

ALESSANDRO SOMMA

INTRODUCCIÓN CRÍTICA
AL DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS

Traducción de
Pablo Andrés Moreno Cruz
y Javier Rodríguez Olmos

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	Pág.
ADVERTENCIA	7
ABREVIATURAS	9
CAPÍTULO I. DERECHO COMUNITARIO V. DERECHO COMÚN EUROPEO	11
CAPÍTULO II. ACTORES Y ESTRATEGIAS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS	19
I. La política al servicio del libre mercado	19
II. La economía social de mercado	23
III. La ciencia cómplice del déspota que comanda	27
IV. La libertad contractual funcionalizada.....	32
V. De la armonización al principio del país de origen	35
VI. De la armonización mínima a la armonización máxima ...	40
VII. Derecho contractual comunitario y derecho internacional privado	42
CAPÍTULO III. ECONOMÍA Y POLÍTICA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS	47
I. El modelo conflictual: la mano invisible y el utilitarismo en el derecho de los contratos.....	47

	Pág.
II. Del modelo conflictual al modelo cooperativo	54
III. Sigue: estatalismo y política del productivismo.....	59
IV. El modelo solidario: derecho de los contratos y liberación del conflicto social.....	66
V. Sigue: tipificación del conflicto y el papel de la praxis apli- cativa.....	70
VI. La reacción: ordoliberalismo y economía social de mer- cado comunitaria	77
VII. La disciplina del contrato entre derecho comunitario y dere- cho común europeo.....	82
VIII. Sigue: notas sobre el derecho contractual francés e ita- liano.....	89
IX. Técnicas y valores en el derecho de los contratos: demo- cracia y mercado solidario.....	95
 CAPÍTULO IV. PREMISA: DERECHO COMUNITARIO vs. DERECHO COMÚN EUROPEO	 103
I. Desarrollo sostenible y exportación de la democracia eco- nómica	103
II. El contrato del comercio <i>equo</i> y <i>solidable</i> (comercio justo).....	109
 BIBLIOGRAFÍA	 115

ADVERTENCIA

En la actualidad, el Derecho privado europeo es una disciplina cuyos contornos están relativamente delineados. Sin embargo, seguramente se pueda establecer que existen diferentes enfoques para su comprensión: como parte del Derecho privado comparado, del Derecho comunitario o también del Derecho civil. Y es precisamente siguiendo estos diferentes enfoques que se estructuran los cursos universitarios dedicados a la disciplina, así como las colaboraciones de quienes se han ocupado del tema con estudios de mayor o menor profundidad.

Al parecer, la producción doctrinal prevaleciente ha adoptado un punto de vista en gran medida tradicional. Se privilegia, así, los esfuerzos dirigidos a la creación de una dogmática y un sistema del Derecho privado europeo, quizás a raíz de las tendencias —más o menos oficiales— dirigidas a la identificación de los principios del Derecho privado europeo: en particular, aquellas provenientes de las instituciones comunitarias, las cuales dan prelación —o, en todo caso, afirman querer adoptar— un punto de vista que es primordialmente «técnico».

Igualmente se encuentran contribuciones de tipo histórico o histórico-comparativo y, en particular, análisis que parten de la comparación entre el Derecho común europeo histórico y el actual. Sin embargo, este tipo de análisis a menudo son la base para reconstrucciones de tipo dogmático y sistemático. Por esta razón —en especial si se trata de análisis de inspiración neopandectista— no representan una alternativa real a los análisis que dan prevalencia al aspecto «técnico».

Por el contrario, menos difundida es la literatura que se concentra, o bien en las implicaciones de orden económico y político del proceso de construcción del Derecho privado europeo, o bien en análisis que —eventualmente acompañados por un enfoque normativo— identifican los protagonistas del proceso en referencia y profundizan las estrategias correspondientes.

Este libro pretende adoptar este último enfoque para analizar el Derecho europeo de los contratos, dando prevalencia al aspecto político y económico. Para lograr este objetivo se valoriza el papel de las normas en la construcción del mercado: mecanismo de redistribución de la riqueza capaz de incidir profundamente en el modo de ser de la ciudadanía europea. La obra se detiene a analizar, además, la dialéctica entre poderes generadora de las normas del Derecho europeo de los contratos resaltando —además del papel de la ciencia jurídica— los aportes madurados en el circuito de la economía y de la política. Todo lo anterior acompañado por una evaluación de los efectos que sobre los países extracomunitarios tienen las diferentes elecciones cada vez ejecutadas.

Evidentemente se trata de un esfuerzo que pretende acompañar, y no sustituir, los análisis actuales. Sobre todo se trata de un trabajo que aún debe ser definido e incrementado con el tiempo, de la misma manera como sucede con la materia a la cual se dedica.

En este trabajo he reunido y coordinado algunas ideas expuestas en colaboraciones precedentes. Pero si este trabajo ahora se ofrece a la atención de los lectores españoles, es gracias a la cortesía y el esfuerzo del amigo y colega Carlos Petit: un estudioso cuyos conocimientos no sólo de historiador del Derecho sino también de comparatista culto y abierto al diálogo son muy bien conocidos por los lectores italianos. A él —y a la pasión y la competencia con la cual Pablo Moreno Cruz y Javier Rodríguez se dedicaron a la traducción— debo la posibilidad que me ha sido ofrecida para abrir un diálogo con los cultores del Derecho de un ordenamiento que tanto ha contribuido y sigue contribuyendo a la construcción de la cultura jurídica europea y que ha sido tan descuidado por esta última.

CAPÍTULO I

DERECHO COMUNITARIO

V. DERECHO COMÚN EUROPEO

Se suele afirmar, mediante la alusión a la tradición del *ius commune* romano canónico que se desarrolló entre el bajo medievo y la época de las codificaciones nacionales, que en el contexto europeo el movimiento para la unificación del Derecho privado tiene raíces arraigadas en un pasado lejano¹ y que la crisis actual del Estado moderno permitiría la eliminación de algunos obstáculos insuperables para el renacimiento de una cultura del Derecho capaz de cancelar, o por lo menos de hacer inocuos, los confines nacionales y, al mismo tiempo, capaz de restituir la ciudadanía política a los «cuerpos intermedios» ocultados por la ideología liberal².

En efecto, la crisis del Estado moderno coincide con la emersión de modelos de convivencia social elaborados desde la base, es decir, que nacen de una praxis aplicativa que deja de ser la repetición formal del comando estatal y que, al mismo tiempo, promueve el reconocimiento de las exigencias de los sujetos típica y estructuralmente débiles. En otras palabras, las cortes se convierten en el vehículo por medio del cual el Derecho privado de los diversos ordenamientos europeos final-

¹ P. ej., H. COING, *Europäisches Privatrecht*, t. I, München, 1985, pp. 7 y ss.

² Especialmente P. GROSSI, «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», en *Foro it.*, 2002, V, col. 155 y ss.

mente mitiga su tradicional vena individualista, asumiendo acentuadas tonalidades solidaristas³.

Pues bien, nos parece que ésta es una característica y una constante del actual Derecho común europeo, derecho que nace a partir de una unificación espontánea —es decir, no impuesta desde lo alto— del Derecho del viejo continente⁴. Espontánea y centrada en un replanteamiento de las codificaciones civiles a la luz de los valores encarnados por el constitucionalismo que surge de las cenizas de las dictaduras del siglo XX, con el fin de promover esquemas normativos que se concentren en temas diferentes a aquellos desarrollados por los partidarios del libre mercado.

Por el contrario, existen otras formas de unificación del Derecho en el ámbito europeo que se fundamentan en intervenciones de autoridades. Entre éstas sobresale el recurso al derecho comunitario como instrumento principalmente concebido en función de una armonización mínima del derecho patrimonial y coordinado con un recurso más o menos amplio al Derecho internacional privado. De esta manera, muchos afirman que es preferible, o tal vez el único objetivo realizable⁵, una armonización mínima en cambio de intervenciones más incisivas. Señalan que se trataría de una armonización neutral y, en consecuencia, no estaría condicionada por las opciones culturales que dominan el Derecho estatal y, junto con él, las decisiones de las cortes nacionales⁶.

En efecto, si se observa con atención, precisamente muchas de las soluciones elaboradas por las cortes nacionales muestran importantes puntos de contacto con las materias afectadas (comprometidas) por la tradición cultural de los diferentes ordenamientos. Y es aquí donde se refleja el verdadero objetivo de la armonización mínima: coordinarse con el desarrollo del libre mercado —el credo en el cual se inspira la principal actividad comunitaria— considerado como «un sistema de transmisión de información neutral respecto a los fines», teniendo en

³ En este sentido *vid.* G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma y Bari, 1996, pp. 3 y ss.

⁴ P. ej., C. VON BAR, «Tort law: national variety and European perspective», en *Europa e dir. priv.*, 1999, pp. 327 y ss.

⁵ A. PADOA-SCHIOPPA, «Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello», en L. MOCCIA (ed.), *I giuristi e l'Europa*, Roma y Bari, 1997, pp. 41 y ss.

⁶ G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, 3.ª ed., Padova, 2004, pp. 18 y ss.

cuenta que «en la perspectiva del liberalismo, el mercado no es tanto el sistema de producción y distribución de los recursos más eficiente que se conozca, sino el resultado de un largo proceso cultural que permite satisfacer las expectativas subjetivas independientemente de las decisiones y del control del poder político»⁷.

Sin embargo, la imagen de un Derecho comunitario neutral en sus formas y en sus contenidos permite descuidar, u ocultar, la gran cantidad de conflictos que inevitablemente se generan o se acentúan como consecuencia de la construcción de aquél. Nosotros acabamos de hacer referencia al primero de ellos: el enfrentamiento entre un Derecho común europeo solidario y un Derecho comunitario sometido a las exigencias del libre mercado.

Muchos autores niegan dicho enfrentamiento al tiempo que afirman —sin distinción de credo ni de formación (siendo éste un enfoque transversal respecto a las diferentes tendencias políticas y a las distintas disciplinas)— la existencia de una armonía entre el Derecho comunitario y el Derecho común europeo. En este sentido, es ejemplar el propósito de aquellos privatistas que pretenden demostrar que «la tendencia europea e internacional en materia de Derecho contractual puede considerarse unívoca al plantear una exigencia de equilibrio entre la salvaguardia de la libertad contractual y el sometimiento al principio de la buena fe»⁸. Propósito que se identifica con aquellas reconstrucciones del patrimonio constitucional europeo que lo presentan como un conjunto de valores compartidos a nivel comunitario y transferidos a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea⁹.

De otra parte, ya habíamos señalado la presencia de otro tipo de conflictos ignorados por quienes afirman el carácter neutral del Derecho comunitario: *in primis* el enfrentamiento entre liberalismo político y liberalismo económico o liberismo (libre mercado).

Si bien se afirma que los términos de este enfrentamiento son difíciles de establecer¹⁰, en realidad existen teorías de vieja data que son muy útiles para tal fin y que, sin embargo, han sido ignoradas

⁷ R. CUBEDDU, *Atlante del liberalismo*, Roma, 1997, pp. 36 y 40 y ss.

⁸ F. D. BUSNELLI, «Note in tema di buona fede ed equità», en *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 548.

⁹ A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, pp. 30 y ss. y 39 y ss.

¹⁰ P. ej., J. LEONHARD, *Liberalismus*, München, 2001, pp. 567 y ss.

con el único objetivo de contribuir —en la manera y con las finalidades que indicaremos— a reforzar la posición de quienes promueven el envilecimiento del Estado en la construcción del Derecho comunitario.

Desde hace tiempo se define el liberalismo político como la doctrina que combina el principio de la tutela de los derechos civiles con la idea según la cual su promoción necesita normas impuestas por una entidad superior —históricamente el Estado, considerado eventualmente como un mal necesario— llamada a satisfacer, entre otras cosas, «la exigencia del gobierno parlamentario». En cambio, el liberalismo económico, o liberismo, se presenta como una teoría del orden espontáneo —el orden del mercado considerado como una institución neutral respecto a las diferentes finalidades— que hace énfasis en la tutela de los derechos económicos en perjuicio de los derechos humanos. Esto con el fin de desarrollar la «teoría según la cual la mejor forma de promover el desarrollo económico y el bienestar general es mediante la remoción de los obstáculos a la iniciativa privada, abandonándola a su propia suerte»¹¹.

Algunos consideran que la contraposición entre liberalismo político y económico ya fue superada puesto que, de una parte, «el liberismo, sin renunciar a su propia historia, desarrolló un fundamento teórico diverso» y, de otra parte, porque «pocos siguen creyendo en las virtudes redentoras del *laissez-faire*»¹². Nosotros, por el contrario, consideramos que la contraposición seguirá viva y actual, al menos hasta cuando el liberismo (libre mercado) siga siendo concebido como una doctrina anti-estatalista, una doctrina que considera superado históricamente el rol de la democracia como el mecanismo más adecuado para asegurar la representación política de los individuos y de los grupos¹³.

Un ulterior conflicto que se esconde detrás de la afirmación del carácter neutral del Derecho comunitario y que alimenta el ocultamiento de la distinción entre el liberalismo político y el liberalismo económico es el énfasis que se hace (más allá de lo razonable) en el tema de los rasgos comunes entre los sistemas de *common law* y los

¹¹ J. A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica* (1954), vol. 2, Torino, 1990, pp. 480 y ss.

¹² R. CUBEDDU, *Atlante del liberalismo*, op. cit., p. 124.

¹³ *Ibid.*, pp. 85 y ss.

sistemas del *civil law*¹⁴. Es un énfasis que sirve para ocultar la distinción mencionada, dado que estos últimos sistemas —debido al papel secundario históricamente asumido por el Estado al interior de la teoría de la tripartición de los poderes— constituyen un punto de referencia óptimo para el desarrollo de las tesis evolucionistas sobre la ineficiencia de la producción normativa estatal.

Proponer dichos modelos en la actualidad es un indicio del uso de la historia como conductor de discursos legitimadores¹⁵ y, en consecuencia, como narración de la cual se pueden obtener argumentos retóricos¹⁶. En efecto, es necesario señalar que la construcción de la cercanía entre *common law* y *civil law* se fundamenta en la exaltación de una interpretación particular de la historia occidental. Sin embargo, no nos interesa evidenciar la eventual falta de fundamento de dicha interpretación, sino simplemente subrayar cómo ésta sirve para alimentar una visión del credo liberista como un fenómeno intelectual que encuentra sus propias raíces en la cultura europea continental.

Este uso de la historia consiste en la narración de una tradición jurídica occidental fundada sobre la comunión íntima de valores —actualmente corolario del principio de superioridad del derecho sobre la política— capaces de agrupar, de una parte, las experiencias europeas continentales y, de otra parte, en primer lugar, el ordenamiento británico¹⁷ y, en segundo lugar, el ordenamiento estadounidense. Esto con el fin de presentar a Occidente como la cuna de la «regla según la cual la responsabilidad es individual y no de grupo»; regla de la cual deriva el «reconocimiento de la intangibilidad de la esfera privada como valor» y, en consecuencia, «la estructura de tutela que ha sido perfeccionada con referencia al derecho de propiedad privada»¹⁸.

En otras palabras, resaltar los rasgos comunes entre las experiencias del *civil law* y las experiencias del *common law*, fortalece la idea

¹⁴ Referencias en A. SOMMA, «Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica», en *Ars Interpretandi*, 2003, especialmente pp. 329 y ss. (también en *Bol. mex. der. comp.*, vol. 109/2004, pp. 181 y ss.)

¹⁵ A. M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, pp. 10 y ss.

¹⁶ J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999, p. 196.

¹⁷ H. J. BERMAN, *Law and revolution*, Cambridge y London, 1983, pp. 520 y ss.

¹⁸ A. GAMBARO y R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, en *Trattato di diritto comparato*, diríg. por R. SACCO, Torino, 1996, pp. 41 y ss.

según la cual el credo liberista pertenece, por naturaleza, a la tradición cultural europea. De hecho, el principio de la separación entre política y derecho se propone como un modelo para regular las relaciones entre el poder estatal y el poder económico, donde este último se considera, por naturaleza, capaz de solucionar el conflicto social recurriendo al libre mercado¹⁹ que, a su vez, se debería favorecer por medio de una expansión del contractualismo más allá de sus confines tradicionales y, en particular, en las áreas antes ocupadas por el mecanismo de la prestación pública²⁰.

De este modo, poner en entredicho el carácter neutral del Derecho comunitario permite desenmascarar el conflicto entre el liberalismo político y el liberalismo económico y, así, el conflicto entre el conjunto de valores desarrollado al interior de los sistemas de *civil law*, de un lado, y de los sistemas de *common law*, del otro. Pues bien, ésta es la esencia del enfrentamiento entre el Derecho comunitario y el Derecho común europeo.

Todo lo anterior queremos demostrarlo a partir de la individualización de las máximas en las que se inspira el Derecho contractual comunitario. Individualización que limitaremos a los datos necesarios para llevar a cabo un análisis institucional de la disciplina, es decir, para reconstruir los términos de la dialéctica entre los poderes involucrados en su construcción y para indicar las consecuencias sobre las técnicas de armonización utilizadas.

El análisis institucional será, a su vez, la premisa de un análisis histórico-normativo dirigido a profundizar los distintos valores atribuibles a la disciplina del contrato que se desarrolló, de un lado, al interior del Derecho común europeo y, del otro, al interior del Derecho comunitario. En concreto, se prestará particular atención al principio de la buena fe, cuya interpretación tradicionalmente ha permitido identificar el resultado del enfrentamiento alrededor de los planteamientos liberistas en la materia contractual.

De esta forma, se hará referencia a tres modelos de buena fe. El primero de ellos es el modelo de la buena fe invisible, típico de los ordenamientos no intervencionistas que se abstienen de fijar los objetivos

¹⁹ M. J. TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, Cambridge y London, 1993, pp. 1 y ss.

²⁰ Referencias en A. SOMMA, «Autonomía privada», en *Riv. dir. civ.*, 2000, II, pp. 597 y ss.

que inspiran la celebración de los contratos y que, en esta medida, cultivan una visión conflictual de la convivencia social. El segundo modelo, el de la buena fe ordoliberal, hace referencia a una visión cooperativa e intervencionista del fenómeno contractual en virtud de la cual la actividad privada se funcionaliza con el fin de obtener determinados resultados tutelados por el ordenamiento. Y en tercer lugar, el modelo de la buena fe solidaria, que es, al mismo tiempo, intervencionista y conflictual. En efecto, este último busca reequilibrar la debilidad de los participantes en el conflicto social, pero sin imponer un resultado específico.

El análisis institucional e histórico-normativo del Derecho comunitario y del Derecho común europeo de los contratos se concluirá con algunas reflexiones dedicadas a las incidencias del Derecho contractual europeo en el orden económico y social de los sistemas extracomunitarios y, en consecuencia, en la relación entre los países del norte y del sur del mundo.