

GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ
ALBERTO DÍAZ MORENO
(Coords.)

DERECHO MERCANTIL

VOLUMEN 5.º

Contratación mercantil

*Compraventa, depósito, préstamo, arrendamientos mercantiles,
contratos de explotación de bienes inmateriales, contratos publicitarios
y contratos mercantiles de garantía. Cuenta corriente mercantil*

Segunda edición en Marcial Pons
Decimoquinta edición actualizada

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	15
LISTA DE ABREVIATURAS	17
CAPÍTULO I. LAS OBLIGACIONES MERCANTILES , por Juan Ignacio PEINADO GRACIA	27
I. NOCIONES PREVIAS	27
A) Derecho civil, Derecho mercantil y la unificación del Derecho de las obligaciones y contratos. Hacia el Marco Común de Referencia (CFR)	27
B) Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea [<i>Common European Sales Law (CESL)</i>].....	34
C) El Convenio de Viena y su relación con el CESL.....	45
D) Inexistencia de un sistema autónomo en la teoría general de las obligaciones mercantiles	46
E) Calificación mercantil de la obligación en función de nuestro Derecho positivo	48
II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES.	49
A) Fatalidad del término de cumplimiento	49
B) Certeza en la exigibilidad de las obligaciones puras	50
C) Constitución en mora	51
D) El término esencial	55
E) Protección de la apariencia jurídica y de la seguridad del tráfico	56
F) La onerosidad de las prestaciones	56
G) Productividad de intereses	57
H) Solidaridad de deudores.....	57
III. TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS NEGOCIOS MERCANTILES... ..	58
<i>Indicación bibliográfica</i>	59
CAPÍTULO 2. CONTRATACIÓN MERCANTIL , por Juan Ignacio PEINADO GRACIA.....	63
I. CONCEPTO Y REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO MERCANTIL	63

	<u>Pág.</u>
II. LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO MERCANTIL	68
A) Oferta y aceptación contractual: sus requisitos	68
B) La contratación con declaraciones de voluntad no simultáneas. La contratación electrónica	71
C) Valoración jurídica del silencio en la contratación mercantil	75
III. LA PRUEBA DEL CONTRATO MERCANTIL	76
A) Libertad y limitaciones en su sistema probatorio	76
B) Los medios de prueba: examen de especialidades del Derecho mercantil	77
IV. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES	79
V. NEGOCIOS FIDUCIARIOS	81
VI. CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	82
A) La protección de los consumidores, la Constitución Española y la contratación mercantil	82
B) La defensa del consumidor europeo.....	84
C) El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.....	86
VII. CONTRATOS MERCANTILES CON CLÁUSULA PENAL.....	89
VIII. LA PRESCRIPCIÓN EN DERECHO MERCANTIL	90
IX. CONTRATACIÓN MERCANTIL INTERNACIONAL.....	91
<i>Indicación bibliográfica</i>	95
CAPÍTULO 3. EL CONTRATO DE COMISIÓN, por Luis ANGULO RODRÍGUEZ.	105
I. EL CONTRATO DE COMISIÓN. INTRODUCCIÓN	105
A) Formación histórica	106
B) Concepto legal.....	107
C) Modos de actuar el comisionista	108
D) Distinción de figuras afines	109
II. CONCLUSIÓN DEL CONTRATO DE COMISIÓN	111
III. CONTENIDO DEL CONTRATO	111
A) Obligaciones del comisionista.....	111
B) Obligaciones del comitente	114
C) Derechos de retención y preferencia del comisionista	115
IV. SUPUESTOS ESPECIALES DE COMISIÓN.....	115
A) Comisión de compra y venta.....	115
B) Comisión de garantía.....	116
C) Autoentrada del comisionista	117
D) Comisión de transporte	117
V. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE COMISIÓN.....	118
<i>Indicación bibliográfica</i>	119
CAPÍTULO 4. OTROS CONTRATOS DE COLABORACIÓN, por Luis ANGULO RODRÍGUEZ	121
I. LA CONCESIÓN O DISTRIBUCIÓN COMERCIAL.....	121

	<u>Pág.</u>
II. EL CONTRATO DE FRANQUICIA	122
III. EL CONTRATO DE AGENCIA	124
IV. EL CONTRATO DE ABANDERAMIENTO DE ESTACIONES DE SERVICIO	125
V. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE	127
A) Evolución histórica y concepto	127
B) Los agentes mediadores en el C. de c.	129
C) Contenido del contrato de mediación o corretaje.....	129
VI. EL CONTRATO DE <i>FACTORING</i>	130
<i>Indicación bibliográfica</i>	132
CAPÍTULO 5. LA COMPRAVENTA MERCANTIL , por Enrique SECO CARO...	139
I. CONCEPTO	139
A) Significación de la compraventa en el Derecho Mercantil hasta el C. de c.	139
B) Evolución de la función comercial posterior al Código de 1885	141
C) Comercio y distribución	142
D) Regulación administrativa del comercio interior	145
II. CARÁCTER MERCANTIL DE LA COMPRAVENTA	147
A) Planteamiento	147
B) Determinación legal de la naturaleza mercantil del contrato	148
C) Interpretación doctrinal	149
D) Conclusión.....	150
E) Regulación del contrato de compraventa mercantil.....	151
III. PERFECCIÓN DEL CONTRATO.....	152
A) El tema de la perfección del contrato en la compraventa mercantil.	152
B) Consentimiento, objeto y causa	155
C) Examen especial de la cosa y el precio en la compraventa mercantil	156
IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONTRATANTES	161
A) Introducción.....	161
B) Obligaciones del vendedor	161
C) Obligaciones del comprador	172
V. EJECUCIÓN DEL CONTRATO	180
A) Planteamiento general.....	180
B) El problema del riesgo en el contrato de compraventa	181
C) La transmisión del riesgo	183
VI. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO.....	185
A) En la entrega de la cosa.....	185
B) En el pago del precio	186
C) En el recibo de las mercaderías	190
VII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO	193
<i>Indicación bibliográfica</i>	194

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO 6. COMPRAVENTAS ESPECIALES Y CONTRATOS AFINES EN DERECHO MERCANTIL , por Matilde PACHECO CAÑETE	197
I. COMPRAVENTAS ESPECIALES	197
A) Concepto.....	197
B) Supuestos	197
C) La compraventa internacional de mercancías	206
II. CONTRATOS AFINES A LA COMPRAVENTA	208
A) El contrato de permuta	208
B) El contrato de suministro.....	208
C) El contrato estimatorio	210
<i>Indicación bibliográfica</i>	211
CAPÍTULO 7. EL CONTRATO DE DEPÓSITO MERCANTIL , por Pedro Luis SERRERA CONTRERAS.....	215
I. INTRODUCCIÓN SOBRE EL DEPÓSITO MERCANTIL.....	215
A) Antecedentes y función económica del depósito en el tráfico mercantil.....	215
B) Concepto legal del depósito mercantil.....	216
II. CONTENIDO DEL CONTRATO DE DEPÓSITO.....	218
A) El depósito regular.....	218
B) El depósito irregular	223
III. DEPÓSITOS ESPECIALES	225
IV. EL CONTRATO DE HOSPEDAJE	227
<i>Indicación bibliográfica</i>	229
CAPÍTULO 8. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL , por David MORÁN BOVIO.....	233
I. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL. INTRODUCCIÓN.....	233
A) Carácter mercantil del contrato de préstamo	235
B) Clases de préstamo mercantil	237
II. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL.....	238
A) Obligación de restituir.....	238
B) Obligación de pagar intereses	240
C) Mora <i>debitoris</i>	243
III. PRÉSTAMOS ESPECIALES	247
A) Préstamo con garantía de valores.....	248
B) Préstamo con garantía de cédulas pignoraticias	249
C) Préstamos hipotecarios	249
D) Préstamo con emisión de obligaciones	250
E) Préstamo sindicado	250
F) Préstamo participativo	250
G) Contratos de crédito en operaciones de contado.....	252

	<u>Pág.</u>
H) Crédito diferido.....	252
I) Crédito al consumo.....	253
J) Préstamos de financiación al vendedor en contratos de venta a plazos.....	254
K) Préstamo de valores clasificados.....	254
L) Cédulas territoriales.....	255
M) Hipoteca inversa	256
<i>Indicación bibliográfica</i>	257
CAPÍTULO 9. ARRENDAMIENTOS MERCANTILES , por José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ.....	263
I. INTRODUCCIÓN	263
A) Arrendamiento de local de negocio. Arrendamiento de empresa.....	264
B) Contratos de explotación de derechos inmateriales	265
C) Los contratos y servicios turísticos.....	267
D) La multipropiedad y los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles	270
II. EL CONTRATO DE <i>LEASING</i>	274
A) Regulación legal.....	275
B) Concepto.....	276
C) Naturaleza y caracteres	277
D) Elementos personales.....	279
E) Contenido	279
F) Clasificación	281
G) Duración y extinción del contrato	282
H) Ventajas e inconvenientes.....	282
III. EL CONTRATO DE EDICIÓN Y OTROS CONTRATOS DE CESIÓN DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN SOBRE OBRAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	283
A) Premisa.....	283
B) Contrato de edición	283
C) Los contratos cinematográficos	288
D) El contrato de cesión o transmisión de programas de ordenador....	292
IV. LOS CONTRATOS DE <i>ENGINEERING</i> Y OTROS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE OBRA	293
A) Concepto y clases.....	293
B) Naturaleza y contenido.....	294
C) Modalidades.....	295
D) Contenido general.....	297
V. EL CONTRATO DE APARCAMIENTO.....	298
VI. ARRENDAMIENTO DE AUTOMÓVILES, ARRENDAMIENTO DE BUCQUES Y AERONAVES	300
VII. OTROS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE OBRA «MERCANTILES»	302
A) Servicio de mensajería.....	302
B) Servicio de vigilancia.....	303
C) Servicios postventa o servicios de asistencia técnica	304

	<u>Pág.</u>
D) Empresas de trabajo temporal y contrato de puesta a disposición. El <i>outsourcing</i>	305
E) Contrato de <i>vendíng</i>	306
F) Contratos informáticos y electrónicos y arrendamiento	307
G) Otros contratos de arrendamiento mercantiles	308
<i>Indicación bibliográfica</i>	309
CAPÍTULO 10. CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE BIENES INMATERIALES , por Ángel MARTÍNEZ GUTIÉRREZ y Trinidad VÁZQUEZ RUANO.....	315
I. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO SOBRE BIENES INMATERIALES	315
II. EL DERECHO DE PATENTE COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS	318
III. CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE LAS CREACIONES INDUSTRIALES	319
A) Licencias sobre la patente. Tipología.....	319
B) La cesión de la patente reconocida.....	325
IV. EL DERECHO DE MARCA COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS	325
V. CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS.....	327
A) Las licencias sobre el derecho de marca	327
B) La cesión del derecho de marca.....	328
VI. CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE LOS DISEÑOS INDUSTRIALES.	329
<i>Indicación bibliográfica</i>	331
CAPÍTULO 11. LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS , por Juan Antonio ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS y Eduardo GÁLVEZ DOMÍNGUEZ	333
I. LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA Y SU REGULACIÓN LEGAL.....	333
II. LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS	335
A) Aproximación.....	335
B) Ubicación sistemática. Contratos de resultados	336
C) Carácter mercantil.....	336
D) Regulación legal.....	337
E) Clases de contratos publicitarios	342
<i>Indicación bibliográfica</i>	348
CAPÍTULO 12. LOS CONTRATOS TURÍSTICOS , por Juan Ignacio PEINADO GRACIA y Patricia MÁRQUEZ LOBILLO.....	351
I. LOS CONTRATOS TURÍSTICOS	352
A) El Turismo, una materia clave en la política económica comunitaria.....	352
B) Los contratos turísticos: concepto, notas características y clasificación	354
C) Sujetos de la contratación turística	356

	<u>Pág.</u>
II. LA CONTRATACIÓN TURÍSTICA CON CONSUMIDORES.....	359
A) El contrato de alojamiento.....	359
B) Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, reventa e intercambio.....	368
C) El contrato de viaje combinado.....	382
D) Referencia al contrato de transporte.....	393
E) Breves consideraciones sobre la denominada oferta turística complementaria.....	394
III. LOS CONTRATOS TURÍSTICOS INTEREMPRESARIALES.....	395
A) El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de cupo o contingente.....	395
B) Colaboración empresarial hotelera.....	400
IV. LA CONTRATACIÓN TURÍSTICA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS: MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL TURISTA.....	406
A) A modo de introducción: régimen jurídico de la contratación turística electrónica.....	406
B) Deberes y obligaciones exigibles por imperativo de las normas sobre comercio electrónico.....	408
<i>Indicación bibliográfica</i>	415
CAPÍTULO 13. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL, por Javier VALENZUELA GARACH.....	425
I. INTRODUCCIÓN.....	425
A) Concepto.....	427
B) Naturaleza.....	430
II. OBJETO DEL CONTRATO.....	430
A) La remesa.....	431
B) Particularidades de la remesa de títulos-valores.....	431
III. EFECTOS DEL CONTRATO.....	432
A) El problema del paso de propiedad.....	432
B) El problema de la novación.....	432
C) Indivisibilidad de las partidas.....	432
D) Productividad de intereses.....	433
IV. EL CIERRE DE LA CUENTA.....	433
V. EXTINCIÓN DEL CONTRATO.....	434
<i>Indicación bibliográfica</i>	435
CAPÍTULO 14. LOS CONTRATOS MERCANTILES DE GARANTÍA, por Juan Ignacio FONT GALÁN y Manuel PANIAGUA ZURERA.....	437
I. INTRODUCCIÓN.....	437
II. CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL.....	440
A) Concepto y naturaleza jurídica.....	440

	<u>Pág.</u>
B) Características.....	441
C) Contenido.....	443
III. NUEVAS FIGURAS CONVENCIONALES DE GARANTÍAS PERSONALES	447
A) Planteamiento.....	447
B) La garantía <i>o fianza</i> a primera demanda o requerimiento.....	448
C) La carta de patrocinio o de intención.....	451
D) Las pólizas de cobertura de riesgos de operaciones bancarias.....	452
E) El seguro de caución con función de garantía.....	453
IV. CONTRATO DE PRENDA MERCANTIL	454
A) Concepto y caracteres generales	454
B) Naturaleza mercantil de la prenda	457
C) Clases.....	458
V. ESPECIALIDADES MERCANTILES DEL CONTRATO DE HIPOTECA.	475
A) El problema de la hipoteca <i>mercantil</i>	475
B) La hipoteca inmobiliaria en garantía de cuenta de crédito	476
C) La hipoteca en garantía de títulos	478
D) La hipoteca mobiliaria	480
<i>Indicación bibliográfica</i>	488

CAPÍTULO I

LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

Juan Ignacio PEINADO GRACIA

SUMARIO: I. NOCIONES PREVIAS: A) Derecho civil, Derecho mercantil y la unificación del Derecho de las obligaciones y contratos. Hacia el Marco Común de Referencia (CFR). B) Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea [*Common European Sales Law (CESL)*]. C) El Convenio de Viena y su relación con el CESL. D) Inexistencia de un sistema autónomo en la teoría general de las obligaciones mercantiles. E) Calificación mercantil de la obligación en función de nuestro Derecho positivo.—II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES: A) Fatalidad del término de cumplimiento. B) Certeza en la exigibilidad de las obligaciones puras. C) Constitución en mora. D) El término esencial. E) Protección de la apariencia jurídica y de la seguridad del tráfico. F) La onerosidad de las prestaciones. G) Productividad de intereses. H) Solidaridad de deudores.—III. TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS NEGOCIOS MERCANTILES.—INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. NOCIONES PREVIAS

A) DERECHO CIVIL, DERECHO MERCANTIL Y LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. HACIA EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (CFR)

El Derecho mercantil se constituye como un Derecho especial respecto del Derecho civil, que es el común en el orden privado, y al que queda confiado el concepto y la naturaleza de la mayoría de las instituciones jurídicas, como es el caso de la obligación (art. 1.088 C.c.). En cuanto Derecho especial, comparte similares fines que el civil y, con ello, instituciones comunes que para su mejor desarrollo en el ámbito comercial, obtienen una regulación especial. Dada esta unidad teleológica de las obligaciones civiles y mercantiles, parte de la doctrina y algunos legisladores, vieron la oportunidad de acudir a una regulación conjunta de las obligaciones y contratos. En Italia VIVANTE, en España, primero LANGLE y después GARRIGUES, propugnaron la unificación. Tal tendencia ha tenido refrendos legislativos. Así, Inglaterra en el siglo XVIII, el Código suizo de las obligaciones (al margen del civil) de 1881, modificado en 1911 y 1936, o en Italia, cuyo *Codice Civile* de 1942 recoge, en el Libro Cuarto, el Derecho unificado de las obligaciones. Fuera de Europa, en Brasil se produjo la unificación en el C.c. de 1916, y continúa en el vigente de 2002.

En el caso de un país, como España, con la capacidad legislativa compartida entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, la unificación del Derecho de obligaciones y contratos presenta algunos problemas específicos. La competencia exclusiva del Estado en materia mercantil recogida en el art. 149.1.6.a) de la CE supone una garantía de la unidad de mercado, que podría verse amenazada por la reunificación en el ámbito civil del Derecho de obligaciones y contratos, toda vez que es materia en la que las Comunidades Autónomas tienen, en virtud del art. 149.1.8.a) CE, competencia, quedando a salvo la estatal para fijar las bases de las obligaciones contractuales. Así SS.T.C. 88/1986, fundamentos 5 y 8.f); 62/1991, fundamento 4; y 264/1993, fundamento 5. Las competencias autonómicas sobre mercados interiores y protección de consumidores pueden suponer otra amenaza para la unidad del mercado, desde la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en sede civil. V. las SS.T.C. 88/1986, de 1 de julio; 62/1991, de 22 de marzo; 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio y 124/2003, de 19 de junio de 2003.

A nivel europeo, hasta el momento los avances en relación a la unificación de las diversas normativas de los Estados miembros, optando por unificar bajo la misma normativa obligaciones civiles y mercantiles, ha desembocado tanto en la elaboración de instrumentos para dirimir la normativa aplicable y su conflicto a las obligaciones, como en la elaboración de aquella que permita el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. En el primer ámbito, ley aplicable, las referencias son el Reglamento 864/2007, de 11 de julio (conocido como Roma II) y el Reglamento 593/2008, de 17 de junio (Roma I). Adviértase que el art. 3.2 de Roma I, permite a las partes elegir como Derecho aplicable una legislación no estatal. Pero las pretensiones en cuanto a la unificación del Derecho contractual a nivel de la UE, van más allá, aun en el respeto a esta normativa que acaba de mencionarse. Por lo que se refiere al reconocimiento de resoluciones, véase el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (Bruselas I), actualmente refundido por el actual Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que incluye algunas modificaciones y con el que se pretende mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones, para facilitar en mayor medida la libre circulación de las resoluciones judiciales y mejorar el acceso a la justicia.

En 1989 y 1994 el Parlamento Europeo reclamó el inicio de las labores preparatorias para la formulación de un Código europeo común de Derecho privado, incluyendo en el programa de trabajo de la Comisión para el año 2000, la elaboración de un estudio en materia de armonización en el ámbito de Derecho civil, al constituir un logro esencial en el ámbito del mercado interior. En esta labor prelegislativa, se han elaborado y publicado dos proyectos. De una parte, al denominado Grupo de Pavía se debe un Proyecto Preliminar de Código contractual europeo (*European Contract Code-Preliminary draft*, Universidad de Pavía, 2001) y, de otra, a la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo (*Commission on european Contract Law*), creada a finales de los años ochenta y presidida por Ole Lando, se deben los Principios del Derecho europeo en materia de contratos, bajo el título *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, en el año 2000. Menor importancia, bien por su intención, bien por su alcance, tienen aún dos iniciativas más. En

primer término, el intento de unificación europeo del Derecho de responsabilidad civil, contractual y extracontractual (presentado en 2003), y el Grupo dirigido por Christian von Bar, que perseguía crear un C.c. europeo. Todos estos esfuerzos, como se ve, tienen intención y alcance diferente. A modo de ejemplo, los Principios de la Comisión Lando están concebidos para las relaciones internacionales aunque no cabe negarles que pudieran tener también un efecto inspirador en las legislaciones nacionales. Los Principios de Von Bar tienen por intención una unificación europea.

Sin embargo, una alternativa de esta envergadura parece por el momento poco realista, considerando las profundas diversidades existentes en este campo entre los distintos Ordenamientos y el carácter central que ocupan las normas de Derecho privado dentro del sistema jurídico, que hace sumamente difícil la labor armonizadora y de compromiso. Pero, además, no falta quien considera que la elaboración de un Código único no es necesariamente el instrumento más idóneo para impulsar la integración política y económica dentro de la Unión Europea y que las distorsiones introducidas por la diversidad legislativa en la competencia no deben ser exageradas. A ello debe añadirse que los esfuerzos unificadores de la UE casan mal con el principio de subsidiaridad que rige la labor de la UE desde Ámsterdam; y tampoco cabe desconocer la amenaza que para un derecho unificado supondría la coexistencia de veintisiete jurisprudencias. No obstante, la Unión Europea continúa con esa línea de actuación, así, puede verse el Documento COM (2003) 68, titulado *Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción*, Bruselas, 12 de febrero de 2003 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo).

La Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 11 de octubre de 2004, [Documento COM (2004) 651 final], denominado «Sobre el Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro», supuso un nuevo enfoque al Plan de Acción (2003), pues para la mejora de la calidad y coherencia del acervo comunitario se propuso y estructuró el llamado Marco Referencia CFR (*Common Frame of Reference*) que implicaría principios, modelos de normas y terminología común en el ámbito del Derecho contractual europeo. En la elaboración del CFR se han involucrado tanto la Comisión como el Parlamento, así como diversos grupos académicos, el más importante de los cuales es el llamado «*Study Group on European Civil Code*» (heredero del grupo de LANDO). En la vía hacia el CFR se presentó en 2008 un primer borrador. La Comunicación de la Comisión de 10 de junio de 2009 (2010/C 115/01), crea el llamado *Programa de Estocolmo 2010-2014*, que prevé la presentación de una propuesta de «conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que deben ser utilizados por los legisladores a escala de la Unión para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo». Dicho CFR se aplicaría al Derecho contractual, incluido el mercantil y de consumo. La Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010 creó además un grupo de expertos para asesorar a la Comisión en esta labor.

En la *Comunicación Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* [COM (2010) 2020, de 3 de marzo de 2010], la Comisión europea hacía referencia a la necesidad de ofrecer soluciones armonizadas en los contratos de consumo, establecer modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la Unión Europea y avanzar hacia una le-

gislación europea sobre contratos opcional. Por su parte, la Agenda Digital para Europa, que es una de las siete iniciativas emblemáticas de la estrategia *Europa 2020*, y se propone definir la función capacitadora esencial que deberá desempeñar el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), si Europa quiere hacer realidad sus ambiciones para el año 2020. El objetivo de esta Agenda es trazar un rumbo que permita maximizar el potencial económico y social de las TIC, y en particular de *internet*, como soporte esencial de la actividad económica y social: para hacer negocios, trabajar, comunicarse y expresarse en libertad. Si se consiguiera llevar a buen fin, la Agenda fomentaría la innovación, el crecimiento económico y la mejora de la vida cotidiana tanto para los ciudadanos como para las empresas. Para ello se propuso la adopción de un instrumento opcional de Derecho contractual que complementara la Directiva sobre derechos de los consumidores, con la finalidad de atenuar la fragmentación del Derecho contractual, especialmente en el entorno en línea.

En un paso posterior, el 1 de julio de 2010, la Comisión Europea publicó el Libro Verde de la Comisión, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, con el objetivo de «*definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior [...] y lanzar una consulta pública sobre las mismas*». El documento propone diferentes opciones en relación al Derecho contractual europeo, para responder a la cuestión de cuál debe ser la naturaleza jurídica de dicho instrumento. Las posibilidades son varias y se relacionan a continuación. Cada de una de ellas supone un grado más en cuanto a armonización y seguridad jurídica para las empresas y consumidores a nivel comunitario. Pero a su vez, cada de una de ellas implica una mayor dificultad de implementación, por la renuncia que cada Estado habría de afrontar en relación a su propio Derecho contractual, esto es, a su propio acervo normativo, que para el caso del derecho de consumidores es especialmente diverso y arraigado.

El Libro Verde presenta las diferentes opciones sin que las mismas sean excluyentes entre sí, por lo que no había que descartar la posibilidad de varias de ellas al mismo tiempo. Para optar por la mejor de las propuestas e identificar el instrumento *a priori* más adecuado para llevar a cabo la unificación del Derecho europeo de contratos, se tomaron en consideración una serie de factores como el impacto positivo sobre el funcionamiento del Mercado Interior, la coherencia legislativa de la UE, la conservación de la autonomía legislativa de los Estados miembros y como punto sobre el que parece pivotar de nuevo todo el sistema, la garantía de un alto nivel de protección de los derechos de los consumidores y PYMES.

En primer lugar se ofrece la posibilidad de la publicación de los resultados de un Grupo de expertos que estarían en la *web* de la Comisión, sin sanción alguna a nivel de la Unión. La idea es que si el Grupo de expertos presentara un texto práctico y de fácil uso, podrían inspirarse en él los legisladores europeos y nacionales al redactar la legislación y las partes contractuales, al redactar sus condiciones y cláusulas tipo. El uso generalizado de este trabajo podría contribuir, a largo plazo, a la convergencia voluntaria de las legislaciones contractuales nacionales. El principal problema que presenta esta opción es la carencia de autoridad para los órganos jurisdiccionales y los legisladores en cuanto a su aplicación. Otra opción sería la creación por parte del Grupo de Expertos de una especie de «caja de herramientas», como

instrumento con el que han de ser coherentes los legisladores a la hora de crear las disposiciones relacionadas con la normativa contractual de carácter transfronterizo, lo cual sigue sin garantizar la aplicación e interpretación convergente del Derecho contractual de la Unión por los órganos jurisdiccionales.

La siguiente de las opciones propuestas por el documento, es la adopción de una Recomendación de la Comisión que incentivara a los Estados miembros a incluir en sus legislaciones nacionales un instrumento de Derecho contractual europeo, lo que carecería de efecto vinculante para los Estados miembros y les otorgaría poder discrecional sobre cómo y cuándo aplicar el instrumento en su Derecho nacional. Por eso, esta solución corre el riesgo de plantear un acercamiento incoherente e incompleto entre Estados miembros, que podrían poner en práctica la Recomendación de forma distinta y en momentos distintos o no seguirla en absoluto. Por otro lado se planteó la posibilidad de un reglamento que creara un instrumento optativo como «segundo régimen» en cada Estado miembro, ofreciendo así a las partes la posibilidad de optar entre dos regímenes de Derecho contractual nacional, compuesto por un conjunto de normas que podrían ser elegidas por las partes para ser aplicada a sus contratos, y no sólo para contratos transfronterizos sino también para los nacionales. Para ello es requisito imprescindible establecer la confianza de las partes contratantes en el instrumento, para que efectivamente lo elijan como base jurídica del contrato, especialmente en el caso de los consumidores que han de sentirse respaldados al concluir un contrato sabiendo que sus derechos no se verán comprometidos. Así, el instrumento optativo debería ofrecer un nivel de protección de los consumidores ciertamente elevado. La referencia coherente a un único conjunto de normas haría innecesario inquirir en las legislaciones extranjeras en determinadas situaciones, tal como sucede con frecuencia en las normas sobre conflicto de leyes. Tal como puede apreciarse, esto podría implicar beneficios importantes para el mercado interior, constituyendo una posible alternativa a la armonización completa de los Derechos nacionales, y ofreciendo una solución proporcionada a las barreras del mercado interior derivadas de legislaciones contractuales nacionales divergentes. Ahora bien, el propio Libro Verde no esconde el inconveniente que puede suponer este Instrumento, al añadir un sistema paralelo y complicando el marco jurídico, lo que conllevaría la necesidad de una adecuada información a los consumidores, al objeto de que éstos entendieran sus derechos, y adoptaran en consecuencia una decisión informada para celebrar o no un contrato con esta base alternativa.

La siguiente opción planteaba la posibilidad de una Directiva sobre Derecho contractual europeo, que armonizara las legislaciones contractuales nacionales con fundamento en normas mínimas comunes. Los Estados miembros podrían mantener normas más tuitivas, en tanto que no dejaran de respetar el Tratado. Junto a esto se impondría también la notificación a la Comisión de las diferencias resultantes, así como su posterior publicación a los efectos de incrementar la transparencia hacia consumidores y empresas que operen en actividades transfronterizas. En cuanto a los contratos en los que las partes son la empresa y el consumidor, la Directiva debería partir de un alto nivel de protección al consumidor, como exige el Tratado, e incluir las disposiciones de la futura Directiva sobre derechos de los consumidores. Se

reducirían así las divergencias logrando cierta convergencia entre legislaciones contractuales nacionales, lo que en definitiva debería redundar en la creación de mayor confianza, especialmente en los consumidores y las PYMES, para afrontar las operaciones transfronterizas. El principal inconveniente a esta Directiva es la falta de aplicación e interpretación uniforme de sus normas, ya que las empresas que ofrecieran mercancías y servicios transfronterizos, seguirían necesitando respetar las distintas normas contractuales de consumo en todos esos países. El actual conjunto de normas relacionadas con el régimen contractual de consumo de cada país, muestra la limitada capacidad que tienen las directivas de armonización mínima, para reducir las divergencias regulatorias. En cuanto a los contratos transfronterizos de empresa a empresa, la Directiva corre el riesgo de no aportar la certeza jurídica necesaria y en consecuencia, las empresas seguirían teniendo que asumir los costes de la adaptación regulatoria.

Por último este documento ofrece las dos soluciones que, si bien parecen ser las más apropiadas, suponen hoy por hoy una aspiración un tanto utópica. Razón ésta, quizás, por la que, tras su mención y las virtudes que éstas presentan, se acaba por afirmar la poco probable adecuación de dichas soluciones, como medidas para afrontar la cuestión del Derecho contractual comunitario, sin ofrecer razones que justifiquen tal conclusión. Y obviamente, no porque no las haya, sino porque no parece prudente en un documento cargado de buenas intenciones, que dichas razones se pongan de manifiesto. Las dos soluciones a las que estamos haciendo referencia serían:

1. Un Reglamento que establezca un Derecho contractual europeo que sustituyera la diversidad de legislaciones nacionales con un conjunto de normas uniforme, donde se incluirían normas de obligado cumplimiento que aportaran un alto nivel de protección a la parte más débil. Dichas normas se aplicarían a los contratos, no por opción de las partes sino con fuerza de Derecho nacional. El Reglamento podría sustituir las legislaciones nacionales únicamente en transacciones transfronterizas o hacerlo tanto en los contratos transfronterizos como en los nacionales. Esta solución acabaría con la fragmentación jurídica en materia de Derecho contractual y llevaría a una aplicación e interpretación uniformes de las disposiciones del Reglamento. Pues bien, si la propuesta parece ideal, véase cómo a continuación el Libro Verde da carpetazo a esta propuesta sin mayores justificaciones, al afirmar que, aunque estas normas uniformes de Derecho contractual podrían facilitar la celebración de acuerdos transfronterizos y ofrecer un mecanismo eficaz de resolución de conflictos, podría provocar problemas delicados de subsidiariedad y proporcionalidad, pues sustituir la pluralidad de legislaciones nacionales, especialmente si se cubren también los contratos nacionales, por un conjunto único de normas, podría no ser una medida adecuada para abordar los obstáculos al comercio en el mercado interior.

2. Un Reglamento por el que se creara un C.c. europeo, y que implicaría ir un paso más allá del Reglamento de creación de un Derecho contractual europeo, al abarcar no sólo el Derecho contractual, sino también otros tipos de obligaciones, que reduciría aún más la necesidad de acudir a disposiciones nacionales. Ahora bien, y como decíamos antes, poniendo fin al delicado asunto, la Comisión afirma que está por ver en qué medida podría justificarse un instrumento ambicioso como el C.c. europeo, desde el punto de vista de de la subsidiariedad.