



Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas

ISSN: 1657-8953

yadira.caballero@usa.edu.co

Universidad Sergio Arboleda

Colombia

Espinosa Quintero, Leonardo
HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS
Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, núm. 9, diciembre, 2005, pp. 1-33
Universidad Sergio Arboleda
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100220350004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia
<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> Reservados todos los derechos de autor Enero 2004

HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS

Leonardo Espinosa Quintero¹

Sumario.

El tronco común del Derecho Romano. La propuesta de Reinhard Zimmermann. 2. Principios comunes de derecho contractual europeo. 2.1. Aproximación entre los ordenamientos jurídicos de derecho privado europeos. 2.2. Los Grupos Académicos y la unificación del Derecho privado en el último decenio. 3. El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos. El Anteproyecto de CEC y los medios electrónicos. 4. Nuevos instrumentos normativos surgidos de la práctica contractual electrónica.

Abstract:

The construction of common judicial frames aimed to obtain harmony, integration and uniformity in private law, more specifically in the judicial regime of contracts and obligations, has forced different research groups to dedicate themselves more in the search of the common core of the contractual institution in order to

¹ Profesor de Derecho Comercial y Director del Departamento del área en la Universidad Sergio Arboleda. Miembro líder del Grupo de Investigación Globalización y Derecho, de la misma Universidad, registrado en Colciencias, bajo el número 1869. Actualmente atiende estudios de Doctorado con la Universidad Alfonso X El Sabio, en «*Cuestiones actuales sobre el Derecho Español e Internacional*», patrocinados por la Universidad Sergio Arboleda. Obtuvo su DEA, en julio de 2005, con el trabajo de tesina titulado: «**La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado**», calificado con la máxima nota de: **sobresaliente por unanimidad**, por el H. Tribunal designado por la Comisión de Doctorado, para el programa en mención. El presente artículo, corresponde a un informe parcial sobre el avance de la investigación, en su segunda fase de elaboración de tesis doctoral.

consolidate a “private global right “as a first great effort which would guarantee the safety of transnational operators and the legality of commercial transactions. One of the most recent proposals is found in the rough project of the European Code of Contracts (CEC) of the academy of European Iusprivatistas in Pavia.

Síntesis.

La construcción de marcos jurídicos comunes, en orden a lograr la armonización, integración y uniformidad en el derecho privado, en especial, en el régimen jurídico de las obligaciones y los contratos; han llevado a que diferentes grupos de investigación se hayan dedicado a buscar el «common core» o núcleo común de la institución contractual, con miras a consolidar un «derecho privado global», como primer gran esfuerzo que garantice la seguridad de los operadores transnacionales y la legalidad de las transacciones comerciales. Una de las más recientes propuestas se encuentra en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (CEC), de la Academia de Iusprivatistas Europeos con sede en Pavia.

PALABRAS CLAVES.

CODIGO EUROPEO DE CONTRATOS, ARMONIZACIÓN, UNIFICACIÓN, CONTRATOS, OBLIGACIONES, DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, MEDIOS ELECTRÓNICOS,

1. El tronco común del Derecho Romano

Cuando se estudian los presupuestos e instrumentos sobre los cuales es viable la elaboración de un derecho privado armónico y uniforme, se hace obligada una mirada al tronco común del Derecho Romano², con especial objetividad para

² El Anteproyecto del Código Europeo de Contratos o «Anteproyecto Gandolfi», según Casinos Mora, «[...]tiene la virtud de haber respondido a las exigencias [...] de haber tenido en cuenta ante todo la tradición romanística como punto de encuentro de los sistemas contractuales europeos y de haber armonizado las soluciones de los sistemas continentales con el del *Common Law* a través del modelo del *Contract Code* de H. McGregor, siguiendo para ello un método combinado de comparativismo en perspectiva histórica y de comparación entre los diversos sistemas contractuales vigentes con fines de uniformización». Vid. Casinos Mora, Javier. «¿De Bolonia a Bruselas? El derecho romano ante la unificación del derecho contractual

no caer en lo que Sánchez Lorenzo S.A., califica como «*falacia del academicismo universalista*»³. Es el anhelo de formar el núcleo común del derecho europeo, identificando el sustrato común de sus diferentes instituciones, en especial aquellas que provienen de una misma tradición jurídica.

Integración, instituciones comunitarias, «derecho derivado», «derecho comunitario», convergencia, «cesión de soberanía estatal», principio de libre circulación de personas, capitales y mercancías, sistema contractual unitario, internacionalización de los negocios, «mercado común», aproximación de los «derechos privados nacionales», «recodificación»⁴ y expresiones otras que propugnan por la uniformidad, constituyen apenas descriptores que entrañan un fundamento mínimo en la búsqueda tan anhelada de contar con un marco jurídico estable y previsible que «[...] *garantice la seguridad de los operadores transnacionales y la legalidad de las transacciones comerciales*», según lo resalta el profesor Casinos⁵.

Estudiar los presupuestos e instrumentos en que se ha fundado el «derecho privado comunitario», en vías de consolidación, constituye escenario favorable en un trabajo de derecho comparado, hecho desde la geografía y la realidad colombiana, con aspiraciones concretas de insertar su sistema mercantil contractual en esa gran corriente global que persigue deliberada e

europeo. Notas críticas», en AA.VV., Derecho Patrimonial Europeo, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003. Pp. 78-79.

³ Casinos Mora, Javier. «*¿De Bolonia...*» P. 77.

⁴ Expresiones como: «códigos de segunda generación» y «recodificación» han hecho su aparición, para referirse a la técnica codificadora que excede el mero ámbito de la transposición de las Directivas. Orduña Moreno, F.J., sostiene que: «[...] la recodificación hoy en día sigue representando ante todo un serio y comprometido intento de racionalización del mundo jurídico encaminado a un específico modo de formular el derecho a través de la abstracción y conceptualización de las claves comunes que hagan posible tanto su comprensión sistemática como una mayor transparencia, simplicidad y seguridad en la aplicación del ordenamiento jurídico». Vid. Orduña Moreno, F.C. «*La codificación como técnica de unificación del derecho privado europeo*», en AA.VV., Derecho Patrimonial Europeo, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003. Pp. 267-270.

⁵ Op.Cit. P. 68.

incansablemente la armonización, unificación e integración jurídicas en torno a un «derecho privado global»⁶, o por lo menos, en el campo de las obligaciones y contratos⁷.

¿Cómo hacerlo?⁸, es el interrogante que invita a conocer y abordar las diferentes iniciativas de armonización jurídica, en los espacios y sistemas jurídicos mencionados (UE/España – Estados Unidos – Colombia), identificando las «fuentes» que las han influenciado, para establecer qué tan armónicas o sincrónicas han resultado, para lo cual se parte de un elemento común de especial incidencia en ellas, el Derecho Romano.

Refiere el profesor Casinos⁹ que las bases para la elaboración doctrinal de un Código Europeo de Contratos, se fundaron en dos presupuestos de común aceptación:

«[...] el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad como principio vigente en todos los países y el reconocimiento de la impronta

⁶ En la Sentencia C-048/94, la Corte Constitucional Colombiana, al realizar la revisión de constitucionalidad de la Ley 32 de 1992, Diario Oficial 40.705, «Por medio de la cual se aprueba el Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado», hecho en Roma el 15 de marzo de 1940, evoca lo sostenido en la exposición de motivos de la citada ley, en la que se indica que Colombia asumió su compromiso implícito en la firma del acuerdo el mismo año de 1940, pero por las circunstancias de la época, la ley aprobatoria no alcanzó a ser expedida. Esto explicaría, en parte, la tardanza de 52 años entre la creación de UNIDROIT y la Ley 32 de 1992, aprobatoria del mismo en Colombia. No obstante, en la exposición de motivos aludida, se reconoce la evidencia de los logros alcanzados por UNIDROIT, la participación de Colombia sufragando las cuotas y la valía del instrumento como promotor de elementos normativos de derecho privado, de carácter uniforme para el concierto de las Naciones, en un Universalismo jurídico, que según las palabras de la Corte, «[...] difiere de las formas transestatales, interesadas en la expansión de formas de dominación política, de algún modo expresadas, en ese vasto universo del derecho durante el periodo romano clásico, o en la manifestación expansionista de la difusión religiosa, a través de un derecho igualmente con aspiraciones universales».

⁷ En efecto, como lo anota el profesor Valiño, «[...] se trata de superar el estatismo nacionalista para promocionar en el aspecto político y económico una superestructura como es la Unión Europea. Y visto que no resulta fácil para los Estados miembros la renuncia en pleno a sus tradiciones para conformar un panorama de uniformización de todo el Derecho privado, al menos se pretende establecerlo en lo que constituye el marco normativo más activo en el plano económico, como es el campo de la contratación[...]». Vid. Valiño Arcos, A. «Observaciones preliminares sobre el anteproyecto «GANDOLFI»: Hacia la consecución de un «CODE EUROPÉEN DES CONTRATS», en AA.VV., Derecho Patrimonial Europeo, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003. P. 383-402.

⁸ Los profesores Vattier y De La Cuesta, se refieren al «modelo doctrinal» y al «modelo legal». Vid. Op. Cit. Vattier, Carlos. De La Cuesta, J.M. Caballero. J.M. Código... Pp. 15-21.

romana presente en mayor o menor medida en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros».

A lo anterior, se suma la necesidad de incorporar a cualquier propuesta de integración, elementos representativos del *Civil Law* y del *Common Law*¹⁰, retomando el pasado y precedentes o experiencias jurídicas comunes. De ahí que, el reconocimiento del derecho romano como elemento basilar y conformador de la tradición jurídica de los países comunitarios y como principal nexo de unión de sus derechos internos, resulta crucial en la comprensión de los problemas jurídicos que se plantean en el moderno derecho, según lo advierte el profesor Casinos Mora.

En consecuencia, se sienta un principio de necesidad, en relación con el derecho romano y la unificación jurídica contractual, para que haga las veces de «punto de encuentro» (como presupuesto para la unificación) y de «instrumento en el proceso unificador». Es, pues, el medio catalizador en el desarrollo del proceso con el que se pretende unificar el «derecho privado comunitario». Ante la incertidumbre que genera la múltiple concurrencia de ordenamientos o sistemas jurídicos locales o internos, qué mejor vía que la de buscar los elementos tradicionales o comunes, en aquel soporte que constituye el tronco común del derecho romano y la tradición romanística?.

La respuesta, se hace evidente en lo sostenido por el profesor Casinos M¹¹:

«No cabe duda de que el derecho romano es presupuesto de unificación jurídica. No hay más que levantar acta del hecho de que Europa debe a la creación jurisprudencial romana la definición de las más importantes instituciones y de las categorías básicas del derecho privado y también del

⁹ Op.Cit. P. 69.

¹⁰ Como se hizo, por ejemplo, en el Congreso celebrado en Pavía en 1989, bajo la dirección del profesor Giuseppe Gandolfi, con participación de representantes de todos los países de la todavía entonces Comunidad Económica Europea. En efecto, en dicho Congreso, según lo refiere el profesor Casinos, se optó tomar como base el Libro IV del Código Civil Italiano de 1942 y el *Contract Code*, obra de Harvey McGregor, como elementos representativos del *Civil Law* y del *Common Law*, respectivamente. Vid. Casinos Mora, Ibidem.

público. [...] Durante más de ocho siglos fue compartida una misma jurisprudencia, en el sentido del término alemán *Rechtswissenschaft*, y un mismo derecho, el *ius commune* romano-canónico al que los *iura propria* de alcance territorial y naturaleza fundamentalmente consuetudinaria no llegarían a eclipsar en ningún momento, pues como mínimo el *ius commune* funcionó como derecho supletorio en toda Europa. Esa historia jurídica común europea es justamente la razón de que pueda llegar a plantearse la misma posibilidad de una unificación jurídico-privada en Europa, de un *ius gentium privatum europaeum* en términos de Koschaker».

En consecuencia – complementa Casinos Mora- el derecho romano ha sido considerado tácitamente como una fuente del derecho comunitario y, «[...] los tribunales de la Unión Europea han recurrido al derecho romano y al *ius commune* en las *rationes decidendi* de sus resoluciones».¹²

Si se quiere un futuro común, se hace necesario mirar retrospectivamente, releer, redescubrir, reencontrarse con el pasado igualmente común, para no quedarse en la búsqueda de un lenguaje jurídico común, sino en la plena integración y armonización jurídica, la cual será progresiva, lenta y blanda¹³, en palabras del profesor Sánchez Lorenzo, S.¹⁴, no exenta de vicisitudes de variados matices. Basta con referir la que corresponde a la decisión sobre una

¹¹ Op.Cit. Pp. 72-73.

¹² Op.Cit. P. 75.

¹³ Sobre la expresión o características «blandas», por oposición a la unificación «compacta» y acaso más rápida del Derecho Internacional privado europeo de que habla el profesor S.A. Sánchez Lorenzo, Vid. Vattier Fuenzalida, Carlos. «El anteproyecto de Pavía». en Vid, Derecho Patrimonial Europeo, Thomson /Aranzadi, Navarra, 2003. Pp. 419-436. En Colombia, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-160/00 al referirse al «*soft law*» o «*derecho blando*», sostuvo que éste está caracterizado por utilizar verbos no imperativos o complementos directos ambiguos dentro de sus estructuras gramaticales. Son empleados, por ejemplo, en acuerdos marco que, en general, no contienen obligaciones específicas que deban ejecutarse directamente dentro de los respectivos territorios.

¹⁴ Sánchez Lorenzo, Sixto. «La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado». en AA.VV., Derecho Patrimonial Europeo, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003. Pp. 363-381.

«codificación¹⁵ regional» o una «codificación global», frente a iniciativas como la elaboración de los «Principios de Derecho Contractual Europeo»¹⁶ (Comisión Lando) *versus* los Principios UNIDROIT, que acusan diferencias de contenido y suscitan, según el profesor Sánchez, «[...] serias dudas sobre la conveniencia de una codificación regional, que puede resultar contradictoria con una codificación global[...]»¹⁷.

La aspiración a un derecho uniforme de los negocios, no es nueva. La búsqueda de la unidad legislativa, jurisprudencial, doctrinal y contractual ha sido una ardua labor de largo aliento, sobre la que, a la fecha, se sigue trabajando en diversos ámbitos. De los primeros pasos hacia una mayor uniformidad¹⁸, se ha llegado a propuestas mas ambiciosas como los «*Restatements of law*» del «*American Law Institute*», los «*Principios de derecho contractual europeo*», el proyecto de UNIDROIT, de principios para los contratos comerciales internacionales, que buscan codificar principios generales en materia contractual, pero con carácter universal¹⁹. A esto se suma, un amplio elenco de cláusulas standard, condiciones generales, contratos tipo, formularios y demás instrumentos de uniformidad contractual generados a iniciativa de las empresas, asociaciones y corporaciones profesionales.

El Derecho Romano se ha considerado como elemento informador de la unificación del derecho contractual internacional²⁰. Su terminología es empleada

¹⁵ Entendiendo el término código o «Code», como un cuerpo de reglas y soluciones, no de principios, esto es, que la pretensión debe descansar en la unificación de soluciones concretas ante problemas particulares, puesto que sería fallido un intento consistente en uniformizar los procedimientos lógicos y los mecanismos conceptuales a través de los cuales se alcanzan esas soluciones en los distintos sistemas jurídicos europeos. Vid. Valiño,

¹⁶ Vid. Vattier, Op.Cit. «*La unificación...*». P. 424.

¹⁷ Op.Cit. «*Observaciones...*» P. 388.

¹⁸ Valiño del Río, Emilio. «*Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística*». en AA.VV., Derecho Patrimonial Europeo, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003. Pp. 403-417.

¹⁹ Op.Cit. P. 406-407.

²⁰ Valiño del Río, Op.Cit. P.413.

en las leyes y principios uniformes. Desde la autonomía de la voluntad, pasando por la consensualidad, la libertad de forma, el clásico principio de *pacta sunt servanda*, la excesiva onerosidad, la rescisión por lesión, la cláusula *rebus sic stantibus*, la *restitutio in integrum*, han desempeñado especial papel en las propuestas de unificación, cualquiera que sea el lugar geográfico en las que ellas se hayan gestado. Vale decir que la pluralidad de elementos culturales e idiomáticos se ha «vencido» con la unidad que brinda el derecho e instituciones de fuente común romana. Ha sido, por excelencia, el elemento conciliador de las dos fuentes fundamentales en la meta de unificación efectiva. En efecto, por ejemplo, el llamado «anteproyecto de Pavía», se inspiró en el *Contract Code* redactado por H. McGregor para la *Law Comisión* inglesa en 1965 (como síntesis del Derecho inglés y escocés) y el Código civil italiano²¹ (por el influjo del Código civil francés y del BGB alemán), como lo refiere Vattier²². Indudablemente, en esta última fuente de inspiración del Anteproyecto de Pavía, las fuentes romanas han tenido especial incidencia, a pesar de que en el Anteproyecto en mención, se «huya» de las categorías abstractas, ni se mencione el negocio jurídico, ni la buena fe, por lo menos esta última como criterio de interpretación del contrato, según lo refiere el profesor Vattier²³.

Principios como la buena fe y lealtad negocial (*ex fide bona*), libertad de contratación y libertad de forma, equilibrio contractual, propios del Derecho Romano, son conciliables con aquellos otros del *Common Law* como el de «*reasonable o reasonably*» de uso frecuente en los países anglosajones, como lo refiere el profesor Valiño²⁴.

²¹ Lo que seguramente llevó a Sánchez Lorenzo a opinar que el Anteproyecto de Pavía, «no es más que el Código civil italiano con retoques» (pg.277, nt. 194), según lo refiere Vattier en la Op.Cit. P. 421, nt. 13. García Cantero, Gabriel. «Hacia un concepto europeo de contrato. Comentario a las disposiciones preliminares del Proyecto de Pavía», en AA.VV. *Código europeo de contratos*, Madrid, Dykinson, Universidad de Burgos, 2003, P. 135.

²² Op.Cit. P. 425.

²³ Ibidem.

²⁴ Op.Cit. P. 414.

De tal suerte que la corriente o tendencia mundial a buscar sistemas jurídicos armónicos y flexibles en los cuales cada vez sean mayores los puntos de aproximación que los de distanciamiento, en especial, en la institución contractual que constituye el lenguaje universal más hablado en un espacio económico globalizado, transnacional y dinámico, reacio a las «nacionalidades», se enfrenta a problemas de «interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho», que es precisamente el título del libro del profesor Martín-Retortillo B²⁵, quien al referirse a los mismos, sostiene:

«Cuando acabamos apenas de iniciar un nuevo siglo y un nuevo milenio, me da la impresión de que uno de los problemas jurídicos más vivos con el que nos encontramos hoy los juristas tiene que ver con el intenso proceso contemporáneo, no sólo de acercamiento y aproximación, sino también de mezcla y convivencia de diversos sistemas jurídicos, forzados así a integrarse, bien lejos de un panorama en el que la consistencia de cada sistema jurídico nacional, era, al menos en apariencia, mucho más nítida y diferenciada».

La propuesta de Reinhard Zimmermann

Es en este punto, entonces, cuando la propuesta del profesor Zimmermann, le da luz al problema llevándolo a una opción viable de solución, al considerar que es difícil concebir un mercado único regido por una pluralidad de ordenamientos legales²⁶.

En palabras de Vaquer Aloy, A., al prologar la obra del profesor Zimmermann al referirse a la elaboración del código europeo de derecho de obligaciones:

²⁵ Martín-Retortillo B, Lorenzo. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, P. 16.

²⁶En palabras de Vaquer Aloy, Antoni, al prologar la traducción de la obra del profesor Zimmermann, Reinhard. *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000, P.11-12.

«[...] ha puesto en práctica un método consistente en una renovación de la vieja escuela histórica creada por Savigny. En su opinión, no es posible una verdadera reunificación jurídica en Europa si no se realiza una labor previa de comprensión de las diversas variedades jurídicas nacionales a partir de su nexo histórico común [...] el profesor Zimmermann propone buscar los fundamentos ideológicos, sistemáticos y conceptuales comunes a los distintos derechos privados nacionales para, de este modo, formar el núcleo de un nuevo derecho común europeo que pueda constituir la base de un Código Civil para toda Europa» ²⁷.

Surge, nuevamente el interrogante: ¿La solución para la armonización es un gran código para toda Europa y para los bloques regionales interesados en realizar contratos internacionales?²⁸. O, mejor, la identificación – como se ha venido haciendo por UNIDROIT, LANDO,²⁹ y otros grupos, de los grandes principios generales de la contratación internacional?, para que vía –acuerdo de las partes- éstas los incorporen de manera masiva y permanente en sus acuerdos contractuales³⁰.

Zimmermann, al estudiar el derecho inglés y las diferencias entre el *common law* y el *civil law*, sostiene que «[...] bajo la apariencia de contraposición y

²⁷ Op.Cit. P. 12.

²⁸ Un Código único de los contratos, que como lo señala González Porras J.M., «[...] es la mejor solución, la solución idónea, para ligar Economía y Derecho». Vid. González Porras, J.M. «*La cesión de deuda*» en AA.VV. Op. Cit *Código*...P. 507.

²⁹ Vattier, Op.Cit. «*El anteproyecto...*» Pp. 420, 421.

³⁰ La Comisión de las Comunidades Europeas, en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2001, sobre Derecho Contractual Europeo [Com (2001) 398 final], propuso cuatro alternativas, a saber: opción I, no intervenir y dejar que el mercado resuelva los problemas del comercio intracomunitario; opción II, fomentar la formulación de principios comunes de aplicación voluntaria para reforzar la progresiva convergencia de las legislaciones nacionales; opción III, mejorar la normativa comunitaria a fin de simplificarla, en especial, en lo que concierne a las Directivas sobre consumo; opción IV, adoptar una nueva legislación imperativa, que sea o bien de aplicación voluntaria, o bien que se pueda excluir por acuerdo expreso de las partes, o bien de aplicación obligatoria.

http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_es.pdf [1-06-2005].

*diversidad, existe una pluralidad de puntos de contacto y de soluciones comunes a unos mismos problemas»*³¹.

Se plantea, desde la perspectiva de la obra de Zimmermann, un «*nuevo derecho común europeo*». Es claro que ese «*nuevo derecho común*», es viable en la medida en que se identifiquen los grandes principios que lo nutren en cada una de sus instituciones. En el presente estudio, interesa principalmente la institución contractual. Indudablemente es un vasto campo el que se abre a los ojos del investigador para realizar múltiples propuestas en materia de armonización de los sistemas jurídicos nacionales. Si se quiere, se trata de volver al tronco común del que, sin darnos cuenta, nos separamos para -en un movimiento pendular- anhelar, ahora, retornar a él.

No importa la diversidad de idiomas y la multiplicidad de nacionalidades, en los negocios no se habla – como se dice en el libro de Zimmermann «europeo» y, sin embargo, se busca un «derecho común europeo».

Refiere Zimmermann que:

«A diferencia de Thibaut, Savigny no sentía admiración por el *Code civil*, y consideraba el *Preubisches Allgemeine Landrecht* poco menos que una chapuza. Mas no sólo eran objeto de su crítica los códigos existentes sino que la misma idea de codificación era para él inorgánica, anticientífica, arbitraria y enemiga de la tradición. En el mejor de los casos, la codificación era innecesaria; en el peor, distorsionaba o estrangulaba el desarrollo jurídico «orgánico»»³².

Esta es una crítica muy autorizada de la tendencia a la codificación o a ver ésta como la solución para la armonización de los diversos sistemas jurídicos nacionales. Indudablemente, la propuesta de Savigny, como ya quedó expresado

³¹ Op.Cit. P. 16.

antes, es la de buscar los grandes principios que subyacen en la variedad de sistemas, llegando incluso a encontrar puntos importantes de aproximación o acercamiento entre sistemas – aparentemente- tan diversos como el del *civil law* y el *common law*.

La propuesta de Savigny evidencia un afán por construir un sistema lógico y coherente de conceptos, reglas y principios que se fundamentaba en el más importante cuerpo del derecho romano, las Pandectas o Digesto. La escuela pandectista aseguró a Alemania el liderazgo en el mundo de la ciencia jurídica del siglo XIX.

Sostiene el profesor Zimmermann que:

«Es cierto que en los últimos años se ha producido un nada despreciable proceso de unificación jurídica en campos tan distintos como el derecho de la competencia, el derecho antitrust, la propiedad intelectual, el derecho del trabajo y el derecho de sociedades». «[...] la situación actual por lo que se refiere a la unificación jurídica en Europa dista de ser satisfactoria, puesto que se trata tan sólo de pedazos de un derecho más o menos uniforme, insertados inorgánicamente en el ordenamiento jurídico nacional. Con ello no ha ganado en coherencia, racionalidad y previsibilidad, sino que más bien esta unificación jurídica made in Bruselas se ha tornado en mayor oscuridad, complejidad y desarmonía[...] sigue siendo cuestionable si la promulgación de un Código civil europeo es hoy practicable o incluso deseable[...] «Por eso, automáticamente surge la pregunta relativa a la actualidad del programa de Savigny, esto es, si en primer lugar es necesaria la creación de una ciencia jurídica «que pueda ser común a toda Europa» y que sea capaz de edificar los cimientos sobre los que descansa el derecho privado europeo».³³

³² Op.Cit. P. 24

En palabras de Zimmermann:

«[...] la ciencia jurídica europea tiene como base el convencimiento de que la materia jurídica no constituye un embrollo insoluble y arbitrario de reglas y casos particulares, sino que se puede reducir a un sistema racional, y su propósito radica en presentar al derecho como un todo con consistencia lógica. Y trata de demostrar cómo las reglas particulares y las soluciones a casos concretos pueden ser deducidas de proposiciones generales y ser entendidas y relacionadas unas con otras realizando el esfuerzo de racionalizar la aplicación de la ley, pues la racionalidad es un presupuesto esencial para la consecución de la justicia»[...] No podemos pretender entender el derecho aislado de su pasado, por lo que es tan ineludible hoy como en 1814 conceptuar el método científico jurídico como histórico. En efecto, con Savigny, podemos todavía afirmar que la diferencia fundamental entre los distintos métodos científicos jurídicos radica en si son históricos o ahistóricos».³⁴.

«[...]el moderno derecho contractual general procede del contrato consensual romano y no de las *obligaciones stricti iuris*. La responsabilidad en los contratos consensuales, en particular la compraventa, debía ser enjuiciada de acuerdo con el estándar flexible de la buena fe, y no existía razón alguna para acudir a la estricta categoría de los tipos de incumplimiento específicos, que son característicos del moderno derecho alemán»³⁵.

Se refiere por el autor en consulta que también el código civil francés (y, bajo su estela, los restantes ordenamientos «latinos») descansa sobre un concepto unitario de incumplimiento (*inexécution*). En especial, es en derecho inglés donde se ha desarrollado un concepto que abarca todas las formas de incumplimiento

³³ Op.Cit. P. 29.

³⁴ Op.Cit. P. 34-35.

³⁵ Op.Cit. P. 47.

contractual, que merced a Ernst Rabel se acogió primero en el poco exitoso derecho de compraventa de La Haya de 1964 y finalmente en la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, criterio que ha orientado a la Comisión alemana para la reforma del derecho de obligaciones y presumiblemente al legislador holandés, los principios Unidroit y la Comisión Lando sobre los principios del derecho contractual europeo.

Continúa el catedrático de la Universidad de Regensburg:

«Pero también cabe preguntarse si, a pesar de la fragmentación nacional del derecho y de la ciencia jurídica, bajo el manto de la desconcertante diversidad de nuestras modernas reglas jurídicas no se esconden unos fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e ideológicos comunes, capaces de formar el núcleo común del derecho europeo. Una especie de derecho natural, como lo llamó Paul Korsacher, no en el sentido de un sistema de reglas con pretensiones de validez axiomática, sino de principios, razonamientos e instituciones que comparten los ordenamientos jurídicos europeos como consecuencia de su desarrollo histórico común»³⁶.

Esta posición o idea, es la misma que se quiere replicar en la presente propuesta, desde la perspectiva colombiana. ¿Cuáles son los principios, razonamientos e instituciones – en materia contractual a través de medios electrónicos- que comparten los ordenamientos jurídicos colombiano-latinoamericano y los de la Unión Europea/España y los Estados Unidos?. El trabajo a realizar debe dar un buen número de respuestas sobre el particular.

Como la Red es de todos y no de un espacio territorial específico, en este tema más que hablar de ordenamientos locales, lo que se encuentra son líderes

³⁶ Op.Cit. P. 58

en la construcción de dichos marcos jurídicos, (LMRNTIC) que como lo advierte De Miguel Asensio, se dividen el trabajo en dos grandes frentes de interés. Uno de carácter técnico y, el otro, de orden jurídico. Curiosamente, el componente técnico resulta más atractivo que el legal. Los «dueños de internet», se preocupan más de su arquitectura y aspecto técnico, que de las minucias jurídicas. Es una posición sensata, ya que si no tengo «acceso técnico a la Red», de nada vale desarrollar sofisticados o complejos esquemas negociales o contractuales que no puedan «viajar a través de la misma».

Surge aquí la idea sobre una especie de «ciberderecho penal sancionatorio» un «*e-poena*» que se impone a través de medios técnicos (por ejemplo al negar el acceso al servidor o al excluirlo de la Red), sin intervención de tribunales nacionales. Es una especie de «pena, sanción o sentencia técnica», como si me quitaran la luz y me dejaran ante la imposibilidad técnica de encender el ordenador. Si no lo puedo encender, cómo hago negocios. Si pretendo entrar a la Red y, técnicamente, me niegan la opción, cómo celebro contratos?.

El soporte técnico, resulta vital o primordial, mientras que el esquema jurídico aplicable a los actos desatados en la Red o a través de ella, se insinúan como cuestiones de menor valía. Se estaría, entonces, fraguando una especie de «derecho o sistema sancionador técnico», o «sanción técnica», diferente a la «sanción jurídica». Es más, las deficiencias de los marcos jurídicos regulatorios de las NTIC, se verían compensadas por la opción o posibilidad técnica de imponer «*e-poenas*»

Continuando con el profesor Zimmermann, indica que:

«También hoy constituye un presupuesto esencial para el nacimiento de un derecho privado europeo la «organización progresiva de una ciencia del derecho» que supere fronteras territoriales y de disciplinas y que revitalice una

tradición común. En todo caso, debería posibilitar las relaciones intelectuales entre los ordenamientos jurídicos y comprender su idiosincrasia, así como proporcionar una «gramática» jurídica común con la que discutir los problemas jurídicos y valorar comparativamente las posibles soluciones disponibles. Y suministrar un armazón sistemático y conceptual, de reglas y principios jurídicos, que permita contemplar los ordenamientos jurídicos existentes como variaciones nacionales de un mismo tema. [...] El desarrollo de los contratos consensuales constituye uno de los logros más remarcables de los juristas romanos [...]. Su número era limitado: sólo si el acuerdo (informal) entre las partes podía ser calificado como *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum* o *societas* era exigible.

Estos cuatro contratos constituyen el fundamento del moderno derecho contractual general.

El prerequisite esencial para el desarrollo de una moderna teoría general del contrato fue, no obstante, la superación del *numerus clausus* romano de contratos concluidos (*nudo*) *consenso* por la doctrina según la que, en principio, toda transacción informal era exigible, en íntima conexión con el ascenso y el ascendiente de la máxima *ex nudo pacto oritur actio*. Esta máxima fue formulada en marcada oposición al principio romano *nuda pactio obligationem non parit*, el cual, sin embargo, ya había sido socavado por una serie bastante azarosa de excepciones construidas por los Glosadores en su trayecto a través del Digesto».

«[...] la espina dorsal del sistema contractual romano, la *stipulatio*». «En otras palabras, la contienda había sido ganada por los contratos consensuales»³⁷

³⁷ Op. Cit. Pp. 65-78.

«Nos enfrentamos a la tarea de crear una nueva tradición jurídica europea. Esta empresa, tanto si se acomete mediante la legislación como mediante la ciencia jurídica (¡ y la formación legal!), estaría condenada al fracaso si se perdieran de vista los fundamentos históricos comunes del derecho privado europeo. Estos fundamentos proporcionan el punto de partida para cualquier reunificación, para el desarrollo, en otras palabras, de un rejuvenecido *usus modernus pandectarum*³⁸.

Ahora bien, varios de los problemas de derecho contractual puestos en contexto en un entorno de Derecho Romano, frente a uno de Derecho Moderno³⁹, acusan dificultades y diferencias marcadas en su trato, no solo por ser el romano un derecho de acciones y el moderno, de normas de derecho sustantivo.

Problemas como el del cumplimiento específico, la afectación de terceros (los conceptos de contrato a favor de tercero, de representación y de cesión de créditos), permanecían ajenos al pensamiento jurídico romano, en razón de la relación intensamente personal entre las dos partes que habían concluido el contrato. Sostiene Zimmermann que estas tres instituciones «[...] *comunes en nuestros días , sólo consiguieron consolidarse tras siglos de dura pugna con el concepto romano de obligación*[...]»⁴⁰

³⁸ Op.Cit. P.110.

³⁹ El profesor De los Mozos, sostiene que: «El concepto de *contrato* es un concepto jurídico moderno, que aparece, y es reconocible, como tal, en la vida jurídica, cuando la humanidad occidental está llegando a la modernidad. El derecho romano no le reconoce como *categoría general*, a lo sumo lo que allí encontramos es, solamente, la consideración de *singulares tipos de contrato*». Vid. DE LOS MOZOS, José Luis. «*El contrato y sus transformaciones*», en AA.VV. *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestroza 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2003. Pp. 363-382. En igual sentido: DE LOS MOZOS, José Luis. «*La autonomía privada: Notas para una relectura del título de los contratos del código civil español*», en AA.VV. Dir. Por: Alterini, Atilio Anibal. De los Mozos. José Luis. *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea*, Temis-Palestra Editores , Bogotá D.C., 2000, Pp. 191-212.

⁴⁰ Op.Cit. P. 82.

Advierte el profesor Zimmermann, ya para terminar, que el *civil law* y el *common law* no son idénticos, se diferencian en muchos aspectos, no obstante, estos derechos son y eran expresiones de una única y misma tradición, construida sobre los mismos fundamentos histórico-intelectuales, que operaba con los mismos métodos, sistemas e instituciones y las mismas ideas⁴¹.

2. Principios comunes de derecho contractual europeo

El mercado único, exige un derecho uniforme⁴². La unificación del derecho privado, en especial, del derecho contractual europeo, edificada sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros⁴³ ha sido objeto de diversos pronunciamientos en Europa⁴⁴, desatando iniciativas y procesos que se pueden estudiar – globalmente- en dos grandes modelos de propuestas de armonización, uniformidad y, posterior unificación.

⁴¹ Op.Cit. P. 228.

⁴² Fernández Rozas, José Carlos. Op. Cit. *Ius Mercatorum*... P. 160.

⁴³ Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, de 15 de noviembre de 2001 (A5-0384/2001), en la que se pide a la Comisión que «[...] en el proceso de aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros presente, como siguiente paso y tras una profunda consulta científica, un plan de acción que englobe los siguientes elementos: a) Hasta finales de 2004: compilar en una base de datos [...] la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual, y promover, a partir de dicha base de datos, investigaciones en el campo del Derecho comparado [...] e) Principios de 2005, [...] publicación de los análisis comparativos y de las soluciones y conceptos jurídicos comunes en la forma adecuada. [...] h) A partir de 2006: legislación europea que prescriba la utilización de los principios jurídicos y de la terminología jurídica comunes referente a las relaciones contractuales transfronterizas o interestatales con la posibilidad de cláusulas de excepción contractuales. i) Principios de 2008: verificación de los resultados prácticos obtenidos en el Derecho europeo mediante unos principios jurídicos y una terminología jurídica comunes, y verificación de la necesidad de unas disposiciones europeas uniformes al respecto, de manera que se lleve a efecto, a largo plazo, una uniformización del Derecho contractual tanto en la UE como en los ordenamientos de los Estados miembros. j) A partir de 2010: elaboración y adopción de un corpus de reglas sobre el Derecho contractual de la Unión Europea que tenga en cuenta las soluciones y los conceptos jurídicos comunes establecidos en las iniciativas precedentes [...]».

⁴⁴ Vid. Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2001, sobre el Derecho contractual europeo. Com (2001) 398 final. DOCE C 255, de 13.09.2001,1.

El primer modelo, se ha ubicado como inspirado en los *Restatements* del American Law Institute⁴⁵, con una metodología de trabajo consistente en la identificación de los «principios»⁴⁶ que imperan en la jurisprudencia, con recomendaciones para el futuro, de un valor netamente persuasivo. Su función es la de clarificar y simplificar el derecho vigente.

En este primer modelo o metodología, se ubican los principales trabajos de un buen número de grupos académicos que se han empeñado en la unificación, en los últimos años.

De esta especie de jurisprudencia de conceptos⁴⁷, se vira a otro modelo que busca propiciar la unificación mediante una ley, con eficacia vinculante y obligatoria, que al decir del profesor Vattier:

«[...] una vez promulgada, venga a derogar y sustituir los distintos Derechos nacionales en materia de obligaciones contractuales, contratos en particular y responsabilidad extracontractual. En suma, éste es el proyecto que ha expuesto G. Gandolfi y consiste en la elaboración de un verdadero código europeo de contratos, el cual ha suscitado una abundante literatura recopilada en parte por P. STEIN y ha vuelto a concitar el decidido apoyo de autores tales como G.B. FERRI y J.L. DE LOS MOZOS»

Como la unificación constituye un proceso complejo, en ella no deben excluirse o ahorrarse esfuerzos, de tal suerte que los dos modelos o metodologías esbozadas, contribuyen cada una, a su manera, con tan urgente propósito.

⁴⁵Vid. Vattier, Op.Cit. «*La unificación...*». P. 420. Fernández Rozas, J.C. Op. Cit. *Ius Mercatorum...* P. 160. Sobre los *Restatements* americanos, los autores matizan que éstos suponen la formulación del Derecho ya existente en los países del *common law*, mientras que los principios pretenden crear un Derecho nuevo a partir de ordenamientos jurídicos divergentes. Vid. Arroyo I A, Esther. «*Estudio preliminar: las perspectivas de un derecho privado europeo*», en Schulze, Reiner. Zimmermann, Reinhard. Op.Cit. *Textos...* cit, 106, P.49.

⁴⁶ El *common core* o núcleo común a todos los ordenamientos jurídicos privados nacionales.

⁴⁷ El *Uniform Commercial Code* - Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos (UCC)- que descansa en el *case law*, con reglas aplicables sólo a aquellos términos y condiciones que las partes no han establecido por sí mismas en los documentos contractuales. Versión en castellano con estudio preliminar y traducción a cargo de J. Ma. Garrido, editada por Marcial Pons, Madrid, 2002, P. 40.

También, es pertinente, destacar desde ahora que las tendencias a una unificación jurídica mundial, más generalizada y no tan solo europea, no excluye en absoluto esta última. Es más, la unificación jurídica europea e internacional van de la mano⁴⁸.

En consecuencia, el proceso de construcción de un nuevo Derecho privado común a todos los países de la Unión Europea (UE), ha despertado y unido a los estudiosos del tema, en escenarios de múltiple índole. Desde los muy difundidos estudios de comisiones y organismos públicos y privados como UNIDROIT y LANDO, con varios años de estudios realizados, como algunos de carácter más actual, como la *Society Of European Contract Law* (SECOLDA), pasando por innumerables congresos, revistas y coloquios, a los que se refiere ampliamente la profesora Esther Arroyo⁴⁹, en su estudio preliminar a la obra, textos básicos de derecho privado europeo.

Se trata, entonces, de la construcción de un «edificio jurídico común», para consolidar la integración económica, en un plano que además de comprender la libre circulación de personas, de servicios, de mercancías y de capitales, comprenda también lo jurídico, que en palabras de la profesora Arroyo⁵⁰, como

«[...] proyecto de unificación jurídica incluye la creación de una ciencia jurídica común, que dé sentido y cohesión al nuevo ordenamiento jurídico europeo que se considera necesario construir para evitar fragmentos de legislación inconexa, y en cuya interpretación y desarrollo es fundamental la jurisprudencia del TJCE».

⁴⁸ En apoyo de esta tesis, Schulze y Zimmermann, citan como ejemplo paradigmático el que proporcionan los principios elaborados por la Comisión para el Derecho contractual europeo y UNIDROIT, que consideran, se influyen recíprocamente. Vid. Schulze, Reiner. Zimmermann, Reinhard. *Monografías jurídicas. Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, Madrid, Marcial Pons, 2002. P. 9.

⁴⁹ Vid. Por todos: Arroyo I A, Esther. «*Estudio preliminar: las perspectivas de un derecho privado europeo*», en Schulze, Reiner. Zimmermann, Reinhard. Op.Cit. *Textos...* Pp.17-66.

2.1. Aproximación entre los ordenamientos jurídicos de derecho privado europeos

El núcleo fundamental de la regulación comunitaria es el Derecho de obligaciones y contratos. La aspiración a un Derecho común privado, justificada en la unión de Estados, es anterior a la existencia de la UE y, se remonta, a varios esfuerzos previos exitosos, como las leyes uniformes sobre formación del contrato de venta internacional de bienes muebles corporales, aprobados por la Conferencia Internacional de la Haya, abiertos a la firma de los Estados en julio primero de 1964.

Soluciones similares a problemas comunes, en un contexto de un nuevo *ius commune Europae*, es el esfuerzo en el que se han empeñado denodadamente múltiples actores de la armonización y búsqueda unificación alrededor de un código europeo de contratos. A la estrategia, se ha sumado la reflexión sobre la formación jurídica europea y la movilidad del jurista europeo del siglo que viene⁵¹.

El método de unificación sigue siendo crucial y centro de especial debate. Se ha considerado necesario superar la regulación «sector por sector» o «caso por caso».

2.2. Los Grupos Académicos y la unificación del Derecho privado en el último decenio.

En el largo trayecto recorrido y, en buena medida pendiente por recorrer, hablar de la aspiración a un Derecho común privado armónico y uniforme, tanto en

⁵⁰ Op.Cit. P. 23.

⁵¹ Una completa referencia a las instituciones, comisiones, propuestas, sobre *ius commune europae*, en Arroyo, Esther. Op. Cit. «Estudio preliminar...»Pp.17-66.

⁵¹ Op.Cit. P. 23.

la UE como en Estados Unidos y en los demás ámbitos regionales, por ejemplo, el Latinoamericano, implica una mirada obligatoria a los aportes realizados en este campo, por UNIDROIT, por la Comisión LANDO, por la Academia de Iusprivatistas Europeos, con sede en Pavía y por los más de diez grupos académicos, a que se refieren los profesores Vattier y De la Cuesta, como partícipes de la orientación metodológica identificada como del «modelo doctrinal» (para distinguirlo del «modelo legal»), así:

«Sin pretender ser exhaustivos, es el caso de la llamada Comisión Lando, por su presidente el Profesor Ole LANDO, que viene trabajando desde 1980 bajo los auspicios de la Comisión Europea y acaba de publicar los *Principles of European Contract Law*, cuyo contenido y orientación son muy semejantes a los *Principios* formulados por UNIDROIT. Esta Comisión se ha integrado hoy en el *Group Study of European Civil Code*, encabezado por el Profesor Christian V. BAR, que elabora unos principios del Derecho patrimonial europeo, en coordinación con otros grupos que trabajan en distintas materias, como los seguros, las garantías, los contratos de larga duración y los trusts, entre los que destaca el *European Group on Tort Law* (Grupo Tilbury/Viena), que dirige Miguel MARTÍN CASALS entre nosotros. [...] se inscribe en esta dirección doctrinal la Academia de Derecho Europeo de Tréveris [...] el Grupo de Trento [...] el *Acquis Group* [...] trabajos científicos realizados en las Universidades de Utrech y de Lovaina [...] la Universidad de Múnster. Incluso existe la *Society of European Contract Law*, una asociación de profesores y profesionales para promover el mercado interior por medio de la armonización del Derecho contractual europeo»⁵².

3. El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos

⁵² Op. Cit. Vattier, Carlos. De La Cuesta, J.M. Caballero. J.M. *Código*... P. 16.

En la línea correspondiente a la orientación metodológica de «índole legal», o en palabras de Vattier y De la Cuesta⁵³:

«[...] el otro modelo [...] más familiar a nuestra cultura jurídica. Se propone la unificación del Derecho europeo mediante una ley, con eficacia vinculante y contenido uniforme, que venga a sustituir, en principio y en su día, los distintos Derechos nacionales en materia de obligaciones, contratos en particular y responsabilidad extracontractual. En suma, este modelo aspira a un verdadero Código, cuya aplicación, sin embargo, puede ser, no sólo obligatoria, sino también facultativa, según lo acordado por los contratantes. Tal modelo se concreta, de momento, en el Anteproyecto publicado por la Academia de Iusprivatistas Europeos, de Pavía[...]».

Este Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, en adelante (CEC), por ahora en su Libro primero, relativo a la doctrina general del contrato⁵⁴, sus efectos y anomalías, se inserta especialmente en las Opciones II, III y IV, señaladas por la Comisión, en su Comunicación sobre el Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001, como alternativas de armonización y unificación legal, sobre la base de la aproximación del Derecho civil y mercantil, a que se refiere la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, en cuyo calendario aspira a que en el 2006 entren en vigor unos principios comunes para los contratos transfronterizos, con la posibilidad de cláusulas de excepción, y en el año 2010 se adopte un *Corpus* o Código de reglas uniformes.

El CEC, al decir de Vattier y De la Cuesta, pretende «[...] *abarcas todos los aspectos de la materia, aportando soluciones prácticas a los mismos*»⁵⁵.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Que al decir del profesor García Cantero, «[...] justifica, sin duda, la afirmación de que esta parte general de los contratos representa, hoy día, la formulación más completa de cuantas existen en el actual derecho legislado». Vid. García Cantero, Gabriel. «*Hacia un concepto europeo de contrato*». en AA.VV. Op. Cit. Vattier, Carlos. De La Cuesta, J.M. Caballero. J.M. *Código*... P. 144.

⁵⁵ Op.Cit. *Código*... P. 19

Sin que se enmarque en el estilo de los *Restatements*, constituye más un conjunto de reglas aplicables por los contratantes y, en lo pertinente, por el juez o los árbitros.

Como características más sobresalientes del CEC, los autores en mención, señalan que se trata de un texto de aplicación virtualmente universal, ya que pretende regir tanto los contratos civiles como los mercantiles, bien sean celebrados entre empresarios o entre éstos y los consumidores; atiende al Derecho comunitario, en especial en lo atinente a la protección de los consumidores; omite categorías abstractas que podrían generar resistencia en el Derecho anglosajón, en consecuencia no menciona el negocio jurídico y la obligación aparece solo como un efecto típico del contrato, de cuyos elementos esenciales suprime la causa⁵⁶.

La buena fe se asocia a los deberes precontractuales, así como a los elementos de integración, efectos, incumplimiento y responsabilidad contractual, pero no aparece como un criterio autónomo para interpretar el contrato, no obstante el resultado de la interpretación de éste no puede ser contrario a la misma o al buen sentido.

Propugna por un decidido propósito de conservación del contrato y, en relación con sus anomalías, existe un cierto *favor debitoris*, que tiene distintas manifestaciones, tales como las

⁵⁶ García Cantero, en el estudio antes mencionado, al referirse a las consecuencias de la supresión de la causa como requisito esencial del contrato europeo, entraña «[...] la novedad probablemente más llamativa – si se quiere, hasta la más *escandalosa* – en caso de que el *Proy. entrase en vigor en España, manteniendo dicha supresión*», ya que tendría que enfrentarse a una doctrina bien arraigada en el Derecho español que ha llegado a la rotunda negativa a la admisibilidad del negocio abstracto . Vid. Op.Cit. García Cantero, Gabriel. «*Hacia...*», en AA.VV. Op. Cit. Vattier, Carlos. De La Cuesta, J.M. Caballero. J.M. *Código...* P. 153

«[...] cláusulas abusivas, los plazos suplementarios para el deudor y el fraccionamiento del pago, la admisión restrictiva de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, la renegociación del contrato por las partes en caso de excesiva onerosidad de la prestación y la prohibición de acumular los remedios del incumplimiento cuando surja de tal acumulación una situación tan grave que sea insostenible para el deudor».⁵⁷

Finalmente, señalan los profesores que se han venido siguiendo en este apartado, que el Anteproyecto de CEC reduce notablemente los supuestos de remisión a la discrecionalidad del juez, no por desconfianza, sino porque «[...] se ha querido evitar a toda costa la «renacionalización» del futuro Derecho uniforme a la hora de ser aplicado por los tribunales en los distintos Estados miembros»⁵⁸.

El Anteproyecto de CEC y los medios electrónicos

En las fuentes de inspiración del CEC, que básicamente se remiten al Libro IV del Código civil italiano, relativo a los contratos, el proyecto de Código de los contratos elaborado por el profesor McGregor, en los años 60⁵⁹, y en «ocasiones» el Código de las obligaciones de Suiza, así como la Convención de Viena de 1980, no están, como lo refiere el profesor Rogel Vide⁶⁰, las directivas comunitarias influyentes en la conclusión del contrato y en especial, de la importancia de las que se refieren a los aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000), así como la que establece un marco comunitario para la firma

⁵⁷ Op.Cit. *Código...* P. 20

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Rescatado del olvido por Gandolfi, según lo sostiene Rogel V, Carlos. Vid. Rogel Vide, Carlos. «*En torno a la conclusión de los contratos*», en AA.VV. Op. Cit. Vattier, Carlos. De La Cuesta, J.M. Caballero. J.M. *Código...* P. 211

⁶⁰ Op.Cit. P. 212

electrónica (Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999).

Sostiene el profesor Rogel que:

«Respecto del comercio electrónico, la carencia del Proyecto de Pavía es reconocida por el propio GANDOLFI cuando dice: «No hay que excluir, con todo, que, en el Libro Primero – al hilo de los trabajos de coordinación de las reglas del Anteproyecto – se consagre un artículo específico a la posibilidad de emplear la vía electrónica – y medios similares que puedan resultar del progreso técnico-científico de los años venideros – para las declaraciones contractuales». Bien está pero, a la vista de lo dicho, parece tardía respuesta, amén de insuficiente».

4. Nuevos instrumentos normativos surgidos de la práctica contractual electrónica

A las dificultades propias del tortuoso camino de la armonización y la unificación del Derecho de los contratos en un esquema de «soporte papel», en parte esbozada en los apartados anteriores⁶¹, se suma el elemento novedoso y técnico recogido bajo la expresión, «arquitectura o estructura de la Red», que repele las consideraciones de índole legal o de razonamiento jurídico, para imbuirse en un escenario esquivo y enigmático para los juristas, como es el constituido por el mundo de los bits y de las comunicaciones digitales, propio de anchos de banda y de velocidades de transmisión que no propiamente desvelan a los estudiosos de los temas contractuales, bajo lo que se ha dado por denominar como esquema de «soporte digital».

⁶¹ Basta con resaltar que la citada Resolución del Parlamento Europeo, sobre aproximación del Derecho civil y mercantil, del 17 de noviembre de 2001, se le pide a la Comisión que en proceso de aproximación, diseñe un plan de acción, en el que se tenga el año 2010, como fecha tentativa para la «[...] elaboración y adopción de un corpus de reglas sobre el Derecho contractual de la Unión Europea que tenga en cuenta las soluciones y los conceptos jurídicos comunes establecidos en las iniciativas precedentes».

Basta con examinar la crítica respetuosa y constructiva que se le hace al Anteproyecto de CEC por no tener normas precisas y más claras sobre un elemento tecnológico que en todo caso está llamado a incidir en aspectos medulares de la contratación, como el de su forma, lugar y momento de perfección, así como el de cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones frente a nuevos bienes específicos de Internet y su entorno digital⁶².

Esta circunstancia, «soporte papel» *versus* «soporte digital», en consecuencia, debe también jugar un especial rol en la identificación de los principios jurídicos y de la terminología jurídica común, pretendida en el espacio europeo en relación con el Derecho contractual. En otros términos, es sano que las diferentes iniciativas sobre el particular, trabajen con fundamento en dicha realidad tecnológica y, dediquen también especial tiempo para ir identificando los cambios jurídicos que ella, silenciosamente, ha ido propiciando.

No son simplemente los elementos recogidos en instrumentos como los de las Directivas sobre firma electrónica y servicios de la sociedad de la información⁶³, los llamados a incidir en los estudios y propuestas de armonización y unificación, sino, además, la reflexión que la irrupción de las nuevas – ya no tanto – tecnologías implican para el mundo del Derecho contractual.

El plan de acción, por lo tanto, en aras del acercamiento o aproximación del Derecho civil y mercantil, ya no tiene su escenario natural de coincidencias y distancias en el mundo del «soporte papel», sino además, el nuevo elemento tecnológico que empieza a construir usos, prácticas y costumbres propias de un entorno digital que el profesor De Miguel Asensio, certeramente analiza en su *Derecho Privado de Internet*⁶⁴, llamando especialmente la atención sobre el

⁶² Vid. Por todos, Op. Cit. De Miguel Asensio, P.A. *Derecho...*

⁶³ Directiva 1999/93CE y Directiva 2000/31/CE.

⁶⁴ Op. Cit.

desplazamiento de la competencia legislativa en este sector hacia las instituciones comunitarias, en un campo en el que la autorregulación y creación de estándares internacionales, propician la puesta en marcha de mecanismos de sanción de los que disponen determinados «actores de Internet».

A lo dicho, se suma el surgimiento de comunidades con poder para imponer sus propias reglas, según sostiene el profesor De Miguel Asensio, cuando expresa:

«[...] se ha propuesto un modelo de reglamentación descentralizado, basado en la creación al margen de los legisladores estatales de normas propias para regular Internet y sus relaciones, en gran medida por parte de los actores de la Red. Se ha llegado a proponer la consideración del ciberespacio como una jurisdicción independiente, diferenciada de las estatales, con mecanismos propios de producción de normas y órganos específicos de solución de controversias»⁶⁵.

En esos nuevos instrumentos normativos tales como los *Request for Comments* (RFC), para desarrollar la idea en el sentido de que los especialistas y participantes en Internet adoptan decisiones cuya operatividad no se subordina a la aprobación de las autoridades estatales, de gran importancia para la Red, pero que se limitan fundamentalmente a administrar la estructura y los estándares técnicos que hacen posible el funcionamiento y desarrollo de Internet, dejando normalmente al margen las consecuencias jurídicas de las actividades desempeñadas y las relaciones surgidas en la Red, sobre las que las mencionadas RFCs, que constituyen su tipo normativo básico, no incorporan reglas de necesario cumplimiento.

⁶⁵ Op. Cit. P. 79

Es bueno reiterar que en Internet, hay dos grandes clases de intereses: i) un primer grupo constituido por el interés de «regular» lo correspondiente a la «arquitectura o estructura de la Red», así como sus «estándares técnicos» y, ii) un grupo de interés que pretende construir el «marco regulatorio legal o jurídico» de las actividades que fluyen, corren o se desatan a través de la Red. Estas particularidades surgen de la lectura de la obra del profesor De Miguel Asensio, a quien hemos venido siguiendo en este punto⁶⁶.

Por lo tanto, ya no solo se debe armonizar y unificar el lenguaje jurídico del Derecho contractual, sino además, su lenguaje y efectos tecnológicos, en lo que el tratadista referido menciona como demanda de un *nuevo marco de interacción entre tecnología y derecho* resaltando que:

«El carácter abierto de Internet, la ausencia de un organismo con poder para controlar la Red y la carencia de una regulación adecuada de la contratación electrónica en la actividad mercantil han dificultado la ordenación de los conflictos de intereses en ese marco y la identificación de las concretas normas aplicables»⁶⁷.

CONCLUSIONES

1. La búsqueda e identificación del núcleo común o «*common core*», de la institución contractual, en los diversos sistemas jurídicos, constituye una tarea de grandes proporciones a la que se han venido dedicando desde hace más de veinte años, distintos centros y grupos de investigación que, ahora, con el auge de los procesos de regionalización e integración ha cobrado una dinámica remozada por la irrupción de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones (TICs), inmersas en lo que se ha dado por denominar como «sociedad del conocimiento».
2. Sobre la identificación del citado «*common core*», se pretende la búsqueda de marcos jurídicos estables y previsibles. Por ejemplo, en materia de aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y del

⁶⁶ Op. Cit. P. 81

⁶⁷ Op. Cit. P. 95

comercio electrónico⁶⁸, así como el uso de la firma electrónica⁶⁹, en espacios como el constituido por la UE.

3. Los trabajos de derecho comparado, se insinúan como instrumentos útiles, en los esfuerzos de armonización y unificación de las diferentes legislaciones sobre un mismo tema, como lo es el tema de la institución contractual. En consecuencia, las iniciativas que desde la geografía colombiana se impulsen para participar activamente en la aludida corriente mundial de armonización, unificación e integración jurídicas en torno a un «derecho privado global», por lo menos en el sector de las obligaciones y contratos, constituyen terreno abonado de oportunidades concretas para que la academia y la universidad colombiana, formulen sus propias «visiones» en relación con dicha corriente.
4. El estudio y «relectura» de las instituciones del Derecho Romano, frente a la unificación jurídica contractual actual, a manera de «punto de encuentro», se erige como valioso instrumento en el proceso unificador que demanda armonizar lo «heredado» con lo que la sociedad del conocimiento plantea como «novedoso», por ejemplo, frente a las TICs y el comercio electrónico que ellas facilitan.
5. Ya no solo se aspira a favorecer o acelerar el desarrollo o proceso de integración o armonización, a través de una «codificación regional», sino que se ha ido más allá mediante aspiraciones de «codificación global», como medio de evitar resultados contradictorios en el tratamiento jurídico de una misma institución. La aspiración, es la de contar con un «derecho uniforme de los negocios», la cual no es nueva; basta con examinar iniciativas como: los «*Restatements of law*» del «*American Law Institute*», los «*Principios de derecho contractual europeo*», el proyecto de UNIDROIT, de principios para los contratos comerciales internacionales, que buscan codificar principios generales en materia contractual, pero con carácter universal.
6. Ligar economía y derecho, plantea nuevamente el interrogante: ¿La solución para la armonización es un gran código para toda Europa y para los bloques regionales interesados en realizar contratos internacionales?. O, mejor, la identificación – como se ha venido haciendo por UNIDROIT, LANDO, y otros grupos, de los grandes principios generales de la

⁶⁸ Vid. Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, conocida como Directiva sobre el comercio electrónico. DOCE núm. L. 178 de 17 de julio de 2000

⁶⁹ Vid. Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre 1999, del Parlamento Europeo y del Consejo. Por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. DOCE núm. L. 013, de 19 de enero de 2000.

contratación internacional?, para que vía –acuerdo de las partes- éstas los incorporen de manera masiva y permanente en sus acuerdos contractuales.

7. De manera concreta, han surgido dos modelos o metodologías de elaboración de propuestas de armonización, integración y unificación: El primer modelo(mencionado como modelo doctrinal), se ha ubicado como inspirado en los *Restatements* del American Law Institute, con una metodología de trabajo consistente en la identificación de los «principios» que imperan en la jurisprudencia, con recomendaciones para el futuro, de un valor netamente persuasivo. Su función es la de clarificar y simplificar el derecho vigente.
8. De esta especie de jurisprudencia de conceptos, se vira a otro modelo (el modelo legal, al que pertenece, por ejemplo, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos o Anteproyecto GANDOLFI o de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía) que busca propiciar la unificación mediante una ley, con eficacia vinculante y obligatoria, que al decir del profesor Vattier:«[...] una vez promulgada, venga a derogar y sustituir los distintos Derechos nacionales en materia de obligaciones contractuales, contratos en particular y responsabilidad extracontractual. En suma, éste es el proyecto que ha expuesto G. Gandolfi y consiste en la elaboración de un verdadero código europeo de contratos, el cual ha suscitado una abundante literatura recopilada en parte por P. STEIN y ha vuelto a concitar el decidido apoyo de autores tales como G.B. FERRI y J.L. DE LOS MOZOS»

Bibliografía

Arroyo I Amayuelas, Esther. «*Estudio preliminar: las perspectivas de un derecho privado europeo*», en Schulze, Reiner. Zimmermann, Reinhard. *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*. Madrid, Marcial Pons, 2002.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles*, Bogotá D.C., Diké, 2004.

Casinos Mora, Javier. «*¿De Bolonia a Bruselas? El derecho romano ante la unificación del derecho contractual europeo. Notas críticas*», en AA.VV., *Derecho Patrimonial Europeo*, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2003.

Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2001, sobre el Derecho contractual europeo. Com (2001) 398 final. DOCE C 255, de 13.09.2001.

De Los Mozos, José Luis. «*El contrato y sus transformaciones*», en AA.VV. *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2003.

De Los Mozos, José Luis. «*La autonomía privada: Notas para una relectura del título de los contratos del código civil español*», en AA.VV. Dir. Por: Alterini, Atilio Anibal. De los Mozos. José Luis. *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea*, Temis-Palestra Editores, Bogotá D.C., 2000.

De Miguel Asensio, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*. 3ª. Ed. Madrid, Civitas, 2002.

Directiva 1999/93CE y Directiva 2000/31/CE.

Fernández Rozas, José Carlos. *Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales*. Madrid, Consejo General del Notariado, 2003.

García Cantero, Gabriel. «*Hacia un concepto europeo de contrato. Comentario a las disposiciones preliminares del Proyecto de Pavía*», *Código europeo de contratos*, Madrid, Dykinson, Universidad de Burgos, 2003.

González Porras, J.M. «*La cesión de deuda*» en AA.VV. *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*. Vols. I-II, Madrid, Dykinson/Universidad de Burgos, 2003.

Martín-Retortillo B, Lorenzo. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Madrid, Thomson Civitas, 2004.

Orduña Moreno, F.C. «*La codificación como técnica de unificación del derecho privado europeo*» », en AA.VV., *Derecho Patrimonial Europeo*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003.

Rams Albesa, J. «*Ejecución de ciertas obligaciones contractuales*» en AA.VV. *Código europeo de contratos*, Madrid, Dykinson, Universidad de Burgos, 2003.

Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, de 15 de noviembre de 2001 (A5-0384/2001),

Rogel Vide, Carlos. «*En torno a la conclusión de los contratos*». en AA.VV. *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*. Vol. I. Madrid, Dykinson/Universidad de Burgos, 2003.

Sánchez Lorenzo, Sixto. «*La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado*». en AA.VV., *Derecho Patrimonial Europeo*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003.

Schulze, Reiner. Zimmermann, Reinhard. *Monografías jurídicas. Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

Uniform Commercial Code - Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos (UCC)- que descansa en el *case law*, con reglas aplicables sólo a aquellos términos y condiciones que las partes no han establecido por sí mismas en los documentos contractuales. Versión en castellano con estudio preliminar y traducción a cargo de J. Ma. Garrido, editada por Marcial Pons, Madrid, 2002.

Valiño Arcos, A. «*Observaciones preliminares sobre el anteproyecto «GANDOLFI»: Hacia la consecución de un «CODE EUROPÉEN DES CONTRATS*», en AA.VV., *Derecho Patrimonial Europeo*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003.

Valiño del Río, Emilio. «*Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística*». en AA.VV., *Derecho Patrimonial Europeo*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003

Vaquero Aloy, Antoni. Vid. Prólogo a la traducción de la obra de Zimmermann, Reinhard. *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000.

Vattier Fuenzalida, Carlos. De la Cuesta, José Ma. Caballero, José Ma., en AA.VV., *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*. Vols. I-II, Madrid, Dykinson/Universidad de Burgos, 2003.

