

HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS EUROPEAS EN MATERIA CONTRACTUAL: UN PUNTO DE VISTA ROMANÍSTICO

Xesús Pérez López

Profesor Ayudante Doctor en Derecho Romano.

Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN:

El recurso, por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia, de máximas de tradición romanística se toma con muy diversa finalidad: como apoyo a interpretaciones históricas, como “principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros” en fallos en materia de responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias o sus agentes, e incluso como principios generales del Derecho aplicables directamente al caso en presencia de lagunas normativas que impidan al Tribunal encontrar cualquier otra norma aplicable. Este empleo reiterado por parte de los Tribunales comunitarios, en ocasiones salida forzada a la carencia de normas aplicables a la situación en litigio, ha hecho que las partes, correspondientemente, hayan sostenido con una cierta frecuencia sus alegaciones en máximas de tradición romanística. En el artículo se analiza el uso de dichos Tribunales y las partes de estas máximas sobre la base de algunos ejemplos, muy reseñablemente referidos a la “acción negatoria” o *actio negatoria*, y por último se valora brevemente la medida en que los proyectos europeos de armonización en materia de derecho de contratos pueden incidir en un cambio en esta tendencia jurisprudencial a corto plazo.

Palabras clave: Derecho romano – derecho comunitario – armonización – derecho de contratos – acción negatoria – *actio negatoria* – Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – Tribunal de Primera Instancia – TJCE – TPI – jurisprudencia comunitaria – principios generales del Derecho.

ABSTRACT:

The application by the Court of Justice of the European Communities and the Court of First Instance of the European Communities, of principles of romanistic tradition is enacted with a very wide field of scopes: as support to historical interpretation, as “general principles common to the laws of the member States” in the case of non-contractual liability incurred in by European institutions or their agents, and even as general Rules of Law directly applicable to the case in the absence of any other applicable rule. The parts have frequently reacted to this trend by alleging principles of

romanistic tradition. In this article it is analyzed the use by both Courts and the parts of this principles, very remarkably in connection with the civilistic “negatory action” or *actio negatoria*, and last it is valued the measure in which the European projects of harmonisation of contract law could affect this trend on the short term.

Keywords: Roman Law – Community Law – Harmonisation – Contract Law – Negatory Action – *actio negatoria* – Court of Justice of the European Communities – Court of First Instance of the European Communities – CJEC – CFIEC – European Jurisprudence – general Rules of Law.

Hacia la armonización de las normas europeas en materia contractual: un punto de vista romanístico

El uso por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹ (en adelante, “TJCE” o “el Tribunal”) de reglas de derecho derivadas del Derecho romano ha atraído ya la atención de algunos romanistas. En los trabajos publicados hasta el momento sobre la cuestión se ha incidido, sobre todo, en las menciones que en la jurisprudencia del TJCE se han hecho (bien en las propias sentencias del Tribunal, bien en las conclusiones de sus Abogados Generales, seguidas usualmente por el Tribunal) de principios generales del Derecho cuyo origen se ha atribuido al Derecho romano, llamando la atención igualmente acerca de los campos de la actividad jurisprudencial del TJCE en los que este enfoque (que podríamos decir “histórico”) se ha adoptado².

Con esta breve contribución pretendo subrayar un aspecto de este uso jurisprudencial del Derecho romano en el que tal vez se pueda aún profundizar: la percepción que de estas reglas de Derecho tiene el TJCE en su uso de las mismas, así como la que de ellas tienen las partes al invocarlas en los procesos ante el Tribunal. Conviene a nuestra intención, por lo tanto, el detenernos a examinar de modo particular con qué finalidad menciona el Tribunal estas reglas de Derecho, esto es, en qué concepto las usa: si como reglas directamente aplicables en determinados ámbitos según específicas prescripciones del Derecho comunitario originario³, o bien de modo análogo a principios generales del Derecho en el sentido tradicional del término⁴, puesto que este particular

1 Y, a partir de su creación en septiembre de 1989, también por parte del Tribunal de Primera Instancia (en adelante, TPI), que funciona como un primer grado de la jurisdicción comunitaria y cuyo punto de referencia jurisprudencial es el TJCE. Es por ello que las afirmaciones que hacemos sobre el TJCE son extensibles al TPI, en la medida en que las soluciones jurisprudenciales alcanzadas por el Tribunal principal son aplicadas por aquél, e igualmente en cuanto que el propio TPI ha producido algunas sentencias relevantes para el propósito de este trabajo.

2 El primer romanista en tratar específicamente el empleo de reglas de Derecho por parte del TJCE en cuanto que reglas derivadas del Derecho romano fue, hasta donde se me alcanza, R. Knütel, en un artículo titulado “Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union”, en *Juristische Schulung* 38 (1996), pp. 768 ss., artículo que fue objeto de algunas traducciones, para las cuales *vid. mi artículo* “Más sobre el Derecho romano y el Derecho comunitario europeo”, de próxima aparición en *BIDR* 103-105 (2000-2002), pp. 835 ss. (la paginación es aún provisional). En la misma línea y de modo más incidental ha tratado la cuestión M. Rainer en su artículo “Il Diritto romano nelle sentenze delle Corti europee”, en *L'anima “europea” della Europa*, coord. D. Castellano, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pp. 45 ss. En los tres artículos aparecen comentadas muchas sentencias relacionadas con la cuestión, y a ellos me remito ahora para una referencia jurisprudencial detallada. Más recientemente *vid.*, con propósito divulgativo, F. Reinoso-Barbero, “Ibi ius romanum, ibi Europa”, en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2, feb. 2009, pp. 72 ss.

3 Es el caso, bien conocido, del actual art. 288.2 del Tratado de las Comunidades Europeas (en adelante, TCE), que prescribe que la determinación de la responsabilidad extracontractual de los organismos comunitarios o sus agentes se hará “de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

4 Uso esta expresión aquí con cautela, consciente de dos particularidades del Derecho comunitario que hacen de este un concepto particularmente problemático en dicho campo. Una, la existencia de un acervo de principios generales del Derecho comunitario, que han sido ya incorporados al Derecho originario (arts. 1 y ss. del Tratado de las Comunidades Europeas, bajo la rúbrica “Principios”) y que, en general, tienen que ver con la dinámica especial del funcionamiento del Derecho y las instituciones comunitarias. Esto no excluye, en algún caso, el carácter exógeno de alguno de estos principios generales propios y exclusivos del Derecho comunitario: podemos pensar, en especial, en la incorporación a este acervo de principios específicos de los Derechos fundamentales “tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, de acuerdo con el art. 6 del TUE, sobre lo cual *vid. X. Pérez López*, “Más sobre el Derecho romano y el Derecho comunitario europeo”, *cit.*, p. 836, n. 7. Dos, que el carácter transnacional de las Comunidades Europeas hace especialmente dificultoso para el TJCE, como es lógico, el aplicar principios

determina la existencia o inexistencia de una obligación por parte del Tribunal de aplicar estas reglas de Derecho al asunto de que se trate.

De cara a considerar tanto la percepción por parte del TJCE de dichas reglas de Derecho “romanísticas” como la finalidad con que éstas son traídas a colación por éste, un primer punto a considerar es el ligamen entre la regla de Derecho invocada por el Tribunal y el Derecho romano. Cierta jurisprudencia del TJCE ha expresado la relevancia del origen romano de una *regula iuris* para su aplicación por el Tribunal como principio general del Derecho⁵, y este origen romano ha sido a veces invocado por el TJCE incluso como justificación única y suficiente para la recepción de un principio general del Derecho no exclusivo del Derecho comunitario, congruentemente con la jurisprudencia antedicha.

Cuando el Tribunal recurre en estos casos al Derecho romano, el establecimiento de un paralelismo entre la solución provista por el TJCE en los casos que se le presentan y la provista por la jurisprudencia romana en época y circunstancias bien distintas (en la que el Tribunal se basará, sin embargo, en los casos a los que hacemos referencia, para reconocer y aplicar un principio general del Derecho), ofrece lógicas dificultades. Por ejemplo, en su sentencia sobre el asunto T-333/99, de 18 de octubre de 2001⁶, el TPI, ante un caso de posible despido improcedente, afirmaba: “Si en el presente asunto el despido resulta ser improcedente, los derechos personales del demandante exigen que se restablezca la situación en la que éste se encontraba antes del despido. Se trata del efecto jurídico de la *actio negatoria* del Derecho romano y dicha fórmula jurídica constituye un principio general de Derecho comunitario”. Por una parte, resulta claro que lo que el TPI pretende invocar como principio general del Derecho no es tal, sino más bien un expediente técnico encaminado a restablecer la situación anterior a la infracción de los “derechos personales” alu-

generales del Derecho consolidados en los diversos derechos nacionales de los Estados miembros, puesto que los principios generales aceptados en los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros no tendrían por qué ser necesariamente idóneos para los propósitos del Tribunal. Además, la jurisprudencia del Tribunal ha partido de cero en la identificación de cuáles sean aquéllos principios generales del Derecho aplicables a su actividad, y la operación de consolidación de los mismos es particularmente compleja, dado que el Tribunal se ha visto forzado a ensayar criterios muy diversos para decidir sobre la recepción de los mismos en su actividad. Así, la asunción de un principio general del Derecho consolidado por un único ordenamiento nacional sería un criterio cuestionable desde el punto de vista de la “imparcialidad” que parece esperarse del Tribunal con respecto a los distintos ordenamientos jurídicos encerrados dentro del territorio (siempre creciente) comprendido dentro de la Unión Europea. Igualmente, la recepción exclusiva de principios generales del Derecho adoptados en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros (algo que las sucesivas ampliaciones de la Unión va haciendo cada vez más improbable) resultaría excesivamente restrictivo como criterio, y haría que el elenco de principios recibidos en la jurisprudencia del Tribunal fuese probablemente insuficiente. Como solución, el TJCE ha venido adoptando un criterio “de mayoría”. Sobre la problemática mencionada, *vid.* p. ej. las conclusiones de 17 de septiembre de 2002 presentadas por el Abogado General Ph. Léger para el asunto C-87/01 P (en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal*, 2002, I, pp. 7620 ss.), en que se lleva a cabo una sintética semblanza del reconocimiento de principios generales del Derecho como tales por parte del Tribunal en los párrafos 41 ss (*loc. cit.*, pp. 7632 s.).

5 Particularmente, la sentencia Klomp de 25 de febrero de 1969, asunto 23/68, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal*, 1969, pp. 43 ss. en la que el Tribunal mencionaba la procedencia romana de un “principio común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros” como modo de respaldar el carácter “común” de éste (párrafo 13 de la sentencia, *Recopilación*, 1969, pp. 50 s.); igualmente, se usan estas mismas palabras en el resumen que encabeza la sentencia y se mencionan como base de la procedencia romana del principio común invocado dos pasajes de la Compilación, concretamente D.1.3.26 y D.1.3.28 (*loc. cit.*, p. 43, n. 2). Nada dicen al respecto las conclusiones del A. G. Gand de 29 de enero de 1969, *loc. cit.*, pp. 53 ss., en donde el A. G. llega solamente a hablar de “principio admitido con carácter general en los derechos de los Estados miembros” (*loc. cit.*, p. 55). El A. G. Léger, en las conclusiones para el asunto C-87/01 P, antes citadas, al hacer una exposición de los criterios usados por el TJCE para “deducir la existencia de un principio general de Derecho comunitario”, apostillaba que “El Tribunal de Justicia también puede hacer referencia a la evolución histórica del principio para subrayar que «[sus] orígenes se remontan al Derecho romano»”, como parte de la operación de “deducción” de un principio general (*Recopilación*, 2002, I, p. 7632).

6 En *Recopilación*, 2001, II, pp. 3021 ss.

7 Párrafo 46 de la sentencia, en *Recopilación*, 2001, II, p. 3052.

didados, de manera que, si la sentencia es en este caso favorable al demandante, se llegue con ella a un grado de repristinación de dicha situación anterior lo más parecido posible a la inexistencia de hecho de la violación de dichos derechos personales.

Al mismo tiempo, puede sorprender al romanista la referencia al “efecto jurídico de la *actio negatoria*” y no a la *restitutio in integrum* (puesto que, en definitiva, de lo que está hablando el Tribunal es de la vuelta a la situación jurídica previa a la producción de efectos del acto jurídico que se pretende invalidar). Se podría decir, en defensa del razonamiento técnico del TPI en este caso, que hacer de la *actio negatoria* su punto de referencia en lugar de la *restitutio in integrum* es más correcto en el contexto procesal en el que se trae a colación, puesto que la *restitutio in integrum* puede ser considerada como un expediente a caballo entre lo procesal y lo extraprocesal (puesto que tal medida podía ser tomada por el magistrado con atribuciones jurisdiccionales tanto en el contexto de un proceso como con relación a situaciones extraprocesales) basado en el *imperium* del magistrado⁸, de manera que la referencia a la *in integrum restitutio* como base histórica de los planteamientos del Tribunal, en cuanto que ésta no era una institución puramente procesal, parecería inadecuada en el marco de una sentencia⁹. Por otro lado, y no obstante esto, es perfectamente posible considerar la *restitutio in integrum* desde un ángulo sustancialmente procesal, por el contrario, esto es, como el resultado de medidas de naturaleza varia tomadas por el pretor en sede jurisdiccional cuyo resultado sería el de tener como no producido un acto jurídico que de otro modo desplegaría sus efectos normalmente previstos por el ordenamiento¹⁰. Por lo demás, el funcionamiento de las *restitutiones in integrum* en el ámbito procesal y, concretamente, en relación con las acciones ficticias en las que el tenor de la fórmula imponía al *iudex* el extender una sentencia ignorando la producción previa de determinados hechos jurídicos¹¹, llamadas tradicionalmente (usando terminología medieval) *actiones rescissoriae*, no es explicado unánimemente por la doctrina, sin que hoy por hoy parezca que pueda llegarse a una solución totalmente satisfactoria¹². A mi entender, por ser un problema conexo al de los actos *magis imperii quam iurisdictionis* y, en general, al uso (y reinención) de conceptos derivantes de la praxis política y constitucional republicana (*imperium* e *iurisdicatio*) en época clásica para encuadrar el funcionamiento de la administración de justicia dentro de la *cognitio extra ordinem*¹³: la intrínseca inadecuación de

8 Y aquí entra en juego la posición que se asuma acerca de la relación entre *imperium* e *iurisdicatio*, esto es, de hasta qué punto se consideren ambos conceptos como más o menos estancos.

9 Así por ejemplo, A. Torrent, en *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, Neo, 1993, pp. 182 s.

10 Subrayan tal vertiente A. Guarino, en *Diritto privato romano*, 3ª ed., Nápoles, Jovene, 1981, pp. 234 s.; M. Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 350 ss. A fin de cuentas, esta diversa manera de ver la institución viene determinada por la opción entre poner el acento en la fuente de la *restitutio in integrum* (la *voluntas* del magistrado y su *imperium*), por un lado, y los fines para los que ésta es empleada y el contexto en que tiene lugar su uso (el *auxilium* magistratal en sede procesal o no), por otro.

11 A las que se hace referencia en *Gai Inst.* 4.38 y en *Iust. Inst.* 4.6.5.

12 Como es bien sabido, el encendido y poco concluyente debate doctrinal entre los romanistas acerca de las *restitutiones in integrum* ha durado desde el siglo XIX ha sido casi constante. Como muestra de ello, baste comprobar la bibliografía citada por G. Cervencia al inicio de sus *Studi vari sulla “restitutio in integrum”*, Milán, Giuffrè, 1964 (reimpr. Milán, Giuffrè, 1990), p. 1, n. 1.

13 La problemática en torno a la *restitutio in integrum* ha sido puesta en estrecha relación con los cambios en la administración de justicia en época imperial y, concretamente, por la aparición y generalización de la *cognitio extra ordinem* por algunos autores; *vid.* al respecto E. Carrelli, *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, Bari, Cressati, 1938, pp. 84 ss. y p. 94; G. Cervencia, *Studi vari sulla “restitutio in integrum”*, *cit.*, pp. 61 ss.; con respecto no sólo a la *restitutio in integrum* sino, en general, a los llamados “remedios pretorios”, G. I. Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, Bologna, Patron, 1965, pp. 125 ss.; también L. Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milán, Giuffrè, 1965, pp. 72 ss.; más recientemente, T. Spagnuolo-Vigorita, en “Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria”, en *INDEX* 18 (1990), pp. 113 ss. y, en concreto, pp. 116 ss.

dichos conceptos de raigambre republicana para explicar dicho funcionamiento, que los juristas tardoclásicos (de los cuales procede la mayoría de los textos acerca de la *restitutio in integrum*) intentaron restañar (al parecer sin gran éxito), crea grandes dificultades de comprensión al romanista contemporáneo, que dispone como referencia de dos masas de información que, por corresponder a situaciones alejadas en el tiempo y radicalmente distintas desde el punto de vista político, sólo con grandes dificultades pueden ser relacionadas entre sí. Una, la correspondiente a la noticia del régimen republicano que nos ha llegado sustancialmente mediante fuentes literarias, arqueológicas y epigráficas; la otra, la correspondiente a los pasajes de la Compilación justiniana y otras fuentes jurídico-literarias. Entre una y otra, un práctico vacío que solamente se puede rellenar por vías indirectas¹⁴, y que afecta particularmente a nuestra capacidad de intercepción de instituciones como la *restitutio in integrum*, con toda probabilidad indisolublemente ligadas, al menos en origen, a la concepción republicana del poder magistratal. En lo que a la sentencia del TPI citada se refiere, no podemos dejar de señalar que el “efecto de la acción negatoria del Derecho romano” al que reenvía el Tribunal nada menos que como principio general del Derecho está indisolublemente ligado a la nada clara problemática que aquí nos hemos limitado a mencionar.

Cualquiera que sea el punto de vista que se adopte, lo cierto es que otras acciones son susceptibles de desembocar en efectos rescisorios, aparte de la *negatoria* (que, por lo demás, es una acción real y no personal, lo cual dificulta ulteriormente el establecer un paralelismo entre la situación manejada por el Tribunal y el referente escogido). ¿Por qué, pues, el reenvío a la *actio negatoria* en concreto? Obviamente, la elección de la *actio negatoria* como referente histórico de la adopción por parte del TPI de la solución consistente en retrotraer la situación jurídica del lesionado al momento previo a la producción de la lesión a sus derechos personales no está exenta de problemas desde el punto de vista dogmático. Si fiásemos en la autenticidad sustancial de las fuentes que hacen referencia a ella, la *actio negatoria*, en la época clásica del Derecho romano, habría estado destinada a la defensa de la propiedad contra intromisiones indebidas, particularmente contra el ejercicio indebido de determinados derechos reales sobre la cosa en propiedad por un tercero (concretamente usufructo y servidumbre), si bien se han puesto en duda tanto el carácter clásico de la expresión *actio negatoria*¹⁵ como el propio significado de ésta, sin que parezca haber argumentos definitivos que avalen de forma concluyente la claridad de la misma o, por el contrario, su inserción en los fragmentos en los que aparece por los compiladores postclásicos o justinianos¹⁶. Obviamente, si damos por buena

14 Vid. al respecto X. Pérez López, “La iurisdictio mandata: un proceso de adaptación”, en la revista electrónica IUSTEL. *Revista General de Derecho Romano*, diciembre 2007, con bibliografía básica acerca de la cuestión.

15 Estando el punto de partida de la duda acerca de la claridad de la expresión en *Gai Inst. IV, 3*, que explica el ámbito de las *actiones in rem*, enumerando una serie de ejemplos de *iura in re aliena* defendibles mediante las mismas y culminando tal enumeración con las palabras ((*aut cum*)) *actio ex diverso adversario est negativa*. La expresión de Gayo ha hecho pensar en un uso de la palabra *negativa* en el pasaje que no se correspondería con la referencia a una categoría de acciones, sino simplemente descriptivo. En *Iust. Inst. 4.6.2*, en un pasaje correspondiente al citado, se hace referencia a las acciones en contra del ejercicio indebido de *iura in re aliena* y, tras poner una serie de ejemplos de los *iura in re aliena* en cuestión que coincide con la mencionada en el pasaje de Gayo antedicho, se remata diciendo: *istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae*. Por lo demás, en el D. se alterna la expresión empleada para hacer referencia a las acciones en contra del ejercicio indebido de un *ius in re aliena*. Es ilustrativo al respecto el pasaje de los comentarios al Edicto de Ulpiano en D.7.6.5, en el cual se emplea tanto *actio negativa* (en D.7.6.5 pr.) como, más adelante, *actio negatoria* (en D.7.6.5.6). Sin embargo, en D.8.5 (relativo a la *vindicatio servitutis* y a la negación de la pertenencia de una servidumbre a otro) se usa solamente *actio negatoria* de forma reiterada, por ejemplo. Es bien conocida la variedad de encontrados puntos de vista en la romanística del siglo pasado al respecto.

16 Excede la intención de este trabajo el hacer una recapitulación detallada acerca de la profusa literatura doctrinal existente acerca de esta problemática, de manera que me limitaré únicamente a destacar algunas aportaciones. Una piedra de toque viene marcada por la dinámica resultante de la contraposición entre la

la tesis que defiende el carácter justiniano de la expresión no cabría hablar de que el “efecto jurídico” al que reenvía el TPI se corresponda “al de la *actio negatoria* del Derecho romano” (o, al menos, se requeriría una aclaración); esta imprecisión debilita el razonamiento histórico del Tribunal. Con todo, la expresión utilizada por el TPI no es del todo incorrecta si consideramos que la hipótesis interpolatoria ha sido objeto de una aceptación amplia solamente en época relativamente reciente, y que ha sido la expresión *actio negatoria* la que ha sido aceptada históricamente para designar la acción que correspondía al propietario en contra del tercero que pretendiese tener o que ejerciese de hecho un derecho real sobre cosa ajena sobre la cosa para afirmar la inexistencia de tal derecho¹⁷. Con tal significado fue empleada en la tradición intermedia, y con el mismo ha sido incorporada al BGB alemán y al Codice civile italiano¹⁸ y es empleada por nuestra doctrina y jurisprudencia cuando hablan de “acción negatoria”¹⁹.

actio negatoria y la *confessoria* afirmada por Ulpiano en D.8.5.2 pr. tanto para las servidumbres como para los usufructos; ha habido un largo debate entre los romanistas acerca de estos dos términos, que parte del trabajo de G. Segrè, “La denominazione di *actio confessoria* in particolare per la rivendicazione dell’usufrutto e delle servitù”, en *Mélanges P. F. Girard*, vol II, Paris, A. Rousseau, 1912, pp. 511 ss., en el que el autor cuestionaba la pertenencia a la época clásica al menos de la expresión *actio confessoria*, y probablemente también de la expresión *actio negatoria* (que habría sido interpolada en época justiniana, sustituyendo a una expresión original *actio negativa*, en opinión del A. para resaltar la contraposición de la expresión *actio confessoria* con ésta; *op. cit.*, pp. 520 ss.). Muchos estudiosos han rebatido los resultados de Segrè, en parte o totalmente y desde una variedad de posiciones y planteamientos distintos del problema. Así B. Biondi, en “Actio negativa ed actio prohibitoria come azioni in difesa delle servitù e dell’usufrutto”, en *Scritti giuridici*, vol II, Milán, Giuffrè, 1965, pp. 599 ss. (public. originalmente en *Annali dell’Istituto di scienze giuridiche economiche, politiche e sociali della Regia Università di Messina*, 1929, pp. 1 ss.), quien además de llevar a cabo una interpretación radicalmente distinta de la función de determinadas acciones reales, comenzaba por negar la correspondencia entre una expresión *actio negatoria* interpolada y una expresión *actio negativa* clásica afirmada por Segrè (*loc. cit.*, p. 600 s.). Incluso se ha negado la existencia de una *actio negativa* o *negatoria* como medio de defensa de las servidumbres en Derecho romano, atribuyéndose a la expresión un mero carácter descriptivo que haría referencia, más bien, a una *actio confessoria* con *intentio* construida en términos negativos y que, por lo tanto, no constituiría un tipo distinto de acción (así S. Solazzi, en *La tutela e il possesso MIRAR*, seguido por G. Grosso, en *Trattato di Diritto civile italiano*, V, t. 1, Turin, UTET, 1963, p. 1236). En contra de la hipótesis interpretativa de Segrè también A. Rodger, “Actio confessoria and actio negatoria”, en *ZSS* 88 (1971), pp. 184 ss., quien no considera definitivos los argumentos de aquél a favor del carácter interpolado de *actio negatoria* y *confessoria*. Acerca de los problemas relativos a la posición del demandante en la *actio negatoria* romana, *vid.* recientemente L. Capogrossi, “Actor and Defendant in *Negatoria Servitutis*”, en *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law & Legal History. Essays in Honour of Alan Watson*, Oxford, Hart, 2001, pp. 31 ss., quien trata la cuestión en conexión con los orígenes del interdicto *uti possidetis*. La *actio negatoria* ha sido tratada en nuestro país recientemente por C. Lázaro Guillamón, en *La actio negatoria*, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2007, con referencia a la evolución de la figura en el Derecho intermedio y, muy particularmente, a su recepción en los *Furs* valencianos.

17 Pugliese, en *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, 3ª ed., Turin, Giappichelli, 1991, p. 475, habla de la *actio negatoria* como medio procesal de tutela de la propiedad y, constatando al mismo tiempo las dudas acerca de la expresión y la proyección histórica de la misma, que hace que ésta revista al menos un cierto carácter convencional en los estudios romanísticos, afirma: *Quest’azione è chiamata in alcuni testi “actio negatoria” (per esempio Ulp. D. 7, 6, 5, 6) e tale è il nome tecnico che vi diede la tradizione romanistica.*

18 Art. 949 Cod. civ. ital. (encabezado por las palabras *Azione negatoria*): *Il proprietario può agire per far dichiarare l’inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa, quando ha motivato di temere pregiudizio (1079). Se sussistono anche turbative o molestie, il proprietario può anche chiedere che se ne ordini la cessazione, oltre la condanna al risarcimento del danno (1170).* Acerca de la evolución del significado jurídico de la *actio negatoria servitutis* v. por ejemplo Capogrossi, “Actor and Defendant in *negatoria servitutis*”, *cit.*, pp. 35 ss., quien llama la atención sobre cómo en el Cod. civ. ital. la *azione negatoria* es un medio general de defensa de la propiedad, constatando la extensión histórica del significado de la expresión, que supone aquí la afirmación de la libertad de la propiedad con respecto a cualquier restricción derivante de la existencia de un *ius in re aliena* (*loc. cit.*, p. 35); resaltaban esta evolución también F. De Martino, en su comentario al art. 949 del Codice civile, en *Commentario al Codice civile*, coord. A. Scialoja y G. Branca, *Libro Terzo. Della proprietà. Art. 810-956*, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 1976, pp. 571 s.; y A. Quaranta y R. Preden, en su comentario al mismo artículo en *Commentario teorico-pratico al Codice civile*, coord. V. De Martino, *Della proprietà. Art. 873-951*, 1ª ed., Novara, PEM, 1971, p. 592.

19 Como es sabido, nuestro Código civil no distingue expresamente una acción específica de defensa de la cosa ante el ejercicio o pretensión indebidos de un derecho sobre cosa ajena por parte de un tercero,

Probablemente, la explicación de este reenvío a la *actio negatoria* tiene más que ver con motivos de orden práctico: el Tribunal pretende buscar una solución técnica al problema de la carencia de una norma aplicable escrita que permita la restitución del trabajador a su situación anterior tendiendo un puente entre las distintas regulaciones nacionales de los Estados miembros y el referente común de éstas (la *actio negatoria* de la tradición romanística) para fundamentar su adopción de una solución aceptable desde el punto de vista de los ordenamientos jurídicos europeos actuales. De ahí la referencia específica a la *actio negatoria* y no a cualquier otra acción susceptible de producir efectos rescisorios. Sería más preciso hablar de “tradición romanística”, y no de “Derecho romano”²⁰, aunque un técnico del Derecho pudiera considerar esta precisión como sutileza sin mayores consecuencias. Más difícil de justificar (también desde un punto de vista técnico) es el razonamiento “de ida y vuelta” que lleva a cabo aquí el Tribunal, que parece localizar primero una solución al problema que se le plantea en algunos de los derechos nacionales que le resulta aceptable, para después justificar su opción (que, como opción tomada en primer término del derecho positivo aplicado en determinados Estados miembros, no es fruto de razonamiento histórico alguno) mediante el recurso al Derecho romano (recurso suficiente por sí mismo según cierta jurisprudencia en torno a la identificación de principios generales del Derecho “comunes”, como ya hemos apuntado).

Ahora bien, esto, aunque tal vez no sea de gran importancia en la sentencia a la que acabamos de hacer referencia, pone de manifiesto una cuestión relevante en el empleo por parte del Tribunal del recurso al Derecho romano como criterio de verificación del carácter “común” de un principio general del Derecho (verificación que, de ser efectuada por el TJCE, implicará, normalmente, la recepción y uso de aquél por parte de éste), a saber: cuando el Tribunal alude al origen romano de una *regula iuris*, ¿cuál es el punto de referencia: las normas adoptadas originalmente en al menos algún momento de la historia de Roma, o en cambio la interpretación y estudio de las mismas desde su recepción medieval? Vale decir: cabe preguntarse si la alusión a una regla de Derecho en cuanto que regla “del Derecho romano” refiere dicha regla al Derecho vigente en Roma y en su Imperio hasta la desaparición del Imperio de Occidente, o bien a la “tradición romanística”, esto es, a la percepción y desarrollo durante la Edad Media y la Edad Moderna de las normas del Derecho romano, como resultan, fundamentalmente, de la Compilación Justiniana. Si se trata de lo segundo, la simple referencia al Derecho romano sería imprecisa (se impondría al menos una expresión del tipo “nor-

sino que tal defensa se ejerce a través de la acción general de defensa de la propiedad o reivindicatoria, establecida en el art. 348 del Código, achacándose la carencia de una referencia específica a la acción negatoria en él a causas de muy diverso tipo. Por este motivo, doctrina y jurisprudencia han solido encontrar en dicho artículo el fundamento para el ejercicio de una acción con esta finalidad y han ido perfilando y delimitando el régimen y particularidad de la misma. *Vid.* al respecto con bibliografía reciente Carmen Lázaro Guillamón, *La acción negatoria*, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2007, pp. 164 ss.; M^a del Rosario Díaz Romero, *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones. Especial referencia a la acción negatoria*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 91 s.; y con un enfoque sustancialmente propedéutico R. M. Menéndez y A. E. Vilalta, *La acción negatoria: servidumbres e inmisiones*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 7 ss. En el marco del Derecho foral, solamente Cataluña ha recibido la acción negatoria en su legislación, regulándola expresamente en la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio (sobre lo cual *vid.* M^a del R. Díaz Romero, *op. cit.*, pp. 101 ss.). Hace igualmente hincapié C. Lázaro Guillamón, *op. cit.*, pp. 33 ss., en la evolución del significado de la expresión *actio negatoria* durante el Derecho intermedio.

20 Puesto que hablar, en este caso, de “Derecho romano” implicaría, según lo antedicho, el afirmar una simplificadora continuidad perfecta entre el Derecho romano y el actual. Si el recurso a argumentos históricos por parte del Tribunal debe ir más allá de una referencia meramente cosmética, llevada a cabo sólo en orden a la aplicación de la solución moderna que parezca más oportuna al Tribunal según un razonamiento basado en las instituciones actuales, se impone un empleo riguroso de dicho recurso. Acerca de los problemas en torno a la continuidad o discontinuidad del Derecho en Europa, *vid.* A. Torrent, *Fundamentos del Derecho Europeo*, Madrid, Edisofer, 2007, pp. 327 ss. y, en especial, p. 332 s.

mas cuyo origen se remonta al Derecho romano”, expresión que, por lo demás, ha sido utilizada por el Tribunal anteriormente), y el Tribunal se encontrará en gran medida con el mismo problema con el que se encuentra al tomar como punto de referencia las legislaciones vigentes de los Estados miembros sobre cuestiones de Derecho privado, es decir, con la necesidad de determinar criterios de decisión uniformes que permitan la concreción de una determinada solución entre una diversidad de opciones posibles. Esta diversidad de opciones viene dada por el hecho de que la interpretación de los estudiosos medievales y modernos de las fuentes compilatorias que tienen que ver con una misma institución está, con frecuencia, lejos de ser unívoca y constante, variando según el momento científico, el punto de vista particular de cada intérprete e, incluso, el contexto nacional en el que éste desarrolla su trabajo. El desarrollo de la Ciencia del Derecho europea durante la Edad Media y la Edad Moderna se vertebra en torno al estudio de las fuentes compilatorias justinianeas, en una atmósfera doctrinal permeable a la mutua influencia entre juristas de distinta procedencia. Ahora bien, tan innegable es que los juristas europeos han estado históricamente, en términos generales, en contacto desde el punto de vista científico, como lo es que las desiguales circunstancias en las que éstos han trabajado supusieron distintas perspectivas, distintos objetivos y distintas conclusiones. Creo que esto es afirmable, en términos generales, tanto para un momento dado de la historia de la Ciencia del Derecho europea como para la evolución de la misma a nivel local. En definitiva, si bien el estudio del Derecho romano es un factor central en el devenir de la ciencia jurídica en Europa, la simple referencia aislada al mismo no es suficiente para identificar una regla del Derecho actual (el art. 949 del Codice civile italiano, el cual parece ser el punto de referencia del razonamiento del Tribunal) como proveniente de un fondo jurídico europeo “común”. Podemos tomar como ejemplo a este respecto una materia en la que el propio Derecho comunitario originario impone el recurso a “principios generales comunes”, como es la responsabilidad extracontractual.

En este campo la aplicación de principios generales del Derecho por parte del Tribunal se produce no en respuesta a lagunas de la regulación comunitaria o a la carencia de un engranaje suave entre la normativa nacional y la comunitaria, sino por prescripción del Tratado de las Comunidades Europeas²¹. Normalmente, el Tribunal ha remitido implícitamente a determinados puntos comunes de la normativa sobre responsabilidad extracontractual recogida en los códigos civiles de algunos Estados miembros por medio de la invocación del principio *alterum non laedere* (o *neminem laedere*) como base general de sus decisiones sobre la materia, hasta el punto de que éste suele ser el punto de partida en ellas²². Ahora bien, la evolución de la interpreta-

21 Concretamente, por su art. 288.2 TCE. Éste encierra una prescripción atípica desde el punto de vista de la técnica jurídica en general: una norma escrita ordena a un tribunal que se apoye exclusivamente en principios generales del Derecho para valorar un tipo concreto de situaciones jurídicas (si bien es cierto que un tipo amplísimo desde el punto de vista de la variedad de hechos jurídicos que es susceptible de comprender, como lo es el formado por la casuística encerrada dentro de los supuestos de responsabilidad extracontractual). Esta peculiaridad, entre otros motivos, ha hecho que muchos estudiosos del Derecho comunitario desconfiasen abiertamente de la norma establecida en este artículo; *vid.* al respecto Pérez López, “Más sobre el Derecho romano y el Derecho comunitario europeo”, *cit.*, pp. 837 ss. Con todo, creo que la norma establecida en el art. 288.2 TCE resulta adecuada en el contexto del Derecho comunitario, o al menos puede ser vista como una solución de compromiso imperfecta, pero necesaria (*vid. loc. cit.*, pp. 841 ss.).

22 Sobre todo, en el contexto de su jurisprudencia referida a la responsabilidad extracontractual de las instituciones de las Comunidades y de sus agentes en el ejercicio de sus funciones y, por ende, en el de la aplicación del art. 288.2 TCE, al que hemos aludido anteriormente. Entre la abundante jurisprudencia del Tribunal al respecto, podemos destacar en primer lugar los instrumentos relacionados con el asunto Grifoni, C-308/87 (tanto las conclusiones del A. G. Tesaro de 12 de diciembre de 1989, en *Recopilación*, 1990, I, pp. 1212 ss. como la sentencia del Tribunal de 27 de marzo de 1990, en *Recopilación*, 1990, I, pp. 1223 ss.), tratados por Knütel en “*Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*”, *cit.*, pp. 768 s. (mencionados igualmente por Rainer en “*Il Diritto romano nelle sentenze delle Corti europee*”,

ción del material compilatorio en torno a la problemática de la responsabilidad aquiliana en época medieval y moderna está lejos de ser un fenómeno insignificante, y ha sido el debate científico alrededor de dicho material, en cierta medida, el que ha marcado las diferencias existentes en las distintas regulaciones de la cuestión vigentes en los Estados miembros, y no solamente las particularidades en el devenir político e histórico de cada nación²³. Por ello, la definición exacta del punto de referencia científico en lo tocante a esta cuestión es necesaria si el recurso a este principio general del Derecho se quiere emplear de modo preciso. El problema que comentábamos antes para el caso de la *actio negatoria* se repite para la aplicación del principio *alterum non laedere*: el mero reenvío al Derecho romano resulta insuficiente, y el reenvío a la interpretación y empleo medieval y moderno de las fuentes romanas como origen de normas “comunes” no resulta, en este caso, menos impreciso por sí mismo: en efecto, la figura de la responsabilidad aquiliana o extracontractual rige en la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros, pero ha adquirido particularidades nacionales relevantes ya antes de la codificación y, posteriormente, ha sido fracturado en la mayoría de ordenamientos por una serie de medidas legales, generalmente no incorporadas a los Códigos, que exceptúan o contradicen la disciplina ordinaria o “tradicional” de la institución, recogida en éstos²⁴. Por ello, el necesario empleo por parte del Tribunal de un criterio histórico para verificar el carácter “común” de un principio general del Derecho está lejos de implicar una solución sencilla o automática, y el TJCE deberá aún aquilatar las bases de este empleo antes de que se establezca una solución satisfactoria²⁵.

Por lo demás, la interpretación según criterios históricos no se limita a la determinación de la aplicabilidad de unos u otros principios generales del Derecho a los casos que se presentan ante el TJCE: éste ha acudido a la interpretación según criterios históricos como vía de mitigación de las distorsiones provocadas por la transposición de la normativa comunitaria a múltiples idiomas en múltiples ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en las conclusiones del A. G. Jacobs de 22 de febrero de 2001 para el

cit., p. 46). Como ejemplo de decisiones recientes que responden al citado principio (formulado como *neminem laedere*) podemos poner la sentencia Ipsra del TPI de 30 de noviembre de 2005 (asunto T-250/02, en *Recopilación*, 2005, II, pp. 5227 ss.), que hace referencia a este principio como “principio común a los Derechos de los Estados miembros” en el párrafo 94 (*loc. cit.*, p. 5255), coincidiendo con la apreciación del mismo, si bien por motivos distintos, como aplicable al caso hecha por una de las partes en el párrafo 53 (*loc. cit.*, 5244), o las conclusiones presentadas ante el TJCE por el A. G. Geelhoed el 31 de enero de 2002 sobre el asunto C-334/00 (en *Recopilación*, 2002, I, pp. 7359 ss.), en las que el A. G. evalúa la aplicabilidad del principio *neminem laedere* a un caso de responsabilidad precontractual, negándola porque “...la responsabilidad precontractual [...] únicamente puede invocarse frente a alguien que tenga una relación especial con la víctima del daño” (párrafo 49 de las conclusiones, *loc. cit.*, p. 7372).

23 Acerca del cambio paulatino de significado de conceptos aplicados en época romana al ámbito de la responsabilidad aquiliana, *vid.* por todos M. F. Cursi, *Iniuria cum damno. Antiquiridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 29 ss.

24 Por ejemplo, en los casos bien conocidos de la normativa en materia de seguros y de responsabilidad del fabricante por los productos defectuosos, surgidos en un contexto económico y social muy distinto de aquél en que fueron alumbrados los Códigos europeos.

25 Lo cual forma parte del mecanismo normal de formación de soluciones jurisprudenciales, que lógicamente requiere tiempo y una variedad de casos presentados a la decisión del Tribunal, cuya labor, en el contexto de las instituciones comunitarias, se ve lastrada por la necesidad de construir desde cero una jurisprudencia sobre una base reciente y cambiante, como lo es el Derecho comunitario originario (y, no hace falta decirlo, el derivado). Por otro lado, el Tribunal (y sus A. G.), en sus intentos de hacer frentes a las lagunas de la normativa comunitaria, ha empleado criterios históricos de forma acertada; así, el A. G. Ph. Léger, en sus conclusiones presentadas al Tribunal el 12 de febrero de 2004 para el caso La Ramée, C 224/01, hace referencia al origen y evolución históricos del término “subrogación” precisamente para afirmar el cambio de significado que el término habría experimentado de Roma a nuestros días (en *Recopilación*, 2004, I, p. 7955, n. 13).

asunto del TJCE C-326/99, *Goed Wonen*²⁶, o, más recientemente, en las conclusiones del A. G. Póitres Maduro de 11 de enero de 2006 para el asunto del TJCE C-343/04, *ČEZ*²⁷. El A. G. lleva a cabo en estas últimas conclusiones una interpretación histórica y comparativista de los distintos regímenes de protección procesal de los derechos reales en los ordenamientos de los Estados miembros, con especial referencia a la acción negatoria (según la regulación expresa de ésta que aparece en los códigos austriaco, alemán e italiano), en contra de un argumento de parte que suponía la afirmación implícita de que “todas las acciones dirigidas a proteger la propiedad inmobiliaria frente a perturbaciones deben considerarse acciones personales”, consideración que el A. G. concluye como inaplicable a la acción negatoria. En este caso, no hay una referencia directa al Derecho romano como origen histórico de la disciplina actual de la así llamada acción negatoria en algunos Estados miembros, sino solamente al hecho de que la defensa del derecho de propiedad contra las perturbaciones de éste irrogadas por terceros mediante acciones reales y no personales es una “tradición jurídica consolidada” (pto. 59 de las conclusiones²⁸) en la que el Tribunal no puede inmiscuirse, y al hecho de que “tales conceptos jurídicos «arcaicos» del Derecho patrimonial y las acciones vinculadas a éstos, dirigidas a poner fin a una perturbación en la propiedad de un inmueble que no esté justificada por un derecho previo, existen y están sólidamente consolidados en algunos ordenamientos jurídicos europeos” (pto. 56 de las conclusiones²⁹). En este caso, se reconoce la relevancia de la raigambre histórica común de determinadas instituciones iusprivatísticas, sin entrar en detalle en la génesis y evolución de las mismas hasta las instituciones de derecho positivo. Ello permite el apoyar la adecuación del argumento histórico empleado más bien en la percepción general de los operadores jurídicos como “consolidada” o “tradicional” de una determinada institución. Un criterio práctico, puesto que evita posibles simplificaciones históricas y, al mismo tiempo, la excesiva prolijidad argumentativa que requeriría el fundar suficientemente una interpretación histórico-comparativista en el contexto de un instrumento procesal. Por supuesto, ello hace que el argumento pierda concreción y firmeza en su base. En los casos en los que se invoca un principio general del Derecho, como hemos visto, esto no sería posible al requerirse el fundar suficientemente el porqué del carácter “común” del principio general invocado (admitiéndose, eso sí, como fundamento suficiente la mención de su origen romanístico).

En cuanto a la percepción y alegación por parte de los justiciables del TJCE de reglas de Derecho derivadas del Derecho romano como principios generales del Derecho, éstas son una respuesta simétrica a la percepción y uso de las mismas por parte del Tribunal. O, dicho de otro modo, las partes, como es lógico, se adaptan a la jurisprudencia previa del Tribunal y tratan de invocarlas de manera que, previsiblemente, puedan ser apreciadas por el mismo en su favor. La alegación de reglas de Derecho de tradición romanística (o, de cualquier modo, de brocados medievales que dan cuenta de la interpretación que de las soluciones jurisprudenciales romanas hicieron los estudiosos y técnicos medievales) por las partes en los procesos dirigidos por el TJCE es casi obligatoria cuando el caso se centra en la responsabilidad extracontractual de los órganos de las Comunidades Europeas o de sus agentes en el ejercicio de sus funciones,

26 En *Recopilación*, 2001, I, pp. 6834 ss. En ellas el A. G. alude a los orígenes romanos del usufructo y a la proyección que ésta figura ha tenido en los ordenamientos nacionales de los distintos Estados miembros para responder a una cuestión prejudicial en la que se planteaba al Tribunal la valoración de la asimilación del arrendamiento al usufructo a efectos de aplicar una determinada norma nacional (ptos 49 ss. de las conclusiones, *loc. cit.*, pp. 6845 ss.).

27 En *Recopilación*, 2006, I, pp. 4559 ss.

28 *Recopilación*, I, 2006, p. 4575.

29 *Recopilación*, I, 2006, p. 4574 s.

puesto que así lo prescribe el mismo Derecho originario, como hemos visto. Más interesantes resultan las alegaciones realizadas por las partes fuera del ámbito antedicho, puesto que éstas indican las circunstancias, fuera de las prescritas expresamente, en que tales reglas de Derecho son aplicables como principios generales. En ocasiones las partes han alegado dichas reglas de Derecho como punto de apoyo en el Derecho comunitario para favorecer la inaplicación de disposiciones nacionales que irían en contra del espíritu de la normativa comunitaria, aún cuando no existiese norma comunitaria específica que permitiese inaplicar la norma nacional a evitar. Así, el TJCE, en su sentencia sobre el asunto C-177/95, de 27 de febrero de 1997³⁰, referente al embargo de las mercancías transportadas por un buque por parte de las autoridades nacionales de un Estado miembro en aplicación de normas comunitarias, desestimaba la aplicación del principio *nulla poena sine culpa* alegado por el armador del buque. El razonamiento jurídico que éste sostenía en la alegación desestimada por el Tribunal sostenía que la aplicación del embargo al buque por parte de las autoridades nacionales italianas implicaba una conculcación del principio *nulla poena sine culpa*, en cuanto que el embargo se había producido sin ser precedido por prueba alguna de la existencia de una falta por parte del propietario de la carga, lo cual conllevaría la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva por parte de dichas autoridades nacionales. La parte que presentaba la alegación antedicha empleaba el principio general del Derecho en ella invocado en ausencia de cualquier otra norma que respaldase o prohibiese la manera en que las autoridades italianas aplicaron el decomiso de mercancías contra el buque de autos en cumplimiento del Derecho comunitario. Llama la atención, en lo que a este trabajo interesa, cómo la parte trae a colación un principio general del Derecho como único fundamento de su alegación: ello presupone la confianza de la parte en la apreciación por parte del Tribunal de un argumento fundado exclusivamente sobre un “principio general común”. Como anticipaba antes, la conducta de parte se corresponde con la praxis del Tribunal: puesto que éste emplea los principios generales del Derecho como norma aplicable en ausencia de norma escrita, la parte, no encontrando sostén para sus pretensiones en la normativa escrita nacional ni comunitaria, acude a un principio general del Derecho fuera de los casos en los que el Derecho originario europeo prescribe éstos como aplicables.

En definitiva, podemos extraer dos conclusiones de lo antedicho acerca de la manera en la que el Tribunal y las partes conciben el uso procesal de los principios generales del Derecho y, más concretamente, de los principios generales del Derecho que se hacen derivar del Derecho romano o la tradición romanística. En primer lugar, y sobre todo, que fuera de los casos en los que el Derecho originario impone la aplicación de principios generales del Derecho, parece asentarse una tendencia al uso de éstos que recuerda al realizado por los tribunales nacionales de los Estados miembros (con la importante excepción de los países en los que rigen sistemas jurídicos de *common law*, como el Reino Unido o Dinamarca), en cuanto que se emplean dichos principios generales como herramienta complementiva del ordenamiento, esto es, como normas supletorias aplicables en caso de inexistencia de una norma expresa de referencia. En segundo lugar, que, con frecuencia, el ámbito en el que son invocados estos principios generales o, si se prefiere, el ámbito en que la inexistencia de normas de Derecho comunitario empuja a la búsqueda de soluciones casuísticas en estos principios generales, es el del Derecho privado³¹. Ahora bien, remiso como soy a la postergación de la interpretación

30 En *Recopilación*, 1997, I, pp. 1111 ss.

31 Es precisamente el carácter tangencial de una parte del Derecho derivado comunitario con cuestiones que atañen al Derecho privado (así las directivas en materia de protección al consumidor, seguros, contratos electrónicos, etc.) el que ha hecho sentir la necesidad de un conjunto de normas de Derecho privado que sirva de referencia a los órganos jurisdiccionales y legislativos europeos con la finalidad de superar la

histórica en un ámbito como el del Derecho europeo, en el que se hace particularmente necesario el empleo de argumentos históricos y comparatísticos para superar las dificultades que plantea la naturaleza especialísima del ordenamiento comunitario, no puedo dejar de señalar una cierta contradicción inherente al uso de estos criterios interpretativos como elementos identificativos de principios generales del Derecho con vistas a una aplicación de los mismos entendida en términos propios de la praxis jurisprudencial nacional de los Estados miembros. Esta contradicción viene determinada precisamente por el hecho de que el Tribunal haga uso de los principios generales del Derecho en modo similar a los tribunales nacionales. La interpretación histórica, en un contexto nacional, se proyecta fácilmente al ordenamiento positivo gracias a las exposiciones de motivos y actas de las comisiones redactoras de los distintos Códigos, así como al rastreo de las instituciones privatísticas preexistentes a éstos, presentes en el trabajo de los pensadores jurídicos medievales y modernos, que permite trazar una línea continua entre dichas instituciones y la normativa actual. Ahora bien, ¿cuáles son las circunstancias históricas de referencia del Derecho privado europeo, cuando no hay un *corpus* de normas comunitarias de Derecho privado? Más aún: si la interpretación histórica consiste en hallar un nexo entre el sistema normativo positivo y sus raíces históricas, ¿cómo es posible realizar un nexo entre estos dos elementos cuando uno de ellos (esto es, un sistema de Derecho privado comunitario) no existe? En los ordenamientos nacionales se presupone la coherencia entre los grandes principios consagrados en los Códigos y sus avatares precodiciásticos, coherencia que viene dada por la existencia de un fondo de instituciones privatísticas que, con pocas alteraciones, se mantuvo a lo largo de la Edad Media y la Edad Moderna desde el redescubrimiento en el siglo XI de las Pandectas de Justiniano en la corriente de pensamiento jurídico que denominamos *ius commune* y que, con las particularidades determinadas por la distinta evolución del pensamiento jurídico en cada nación, accedieron a los Códigos decimonónicos. Es esta coherencia la que da valor a la interpretación histórica como medio de aclaración de las normas positivas e, incluso, como medio auxiliar de integración de las lagunas del ordenamiento positivo. En la jurisprudencia del Tribunal a la que hemos hecho referencia se usa la interpretación histórica con un objetivo muy diferente, puesto que se busca con ella el apoyar la validez de las reglas iusprivatísticas que se quieren hacer valer en cada caso concreto, en cuanto que estas reglas no pueden encontrarse en el derecho positivo aplicable por el Tribunal. De esta manera, se parte del uso tradicional dado a los principios generales del Derecho en los ordenamientos jurídicos de *civil law* para llegar a una cierta distorsión de este mismo uso tradicional, puesto que las condiciones (únicas) del ordenamiento y la jurisdicción comunitarios implican al mismo tiempo: a) la ine-

problemática que se da en la creación y aplicación de normas comunitarias en dichos campos. Las diferentes vías por medio de las cuales se ha intentado (o, por mejor decir, se sigue intentando) construir este conjunto de normas de referencia marcan vías de aproximación al problema de diferente contenido y significado. Por un lado, la línea de trabajo conducente a la creación de un Código Europeo de Contratos parece intentar replicar, a nivel europeo, la organización de la normativa en materia de Derecho privado existente a nivel nacional en los Estados miembros con ordenamientos jurídicos de *civil law*. Por otro, la creación de un “Marco Común de Referencia” pretende la fijación de una serie de “conceptos y principios” sin poner el acento en el encuadramiento de éstos en un sistema cerrado. Ambas vías adolecen, al menos hoy por hoy, de muy graves dificultades para su seguimiento, si es que no de una absoluta imposibilidad. En el caso de la primera, y prescindiendo de las dificultades inherentes a la construcción de un Código privatístico válido para todos los Estados miembros (dificultades particularmente serias si tenemos en cuenta que la idea de Código es extraña a la tradición jurídica de algunos de los Estados miembros), se puede dudar de la conveniencia de acudir al propio concepto de Código cuando éste es objeto, desde hace muchas décadas, de una lenta y progresiva decadencia, que, sin embargo, no llega a determinar la superación del modelo codicístico (*vid.* por todos A. Torrent, *Fundamentos del Derecho Europeo*, *cit.*, pp. 62 ss.). Con respecto a la segunda vía, en la cual parecen centrarse en los últimos tiempos los esfuerzos de las instituciones comunitarias para solucionar la problemática en torno a la necesidad de emplear conceptos iusprivatísticos en la creación y aplicación de normas de Derecho comunitario, la tocaré a continuación.

xistencia de un sistema cerrado de normas de Derecho privado, motivo por el cual el recurso a los principios generales del Derecho como medio de integración de lagunas no es una excepción, sino prácticamente una regla en los casos en los que el Tribunal debe entrar necesariamente a pronunciarse sobre el fondo de cuestiones de Derecho privado (que, por lo demás, no son demasiados); b) la necesidad, contradictoria con lo afirmado en a), de juzgar sobre asuntos en los que tienen que ser dirimidas cuestiones que tienen que ver con instituciones de Derecho privado, como la responsabilidad extracontractual, el alquiler o las acciones de defensa de los derechos reales y personales. En estas condiciones, la mayoría de las veces en las que el Tribunal invoca un principio general del Derecho en el contexto de un asunto en el que deben dirimirse cuestiones de Derecho privado lo hace como medio indirecto de aplicar al caso en cuestión soluciones provenientes de uno u otro derecho nacional de los Estados miembros, y no lo hace ante la insuficiencia de las normas de Derecho privado aplicables al caso, sino ante la inexistencia de éstas en el ámbito comunitario.

Lejos de mí, por otro lado, criticar la labor del TJCE en este sentido. Lo cierto es que la injerencia de la normativa comunitaria en campos tocantes al Derecho privado determina la necesidad de introducir por alguna vía criterios de decisión utilizables por el Tribunal, y el camino más aceptable para ello parece ser, hoy por hoy, el recurso a los principios generales del Derecho, en ausencia de una solución técnicamente aceptable que pasaría o bien por prohibir la injerencia de la normativa comunitaria en cuestiones de Derecho privado incluso de manera indirecta o mediante directivas (cosa que evidentemente, en el punto en que nos hallamos del proceso de convergencia europea, cabe descartar), o bien por establecer de manera expresa mediante disposiciones suficientemente consensuadas un conjunto comunitario de reglas de referencia en el ámbito del Derecho privado que hiciese desaparecer la necesidad de proveer como soluciones casuísticas y bajo la capa de los principios generales del Derecho reglas propias de los derechos nacionales.

En los últimos años, ciertas medidas tomadas por las instituciones comunitarias para favorecer el proceso de armonización jurídico se han orientado a implantar una solución del segundo tipo en un ámbito parcial: particularmente, como es bien sabido, en el ámbito del derecho de obligaciones³². En la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeos, de 12 de febrero de 2003, titulada “Un derecho contractual europeo más coherente- Plan de Acción”³³, la Comisión hacía una sucinta referencia a los resultados de un proceso de consulta y debate que había impulsado en los meses precedentes acerca de la problemática que hacía surgir la incidencia de la normativa comunitaria en el ámbito del Derecho privado y, específicamente, en el campo de los contratos³⁴, proceso de consulta que tenía por finalidad precisamente el identifi-

32 Como muestra de ello, R. Zimmermann, en “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds. M. Reimann y R. Zimmermann, Oxford, University Press, 2008 (reed. de la 1ª ed. de 2006), pp. 540 ss., artículo dedicado, a la postre, al proceso de armonización en la vertiente incipiente del Derecho privado, centra su discurso muy preponderantemente en los esfuerzos y las posibilidades en la armonización del derecho de obligaciones. A duras penas parece necesario decir que es la especial relevancia para las relaciones económicas internacionales de este campo del Derecho privado la que ha motivado las distintas iniciativas de aproximación de las distintas legislaciones nacionales o, al menos, de determinación de unas reglas aplicables a los contratos privados acordados en un contexto internacional (cuyos resultados más notorios hasta el momento son la *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, resultado, sobre todo, de los esfuerzos del UNIDROIT y la UNCITRAL y los *Principles of the European Contract Law* elaborados, en el contexto comunitario, por la llamada “Comisión Lando”).

33 Esta comunicación, como subraya reiteradas veces en el propio texto de la misma la Comisión, tiene un carácter “consultivo”, esto es, la Comisión proponía líneas de actuación al Parlamento y al Consejo y requería una opinión de ambas instituciones acerca de las mismas.

34 La Comisión consultó a gobiernos de los Estados miembros, empresas, organizaciones de consumidores, profesionales de la justicia y profesores de Derecho.

car claramente dichos problemas y disponer medidas prácticas para paliarlos³⁵. Entre los problemas identificados se mencionaban determinadas incoherencias de la propia normativa comunitaria³⁶. Dentro de la enumeración de estas incoherencias, se hacía hincapié en el uso promiscuo, siempre por parte de la normativa comunitaria tangente al campo de los contratos privados, de términos técnico-jurídicos abstractos, tan generales como “contrato” o “daño” o tan concretos como “remuneración equitativa” o “uso fraudulento”.

Estas expresiones aparecerían insuficientemente definidas por la propia norma en la que éstas eran empleadas, o bien serían definidas por una norma comunitaria en la que eran empleadas y no por otras, lo cual planteaba ulteriores problemas de difícil solución. Concretamente, la disyuntiva entre la inaplicación de la definición de un concepto aparecida en una norma comunitaria al mismo concepto aparecido en una norma comunitaria distinta, lo cual dejaría intacta la incertidumbre en torno al uso del concepto en esta última, o bien, en cambio, la extensión de la definición de un concepto aparecida en una norma comunitaria a otras normas comunitarias en las que el mismo concepto aparecía sin definir. Como es lógico, ambas opciones eran susceptibles de provocar distorsiones al ser transpuesta la norma en los ordenamientos nacionales.

Con respecto a la solución de estos y otros problemas recogidos en la Comunicación, y contando con las respuestas de los profesionales, académicos y entidades consultados, la Comisión proponía dos líneas de actuación: una, “mejorar la calidad del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual”; dos, “promover la creación de cláusulas contractuales tipo de ámbito comunitario”. Dentro de esta primera línea de actuación, se preveía la creación de un “Marco Común de Referencia que establezca principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo”.

Posteriormente, la Comisión impulsó las reflexiones sobre el “Derecho contractual europeo” cuyo objetivo era crear foros de debate en torno a este “Marco Común de Referencia” en los que se recogieran las aportaciones de distintos operadores jurídicos para su elaboración. Las comunicaciones dirigidas posteriormente por la Comisión al Parlamento y al Consejo, informando anualmente de los resultados obtenidos al respecto, tanto acerca de la mejora de la normativa comunitaria tangente con el Derecho de contratos en general como acerca del desarrollo del “marco común de referencia” en concreto revela que la elaboración de este último se ha enfocado prevalentemente en ciertos campos y que el planteamiento de los trabajos es claramente sectorial³⁷. Esta

35 Dicho proceso de consulta había surgido de una acción anterior de la Comisión, recogida en una Comunicación sobre Derecho Contractual Europeo, dirigida al Parlamento y al Consejo, de 11 de julio de 2001.

36 Por ejemplo, la divergencia en el contenido de Directivas aplicables a una misma situación comercial (y consiguiente aparición de contradicciones entre las normas que éstas pretendiesen establecer), la contradicción surgida en la aplicación de distintas normas de ámbito europeo (como Directivas y Tratados internacionales referidos al Derecho privado) o la presencia de planteamientos legislativos distintos dentro del contenido de una misma Directiva, con el uso de términos técnicos diferentes para describir una misma situación, con la incertidumbre que ello generaba en la transposición a los distintos derechos nacionales de los mismos, en función del valor que el legislador nacional diese a la diferencia terminológica al interpretar la Directiva para transponerla (párrafos 14 ss. de la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 12 de febrero de 2003).

37 Comunicaciones de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de octubre de 2004, de 23 de septiembre de 2005 y de 25 de julio de 2007. Si el “marco común de referencia” tiene como objetivo el favorecer la coherencia en la normativa comunitaria y el evitar contradicciones en ésta, el construirlo por tramos parciales no parece la mejor manera de hacerlo, puesto que esas exigencias requieren, precisamente, una visión de conjunto. Percibida la idea de Código Europeo de Contratos como solamente realizable a largo plazo por las partes interesadas en el proceso de debate impulsado por la Comisión (v. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 12 de febrero de 2003), la creación de un “marco común

forma de plantear los trabajos, desde mi punto de vista, parece insuficiente si el objetivo último es fomentar la coherencia de la normativa comunitaria.

Y, sin embargo, los resultados de los trabajos en torno al “Marco Común de Referencia”³⁸, planteados inicialmente de manera más amplia³⁹, se han circunscrito posteriormente de forma predominante al “Derecho contractual en materia de consumo”, campo al que se ha dado formalmente prioridad en los trabajos de elaboración del “marco común de referencia”⁴⁰, mientras que los trabajos que no han estado centrados en este ámbito han asumido mayoritariamente una óptica siempre compartimentada y sectorial⁴¹.

En este sentido, la organización de los trabajos por parte de la Comisión parece basarse en motivos de utilidad inmediata, al iniciarse la elaboración del “Marco Común de Referencia” precisamente por los campos en los que existe mayor regulación comunitaria a través de directivas⁴². Ello no quiere decir que los agentes implicados en la el-

de referencia” tendría la ventaja, como estrategia de armonización, de que permitiría establecer criterios uniformes para la creación y aplicación de normativa comunitaria de manera rápida y flexible (algo que, evidentemente, un Código no podría aportar) y, al menos en teoría, permitiría retener la perspectiva de conjunto y sistemática que constituiría la ventaja principal de un Código. Cuando la tarea se plantea desde una perspectiva parcial, sectorial, esta ventaja desaparece, y la elaboración del “marco común de referencia” pierde su razón de ser.

38 Organizados en torno a proyectos de investigación financiados por la Unión Europea y llevados a cabo por investigadores universitarios, que tendrían por objeto organizar, a su vez, las aportaciones de empresas, profesionales del Derecho, profesores universitarios y de las propias instituciones comunitarias al debate sobre la elaboración del propio “marco común de referencia”, por un lado, y por otro integrarlas en normas y principios incluibles dentro del “marco común de referencia” en sí (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de octubre de 2004, titulada “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”, apartado 3).

39 Tal y como se deduce del esquema del “marco común de referencia” propuesto en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de octubre de 2004.

40 Las cuestiones a debatir en la elaboración del “Marco Común de Referencia” se agruparon en tres categorías a efectos de organización del trabajo: cuestiones relativas a la “revisión del acervo”, es decir, “cuestiones de Derecho contractual tratadas directamente en el acervo comunitario en materia de consumo” (suponemos que esta expresión se refiere al tratamiento de normas y expresiones técnicas ya existentes y en uso en la normativa comunitaria que incide sobre cuestiones contractuales en materia de consumo); cuestiones “directamente pertinentes”, que se centrarían en “conceptos de Derecho contractual nacional que se suponen parte del acervo de la UE actualmente en vigor” (siempre en materia de contratos y consumo); y, por último, cuestiones relativas al “contexto esencial”, es decir, “cuestiones de Derecho contractual que ofrecen un contexto esencial en el que deben considerarse las disposiciones del acervo de la UE”. La mecánica adoptada para el tratamiento de estos tres tipos de cuestiones fue la de debatir prioritariamente las cuestiones relativas a la “revisión del acervo” y después, si quedaba tiempo, las “directamente pertinentes”. Respecto al “contexto esencial”, su finalidad era “principalmente informativa” (Informe de la Comisión de 25 de julio de 2007, “Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia”, apartado 2, titulado “Nueva priorización de las cuestiones de Derecho contractual en materia de consumo”). Ahora bien, da la sensación de que esta mecánica de trabajo es susceptible de provocar las mismas incoherencias en el “Marco Común de Referencia” que éste tendría por objeto, precisamente, evitar: al seguirse una metodología de trabajo que va de lo específico y sectorial a lo general y fundamental se corre el riesgo de encontrarse con la imposibilidad de conciliar los resultados alcanzados en primera instancia en un “Marco Común” sistemático.

41 Así, de los once talleres de elaboración del “Marco Común de Referencia” de los que se da cuenta en el Informe de la Comisión de 25 de julio de 2007, seis de ellos estaban centrados en “Derecho contractual en materia de consumo” y, de entre los otros cinco (referidos, respectivamente, a “Contenido y efectos de un contrato”, “Problemas relacionados con el comercio electrónico”, “Autoridad de los agentes”, “Estructura del Marco Común de Referencia” y “Seguros”), solamente dos eran susceptibles de engranar en una perspectiva de conjunto sus resultados (“Contenido y efectos de un contrato” y “Estructura del Marco Común de Referencia”).

42 La normativa comunitaria incide más, como es lógico, en los puntos en los que la libre circulación de personas y capitales produce más distorsiones o desigualdades en el funcionamiento de los contratos o en cuestiones relacionadas: así la protección al consumidor, el comercio electrónico o los seguros, materias tratadas en los talleres mencionados. Evidentemente, es en estos campos en los que existe una mayor urgencia en fijar un marco de referencia sólido; pero el primar las cuestiones urgentes puede crear dificultades a largo plazo si lo que se intenta es establecer un “Marco Común de Referencia” omnicompreensivo y con vocación de estabilidad.

boración del “Marco Común de Referencia” hayan operado con cortedad de miras, esto es, tratando dichos problemas sectoriales como si perteneciesen a campos dotados de herramientas conceptuales autosuficientes y susceptibles de ser entendidos por sí mismos; como no podía ser de otro modo, la necesidad de reenvío a conceptos y herramientas relativos a otros sectores del Derecho privado en general ha sido tenida en cuenta por dichos agentes⁴³. Por lo demás, la propia naturaleza de la iniciativa de la Comisión imponía ya, como es lógico, unos límites al alcance y extensión de los trabajos del grupo de académicos; acerca de los mismos parece oportuno reenviar simplemente a la introducción de la publicación de los resultados parciales de los trabajos, suficientemente aclaratoria al respecto⁴⁴. Una precisión no llevada a cabo en ella, sin duda por resultar obvia debido a la naturaleza y procedencia de la iniciativa política que sirve de punto de partida y guía a los trabajos, es que los principios, definiciones y reglas modelo hasta ahora publicadas parecen estar dirigidas sobre todo al ámbito de la contratación en la que al menos una de las partes sea una empresa, según resulta de una mera aproximación ya sea al índice de las materias cuya regulación se bosqueja en el borrador (muy particularmente en el libro IV del mismo, en el que se proveen “reglas modelo” para tipos contractuales específicos⁴⁵), ya sea al contenido específico de las reglas y principios recogidos⁴⁶. No cabe sorprenderse: la mayor parte de los contratos con los que

43 Acerca de la evolución de los trabajos llevados a cabo por dichos agentes, podemos acudir a las declaraciones de los propios implicados en ellos. Ch. Von Bar, en su conferencia pronunciada en Trier el 19 de septiembre de 2007, titulada *An introduction to the Academic Common Frame of Reference* (pendiente de publicación, hasta donde se me alcanza, pero disponible para su consulta en el sitio web de la Europäische Rechtsakademie de Trier, www.era.int), subraya que en los trabajos llevados a cabo por el grupo de académicos seleccionado para su participación en la elaboración del MCR se han traspasado los límites del derecho de contratos para entrar en el de las obligaciones no surgidas de contratos (en la expresión anglosajona usada por el conferenciante, *non-contractual obligations*; en efecto, en los libros V a VII, ante todo, del borrador de proyecto “académico” de MCR, sobre el cual *vid.* nota siguiente, aparecen recogidas estas *non-contractual obligations*) e, incluso, en cuestiones incidentales pertenecientes al campo de los derechos reales. Eso sí, al mismo tiempo el conferenciante subrayaba la “falta de restricciones” en el alcance de los trabajos llevados a cabo por el grupo de académicos, “restricciones” que, en cambio, sí podrían estar presentes en el proyecto de MCR propiamente dicho. Ello arroja dudas, cuando menos, acerca de la inclusión dentro de un hipotético MCR que reciba la aprobación política de la Comisión Europea y, posteriormente, del Parlamento Europeo de materias que no interesen directamente a la normativa comunitaria en vigor.

44 *Vid. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition, cit.*, pp. 3 ss., en que se hace referencia a la iniciativa política en la que se encuadra el Proyecto de Marco Común de Referencia, el carácter de *outline* (“bosquejo”) de la publicación, su carácter estrictamente académico (al menos por el momento) y los objetivos del mismo.

45 Los contratos específicos en cuya regulación se entra en detalle en el libro IV del *DCFR (Book IV: Specific contracts and the rights and obligations arising from them)*, en *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition, cit.*, pp. 191 ss., son los siguientes: compraventa de bienes muebles; algunas variantes del arrendamiento (*lease, services, construction, processing, design, information and advice*), de entre las cuales todas menos la primera parecen concebidas con vistas a regular específicamente la prestación de servicios por parte de empresas; una figura contractual referida a la provisión de tratamiento médico (*treatment*); mandato; agencia, franquicia y distribución, a los que se dedica una larga parte del libro; y fianza. Obviamente, he traducido libremente muchos de los términos jurídico-técnicos ingleses empleados para la descripción de los contratos en cuestión: aunque en el encabezamiento de cada parte del libro se provee de una definición para cada uno de ellos, probablemente los términos anglosajones han sido escogidos por la especial proximidad de la figura descrita por el vocablo técnico empleado en el derecho inglés con cada institución que las “reglas modelo” contenidas en el *DCFR* pretenden disciplinar; puede verse, sin lugar a dudas, la voluntad de los redactores de éste de integrar las peculiaridades de esta tradición jurídica en él en la inclusión, al final del proyecto, de un largo libro X dedicado al *trust*, institución jurídica anglosajona que, como es bien sabido, es particularísima de dicha tradición jurídica y no encuentra parangón alguno en los ordenamientos jurídicos del *civil law*.

46 Resulta visible la especial orientación al ámbito de la contratación entre empresas en el capítulo 3 del libro II del *DCFR*, que tiene que ver con los deberes especiales de información a la contraparte por parte de las empresas (*bussiness*), en las provisiones especiales contenidas en el capítulo 4 del libro II en lo que se refiere al perfeccionamiento del contrato por parte de empresas, en aquéllas contenidas en el capítulo 5

podría tener que ver, hoy por hoy, la normativa comunitaria o el desarrollo de la misma, tienen que ver con el ámbito empresarial, bien por la relevancia de la normativa comunitaria en materia de protección al consumidor (reflejada en la abundancia de reglas en el proyecto de MCR relativas a la misma) y de regulación de la competencia, bien por la problemática de la contratación entre empresas afincadas en distintos Estados de la Unión. Muchas reglas concretas y amplias partes del proyecto de MCR no tienen que ver con la actividad empresarial, conteniendo reglas tendencialmente aplicables a toda relación entre particulares; pero buena parte de las reglas más específicas contenidas en el proyecto parecen tener que ver en gran medida con ella. Esto no puede sorprender, teniendo en cuenta que la normativa europea que afecta al campo del derecho de contratos, cuya necesidad de racionalización ha sido, como hemos visto ya, uno de los motivos fundamentales para la iniciativa de construir un “marco común de referencia”, afecta a áreas tales como la protección al consumidor, y que la contratación internacional entre empresas afincadas en Estados de la Unión Europea y con las instituciones comunitarias, campos que interesan a la normativa comunitaria y a la actividad del Tribunal, tendrán como protagonistas, con mayor frecuencia, a la empresa privada⁴⁷.

Dejando a un lado la valoración del método seguido para la elaboración del “Marco Común de Referencia” y de su resultado, el carácter aún larvario del texto desde el punto de vista político sigue dejando en manos de las jurisdicciones nacionales y, sobre todo, del TJCE, la compleja tarea de interpretar y aplicar el Derecho comunitario de forma coherente. También (al menos, por el momento) en materia de contratos. A falta de un encuadramiento sistemático completo de la normativa comunitaria en materia de contratos, el Tribunal se sigue viendo forzado a buscar criterios interpretativos en los principios generales del Derecho. La aplicación fuera de los casos en los que las normas comunitarias prevén expresamente su aplicación podría resultar aceptable sobre la base de dos motivos de importancia fáctica: uno, que la jurisprudencia comunitaria no solamente ha aplicado, sino incluso creado principios generales del Derecho con ante-

del mismo libro que se refieren a la retirada de un contrato por parte de un consumidor, en las provisiones contenidas en el capítulo 9 del mismo libro relativas a la valoración de las declaraciones precontractuales de las empresas (II.-9.102), así como, en la sección IV del mismo capítulo, en las referidas a las “cláusulas abusivas” (*unfair terms*), en que se distinguen varios contenidos de la expresión según ésta se aplique a un contrato cuando ninguna de las partes sea una empresa, cuando se contrate entre empresa y consumidor y cuando se contrate entre empresas (entre otras disposiciones, dentro de la misma sección, orientadas a la defensa del consumidor: *vid.* II.-9.402 ss.). En el capítulo III del libro III hay alguna regla especial aplicable a la relación entre empresa y consumidor en su primera sección (III.-3.108), mientras que en la sección séptima del mismo capítulo se recogen reglas especiales para la determinación de los intereses de demora en contratos comerciales (III.-3.710), así como una regla especial referida a las “cláusulas abusivas” referidas a los intereses de demora que favorezcan a una empresa como parte en el contrato (III.-3.711). En el libro IV, en el que se recogen “reglas modelo” para tipos específicos de contrato, aparte de la construcción de algunos de dichos tipos en torno al ejercicio de una actividad empresarial, como ya hemos visto, aparecen con frecuencia reglas orientadas a la ampliación de la cobertura de las disposiciones del libro a la actividad empresarial (como en la regla IV.A.-1.101, aptdo. 2) o, en todo caso, a la regulación especial de determinados particulares del contrato cuando una o ambas partes sean empresas (o cuando, por el contrario, no lo sean, quedando exceptuadas de la aplicación de determinadas reglas: así en IV.A.-4.202), y muy especialmente cuando la contraparte de una empresa sea un consumidor (así en IV.A.-1.204, en IV.A.-2.202 aptdo. 3, en IV.A.-2.303, IV.A.-2.304, IV.A.-2.307 aptdo. 2, IV.A.-2.307 aptdo. 3, IV.A.-2.308 aptdos. 2 y 3, IV.A.-2.309, IV.A.-4.101, IV.A.-4.201, IV.A.-5.103, etc.). No pretendemos aquí elencar exhaustivamente las disposiciones del libro IV dirigidas específicamente al ámbito de la contratación en la que al menos una de las partes es una empresa: basta, por lo demás, con una lectura de las reglas en él contenidas para confirmar la abundancia de aquéllas. En los libros V a VIII y X hay pocas reglas que parezcan dirigirse a dicho ámbito en concreto, recogiendo algunas sólo en el libro IX, tocante a las garantías reales sobre bienes muebles.

47 Por otro lado, no parece previsible a corto plazo que los Estados miembros (y los habitantes de éstos) acepten la intromisión de la normativa comunitaria en la regulación básica de las relaciones jurídico-económicas básicas entre personas físicas, ámbito todavía reservado mayoritariamente, en los países de la “Europa continental”, a los códigos nacionales y, en todo caso, a las “leyes especiales” que tocan a dicho ámbito.

rioridad (de este modo, no se trata de un mecanismo ajeno ni al funcionamiento de la jurisdicción comunitaria ni al desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario en sí⁴⁸); dos, que la función completiva de los principios generales del Derecho en los ordenamientos nacionales hace que éstos parezcan un instrumento de lógica aplicación en el campo del ordenamiento comunitario, que siendo un ordenamiento “en construcción” presenta grandes lagunas que colmar.

Ahora bien, esta justificación resultaría en exceso reduccionista: ambas afirmaciones dejan fuera matices *de iure* o *de facto* que deben por fuerza ser tomados en consideración. En cuanto a la primera de las dos, la consolidación de criterios interpretativos o “principios generales” *ex novo* estuvo justificada, en el caso de los “principios generales del Derecho comunitario”, por el carácter particularísimo de las Comunidades Europeas, que, como fenómeno jurídico, eran un ente peculiar y difícil de definir; además, podría aducirse que la incidencia en la soberanía legislativa de los Estados miembros de la generación jurisprudencial de los “principios generales del Derecho comunitario”, enfocados al funcionamiento de las propias instituciones comunitarias y al equilibrio sistemático de sus normas rectoras, tiene un impacto menor para los ordenamientos jurídicos nacionales que el que pueda tener la selección de principios generales del Derecho privado tomados de determinados derechos nacionales en la actividad del TJCE. En cuanto a la segunda, la función completiva de los principios generales del Derecho tal y como éstos vienen siendo utilizados en los tribunales nacionales implicaría la existencia previa de un conjunto sistemático de normas con vocación de completitud del que los principios generales son deducidos, si asumiésemos una óptica positivista, o, tomando una óptica histórica, un acervo de normas históricas de autoridad generalmente aceptada. Siendo el ordenamiento comunitario un ordenamiento aún incompleto desde el punto de vista sistemático (si tomamos como referencia los ordenamientos nacionales), batido sobre el yunque de las vicisitudes coyunturales de las políticas nacionales de los Estados miembros y limitado en su expansión por la agónica necesidad de consensos políticos internacionales, parece difícil acogerse al ideal kelseniano de deducción de los principios generales a partir de un sistema cerrado y autosuficiente. Más aún: puede ponerse en duda que dicho esquema (que ya es posible considerar como “tradicional”) sea un ideal adecuado al que tender en el proceso de armonización jurídica. En cuanto a la búsqueda de un acervo de normas histórico de autoridad atendible en el contexto comunitario, ya hemos tocado algunos de los problemas que plantea. Con todo, no cabe duda de la relevante utilidad potencial de la interpretación histórica en dicho contexto (no solamente por parte del TJCE y de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, sino también en la transposición e interpretación de la normativa comunitaria por parte de las instancias correspondientes en los diversos Estados miembros), como ha sido señalado ya con alguna frecuencia⁴⁹. Ahora bien, si el Tribunal quiere apoyarse en argumentos históricos sin que éstos aparezcan como una mera forma de aplicar soluciones tomadas de normativas nacionales determinadas a los casos que se le presentan, es necesario o bien crear *ex ovo* un conjunto de reglas comunitarias inspirado claramente en una tradición jurídica europea a la que el Tribunal pueda reenviar tal tipo de argumentos, o bien (lo cual no parece una solución políticamente aceptable) conferir al TJCE de manera expresa (por medio de una reforma del Derecho originario, por ejemplo) la atribución que éste viene, como se ha visto, ejer-

48 Se trata de los conocidos “principios generales del Derecho comunitario” que, surgidos en la actividad jurisprudencial del Tribunal, han terminado por incorporarse al Derecho originario, al ser incluidos en la Primera Parte del Preámbulo del Tratado de la Comunidad Europea, titulada “Principios” (arts. 1 a 16 del TCE).

49 *Vid.* al respecto C. Baldus y F. Vogel, “Metodología del Derecho privado comunitario: Problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica” (trad. de F. J. Andrés Santos), en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 10, 2006, pp. 77 ss., y la bibliografía allí referida.

ciendo ya *de facto*, esto es, la aplicación a cada caso concreto en el que se diriman puntos de Derecho privado de soluciones propias del Derecho nacional, ya sea según criterios tasados expresamente afirmados en la norma de conferimiento de dicha atribución, ya sea que se deje la determinación de estos criterios al arbitrio del Tribunal, con el límite del respeto al resto de disposiciones comunitarias (como hasta el momento). Por supuesto, una solución de este género implicaría la puesta en manos del Tribunal de un instrumento de incidencia en los derechos privados nacionales susceptible de hacer surgir lógicas suspicacias, al poder percibirse tal solución como una cesión tácita de soberanía en detrimento de los Estados miembros y en beneficio de las instituciones comunitarias⁵⁰. De tomarse tal óptica, cabría preguntarse si el mantenimiento de la situación actual de invocación por parte del Tribunal de principios generales del Derecho privado tomados, al fin y a la postre, de los ordenamientos nacionales caso por caso sin basarse en una norma de derecho originario que le atribuya específicamente tal prerrogativa no resulta aún menos deseable⁵¹, por más que el impacto de la jurisprudencia del TJCE en la aparición de nuevas normas jurídicas sea limitado⁵².

50 Hace ya algunos años, L. Capogrossi Colognesi, en “I fondamenti storici di un Diritto comune europeo”, en *Index* 30 (2002), pp. 163 ss. y particularmente, pp. 169 ss., expresaba sus dudas acerca de la conveniencia de dejar en manos de los órganos jurisdiccionales de la Unión en general y del TJCE en particular la tarea de interpretar el Derecho comunitario originario y, sobre todo, la conformidad de los ordenamientos jurídicos nacionales con éste, a propósito de la “Declaración de Niza”, puesto que el Tribunal, en cuanto que órgano comunitario, podría llevar a cabo una interpretación de tal conformidad en exceso ... “*creativa*” e *innovativa*, a costa de los ordenamientos nacionales.

51 Desde luego, la creación *de facto* de normas jurídicas a partir de la jurisprudencia del Tribunal no resulta desconocida ni extraña, desde el punto de vista de las fuentes materiales del Derecho, para los juristas británicos. Es así como ya S. B. Marsh y J. Soulsby, en *Outlines of English Law*, 5ª ed., Londres, McGraw-Hill, 1990, p. 82, entendían (según mi entender, sin asomo de criticismo) el *case law* como una de las fuentes del Derecho comunitario: *The powers and jurisdiction of the Court of Justice to ensure the observance of Community law have already been outlined. In so doing it is necessary for the Court to interpret ‘statutory’ provisions and from this rules of ‘law’ may emerge. In accordance with the normal continental approach the Court has no law-making powers and there is no doctrine of binding precedent. Nevertheless, through interpretation –and there is considerable scope for this since the Treaties are widely drafted– a body of rules is emerging in the Court’s judgments which has a strongly persuasive influence. Previous decisions of the Court are cited in argument and even in judgments and, while decisions are not based on these precedents, the desire for consistency does lead to their being given some weight.* Por lo demás, es obvio que la aceptabilidad técnica en abstracto de tal creación de normas por vía jurisprudencial dista mucho de la aceptación de una capacidad de creación de normas de Derecho privado en concreto por parte del Tribunal.

52 Subraya su escasez e inadecuación para la producción de efectos relevantes en el proceso de armonización jurídica en materia de Derecho privado Zimmermann, en “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, *cit.*, p. 545.