumplimiento y las vías de recurso; y también, normas en materia de garantía de crédito relativas a los bienes muebles y enriquecimiento injusto. Se insiste, por otra parte, en que se tengan en cuenta las peculiaridades de los contratos transfronterizos.⁶⁶

Como se observará, esta medida corresponde con la opción II de la Comunicación de 11 de julio de 2001, donde se planteaba la posibilidad de elaborar una serie de principios comunes que podrían desarrollar funciones diversas.⁶⁷ Estas funciones se concretan y amplían enseguida en el plan de acción.

En primer lugar, el marco común de referencia puede servir para mejorar la calidad del acervo comunitario existente y futuro en materia contractual. Este marco puede ofrecer las mejores definiciones posibles de términos abstractos, como por ejemplo “daño”, y evitar así que se produzcan interpretaciones divergentes en los distintos Estados miembros de la Unión Europea; puede servir también para establecer una terminología común aplicable a conceptos fundamentales; y sería útil igualmente para identificar las mejores soluciones a determinados problemas, que se tendrían en cuenta en futuras propuestas de legislación comunitaria.

En segundo término, el marco común de referencia puede favorecer un mayor grado de convergencia entre los derechos contractuales de los Estados miembros y, en su caso, de terceros países, si fuera aceptado como criterio de referencia por los poderes legislativos nacionales de la Unión Europea.

Y en tercer lugar, este marco común podría ser un punto de partida para la elaboración de un instrumento facultativo en materia de derecho contractual.⁶⁸

65 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Un derecho contractual europeo más coherenteplan de acción”, *op. cit.*, nota 15, p. 20.

66 *Ibidem*, p. 19.

67 Véase *supra* epígrafe III.2.

68 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Un derecho contractual europeo más coherenteplan de acción”, *op. cit.*, nota 15, p. 19.

En definitiva, el plan de acción vincula el desarrollo de los estudios de derecho comparado y el establecimiento de una serie de principios o reglas comunes, no sólo con una mayor convergencia de los derechos nacionales y con el establecimiento de un instrumento facultativo en materia contractual, sino también con la mejora del acervo comunitario. La opción II de la Comunicación de 11 de julio de 2001 aparece ahora por tanto asociada con la III, y sigue considerándose un paso intermedio hacia la IV.

b. Calidad elevada y coherencia del acervo comunitario en el ámbito del derecho contractual

El plan de acción contempla la adopción de otra serie de medidas, destinadas específicamente en este caso a la mejora del acervo comunitario. Se quiere garantizar la calidad y coherencia de la legislación comunitaria,⁶⁹ y para ello hay que:

- Eliminar las incoherencias identificadas en el derecho contractual europeo.
- Examinar la calidad de la formulación.
- Simplificar y clarificar la legislación existente.
- Adaptar la legislación existente a las evoluciones de la economía, el comercio y a otros ámbitos no previsibles en el momento de su adopción
- Y llenar las lagunas de la legislación comunitaria que han planteado problemas en la aplicación.⁷⁰

Como se recordará, todas esas actuaciones se plantearon en el marco de la opción III de la Comunicación de 11 de julio de 2001, y recibieron un apoyo prácticamente unánime.⁷¹

69 Sobre las críticas que se formulan a la normativa comunitaria, véase *supra* epígrafe II.

70 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: "Un derecho contractual europeo más coherente plan de acción", *op. cit.*, nota 15, p. 23.

71 Véase *supra* epígrafe III.3.

B. *Promover la elaboración de cláusulas contractuales tipo de ámbito comunitario*

La comisión quiere fomentar también la elaboración y uso de cláusulas contractuales tipo. Esta posibilidad también se barajó en el marco de la opción II de la Comunicación de 11 de julio de 2001, pero la verdad es que sin suscitar mucho interés.⁷²

Las cláusulas contractuales tipo suelen prepararlas las asociaciones que representan a un sector comercial determinado, o una parte contratante individualmente considerada que tiene capacidad para imponerlas, y se utilizan muy habitualmente debido a que con ellas se ahorran los costes de negociación del contrato.⁷³

Esas cláusulas están concebidas normalmente para operar en un determinado país, y cuando se utilizan en las relaciones transnacionales surge cierta inseguridad jurídica en torno a su validez, debido a que las legislaciones de los otros Estados miembros son diferentes. Por ello, la comisión quiere fomentar la elaboración de cláusulas contractuales tipo que respondan y se adapten a las especificidades de estas relaciones.⁷⁴ Las medidas previstas para lograr este fin son las siguientes:

En primer lugar, la comisión va a elaborar una lista de las cláusulas contractuales tipo que ya existen a nivel europeo y en los Estados miembros, para que pueda ser consultada por todos los que pretendan elaborar cláusulas similares. Se creará para ello una página *WEB*, donde todas las empresas, personas individuales y organizaciones que lo deseen, podrán ofrecer información.⁷⁵

En segundo término, la comisión tiene previsto publicar ciertas directrices, con objeto de que las empresas, personas y organizaciones interesadas sepan que hay que respetar ciertos límites jurídicos y de otra índole. Como dice el plan de acción, las cláusulas contractuales tipo tendrán que ser conformes con las normas y políticas comunitarias.⁷⁶

72 Véase *supra* epígrafe III.2.

73 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: "Un derecho contractual europeo más coherente plan de acción", *op. cit.*, nota 15, p. 24.

74 *Ibidem*, p. 25.

75 *Idem*.

76 *Idem*. Se cita en el plan de acción un ejemplo muy claro, y es que tendrán que ser conformes, si procede, con lo dispuesto en la directiva sobre cláusulas abusivas de los contratos.

C. Otras reflexiones sobre la oportunidad de adoptar medidas no relacionadas con un sector particular, como la adopción de un instrumento facultativo en el ámbito del derecho contractual europeo

El plan de acción baraja en último lugar la posibilidad de adoptar un instrumento facultativo general en materia contractual. Como se recordará, esto ya se planteó en el marco de la opción IV de la Comunicación de 11 de julio de 2001, pero sin suscitar grandes apoyos.⁷⁷ Las ventajas de este instrumento llevan no obstante a la comisión a replantear esta medida.

Como dice el plan de acción, un instrumento facultativo ofrecería a los contratantes un conjunto modernizado de reglas particularmente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior. Los contratantes no tendrían que abordar cada detalle de sus contratos, pudiendo remitir simplemente a lo dispuesto en dicho instrumento a modo de legislación aplicable. Y además, este instrumento ofrecería tanto a la parte económicamente más fuerte como a la más débil, una solución aceptable y adecuada.⁷⁸

En cualquier caso, el plan de acción admite que se trata de una medida a largo plazo. Ahora lo único que se pretende es iniciar una nueva reflexión sobre la oportunidad de adoptar dicha medida, así como su posible forma, contenido y base jurídica.⁷⁹

En cuanto a la forma, el plan de acción señala que las normas de derecho contractual podrían recogerse en un reglamento o una recomendación. Dichas normas no sustituirían a los derechos nacionales, coexistirían con ellos, y podrían aplicarse a todos los contratos internacionales, o sólo a los contratos que se sometieran a dicho instrumento con arreglo a una cláusula de elección de derecho aplicable.⁸⁰

En relación con este carácter opcional, debemos señalar que en los trabajos en curso para la revisión del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, se ha plan-

⁷⁷ Véase *supra* epígrafe III.4.

⁷⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Un derecho contractual europeo más coherente plan de acción”, *op. cit.*, nota 15, p. 26.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁰ *Idem*. En opinión de Staudenmayer, no se menciona a la directiva porque un instrumento opcional que coexistiría con los derechos nacionales no es acorde con su función armonizadora. Staudenmayer, D., “The Commission Action Plan on European Contract Law”, *European Review of Private Law*, 2003, 2, pp. 125 y 126.

teado la posibilidad de modificar el artículo 3 para que las partes en el uso de su libertad no tengan que referirse necesariamente a un derecho estatal, y puedan someter su contrato a un instrumento de tipo facultativo.⁸¹

Por otra parte, y como ya dijimos con anterioridad, está previsto que el marco común de referencia sirva de base para la elaboración de este nuevo instrumento. Aunque habrá que determinar si todo el contenido de dicho marco pasa a formar parte de este instrumento, o sólo algunos elemento del mismo.⁸²

Por último, el plan de acción no entra a considerar el delicado problema de la base jurídica que permitiría adoptar este instrumento.⁸³ Pero como vuelve a señalar D. Staudenmayer, esta cuestión sigue resultando un tanto prematura teniendo en cuenta que la medida se contempla a largo plazo, y que en el futuro pueden producirse modificaciones que afecten a dicha cuestión.⁸⁴

81 Libro Verde sobre la Transformación..., *cit.*, nota 11, p. 24.

82 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: "Un derecho contractual europeo más coherenteplan de acción", *op. cit.*, nota 15, p. 7.

83 Véase *supra* epigrafe III.4.

84 Staudenmayer, D., "The Comisión Action Plan on European Contract Law", *op. cit.*, nota 80, p. 126.