

# *La contratación mercantil en la normativa "supranacional": exposición del Derecho Unificado y Comunitario*

Vicente M. Mambrilla Rivera

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Facultad de Económicas

de la Universidad de Valladolid

## 1. INTRODUCCION

Las profundas transformaciones socioeconómicas que el mundo viene experimentando en los últimos tiempos, han provocado la aparición de nuevos fenómenos que tienen una innegable repercusión en la esfera jurídica tanto del Derecho Público como del Derecho Privado y que implican la necesidad de adecuar las normas jurídicas a la realidad de nuestro tiempo<sup>1</sup>. En este contexto, resulta obvio el protagonismo alcanzado por las relaciones económicas dentro del marco más amplio de las relaciones sociales: la posición dominante de las grandes empresas en diferentes segmentos del mercado así como el creciente intervencionismo del Estado en la regulación y control de las actividades económicas privadas, son factores que han venido a incidir, de forma directa, en la desestabilización de los principios y estructuras jurídicas que podrían denominarse "clásicos". Uno de estos dogmas del Derecho Privado, que informa el modelo contractual de numerosos ordenamientos legislativos, es el principio de "autonomía de la voluntad", en cuya virtud la voluntad individual, libre y conscientemente emitida, es la fuente primaria de las obligaciones. Sin embargo, hace muchos años que este principio se encuentra en crisis. La racionalización y coordinación de las diversas técnicas de distribución, así como la producción en masa o en serie, características de

nuestra época (HECK-JASPERS), han provocado la expansión de las Condiciones Generales de la Contratación, lo que a su vez ha impulsado a los diversos legisladores, nacionales y "supranacionales" a abordar la tarea de uniformar las relaciones jurídicas contractuales, sobre todo en el terreno empresarial<sup>2</sup>. En abierto contraste con esta situación, justo es reconocer que hace bastantes años que asistimos a un proceso de "reducción" del ámbito de aplicación del contrato. En efecto, aun admitiendo el importante rol que en el concreto terreno de las relaciones económicas cumple la figura del "contrato", sin embargo se requiere la puesta en práctica de "una importante labor de depuración, dirigida a instalar en el sitio que les corresponde todas aquellas situaciones paracontractuales que hoy, sin embargo, habitan en su solar"<sup>3</sup>.

También se ha destacado por la doctrina científica la "dirección socializadora o socializante" ("Sozialmodell") que los legisladores nacionales vienen sistemáticamente aplicando a la regulación de la materia contractual. Con la loable finalidad de dismunir el desequilibrio que se produce en aquellos casos en que la libre voluntad de las partes no puede considerarse como satisfactoria "a efectos de la libre composición de intereses" (máxime en las situaciones de desigualdad económica entre los sujetos intervinientes), los legisladores nacionales y supranacionales han tratado de conseguir, mediante el establecimien-

to de normas imperativas, un equilibrio idóneo de las prestaciones contractuales. Los principales esfuerzos se han desplegado en relación con la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios<sup>4</sup>. La preocupación por brindarles un "elevado nivel de protección", como parte más débil de las implicadas en el contrato, constituye un principio básico que, como tendremos ocasión de comprobar, debe informar toda la producción legislativa en el ámbito de la Comunidad Económica Europea.

Todas las diversas modalidades de circulación de bienes y servicios, coordinadas en el tráfico en masa de la empresa, tienen en el "contrato" (y también en los tradicionales "títulos-valores", o "valores" simplemente) uno de sus principales instrumentos de actuación. Ya GARRIGUES señalaba cómo "los actos mercantiles más importantes y más frecuentes son los que engendran obligaciones. Por esta razón, el Derecho Mercantil es predominantemente un Derecho de obligaciones..."<sup>5</sup>. La actividad comercial, como actividad esencialmente mediadora, tiende a facilitar el intercambio de bienes, derechos y servicios entre los distintos operadores que intervienen en el mercado. En los sistemas basados en la idea de libre cambio o de libre comercio, los agentes económicos tienen la posibilidad de decidir, dentro del marco cada vez más restringido de la autonomía de la voluntad, qué tipo de instrumentos son los más idóneos en orden a la satisfacción de sus particulares intereses. Como ya indicábamos antes, tales instrumentos se reconducen básicamente a la figura del "contrato", hasta el punto de llegarse a afirmar que éste "es el presupuesto inexcusable de la tutela jurídica del tráfico"<sup>6</sup>.

En nuestro Ordenamiento Jurídico Privado, dada la decotomía existente entre Derecho Civil y Derecho Mercantil, la mayor parte de las figuras contractuales reguladas por el vigente Código de Comercio de 1885, también fueron objeto de consideración en el texto articulado de nuestro Código Civil. No obstante, puede afirmarse que la función prioritaria del contrato, cual es la de coadyuvar a la circulación de los bienes económicos<sup>7</sup> es común al tráfico negocial civil y mercantil. Tal vez sea éste uno de los motivos por los que nuestro legislador mercantil estimó aplicable

la teoría general del contrato contenida en el Código Civil a la contratación mercantil<sup>8</sup>, si bien, exigencias propias del tráfico comercial determinaron la introducción en el propio Código de Comercio de algunas normas especiales tendentes a garantizar el exacto cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato (artículos 51, y ss. del CCo).

Llegados a este punto, sería conveniente abordar con la debida atención el fundamento de la distinción existente en nuestro Derecho entre contratos civiles y mercantiles, lo que cae fuera de los límites propios del presente trabajo. Sin embargo, tal vez sea procedente recordar que nuestro Código de Comercio carece de un criterio unitario de diferenciación, manejando elementos de distinta índole a la hora de calificar un contrato como mercantil<sup>9</sup>. Consecuencia lógica de todo ello es la presencia de graves inconvenientes interpretativos, así como la existencia de graves obstáculos para las exigencias propias de la seguridad jurídica<sup>10</sup>.

A manera de resumen y sin entrar en otras consideraciones que serían de rigor, es admitido con generalidad por la doctrina científica la consideración como "contratos mercantiles" de todas aquellas relaciones contractuales que sean consecuencia del ejercicio de una actividad constitutiva de empresa<sup>11</sup>.

Tradicionalmente la contratación privada y, dentro de ella la específicamente mercantil<sup>12</sup>, constituye uno de los instrumentos jurídicos más proclives a la influencia de las prácticas llevadas a cabo en el mercado por los agentes económicos. Tal circunstancia ha provocado un continuo proceso de cambio y, consiguientemente, un reciclamiento sistemático de los distintos mecanismos contractuales a fin de conseguir su necesaria adaptación a las cada vez más fluctuantes circunstancias económicas. El grado de desarrollo alcanzado por las técnicas de producción, transformación y sobre todo en los procedimientos de mediación y distribución de bienes y servicios con destino al mercado, no sólo ha traído consigo profundas alteraciones en las estructuras de las relaciones jurídico-contractuales clásicas, sino que también ha supuesto el nacimiento de nuevas figuras negociales en el tráfico económico<sup>13</sup>. Ya hace tiempo que GIRON TENA apuntaba

cómo el progreso económico se apoya en la sucesiva especialización, lo que ha de conducir, necesariamente, a la "especialización en las figuras contractuales y, dentro de las figuras contractuales, en sus adaptaciones a las nuevas características de la organización de la actividad empresarial"<sup>14</sup>.

Paralelamente a su significación teórica, debe situarse la trascendencia práctica de la materia, derivada de los importantes efectos que en las distintas áreas de la actividad económico-empresarial producen los diversos instrumentos contractuales. Todo ello ha ocasionado el afloramiento de nuevos problemas en el área propia de la contratación privada y más particularmente en lo que a los contratos mercantiles se refiere. Nuestra disciplina se ve en la tesitura de encontrar soluciones adecuadas a éstos ya que, como afirmaba GIRON TENA, el Derecho Mercantil "es un Derecho de la economía de una época y, hoy, de un sistema"<sup>15</sup>.

Al cada vez más intenso crecimiento de las actividades económicas internacionales y ante la perentoria necesidad de encontrar los remedios que puedan obviar las diferencias provocadas por la existencia de heterogéneos ordenamientos nacionales, resulta de todo punto imprescindible potenciar el proceso unificador de las normas aplicables a la contratación en el campo internacional, tanto por lo que se refiere a los esfuerzos desplegados a nivel mundial, como en lo que respecta a los logros conseguidos en áreas "regionales" más reducidas, como es el caso de la Comunidad Europea.

## 2. LA TENDENCIA UNIFICADORA DEL DERECHO MERCANTIL

### 2.A. *La unificación del Derecho del comercio internacional*

El Derecho Mercantil, ya desde sus orígenes, ha puesto siempre de manifiesto una clara vocación hacia la unificación de sus normas en el ámbito internacional, sin que deba suponer obstáculo alguno a esta tarea la debatida cuestión sobre la "unificación interna" del Derecho Civil y Mercantil<sup>16</sup>. El Derecho Mercantil "es internacional porque la circulación de las mercaderías

no se detiene frente a las fronteras políticas ni naturales; por esto tiende a prescindir de las peculiaridades nacionales para llegar a la unificación internacional"<sup>17</sup>.

El Derecho Mercantil Internacional, conforme se indica en el Informe del Secretario General de la O.N.U. que precedió a la Resolución 2.205 creadora de la UNCITRAL, podría considerarse como el "conjunto de normas que rigen aquellas relaciones comerciales de Derecho Privado que afectan a diferentes países, quedando excluidas todas aquellas relaciones jurídico-públicas que puedan afectar al tráfico comercial internacional"<sup>18</sup>. La tendencia unificadora de las normas mercantiles se ha visto notablemente impulsada durante los últimos tiempos por las propias exigencias del tráfico internacional, cuyos principales operadores tratan de eliminar los obstáculos que, para la necesaria agilidad y rapidez de la negociación supranacional, suponen las divergencias existentes entre las diferentes legislaciones nacionales. La pretensión de alcanzar, en aquellos sectores en que sea posible, un Derecho comercial uniforme, ha dado lugar a un importante movimiento unificador tanto a nivel legislativo como al que podríamos denominar "nivel fáctico"<sup>19</sup>. La limitada significación de los esfuerzos por conseguir la ansiada "unificación legislativa" en el ámbito internacional, de la que más tarde nos ocuparemos, ha propiciado el nacimiento de una normativa uniforme creada por los propios profesionales del tráfico, una especie de "Derecho autónomo" o, dicho de otro modo, una moderna "lex mercatoria", que se presenta como un nuevo ordenamiento corporativo de carácter transnacional<sup>20</sup>.

No obstante, la ausencia de todo control nacional e internacional sobre este Derecho uniforme "vivo", de producción autónoma, entraña una serie de graves riesgos para el comercio internacional ya que la imposición unilateral de su contenido por parte de los profesionales, a través de formularios, contratos-tipo y condiciones generales de la contratación, no puede considerarse como el método adecuado en aras a la consecución de la deseada unificación jurídica<sup>21</sup>.

Por todo ello, se requiere de una legislación uniforme que, estableciendo un "mínimum" normativo, permita la adecuación de las reglas

aplicables al tráfico mercantil internacional<sup>22</sup>; esta tarea no debe topar con graves inconvenientes si tenemos en cuenta que las disposiciones reguladoras del tráfico comercial responden a exigencias comunes de todas las organizaciones estatales<sup>23</sup>.

La unificación legislativa, superadora de las disparidades producidas por los distintos ordenamientos nacionales y a la que han cooperado tanto organismos intergubernamentales como organizaciones privadas<sup>24</sup>, se ha apoyado tradicionalmente en dos instrumentos básicos de actuación: la adopción de "normas de conflicto" o de "colisión" y la elaboración de "normas materiales" o "sustantivas"<sup>25</sup>. De ambos métodos, el recurso a la creación de "normas materiales" que unifiquen las disposiciones aplicables en el tráfico mercantil internacional resulta, sin ningún género de dudas, el sistema más idóneo. Como magníficamente apuntaba ya hace años GONDRA ROMERA, "sólo un desfasado sentimiento de soberanía nacional puede explicar, en efecto, el predominio del que todavía goza el clásico método del 'conflicto de leyes' en la disciplina de las relaciones comerciales internacionales... para un tráfico que, trascendiendo las fronteras del Estado, se desenvuelve en un ámbito internacional... (además), a través de la armonización y unificación gradual de las normas materiales de fondo..., se podrán eliminar los conflictos de leyes o, al menos, minimizar sus consecuencias prácticas"<sup>26</sup>.

## 2.B. Fragmentariedad del proceso unificador.

### *Referencia a sus principales campos de actuación*

El proceso de integración legislativa en el ámbito internacional presenta un acusado carácter fragmentario, proyectándose preferentemente a las relaciones comerciales internacionales. Areas de la actividad comercial tales como las relativas a la compraventa internacional, los transportes, los medios de pago, los contratos de edición, la propiedad industrial o el arbitraje comercial, han sido tradicionalmente los centros de atención predilectos del proceso unificador. Por tanto, no es de extrañar que en el antecitado Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el progresivo desarrollo del Derecho Mercantil internacional se considerase como contenido propio del mismo: los créditos mer-

cantiles bancarios, los derechos de autor, los transportes, el arbitraje comercial, los seguros, la propiedad industrial y la venta internacional de mercaderías<sup>27</sup>. En lógica consecuencia, la UNCTRAL optó, como primeros temas de trabajo, por la regulación de los instrumentos de pago, la compraventa internacional de mercaderías y el arbitraje comercial.

El acotado margen de proyección de la normativa mercantil uniforme manifiesta una clara tendencia expansiva a otros ámbitos de relaciones comerciales. Al margen del transporte marítimo, tradicional campo abonado a la unificación internacional, las actividades bancarias, bursátiles y aseguradoras, la protección de los consumidores, la regulación crediticia internacional y otros campos conexos están cada vez más abiertos a la normativa unificada<sup>28</sup>.

## 3. EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y LA CONTRATACION PRIVADA

### *3.A. Cuestiones previas.*

Lo cierto es que, tanto en el proceso de "unificación legislativa" como en el "Derecho autónomo" elaborado por los propios profesionales del tráfico internacional, el impulso fundamental tiende hacia el establecimiento de un Derecho internacional de la contratación mercantil, básicamente de la compraventa internacional, sustentado en el principio de autonomía de la voluntad. Esta realidad, impulsó al profesor URÍA a afirmar que, en contraposición a la "tendencia socializadora existente en el ordenamiento mercantil de carácter interno, en el campo de la contratación mercantil internacional se reafirma el principio liberal de la autonomía de la voluntad privada"<sup>29</sup>.

Como advertencia previa a la exposición que sigue, debemos manifestar que únicamente se han considerado aquellas normas unificadoras que afectan a materias directamente relacionadas con la contratación mercantil internacional, lo que de algún modo anuncia ya la intención del autor de no entrar en el análisis de aquellas otras disposiciones unificadas que no afecten directamente a la materia que nos ocupa, tales como por ejemplo las relativas a instrumentos de pago,

arbitrajes comercial, propiedad industrial o normas sobre competencia.

Por otra parte, conviene señalar que, dados los límites impuestos al presente trabajo, se ha efectuado una somera exposición de aquellos esfuerzos unificadores que, hasta el momento, han tenido lugar en tema de contratación mercantil "transnacional", fundamentalmente en lo que respecta a la compraventa internacional de mercaderías, los contratos de transporte y los contratos de edición.

### *3.B. Exposición de las principales normas internacionales*

Como bien recordó SCHMITTHOF, ardiente defensor del movimiento unificador internacional, el nacimiento de la UNCITRAL, creada por la Resolución 2205 de la XXI Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 17 de Diciembre de 1966, ha supuesto el comienzo de una nueva era para el movimiento unificador<sup>30</sup>. Este organismo internacional se fijó como primera labor establecer un marco normativo para la compraventa internacional de mercaderías, junto al tratamiento aplicable a los instrumentos de pago y al arbitraje comercial.

En cumplimiento de la tarea encomendada, debe destacarse la publicación del Convenio UNCITRAL regulador de la venta internacional de mercaderías<sup>31</sup>, en cuyo Preámbulo se pone claramente de manifiesto la intención de los Estados signatarios de cooperar al desarrollo y a la abolición de las barreras legales en el comercio internacional, citándose la conveniencia de proceder a la instauración de un "nuevo ordenamiento económico internacional". Sin embargo, los miembros firmantes del Convenio UNCITRAL no arriesgaron demasiado en sus planteamientos, lo que aclara su limitado alcance. En efecto, su artículo 6 permite alterar todas las cláusulas contenidas en el mismo; por su parte, el artículo 2 señala que sus disposiciones no son de aplicación a los contratos celebrados con los consumidores y, finalmente, conforme a su artículo 5, se excluye toda posibilidad de reclamación o resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a personas. Todo ello sin olvidar que su artículo 7 únicamente admite la puesta en juego del principio de la "buena fe" en el comer-

cio internacional para llevar a cabo la interpretación del propio Convenio<sup>32</sup>.

Otro de los más significativos Convenios internacionales en materia de contratación privada es el celebrado en Viena el 11 de Abril de 1980, relativo a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (bienes muebles), elaborado en el ámbito de las Naciones Unidas y cuyo objetivo prioritario consiste en disciplinar uniformemente la formación y los efectos (obligatorios) para vendedor y comprador, así como la transmisión del riesgo y el establecimiento de un conjunto de disposiciones generales relativas a estos contratos entre operadores económicos que tengan su centro de negocios en distintos Estados<sup>33</sup>. El artículo 99 del Convenio reconoce a favor de los Estados la posibilidad de denunciar la Convención de La Haya de 1964 referente al establecimiento de una normativa uniforme en materia de formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías<sup>34</sup>.

Continuando la exposición de la legislación unificada relativa al contrato de compraventa internacional<sup>35</sup>, si bien limitada a un ámbito territorial más restringido, merece destacarse la Convención, adoptada en Roma, el 19 de Junio de 1980, por los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, cuya finalidad básica es unificar la regulación jurídica del conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales, en el buen entendimiento, como señala su artículo 1, de que únicamente sería de aplicación a aquellas obligaciones de naturaleza internacional. Este Convenio, elaborado de conformidad con lo previsto en el Tratado de Roma, supuso un notable avance en el campo de las relaciones transnacionales ya que, en su virtud, puede establecerse con razonable certeza, cual es la normativa aplicable a una determinada relación contractual. Conviene, así mismo, hacer hincapié en el hecho que este Convenio únicamente afecta a las obligaciones contractuales, excluyéndose por tanto aquellas de distinta naturaleza, como es el caso de las extracontractuales.

La Convención de Roma, firmada por España el 18 de Mayo de 1992, fue inspirada por la CEE y procura coordinarse con sus actividades. Su fin, importante en orden a la consecución del Mercado Común, no es sino promover

la aproximación de las normas aplicables en el interior de los Estados miembros. Para su consecución, los organismos comunitarios optaron por adoptar una vía diferente a la prevista en el artículo 100 del TCEE (Directiva) utilizando para ello un instrumento análogo al previsto en el artículo 220 del mismo Texto Constitutivo (Convenios internacionales sobre materias específicas), al considerar que tal medio de ejecución permitía una mayor flexibilidad que la autorizada por los mecanismos de las Directivas. Esta flexibilidad se pone claramente de relieve en distintos aspectos del Convenio; sirvan a título de muestra las disposiciones contenidas en los artículos 21, 22 y 23 del texto articulado de la Convención<sup>36</sup>.

Tres años después de la adopción de la Convención de Roma, en el año 1983, se firma en Ginebra un Convenio relativo a la representación en la compraventa internacional de mercaderías. Esta Convención, sobre la base del texto elaborado por UNIDROIT (Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado), tiene por finalidad completar el régimen unificado establecido en el Convenio de Viena sobre los contratos internacionales de compraventa de mercaderías, dictando reglas uniformes para aquellos casos en los que intervenga un representante en la conclusión del contrato; materia ésta sobre la que existían notables diferencias en las soluciones adoptadas en las diversas legislaciones nacionales<sup>37</sup>.

Además de las Convenciones Internacionales que hemos señalado también presentan un notable interés las condiciones, cláusulas o estipulaciones que, basadas en repetidas, constantes y uniformes usos comerciales internacionales suelen incorporarse a los contratos de compraventa internacional. Nos estamos refiriendo, fundamentalmente, a las "International Commercial Terms" (INCOTERMS), que, formuladas por la Cámara Internacional de Comercio de París en el año 1936, se aprobaron posteriormente en el Congreso de Cámaras Internacionales de Comercio celebrado en la capital de Austria en el año 1953. Su empleo permite a las partes contratantes determinar, mediante la oportuna remisión al clausulado habitual en el tráfico comercial, sus respectivos derechos y obligacio-

nes. Por último, y también basados en las costumbres comerciales de los operadores económicos, puede hacerse referencia a las "Normas y Usos Uniformes" o "Reglas Uniformes" en materia de créditos documentarios, los cuales integran una normativa estandarizada aunque de carácter más bien fragmentario que trata de poner en práctica un conjunto de reglas y principios objetivos que se entienden comunes a los diferentes sistemas jurídicos en la materia referida. Estas "Reglas Uniformes", adoptadas por la Cámara de Comercio Internacional en 1933 y revisadas posteriormente en varias ocasiones (años 1951, 1962, 1974 y 1983), al no constituir Convención, Acuerdo o Tratado Internacional no pueden ser objeto de integración en el Derecho interno, motivo por el cual sólo la remisión expresa a las mismas por parte de las contratantes determinará su carácter vinculante. El Tribunal Supremo de nuestro país recogió esta tesis contractualista, basando la aplicación de estas "Normas Uniformes" en los artículos 1255 y 1281 del Código Civil, tal y como expresamente afirma la Sentencia de 30 de Marzo de 1976. Sin embargo, una posterior Sentencia del T.S. de 27 de Octubre de 1984, parece considerar esta normativa como auténticos usos comerciales o costumbres mercantiles que, vinculadas al tráfico internacional, suponen la aparición de un "Derecho creado autónomamente por los propios comerciantes en su tráfico" ("lex mercatoria")<sup>38</sup>.

En relación con el sector del transporte, cabe destacar el gran número de normas de Derecho material internacional que existen en la actualidad. A este respecto, la vigente Ley española de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 30 de Julio de 1987 y su Reglamento de 28 de Septiembre de 1990, destacan su aplicación supletoria a las normas comunitarias así como a los Tratados y Convenios internacionales firmados por España (artículo 144 del Reglamento).

Pueden citarse, entre otros, los siguientes Convenios: el Convenio sobre transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), hecho en Ginebra el 19 de Mayo de 1956 y publicado en el BOE de 7 de Mayo de 1973<sup>39</sup>; el Convenio o Convención sobre transporte de ferrocarril adoptado en Berna, cuya última revi-

sión (la sexta) es de fecha 25 de Febrero de 1961<sup>40</sup>. Así mismo pueden señalarse los Convenios firmados en dicha ciudad suiza, relativos al transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV), adoptados el 7 de Febrero de 1970 (BOE de 6-9 y 11-18 de Agosto de 1975) y el referente a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de Mayo de 1980 (BOE de 18 de Enero de 1986).

En lo referente al transporte aéreo internacional es de aplicación el Convenio de Varsovia de 12 de Octubre de 1929 (Gaceta de Madrid de 21 de Agosto de 1931) a todos los Estados signatarios, conforme a su redacción dada en La Haya en 1955<sup>41</sup>. Por su parte, la "International Air Transport Association" (IATA) elaboró hace tiempo (Amberes, 1930) de forma ciertamente unilateral y parcial, un conjunto de condiciones generales uniformes que, lógicamente, sólo integrarán el contenido del contrato cuando sean expresamente pactadas entre la empresa de transporte y sus clientes.

Por su parte, la modalidad del transporte marítimo constituye tradicionalmente un sector abonado para el desarrollo y la aplicación de reglas internacionales uniformes. Tanto la "International Law Association" como el "Comité Maritime International" han impulsado la celebración de Convenciones y Conferencias internacionales en las que se han adoptado normas uniformes que atañen al campo de la contratación marítima de forma más o menos directa, ya que algunas de ellas sólo afectan de modo tangencial a la conclusión de los distintos contratos en materia de navegación marítima.

Destacan en primer lugar los denominados "Convenios de Bruselas", el primero de 23 de Septiembre de 1910, relativo al régimen del resarcimiento de los daños producidos por el abordaje, ratificado por el Estado español con fecha 17 de Octubre de 1923, así como también el Reglamento Internacional para la prevención del abordaje, adoptado en Londres el 20 de Octubre de 1972 y aceptado por España el 13 de Mayo de 1974 (BOE 9 de Julio de 1977). El segundo Convenio de Bruselas, de 25 de Agosto de 1924, relativo a la limitación de responsabilidad de los propietarios de buques ha sido sustituido por el Convenio de Londres de 1976, el

cual fue ratificado por nuestro país por Instrumento de 13 de Noviembre de 1981. De idéntica fecha, es decir, de 25 de Agosto de 1924, es también el Convenio de Bruselas sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento, al que se incorporan las denominadas "Reglas de La Haya". Este Convenio fue integrado en nuestro Derecho interno por la famosa Ley de 22 de Diciembre de 1949<sup>42</sup>. Finalmente, dentro de esta profusa normativa, cabe mencionar el Convenio de 10 de Abril de 1926 que, referido a los privilegios e hipotecas marítimas, fue ratificado por España el 22 de Junio de 1932.

En segundo lugar, debemos hacer referencia al llamado "Convenio de Atenas" adoptado en la capital griega el 13 de Diciembre de 1974 y su Protocolo modificado, firmado en Londres dos años después. Ambos acuerdos internacionales, a los que España se adhirió en 1981 y 1990 respectivamente, versan sobre el transporte de pasajeros y sus equipajes por mar.

No obstante, la normativa uniforme de más tradición en el transporte marítimo la constituyen las denominadas "Reglas de Amberes" y "Reglas de York", relativas a la liquidación de averías que fueron aprobadas en el siglo pasado (1877) y que, luego de posteriores revisiones, suelen ser objeto de integración en toda clase de pólizas de fletamento o de seguro marítimo.

Por último, tal vez merezca la pena señalar, a título meramente informativo, la proliferación de normas internacionales en materia de prevención y castigo de actividades contaminantes, por lo que pueden tener de relación con el tema que nos ocupa. En este sentido, es preciso llamar la atención sobre el Convenio Internacional de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, ratificado por España el 15 de Noviembre de 1975 (BOE de 8 de Marzo de 1976) y posteriormente modificado por el Protocolo de 19 de Noviembre de 1976, firmado por nuestro país el 5 de Octubre de 1981 (BOE de 4 de Febrero de 1982)<sup>43</sup>.

Otro de los contratos que ha recibido normativa uniforme es el contrato de edición, ya que facilita la reproducción y la posterior distribución de todo tipo de obras realizaciones científicas, literarias o artísticas. Actualmente, su

regulación está recogida en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, la cual dedica sus artículos 58 a 73 a establecer un conjunto de disposiciones sobre el contenido y la forma de este contrato. Respecto a este tipo de contrato, el Convenio de Berna de 16 de Junio de 1948, en su última revisión llevada a cabo en la ciudad de Bruselas, establece el principio de igualdad de derechos entre los ciudadanos nacionales de los Estados firmantes<sup>44</sup>.

#### 4. ACTUACION NORMATIVA DE LA CEE EN MATERIA DE CONTRATACION MERCANTIL

##### 4.A. Consideraciones previas

El creciente fenómeno de la "internacionalización" o "globalización" de las actividades comerciales e industriales<sup>45</sup>, ha acentuado intensamente los esfuerzos en aras a la consecución de una más completa integración económica internacional. Pero la ansiada integración económica requiere, obviamente, de una paralela y complementaria integración normativa o jurídica, sobre la que inciden factores de diversa índole que a veces dificultan gravemente su obtención. De nada serviría la coordinación de las estructuras económicas internacionales si no se complementa con la debida armonización de su soporte normativo.

Centrándonos ahora en el marco propio de la Comunidad Europea, el proceso de integración económica ha desencadenado un amplio proceso de "unificación jurídica" que tiende hacia la "aproximación", "armonización", "coordinación" o "convergencia" de los distintos ordenamientos nacionales, estableciendo un Derecho sustancialmente "uniforme"<sup>46</sup>, sin desdeñar el establecimiento de un auténtico Derecho "unitario" de aplicación directa en todos los Estados miembros.

En el desarrollo de la labor unificadora (o armonizadora) han tenido una clara preponderancia los factores económicos, hasta el punto de haberse señalado que estamos ante un "Derecho eminentemente 'funcionalizado' desde una perspectiva económica", dado que "está al servicio de los fines y objetivos político-económicos perse-

guidos a través del concreto proyecto de integración europea"<sup>47</sup>. No es de extrañar por tanto, la importancia que para el objetivo integrador comunitario tienen las materias que, tradicionalmente, forman parte del Derecho Mercantil, en su consideración de Derecho privado de la economía<sup>48</sup> o Derecho económico del mercado<sup>49</sup>.

En orden al logro del objetivo comunitario de integración económica, el TCEE entendió que el establecimiento de un "mercado común" o "mercado interior" resultaba instrumento fundamental. Este "mercado único", conforme al Acta Unica Europea de 1986, supone "un espacio sin fronteras internas en el que la libre circulación de las mercaderías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del Tratado". En este sentido, y reforzando la declaración contenida en el artículo 2 del TCEE, el debatido Tratado de la Unión Europea, en aras a la consolidación y estabilidad del "mercado interior", también aspira a la total integración o "unificación" de las políticas económicas de los Estados miembros.

En estas coordenadas de actuación comunitaria, se destaca la capital trascendencia de coordinar legislativamente todos aquellos sectores jurídicos que inciden directamente en la organización y funcionamiento del "mercado único", cuya puesta en funcionamiento requiere la eliminación de las disfuncionalidades provocadas por la existencia de distintos ordenamientos jurídicos nacionales, con el fin de facilitar la plena realización de las "libertades comunitarias". En resumen, se trata de liberalizar el tráfico comercial e industrial en la comunidad mediante la desaparición de aquellos obstáculos que impidan la libre circulación de bienes y servicios en el mercado único.

Se precisa, por tanto, de "articular algún procedimiento que asegure una efectiva convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales, en orden a alcanzar un grado suficiente de 'uniformidad' o, al menos, de 'afinidad' sustancial en el contenido de aquella reglamentación 'ordenadora' que permita neutralizar el referido efecto distorsionador provocado por la diversificación del factor jurídico-estatal"<sup>50</sup>. En efecto, no se pretende alcanzar una total "unificación jurídica", caso de los Convenios Internacionales<sup>51</sup>,

lo que se intenta, fundamentalmente, es conseguir un cierto grado de coordinación entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros en aquellas áreas directamente afectadas por el desarrollo y consolidación del referido mercado. La búsqueda prioritaria de esta "afinidad jurídica sustancial"<sup>52a</sup> explica que el instrumento preferido de armonización sea la "Directiva", prevista en el artículo 189.3 TCEE, alejándose de esta forma de la creación de un nuevo Derecho europeo "unitario" a través de la promulgación de los oportunos Reglamentos previstos en el artículo 189.2 TCEE, o bien mediante la adopción de Convenios Internacionales entre los miembros comunitarios. Sin embargo, el proceso de integración europea requiere de una vasta reglamentación jurídica unitaria, no bastando a tal efecto la simple coordinación o unificación legislativa de los diferentes ordenamientos nacionales por muy intensa que ésta sea. Por tanto, el recurso a los Convenios Internacionales así como a los Reglamentos comunitarios se presenta como instrumento imprescindible para el establecimiento de un auténtico Derecho europeo unitario que elimine las distorsiones provocadas por las disparidades legislativas nacionales y favorezca la liberalización de los intercambios en el seno del mercado común<sup>52b</sup>.

En orden al logro de los mencionados objetivos, uno de los aspectos más importantes es el correspondiente a la instauración de un "Derecho privado económico-patrimonial" que sirva como mecanismo rector de la actuación externa de los operadores económicos en el ámbito propio del mercado europeo; en otras palabras, una normativa reguladora unificada de todos aquellos sectores de la realidad económica que se encuentran estrechamente vinculados a la idea de un "mercado unitario", todos los cuales se englobarían bajo el manto del Derecho Mercantil, entendido éste en su más amplia acepción<sup>53</sup>. Haciendo nuestras las palabras de BEHRENG, "la integración a través del mercado supone la integración a través del Derecho, más precisamente a través del Derecho Privado"<sup>54</sup>.

Limitándonos al sector propio de la contratación mercantil, sin entrar en la consideración de otras materias encuadradas en el terreno propio de nuestra disciplina, la labor comunitaria de

armonización o unificación, como más adelante tendremos ocasión de comprobar, resulta de carácter fragmentario y ciertamente incompleta. Ya hemos indicado como, a los fines de conseguir una eficaz plasmación de las finalidades perseguidas por la Comunidad de Estados, no basta con los esfuerzos, escasos por otra parte, que se han desplegado en el plano internacional privativo. Es preciso intensificar el proceso de integración jurídica en torno a los instrumentos contractuales por medio de los cuales se ejecutan las transacciones comerciales e industriales, es decir, el libre intercambio de bienes y servicios en el mercado. El corto alcance de ese proceso unificador ha impulsado a TUNC a considerar como una auténtica "regresión" el centrar la atención únicamente en el campo del Derecho Internacional Privado y no en el marco comunitario<sup>55</sup>.

Este acercamiento de la normativa de los Estados miembros en materia de contratación mercantil —tarea en la que brindar un "elevado nivel" de protección a los consumidores debe informar todas sus realizaciones, tal y como ponen de manifiesto los últimos Programas de actuación de la Comunidad<sup>56</sup>— debe tender a la eliminación de todo tipo de obstáculos o barreras técnicas que pueden impedir el pleno desarrollo de las libertades comunitarias sobre las que se asientan el establecimiento y puesta en práctica del mercado único. La consecución de este "espacio sin fronteras internas" debe apoyarse en la estructuración de un fondo normativo, al menos unificado sino unitario, que frene la utilización de las diversas legislaciones nacionales como impedimentos a la libre circulación de mercaderías y servicios en el mercado.

En resumen, la creación de un marco normativo comunitario que discipline la contratación mercantil o, al menos, aquellas relaciones contractuales de mayor impacto en la configuración del mercado único, parece tarea que debe abordarse con cierta urgencia. Así parece haberlo reconocido implícitamente el propio legislador comunitario. En la Propuesta de Directiva elaborada por la Comisión de la Comunidad en Septiembre de 1990, relativa a la política de protección de los consumidores y usuarios, parece implícita la idea de que, en un futuro próxi-

mo, una unificada normativa contractual debería presidir el funcionamiento del mercado interno<sup>57</sup>, e incluso, parece discutirse ahora la viabilidad de crear una normativa "unitaria", una especie de "Código europeo", aplicable a la contratación privada, asunto al que se dedica el último epígrafe de este trabajo.

En el territorio comunitario, como sucede en cualquier otra organización de estructura "supranacional", la aproximación o unificación de la normativa aplicable en materia de Derecho Privado, ya sea Civil o Mercantil, se topa con graves dificultades de orden "metajurídico" (la presencia de Estados que presentan distintos niveles de desarrollo económico, la desconfianza hacia posibles "abusos de posición de dominio" por parte de los Estados más poderosos, la distinta concepción acerca del peso específico que deben tener los ingredientes políticos en las normas jurídicas, etc.) y, esencialmente, de matiz estrictamente jurídico, máxime cuando la coordinación legislativa comprende a países dotados de sistemas jurídicos poco familiarizados entre sí (es el caso de los países pertenecientes al área del "common law" y aquellos adscritos al ámbito propio del "civil law").

A pesar de las dificultades que encierra la tarea armonizadora, ésta no puede olvidarse y así lo parece haber entendido el propio legislador comunitario que parece, en los últimos años, más decidido a llevar a cabo el proceso de unificación normativa en materia de contratación mercantil, aun reconociendo la existencia de ciertas peculiaridades e inconexiones en dicho proceso que pueden dificultar el logro de las metas trazadas.

#### *4.B. Adopción de un criterio clasificador de los contratos mercantiles*

Para exponer de forma ordenada las principales disposiciones normativas comunitarias sobre contratación privada y, específicamente, sobre contratación mercantil, parece conveniente efectuar un intento clasificador de las diferentes relaciones contractuales. Para ello se ha tomado como punto de referencia la "función económica" que los distintos instrumentos contractuales cumplen en el sistema de circulación de bienes y servicios<sup>58</sup>.

En primer lugar podrían situarse los genéricamente denominados "contratos de cambio", es decir aquellos que facilitan la circulación de productos y servicios en el mercado. En tal grupo se incluyen, entre otros, el contrato de compraventa, el contrato de suministro, el contrato de cesión de créditos, las figuras contractuales bursátiles, así como los contratos de obra por empresa y, finalmente, el contrato de transporte en sus diversas modalidades.

A continuación se han ubicado los denominados "contratos de cooperación o colaboración", entendiéndose por tales los que ayudan a materializar las relaciones de cooperación "inter partes" en el ejercicio de actividades empresariales. Entre ellos cabe citar los contratos de mediación, comisión, agencia, corretaje, así como las relaciones contractuales publicitarias. También se integrarían en este bloque clasificatorio los contratos de asistencia técnica, de concesión mercantil, de "factoring", de "leasing" o de "merchandising". Como figura específica, dentro de los contratos de cooperación o colaboración, se ha incluido el contrato de seguro privado, en todas sus modalidades, por mor del cual una parte (asegurador) procede a favor de otra (asegurado/beneficiario) a efectuar la cobertura de las consecuencias derivadas de la producción de un evento determinado (riesgo), a cambio del cobro de un determinado precio (prima).

Bajo la denominación de "contratos de crédito y garantía", se han englobado aquellos negocios jurídicos que tienen por objeto la concesión de crédito o la prestación de garantías destinadas a asegurar el cumplimiento de alguna obligación. Dentro de este grupo se integran, entre otros, el contrato de cuenta corriente, el contrato de préstamo, la fianza, la prenda, la hipoteca y, ampliando el espectro propio de estas relaciones negociales, también los contratos bancarios en sus distintas modalidades y manifestaciones.

Como simple mecanismo ordenador de la normativa comunitaria en materias no directamente relacionadas con la contratación privada, se encuentran aquellas disposiciones existentes en el ámbito de la Comunidad que afectan a los contratos celebrados con consumidores, así como también las normas relativas a la responsabilidad civil del fabricante o prestador de servi-

cios<sup>59</sup>, a las que únicamente efectuaremos una somera mención.

Por último, aún cuando no sean objeto de consideración en el presente trabajo, ya que lo contrario desbordaría ampliamente las previsiones efectuadas para su exposición, no conviene olvidar la repercusión indirecta que en el campo de la contratación mercantil tienen, entre otras disposiciones comunitarias, las normas sobre competencia establecidas en los artículos 85 y siguientes del Tratado constitutivo de la CEE. En este sentido, el citado artículo 85 señala que son "incompatibles con el mercado común" y, por tanto, quedan prohibidos y declarados nulos de pleno derecho "todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". A continuación, el mencionado precepto recoge una enumeración de aquellos acuerdos que, particularmente, se consideran como claramente restrictivas de la libre competencia. No obstante, podrán quedar exentos de la prohibición aquellas decisiones o acuerdos que, con carácter general y al margen de otras precisiones necesarias, "contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el proceso técnico o económico y reserven el mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante" (art. 85.3 TCEE)<sup>60</sup>.

Tampoco se ha considerado conveniente, como ya advertimos anteriormente, efectuar consideraciones sobre otras materias que presentan vinculaciones más o menos intensas con la contratación mercantil, tales como por ejemplo las relativas a la propiedad industrial, a la regulación de los instrumentos de pago o a los diferentes procedimientos de arbitraje comercial.

Por tanto, trataremos prioritariamente de subrayar aquellos aspectos vinculados a la contratación privada, sobre los que el legislador comunitario ha proyectado sus esfuerzos, procurando ofrecer de este modo una solución legislativa armonizadora, si no unificadora, que sirva para resolver los problemas inherentes a

las modernas exigencias del Derecho de la contratación<sup>61</sup>.

#### 4.C. Actuación normativa de la CEE en materia de contratación mercantil y su recepción en el Derecho español

Aún cuando debemos admitir que la labor comunitaria de coordinación legislativa ha preferido decantarse hacia sectores distintos al propio de la contratación mercantil, ello no debe conducirnos a la errónea creencia de una total inactuación del legislador europeo en este territorio. Nada más lejos de la realidad, como pronto comprobaremos. Sin embargo, justo es reconocer que, hasta el momento presente, la producción normativa de los órganos comunitarios en materia de contratos mercantiles no puede por menos que ser calificada de fragmentaria, sectorial, incompleta, inestable y, en ocasiones, de difícil comprensión, tanto por lo que atañe a las disposiciones en vigor como por lo que se refiere al Derecho comunitario proyectado.

En el apartado relativo a los que hemos denominado "contratos de cambio" la coordinación legislativa llevada a cabo por los órganos comunitarios, al margen del Convenio de Roma que, firmado por los Estados miembros, se refiere a la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, se proyecta, principalmente, en el campo del transporte y en la regulación de determinadas operaciones bursátiles.

Por lo que atañe a las disposiciones comunitarias vigentes que inciden en materia de contratación bursátil, sin desdeñar los aspectos organizativos y de funcionamiento propios de los mercados de valores, puede señalarse las siguientes normas comunitarias:

- Recomendación de la Comisión de 25 de Julio de 1977, relativa a la creación de un código de conducta europeo referente a las transacciones relativas a los valores mobiliarios.
- Directiva 79/279/CEE del Consejo, de 5 de Marzo de 1979, sobre coordinación de las condiciones de admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una Bolsa de Valores.
- Directiva 80/390/CEE del Consejo, de 27 de Marzo de 1980, sobre coordinación de las condiciones de la elaboración, control y difusión del prospecto que se publicará para la admisión de valores

mobiliarios a la cotización oficial en una Bolsa de Valores.

- Directiva 82/121/CEE del Consejo, de 15 de Febrero de 1982, relativa a la información periódica que deben publicar las sociedades cuyas acciones sean admitidas a cotización oficial en una Bolsa de Valores.
- Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de Diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM).
- Recomendación 85/612/CEE del Consejo, de 20 de Diciembre de 1985, relativa al segundo párrafo del apartado 1 del artículo 25 de la Directiva 85/611/CEE.
- Directiva 88/220/CEE del Consejo, de 22 de Marzo de 1988, que modifica la Directiva 85/611/CEE, en lo relativo a la política de inversión de determinados OICVM.
- Directiva 88/627/CEE del Consejo, de 12 de Diciembre de 1988, sobre las informaciones que han de publicarse en el momento de la adquisición y de la cesión de una participación importante en una sociedad cotizada en Bolsa.
- Directiva 89/298/CEE del Consejo, sobre el folleto a publicar en los supuestos de ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios, regulando las condiciones que deben presidir la elaboración del folleto informativo.
- Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 de Noviembre de 1989, sobre coordinación de las normas relativas a las operaciones con información privilegiada.
- Propuesta de Decimotercera Directiva del Consejo, sobre ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios.

Gran parte de este acervo comunitario en materia bursátil ya ha sido recepcionado en el Derecho español a través de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, de Mercado de Valores, y su legislación posterior complementaria, especialmente la Ley 9/1991, de 22 de Marzo, la Ley 18/1991, de

6 de Junio, y la Ley 13/1992, de 1 de Junio, modificadora de la Ley 24/1988.

Como señalaba el Preámbulo de la propia Ley española reguladora de Mercado de Valores, objetivo básico de la misma era la potenciación de este tipo de mercados financieros “ante la perspectiva, en 1992, de un mercado europeo de capitales y de una toma previa de posiciones a este respecto por diversos Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea”.

Otro de los sectores que han recibido un mayor impacto legislativo comunitario es el del transporte. Sin entrar en consideraciones acerca de la política común del transporte, en la que se enfrentan dos concepciones antitéticas de este servicio, el artículo 75 apartado a) del TCEE preveía el establecimiento de “normas comunes aplicables a los transportes internacionales efectuados desde el territorio de un estado miembro o con destino al mismo o a través del territorio de uno o varios Estados miembros”. No obstante, se matizaba el alcance de estas medidas afirmando que “las disposiciones relativas a los principios del régimen de transportes cuya aplicación pueda afectar gravemente al nivel de vida y empleo de algunas regiones, así como a la explotación del material de transporte serán adoptadas... teniendo en cuenta la necesidad de una adaptación al desarrollo económico que resulte del establecimiento del Mercado Común” (artículo 75.3 TCEE). En esta misma línea proteccionista el artículo 78 advertía que “toda medida en materia de precios y condiciones de transporte adoptada en el marco del presente Tratado deberá tener en cuenta la situación económica de los transportistas”.

Es evidente que los aspectos contractuales del transporte tal vez sean los menos afectados por la legislación comunitaria, ya que la homologación legislativa en el sector se refiere, básicamente, a cuestiones aduaneras, fiscales, de infraestructura, de tránsito comunitario, de política social en el sector, así como la aplicación o, en su caso, inaplicación de las reglas de competencia previstas en el Tratado de Roma. Sin embargo, en atención a la repercusión que esta normativa puede tener en las relaciones contractuales del transporte, en sus diversas modalidades

y manifestaciones, puede mencionarse la siguiente normativa comunitaria:

- Directiva 77/796/CEE del Consejo, de 12 de Diciembre de 1977, relativa al reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de transportista de mercancías y de transportistas de viajeros por carretera y en la que se incluyen medidas destinadas a favorecer el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento de estos transportistas.
- Directiva 82/470/CEE del Consejo, de 29 de Junio de 1982, relativa a las medidas destinadas a favorecer el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades por cuenta propia de determinadas auxiliares del transporte y de los agentes de viaje así como de los almacenistas.
- Reglamento (CEE) 4055/86, del Consejo, de 22 de Diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados Miembros y entre Estados Miembros y Países Terceros.
- Decisión del Consejo, de 21 de Marzo de 1962, por la que se establece un procedimiento de examen y consulta previos para determinadas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas previstas por los Estados Miembros en el sector de los transportes.
- Decisión del Consejo, 67/790/CEE, de 14 de Diciembre de 1967, relativa a determinadas medidas en el campo de la política común de transportes.
- Reglamento (CEE) 3237/76 del Consejo, de 21 de Diciembre de 1976, por el que se aplican los anexos técnicos y por el que se utiliza con carácter anticipado el modelo de talonarios TIR del Convenio Aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de talonarios TIR (Convenio TIR), firmado en Ginebra el 14 de Noviembre de 1975.
- Directiva 83/643/CEE del Consejo, de 1 de Diciembre de 1983, relativa a las formalidades administrativas en el transporte de mercancías entre Estados Miembros.
- Reglamento (CEE) 3690/86 del Consejo, de 1 de Diciembre de 1986, relativo a la supresión de las formalidades aduaneras en el marco del Convenio TIR a la salida de un Estado Miembro al atravesar una frontera común a dos Estados Miembros.
- Reglamento núm. 11, relativo a la supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones del transporte, en aplicación del apartado 3 del artículo 79 TCEE.
- Reglamento núm. 141, del Consejo, sobre la no aplicación del Reglamento núm. 17 al sector de los transportes.
- Decisión del Consejo 65/271/CEE, de 13 de Mayo de 1965, relativa a la armonización de determinadas disposiciones que inciden en la competencia en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.
- Reglamento (CEE) 1017/68, del Consejo, de 19 de Julio de 1968, por el que se aplican las normas de competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.
- Reglamento (CEE) 2988/74, del Consejo, de 26 de Noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del Derecho de transportes y de la competencia de la CEE.
- Reglamento (CEE) 1191/69, del Consejo, de 26 de Junio de 1969, relativo a la acción de los Estados Miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.
- Acuerdo relativo a los servicios discrecionales internacionales de viajeros por carretera efectuados con autocares o autobuses (ASOR).
- Primera Directiva del Consejo, de 23 de Julio de 1962, relativa al establecimiento de determinadas normas comunes para

- los transportes internacionales (transportes de mercancías por carretera por cuenta ajena). Esta Directiva se ha modificado, sucesivamente, en los años 1972, 1974, 1977, 1978, 1980, 1982, 1983 y 1984.
- Directiva 65/269/CEE, del Consejo, de 13 de Mayo de 1965, relativa a la uniformización de determinadas normas sobre las autorizaciones para los transportes de mercancías por carretera entre los Estados Miembros.
  - Reglamento (CEE) 117/66/CEE, del Consejo, de 28 de Julio de 1966, relativo a la introducción de normas comunes para los transportes internacionales de viajeros por carretera efectuados con autocares y autobuses.
  - Reglamento (CEE) 517/72, del Consejo, de 28 de Febrero de 1972, relativo al establecimiento de normas comunes para los servicios regulares y para los servicios regulares especializados efectuados por autocares y autobuses entre los Estados Miembros.
  - Directivas 74/561/CEE y 74/562/CEE, del Consejo, de 12 de Noviembre de 1974, relativa al acceso a la profesión de transportista de mercancías y de viajeros por carretera en el sector de los transportes nacionales e internacionales.
  - Directiva 75/130/CEE, del Consejo, de 17 de Febrero de 1975, relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes de mercancías combinados ferrocarril-carretera entre Estados Miembros.
  - En materia de precios y condiciones de transporte deberán tenerse en cuenta las siguientes disposiciones comunitarias: Recomendaciones de la Comisión 78/624/CEE, Decisión del Consejo 82/529/CEE, Reglamento (CEE) 3568/83, del Consejo.
  - Directiva del Consejo 84/647/CEE, del Consejo, de 19 de Diciembre de 1984, relativa a la utilización de vehículos alquilados sin conductor en el transporte de mercancías por carretera.
  - Referente al acceso a la profesión de transportista de viajeros y de mercancías por carretera en el ámbito de los transportes nacionales e internacionales, en razón de la adhesión de España a las Comunidades, deben tomarse en consideración las Directivas 85/578/CEE y 85/579/CEE, que modifican la Directiva 74/561/CEE.
  - Reglamento (CEE) 4055/86, del Consejo, de 22 de Diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados Miembros y entre Estados Miembros y Países Terceros.
  - Reglamento (CEE) 4057/86, del Consejo, de 22 de Diciembre de 1986, relativo a las prácticas de tarifas desleales en los transportes marítimos.
- Por último, aun cuando íntimamente vinculada con la política de protección a los consumidores, en materia de turismo, también dejamos constancia de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de Junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Su artículo 2 afirma que “a efectos de la presente Directiva se entenderá por ‘viaje combinado’: la combinación previa de, por lo menos dos de los siguientes elementos: (a) transporte, (b) alojamiento y (c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado”<sup>62</sup>.
- La incorporación del Derecho español de la principal normativa comunitaria en materia de transportes se produjo mediante su integración en la Ley 16/1987, de 30 de Julio, relativa a la Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT). De su contenido articulado puede deducirse que el legislador español ha tratado de crear un sistema normativo de ordenación de los transportes terrestres respetuoso con las competencias que, en esta materia, tienen asumidas las Comunidades Autónomas, lo que añadido a la coordinación con la “euronormativa”, ha dado origen a una cierta opacidad del marco legal que resulta de aplicación en cada caso concreto<sup>63</sup>.
- Por su parte, no existe disposición comunitaria alguna sobre contratos privados de suminis-

tro y de obra, los cuales sí conocen un amplio desarrollo normativo en su vertiente pública<sup>64</sup>.

Para finalizar con la exposición de los contratos incluidos en este primer bloque clasificatorio, aunque más bien encuadrada dentro del ámbito propio de protección a los consumidores, no podemos dejar de hacer referencia, en atención a su especial vinculación con el contrato de compraventa, a la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de Diciembre de 1985, relativa a la tutela de los consumidores en el supuesto de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles. Esta Directiva establece una serie de medidas tuitivas al considerar que en estos supuestos concurren especiales circunstancias que reclaman una mayor protección de los consumidores, sobre todo las relativas a la imposibilidad de comparación de la calidad del producto y del precio de la oferta, pudiendo dar origen esta situación a posibles prácticas comerciales abusivas.

La incorporación a nuestro Derecho interno de esta normativa comunitaria ha tenido lugar mediante la publicación de la Ley 26/1991, de 21 de Noviembre, sobre contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Esta Ley, de conformidad con lo establecido en su Exposición de Motivos, define los supuestos contractuales en los que concurren las circunstancias que justifican la protección legal; en este sentido, su artículo 1 establece el ámbito de aplicación de la Ley, manifestando su proyección sobre los contratos celebrados entre empresarios y consumidores en alguna de las circunstancias siguientes: (a) cuando tengan lugar fuera del establecimiento mercantil del empresario, (b) cuando tengan lugar en la vivienda del consumidor o en su centro de trabajo y (c) cuando tengan lugar en un transporte público<sup>65</sup>.

Por lo que respecta al segundo sector clasificatorio, es decir, en lo que atañe a los contratos de "cooperación" o de "colaboración", puede hacerse referencia a la siguiente normativa comunitaria.

En materia de contrato de agencia, destaca la Directiva 86/653/CEE, del Consejo, de 18 de Diciembre de 1986, referente a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados Miembros en lo relativo a los agentes comerciales independientes.

La coordinación de nuestro Derecho interno a esta disposición comunitaria, que parece seguir claramente el modelo alemán, hizo dudar al legislador español acerca de la conveniencia de reformar nuestro vigente Código de Comercio o, por el contrario, de promulgar una Ley especial sobre la materia, habiendo optado por esta segunda solución. Sin embargo, la Ley 12/1992, de 27 de Mayo, sobre contrato de agencia transforma el criterio subjetivo de la Directiva (delimitación de la figura de los agentes comerciales independientes) en una alternativa objetiva que se decanta por la regulación "ex novo" del contrato de agencia, con la finalidad de preveerlo de un sistema normativo adecuado a las circunstancias actuales. Por tanto, la Ley española presenta un horizonte más amplio que las disposiciones contenidas en la mencionada Directiva comunitaria.

La publicidad comercial ha sido objeto de frecuente atención por parte del legislador comunitario, orientándose preferentemente su actividad hacia la tutela de los consumidores frente a sus manifestaciones engañosas y desleales. En nuestro país, la legislación básica sobre esta materia la constituye la Ley 34/1988, de 11 de Noviembre, sobre publicidad comercial. En su Título III se establecen normas de Derecho privado reguladoras de las principales figuras de la contratación publicitaria.

Muy escasas resultan las reglas establecidas por los organismos comunitarios en relación con los contratos de "asistencia técnica", tales como el "leasing"<sup>66</sup>, el "factoring"<sup>67</sup> o el "merchandising"<sup>68</sup>; mientras que el contrato de "concesión en exclusiva" y el contrato de "know-how" solamente son contemplados (si bien conteniendo normas materiales) en ciertos Reglamentos de exención por categorías<sup>69</sup>.

No sucede lo mismo, por lo que se refiere al Derecho comunitario proyectado, con el contrato de "franchising". La franquicia es una modalidad de distribución comercial que, al facilitar a las pequeñas y medianas empresas la creación de redes de distribución transnacionales, puede contribuir fácilmente a la consecución del mercado único. La normativa prevista para su aplicación no es exactamente propia del Derecho de obligaciones, sino que más bien se trata de una elaboración indirecta del Derecho comunitario

de la competencia. El análisis del clausulado contractual más frecuente permitió al TJCEE definir la franquicia en su famosa sentencia de 28 de Enero de 1986 dictada en el caso "Pronunptia", en la que se han destacado los rasgos esenciales de este contrato ante la necesidad de diferenciarlo de las restantes modalidades contractuales de distribución integrada<sup>70</sup>.

La primera regulación del contrato de franquicia se contenía en un Reglamento de exención por categoría, concretamente el 4087/88, de 30 de Noviembre de 1988, en el que, partiendo de la jurisprudencia del TJCEE, define el contrato y sus elementos esenciales. Completando este panorama legislativo la Comisión ha publicado en el DOCE de 27 de Agosto de 1987 una Propuesta de Reglamento referente a la aplicación del artículo 85 párrafo 3 del Tratado de Roma a los contratos de "franchising"<sup>71</sup>.

La ausencia de regulación material de este tipo de acuerdos en el Derecho español no ha impedido que nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de 15 de Mayo de 1985, haya intentado conceptuar la figura en cuestión caracterizándola "por la autorización que el concedente da al concesionario para utilizar su marca, generalmente internacional, integrándolo en una red comercial". No obstante, conviene advertir que el contrato de "franchising" ha sido incorporado al R.D. 1750/87, de 18 de Diciembre, en virtud del cual se liberalizan las transferencias de tecnología extranjera<sup>72</sup>.

Sector tradicionalmente abonado a la proliferación de las disposiciones comunitarias es el de los seguros privados. Entre sus principales normas de armonización pueden mencionarse las siguientes:

- Directiva 64/225/CEE del Consejo, de 25 de Febrero de 1964, relativa a la supresión, en materia de reaseguro y retrocesión, de las retribuciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.
- Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de Abril de 1972, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados Miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como

del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.

- Directiva 72/430/CEE del Consejo, de 19 de Diciembre de 1972, de modificación de la Directiva 72/166/CEE, en materia de responsabilidad civil dimanante de la circulación de vehículos automóviles.
- Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de Julio de 1973, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio.
- Directiva 73/240/CEE del Consejo, de 24 de Julio de 1973, en la que se suprimen las restricciones a la libertad de establecimiento en materia de seguro distinto al seguro de vida.
- Directiva 76/580/CEE del Consejo, de 29 de Junio de 1976, por la que se modifica la anterior Directiva 73/239/CEE.
- Directiva 77/92/CEE del Consejo, de 13 de Diciembre de 1976, relativa a las medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades de agente y corredor de seguros y por la que se establecen, en particular, medidas transitorias para estas actividades.
- Directiva 78/473/CEE del Consejo, de 30 de Mayo de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de coaseguro comunitario.
- Primera Directiva 79/267/CEE del Consejo, de 5 de Marzo de 1979, sobre coordinación de las medidas legales, reglamentarias y administrativas, referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio.
- Segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de Diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles.

- Directiva 84/641/CEE del Consejo, de 10 de Diciembre de 1984, por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE y por la que se coordinan las disposiciones relativas al acceso a la actividad de seguro distinto al de vida y a su ejercicio.
- Directiva 87/343/CEE del Consejo, de 22 de Junio de 1987, por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE en lo que se refiere al seguro de crédito y al seguro de caución.
- Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de Junio de 1987, sobre el seguro de defensa jurídica.
- Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de Junio de 1988 sobre coordinación en materias relativas al seguro directo distinto del seguro de vida.
- Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de Mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.
- Directiva 90/618/CEE del Consejo, de 8 de Noviembre de 1990, por la que se modifican las Directivas 72/239/CEE y 88/357/CEE.
- Segunda Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de Noviembre de 1990, sobre coordinación en materias relativas al seguro directo de vida, en la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE.

Entre la normativa española por medio de la cual se ha procedido a la necesaria adaptación al acervo comunitario en materia de seguros privados, podemos citar, en primer lugar, el R.D. Legislativo 1255/1986, de 6 de Junio, por el que se modifican determinados artículos de la Ley 33/1984 para adaptarla a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la CEE y a la que se incorporaban las Directivas 73/239/CEE, 73/240/CEE, 79/267/CEE y

84/641/CEE. Así mismo, el R.D. Legislativo 2021/1986, de 22 de Agosto, por el que se adaptaba el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la CEE. Por su parte, la Ley 9/1992, de 30 de Abril, de Mediación en Seguros Privados, derogó el R.D. Legislativo 1300/1986, de 28 de Junio, texto este último el cual, a su vez, adaptó la Ley de Producción de Seguros Privados (T.R. aprobado por el R.D. Legislativo 1347/1985, de 1 de Agosto) a la Directiva 77/92/CEE. También debemos hacer mención al R.D. Legislativo 1301/1986, de 28 de Junio, por el que se adapta al ordenamiento jurídico comunitario, básicamente a las Directivas 72/66/CEE y 84/5/CEE, el T.R. de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de motor.

Finalmente, dentro de las disposiciones españolas de convergencia con el Derecho comunitario en materia de seguros, destaca la Ley 21/1990, de 21 de Diciembre por la que se aprueba el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros y por la que se adapta nuestro ordenamiento jurídico a la Directiva 88/357/CEE, sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de vida y se actualiza la legislación de seguros privados. Completando las disposiciones contenidas en la Ley 21/1990, deberán tomarse en consideración tanto el R.D. 731/1987, de 15 de Mayo, por el que se aprobó el Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, como la Orden de 18 de Marzo de 1986 por la que se extiende la actuación del Consorcio de Compensación de Seguros, en relación con el seguro obligatorio del automóvil, al ámbito territorial que exige la adhesión a la CEE<sup>73</sup>.

El tercer grupo clasificatorio propuesto comprende los denominados "contratos de crédito y de garantía", los cuales, en función de su genérica adscripción a las actividades propias de las entidades crediticias y financieras, podrían encuadrarse dentro del área más extensa de los "contratos" u "operaciones bancarias"<sup>74</sup>.

Uno de los objetos que, junto al dinero y a las operaciones sobre valores mobiliarios, caracteriza a los contratos bancarios es precisamente la concesión de crédito. En este terreno, si bien admitiendo su evidente conexión con la política

de consumo, es de señalar la Directiva 87/102/CEE, de 22 de Diciembre de 1986<sup>75</sup>.

En la medida en que sus disposiciones pueden afectar a los contratos de préstamos y crédito en divisas, también conviene recordar la Directiva 85/566/CEE del Consejo, de 17 de Noviembre de 1986, por la que se modifica la Primera Directiva, de 11 de Mayo de 1960, para la aplicación del artículo 67 del TCEE, la cual, a su vez, fue objeto de modificación por las Directivas 63/21/CEE y 85/583/CEE, de 18 de Diciembre de 1962 y de 20 de Diciembre de 1985, respectivamente<sup>76</sup>.

Por lo que respecta a la actividad bancaria, merecen reseñarse las siguientes disposiciones comunitarias:

- Directiva 73/183/CEE del Consejo, de 28 de Junio de 1973, sobre supresión de restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras.
- Primera Directiva 77/780/CEE del Consejo, de 12 de Diciembre de 1977, sobre coordinación de disposiciones referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.
- Directiva 83/350/CEE del Consejo, de 13 de Junio de 1983, relativa a la vigilancia de las entidades de crédito basada en su situación consolidada.
- Recomendación 87/62/CEE de la Comisión, de 22 de Diciembre de 1986, sobre vigilancia y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito.
- Recomendación 87/63/CEE de la Comisión, de 22 de Diciembre de 1986, relativa al establecimiento de un sistema de garantía de depósitos en la Comunidad.
- Directiva 89/646/CEE del Consejo, cuyo contenido puede actuar como criterio delimitador del concepto de "entidades de crédito", al señalar que las empresas bancarias tienen por objeto la realización de operaciones tanto activas como pasivas.

El R.D. Legislativo 1298/1986, de 28 de Junio, modificado por la Ley 26/1988, de 29 de

Julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, ha sido la norma básica encargada de llevar a cabo la adaptación de nuestro Derecho interno al acervo comunitario, sobre todo en lo que respecta a la armonización requerida por las Directivas 73/183/CEE y 77/780/CEE.

En estrecha relación con aspectos propios de la contratación bancaria, el AUE y, más específicamente, el Libro Blanco de la Comisión de 1985, contenían diversas previsiones en torno a la regulación de las "tarjetas de crédito", en su doble consideración como instrumentos de pago y, en conformidad con su propia denominación, como instrumentos de crédito. A este respecto, la Recomendación 87/598/CEE de la Comisión, de 8 de Diciembre de 1987, afirmaba la conveniencia de establecer un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores) que buscaba la tutela de los usuarios mediante la incorporación a los contratos de emisión de tarjetas de crédito de un clausulado mínimo. En esta misma línea, la Recomendación posterior 88/590/CEE, de 17 de Noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y, en particular, a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, señala, entre otras obligaciones correspondientes a la entidad emisora, la de determinar en modo claro y por escrito la totalidad de las cláusulas contractuales que regulen tanto la emisión como el empleo de tarjetas de crédito, así como el deber de su titular de notificar la pérdida, robo o falsificación de estos instrumentos de pago<sup>77</sup>.

Enlazado con los llamados "contratos de garantía", puede afirmarse la práctica inexistencia de disposiciones comunitarias que afecten al ámbito privado de la contratación mercantil. El Libro Blanco de la Comisión de 1985, que complementa las previsiones del AUE, preveía la adopción de Directivas armonizadoras en materia de crédito hipotecario. La Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo relativa a las garantías prestadas por entidades de crédito y compañías de seguro, puede inducir a error en cuanto a su contenido, ya que interesa más al sector público de la contratación que al privado. En ella se procura imponer la aceptación, por

parte de las autoridades públicas de los Estados Miembros, de las garantías prestadas por entidades de crédito y compañías aseguradoras, lo que obligará a determinar, como punto de partida previo, que entidades o personas tienen la consideración de "avalistas" o "garantes" a nivel comunitario<sup>78</sup>.

El carácter netamente "agresivo" de los nuevos métodos de publicidad y consumo, así como la convicción de la incapacidad de los consumidores para poder acceder a la producción normativa en materia de "mercado", impulsaron hace tiempo al legislador comunitario a acometer una abierta política de protección de sus derechos e intereses. Bastaría, a tal efecto, con recordar las últimas manifestaciones de esa política legislativa en el Acta Unica Europea y, sobre todo, las medidas previstas en el Libro Blanco de la Comisión de 1985<sup>79</sup>. En cumplimiento de este compromiso "constitutivo", se ha promulgado una amplia fronda legislativa que presenta sus ramificaciones en el campo propio de la contratación privada, lo que puede fácilmente corroborarse en aquellas disposiciones normativas que, considerando su incidencia en el sector de la contratación mercantil, ya hemos expuesto con anterioridad. Por ello, se ha considerado más apropiado a los fines del presente trabajo, no exponer el desarrollo de la normativa comunitaria en materia de protección a los consumidores y usuarios, tema sobre el que existe una profusa, dispersa y dispar literatura jurídica, sin olvidar que esta Revista de Estudios Europeos en su primera aparición tuvo el acierto de publicar una completa exposición del acervo comunitario<sup>80</sup>. Sin embargo, no podemos dejar de hacer referencia expresa a la Resolución del Consejo sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la Política de protección al consumidor, de 9 de Noviembre de 1989, en la que, entre los objetivos prioritarios del Plan de Actuación trienal, se manifiesta el de abordar la finalización de las tareas que permitan la promulgación de la Propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos<sup>81</sup>.

En esta misma orientación el Tratado de la Unión Europea de 7 de Febrero de 1992, intenta consolidar esta tendencia tuitiva de los consumidores, pero, como pone de relieve SANCHEZ FERNANDEZ GATTA, las acciones concretas

de la Comunidad en este campo toparán con el "dificultoso y largo procedimiento decisorio del artículo 189.B TCEE; lo que constituye un especial problema", sin minusvalorar el hecho de que esta política comunitaria "tiene las características de ley subsidiaria y mínima en relación con las de los Estados miembros"<sup>82</sup>.

En lo que afecta al área propia de la "responsabilidad civil", destaca la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de Julio de 1985, en la que se coordinan las disposiciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, cuya Propuesta había sido presentada a la Comisión en el año 1976. Esta Directiva, posterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley española 26/1984 de Defensa de consumidores y usuarios, establece un sistema imperativo de responsabilidad objetiva<sup>83</sup>. Su publicación y la necesidad de armonizar nuestra legislación interna con ella, deberá suponer la incorporación a nuestro Derecho positivo de un buen número de disposiciones comunitarias<sup>84</sup>. Por su parte, la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios, presentada por la Comisión el 9 de Noviembre de 1990 y publicada en el DOCE de 18 de Enero de 1991, en la que se parte de la gran importancia que en la actualidad tiene el sector de servicios en el mercado<sup>85</sup>, declara en su artículo 1 que "el prestador de servicios será responsable del daño causado por su culpa en el momento de la prestación del servicio", si bien con posterioridad matiza su alcance afirmando que el "prestador" únicamente garantiza, "en condiciones normales y razonablemente previsibles", "la seguridad que cabe esperar legítimamente", correspondiendo al empresario de servicios la prueba de la ausencia de culpa, conforme determina el apartado 2 de este precepto<sup>86</sup>.

## 5. ¿HACIA UN CODIGO EUROPEO DE LA CONTRATACION PRIVADA?

### 5.A. La debatida cuestión de la "unificación interna" del Derecho Privado

Si, como acertadamente se ha dicho, ante la necesidad de pensar más "en el Derecho Mercan-

til que ya está siendo que en el Derecho Mercantil que fue", siempre es preferible "una prudente imaginación creadora al riesgo de permanecer sin ninguna actitud crítica, en la esclerosis del sistema"<sup>87</sup>, no es menos cierta la gran dificultad que entraña realizar previsiones sobre la futura evolución de nuestra disciplina, sometida a todo tipo de cambiantes circunstancias. Con ello, se asumiría un claro riesgo y se incurriría en la temeridad de dar pábulo a banales ambigüedades o dar a la luz prematuros alumbramientos pseudocientíficos.

No es éste, por tanto, lugar adecuado para abordar la controvertida delimitación del "concepto" de nuestra disciplina y, con más razón, tampoco es momento oportuno para desarrollar las diversas tesis doctrinales mantenidas sobre la "especialidad" del Derecho Mercantil. No obstante, a efectos meramente expositivos, conviene refrescar algunas consideraciones que no por conocidas son menos necesarias.

Puede considerarse como un hecho histórico consumado la imposibilidad de conseguir una noción o concepto "unitario" de Derecho Mercantil, tanto desde el punto de vista formal como material. Distintos factores han coadyuvado a esta imposibilidad y no es el de menor importancia la constante aparición de nuevos instrumentos contractuales que, si bien son generalmente calificados como "mercantiles", sin embargo desbordan los estrechos límites de las clásicas estructuraciones del Derecho Privado.

La "generalización" de las instituciones mercantiles (o "comercialización" del Derecho Civil)<sup>88</sup> hizo brotar la tendencia hacia la "unificación del Derecho Privado", básicamente en lo que atañe al sector de las obligaciones y contratos, llegándose a hablar incluso de una cierta "desmercantilización" del Derecho Mercantil<sup>89</sup>. La expansión en el proceso de "generalización" de las instituciones mercantiles iba a efectar, como no podía ser de otra manera, a los cimientos conceptuales de nuestra disciplina. El Derecho Mercantil se comienza a presentar como una parte del "Derecho de la Economía", más particularmente, como el "Derecho privado de la Economía"<sup>90</sup>. Pero el fenómeno del "intervencionismo" estatal en las actividades económicas, más en su vertiente "normativa" que en la llama-

da "productiva", hace que el Derecho Mercantil rebase los estrechos límites de su decimonónica dimensión iusprivatista provocando "una instrumentalización del Derecho Privado" ('desprivatización'), en función de los fines perseguidos por el ordenamiento público de la economía"<sup>91</sup>. Esta, denominémosla así, "tendencia socializante" en el área del Derecho Privado, apoyándose en la proliferación de normas imperativas que rompen con el dogma clásico de la autonomía de la voluntad (principio éste que, no olvidemos, preside la elaboración del Derecho Uniforme en el marco de la contratación mercantil internacional), presenta nítidas manifestaciones en distintos sectores tradicionalmente afiliados al Derecho Mercantil, así por ejemplo, en materia de Derecho de la competencia, de grupos de sociedades, de la política de protección de los consumidores y usuarios; en materia de control de las condiciones generales de la contratación, así como en la nueva regulación de la responsabilidad extracontractual y en la ordenación de la banca, los seguros y el transporte, etc. Por todo ello, se ha intentado traspasar las fronteras seculares de la concepción clásica del Derecho Mercantil, presentándose ahora como un sistema normativo "ordenador del mercado". Sin embargo, hacemos nuestras las reveladoras palabras del profesor MENENDEZ MENENDEZ quien luego de constatar el inevitable proceso de "generalización" al que está sometido el Derecho Mercantil, señala cómo tal circunstancia "abre ciertos interrogantes sobre la posibilidad de mantener la existencia de un Derecho Privado y especial para un sector de la vida económica y social", para decirnos a continuación que "si a ello se añade la necesidad práctica y metodológica de un tratamiento unitario de los aspectos públicos y privados de las instituciones, no ha de sorprender que se puede llegar a pensar... en una próxima 'disolución' o desintegración del 'tradicional' Derecho Mercantil"<sup>92</sup>.

En claro contraste con la tendencia administradora-socializante que acabamos de señalar, se manifiesta otra tendencia en sentido diverso que intenta robustecer la unidad del Derecho Privado, muy especialmente en el sector de las obligaciones y contratos<sup>93</sup>. Es éste típico tema de debate en la literatura jurídica privada

(curiosamente con mayor dedicación por parte de la doctrina mercantil que civil), en el que parece existir un consenso ampliamente mayoritario a favor de la mencionada integración, aún cuando se deba reconocer la heterogeneidad de las vías que se han propuesto para llevarla a cabo<sup>94</sup>

La generalización del Derecho Mercantil es un fenómeno evidente: el continuo trasvase de normas mercantiles hacia los textos legales civiles, la objetivación y posterior difusión del "espíritu comercial" o, mal llamado "espíritu capitalista", la expansión de competencias hacia el sector industrial y de servicios así como el constante auge de la contratación mercantil frente a la civil, son factores esenciales que han venido a provocar bien la fusión total entre Derecho Civil y Mercantil (caso del "Codice Civile" italiano de 1942) o bien la integración unificadora del Derecho privado sobre obligaciones y contratos (caso del "Code des obligations" suizo de 1960)<sup>95</sup>.

Dejando ahora al margen los problemas que la unificación del Derecho Privado puede acarrear en otras áreas competenciales de nuestra disciplina, como es el caso del "estatuto de empresario" o el correspondiente a la unificación de las "instituciones concursales", tema éste último sobre el que circula desde hace tiempo entre la doctrina mercantil española un Anteproyecto "unificado"<sup>96</sup>, lo cierto es que nuestra doctrina no parece expresar graves dudas en torno a la viabilidad de dicha integración, al menos en lo que a la unificación del área contractual se refiere<sup>97</sup>.

Quizás este movimiento integrador o unificador de la contratación privada pueda topar con ciertas dificultades en el caso de los denominados "contratos de empresa", cada vez más frecuentes en la realidad actual<sup>98</sup> y que se califican como contratos mercantiles "per se ipsum" ya que surgen en íntima conexión con el ejercicio de las actividades de producción y distribución de bienes y servicios con destino al mercado. Sin embargo, la principal proyección de las llamadas "tendencias socializantes" se encuentra en este territorio<sup>99</sup>, lo que podrían plantear ciertos conflictos a la hora de su unificación. Un tratamiento especial y diferenciado para estos "contratos empresariales", acerca de los que se cuestionan

no sólo su naturaleza "mercantil" sino incluso su auténtico carácter "contractual"<sup>100</sup>, acarrearía graves distorsiones en nuestro sistema jurídico puesto que tal "reglamentación excepcional", además de conllevar una abierta ruptura del principio de la "pars conditio concurrentium", supondría un tratamiento discriminatorio para aquellos sujetos, empresarios o simples clientes, que quedasen vinculados por esta normativa<sup>101</sup>.

En resumen, al eliminar la doble regulación, civil y mercantil, de muchos contratos, podría resolverse de una vez por todas el engorroso problema, de importantes consecuencias prácticas, relativo a su calificación previa, con lo que se conseguiría dotar de una mayor seguridad al tráfico patrimonial<sup>102</sup>.

Esta tendencia hacia la unificación iusprivatista del Derecho de la contratación emerge nítidamente en algunas leyes especiales reguladoras de ciertos contratos mercantiles, las cuales, siguiendo las pautas del Derecho uniforme internacional, no muestran preocupación alguna por la calificación civil o mercantil de la materia que regulan. Así ha sucedido con la Ley reguladora del contrato de seguro de 1980, con la Ley de defensa de los consumidores y usuarios de 1984 (recuérdese su artículo 7), o con la regulación de la contratación publicitaria en la nueva Ley de 1988, en cuya Exposición de Motivos se manifiesta que su Título III está constituido por normas de derecho privado en las que se han destacado las especialidades que estos contratos tienen sobre el fondo común de la legislación civil y mercantil. Finalmente, ésta parece ser también la inclinación de las Leyes de 26/1991, de 21 de Noviembre y de 12/1992, de 17 de Mayo, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y acerca del contrato de agencia, respectivamente.

No es nuestra intención entrar en consideraciones presuntuosas sobre el catálogo o lista de contratos susceptibles de una futura unificación, asunto sobre el que hace tiempo ya se pronunció nuestra mejor doctrina<sup>103</sup>, pero sí conviene efectuar algunas consideraciones sobre la forma de llevar a cabo este proceso integrador. Las variadas posiciones sostenidas en nuestra doctrina mercantil, al hilo del proceso "descodificador"<sup>104</sup>, no hicieron dudar

a un buen número de autores de la conveniencia de adoptar un Código único, como instrumento de actuación normativa, en materia de obligaciones y contratos. Este cuerpo legislativo, en opinión de SANCHEZ CALERO, ha de someter a revisión la ideología clásica inspiradora de los códigos de comercio del Siglo XIX y frente a la pasada convicción de "estimar que la tutela al interés general se obtenía mediante la más amplia protección al principio de la autonomía de la voluntad, con un Derecho supletorio de carácter eminentemente dispositivo, un nuevo Código ha de revisar esa ideología, en el sentido de no ser digno de protección el poder de libertad del individuo en términos que se consideren -por excesivos o abusivos- contrarios al interés general"<sup>105</sup>.

Como ya hemos puesto de manifiesto en anteriores apartados, el problema de la "unificación interna" del Derecho privado de obligaciones y contratos no debe constituir obstáculo alguno para el ansiado logro de la "unificación internacional". En este sentido, no debemos olvidar que, en múltiples ocasiones, es la propia normativa internacional la que lleva a cabo la unificación entre disposiciones civiles y mercantiles. Baste recordar, como simple ejemplo, que la Ley Uniforme en materia de venta internacional de mercaderías, adoptada en la Convención de La Haya de 1964, declara en su artículo 7 que sus normas serán de aplicación "con independencia del carácter civil o comercial de las partes o de los contratos que celebren".

En el marco de este movimiento unificador no debemos eliminar la referencia, aunque sea a título meramente informativo, a la "Reunión o Conferencia de Pavía", que tuvo lugar en la Universidad de esta ciudad italiana los días 20 y 21 de octubre de 1990, durante el semestre italiano de presidencia de la CEE, con ocasión del Cinquentenario de la publicación del "Libro de las Obligaciones" del actual Codice Civile italiano y a la que asistieron distinguidos especialistas del Derecho privado de toda Europa<sup>106</sup>.

### 5.B. La "Conferencia de Pavía" de 1990

Para el funcionamiento del mercado interno es indispensable alcanzar la integración jurídica: un "único mercado" exige necesariamente de

una "única normativa", especialmente en el sector de los contratos. Esta idea, como se ha advertido previamente, se reconoce implícitamente en la Propuesta de Directiva de Septiembre de 1990 en materia de protección a los consumidores. Con anterioridad, en Mayo de 1990 el Parlamento Europeo había adoptado una Resolución bastante significativa en la que se afirmaba que, luego de numerosos intentos por conseguir la armonización legislativa en particulares sectores del Derecho Privado, "debe darse comienzo a los indispensables trabajos preparatorios, previos a la elaboración de un 'Código europeo comunitario de Derecho Privado'". Sobre esta materia, ya venía trabajando la denominada "Comisión sobre el Derecho contractual europeo" que, creada en los albores de los años ochenta, había formulado ya algunas recomendaciones sobre los "principios generales" que en materia de contratos debían observarse por los Estados a la hora de elaborar su legislación privatística.

En este marco de actuación, tuvo lugar en Octubre de 1990 la mencionada "Conferencia de Pavía" a la que asistieron una treintena de juristas de todos los países comunitarios más los representantes de Austria y Suiza, participando en unas Jornadas de estudio sobre el "Futuro Código Europeo de los Contratos"<sup>107</sup>. En ella, reconociéndose la escasa actividad "euronormativa" en esta materia y la necesidad de individualizar los rasgos caracterizadores de los diversos regímenes contractuales (y no sólo su diferente sustrato socioeconómico), se ha llegado a la convicción de que no existen obstáculos insuperables para la consecución de un Código Europeo, a pesar de las claras diferencias existentes entre los países del "Common Law" y aquellos otros, latinos y germánicos, pertenecientes al área del "Civil Law". Como sostiene STURM, "la historia del Derecho enseña que un gran espacio económico no puede subsistir sino se regula por normas uniformes del Derecho de Obligaciones"<sup>108</sup>.

La unificación del "Droit des affaires" no puede conseguirse por el sistema de los "standard contracts", sin que tampoco sea suficiente, a los fines de la funcionalidad del mercado único, la promulgación de "normas de colisión" o "normas de conflicto" propias del Derecho Internacional Privado. El instrumento idóneo para afrontar el

reto unificador es la "norma sustancial" o "norma material" ya que las disposiciones sobre conflictos de leyes únicamente sirven para determinar el derecho aplicable, pero no eliminan, la pluralidad legislativa existente.

En este sentido, admitiendo la dualidad de regímenes existentes en Europa relativos al tratamiento de la materia contractual: por una parte, los países de "common law", básicamente los países anglosajones, y, de otra parte, los países de "civil law", basados en el Código alemán y en el francés, sin embargo, ambos presentan como denominador común el principio de la "autonomía privada". Desde esta perspectiva, se pensó, en un primero momento, en un Código único que englobase todo el Derecho privado europeo, rebajándose luego estas pretensiones hacia la consecución de un texto unificado que abarcase, únicamente, el sector de las obligaciones y contratos. Como señaló FERRI, en su intervención en estas Jornadas, ante la idea de considerar el "Código" como un medio de expresión normativa ya superado, dado el fenómeno en boga de la "descodificación", en su aspecto funcional, el "Código" constituye, "como sistema ordenado y ordenante, un medio idóneo para disciplinar la evolución vital"<sup>109</sup>.

Esta codificación europea implicaría la confluencia en un único sistema del Derecho Civil y Mercantil, es decir, la unificación del Derecho Privado en el campo de las obligaciones y contratos. Para ello, el punto de referencia básico en orden a la labor unificadora, unánimemente aceptado por los participantes en estas reuniones, lo constituye el Libro IV del Codice Civile italiano, el cual, en opinión de FERRI, "resulta una concepción idónea para satisfacer los problemas inherentes a la economía industrial"<sup>110</sup>. A este respecto, TUNC ha señalado que "una ley destinada a estar en vigor en países distintos, debe contener reglas suficientemente claras para poder ser aplicadas por de jueces diferentes formacio-

nes. El estilo del Código Civil italiano, por ejemplo, se sitúa en una posición de justo equilibrio entre la abstracción típica de los 'principios generales' y la especificidad detallada de las leyes inglesas"<sup>111</sup>. El "Sozialmodell", en expresión de WIEACKER, recogido en el Código italiano como producto de los años treinta, puede considerarse instrumento idóneo para ordenar la realidad socioeconómica del fin del presente siglo, aun cuando convendría efectuar algunos retoques y completar el elenco de figuras contractuales mediante la incorporación de nuevos productos, como es el caso de los nuevos contratos de asistencia técnica, sin infravalorar las diferencias que el "common law" presenta en relación a ciertos aspectos de la problemática contractual"<sup>112</sup>. Por este motivo, los juristas ingleses, preveyendo que el efecto traumático de un posible Código unificado europeo sería más impactante en las islas que en el continente, han propuesto la consideración de posibles "etapas intermedias" en aras a la consecución de una solución normativa global<sup>113</sup>.

En resumen, la elaboración de un Código europeo en materia de contratos y obligaciones, comprendiendo incluso la ordenación de la materia extracontractual, está llamado a coexistir con las diferentes legislaciones nacionales en aquellos otros sectores del Derecho Privado que no sean objeto de unificación. Por tanto, en estos casos, se plantearía la necesidad de individualizar la normativa aplicable a cada sector del Derecho privado, situación ésta que conduciría, inevitablemente, a la necesidad de unificar el Derecho Internacional Privado. Por último, corolario ineludible para la aplicación de esta codificación europea ha de ser la instauración de una única instancia judicial transnacional que actuase a modo de Magistratura o Corte Suprema, encargada de dirimir los conflictos que la aplicación de la normativa unificada pudiese plantear en el tráfico negocial.

## NOTAS

<sup>1</sup> No olvidemos que, en el sector del Derecho Privado, el Título Preliminar del Código Civil, luego de la reforma de 1974, consiente en su artículo 3 la ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de

aplicación de las normas.

<sup>2</sup> Véase SANTOS BRIZ, "Los contratos civiles. Nuevas perspectivas", Granada, 1992, p. 13.

<sup>3</sup> Véase SUAREZ-LLANOS GOMEZ, "Bases para

una ordenación del derecho de la contratación mercantil", en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, p. 298.

<sup>4</sup> Véase SANCHEZ CALERO, "El Código de Comercio y los contratos mercantiles", en *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 237 y 238; SANTOS BRIZ, op. cit., p. 16; SUAREZ-LLANOS GOMEZ, op. cit., pp. 296 y 301; DIEZ PICAZO, L., "Derecho y masificación social", Madrid, 1979, p. 43; URÍA, "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", RDM, núm. 62, pp. 211 y ss.

<sup>5</sup> Véase GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, vol. I, Madrid, 1964, p. 3.

<sup>6</sup> Véase URÍA, *Derecho Mercantil*, 19 ed., Madrid, 1992, p. 560.

<sup>7</sup> Véase SUAREZ-LLANOS GOMEZ, "Bases...", cit., p. 284.

<sup>8</sup> En base a lo dispuesto en el artículo 50 del Código de Comercio, que establece el sistema de fuentes aplicable a las obligaciones y contratos mercantiles, serán de recibo en el campo mercantil las disposiciones generales sobre contratos contenidas en los artículos 1254 y ss. del Código Civil.

<sup>9</sup> En este sentido, véase, LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español*, III, Barcelona, 1959, p. 54.

<sup>10</sup> Véase SANCHEZ CALERO, "Código de Comercio y contratos mercantiles...", cit., p. 225.

<sup>11</sup> Véase GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, vol. I, Madrid, 1964, p. 48; MESSINEO, "Dottrina generale del contratto", 3 ed., Milán, 1952, p. 265; ASCARELLI, T., "Iniciación al estudio del Derecho Mercantil", trad. al castellano de VERDERA Y TUELLES, Studio Albornotiana, Barcelona, 1964, pp. 323 y ss.; URÍA, "Derecho Mercantil", 19 ed., Madrid, 1991, p. 440.

<sup>12</sup> Excluimos por tanto cualquier consideración sobre la "contratación pública", tema sobre el que existe una abundante bibliografía. Destacamos como más reciente en lengua castellana: SANTIAS VIADA, SANTAMARIA DE PAREDES, LOPEZ BLANCO, "El Derecho Comunitario de la contratación pública", Escuela de la Hacienda Pública, Madrid, 1991, y MATTERA, A., "El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento", traducción al castellano ZAPICO LANDRAVE, Madrid, 1991, pp. 385 y ss.

<sup>13</sup> Véase por todos, SANCHEZ CALERO, "El Código de Comercio y los contratos mercantiles", en *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, 1986, pp. 229 y ss.

<sup>14</sup> Véase GIRON TENA, J., "Tendencias actuales y reforma del derecho Mercantil-Estudios", Madrid, 1986, p. 149.

<sup>15</sup> Véase GIRON TENA, "Tendencias actuales...", cit., p. 141.

<sup>16</sup> En este sentido, POLO, A., "Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil", en *Estudios Uría*, Madrid, 1978, p. 628; BERCOVITZ, "En torno a la unificación del Derecho Privado", en *Estudios de Castro*, Madrid, 1976, pp. 162 y ss.; GOMEZ SEGADE, "Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil", en *Estudios Uría...*, cit., pág. 223.

<sup>17</sup> Véase EHRENBERG, "Handbuch des gesanten Handelsrechts", tomo I, Leipzig, 1913, pp. 5-6.

<sup>18</sup> Véase la referencia en GOMEZ SEGADE, "Algunos problemas actuales...", cit., p. 229, nota, núm. 28.

<sup>19</sup> Véase GONDRA ROMERO, "La moderna 'Lex mercatoria' y la unificación del Derecho del Comercio Internacional", en RDM, núm. 127, Enero-Marzo, 1973, pp. 7 y ss., en especial p. 22.

<sup>20</sup> Véase GONDRA ROMERO, "Le moderna 'Lex mercatoria'...", cit., pp. 16 y 17.

<sup>21</sup> Véase DE CASTRO, F., "Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta", en ADC, tomo XI, 4, 1958, pp. 1029-1032.

<sup>22</sup> En este sentido, GONDRA ROMERO, "La moderna 'Lex mercatoria'...", cit., p. 38.

<sup>23</sup> Véase POLO, A., "Reflexiones sobre la reforma...", cit., p. 628; y GOMEZ SEGADE, "Algunos problemas actuales...", cit., p. 224.

<sup>24</sup> Destacan entre ellos, la United Commission on International Trade Law (UNCITRAL), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Conferencia de La Haya, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, la Cámara de Comercio Internacional, la International Law Association, el Comité Marítimo Internacional, la Asociación Internacional de la Ciencia Jurídica, la Comisión sobre el Derecho Contractual Europeo, etc.

<sup>25</sup> En materia de Derecho de la contratación, las distintas legislaciones nacionales no suelen incorporar a sus textos legales "normas de conflicto". Este era el sistema seguido por el legislador español hasta producirse la reforma del Título Preliminar del Código Civil, como consecuencia de la publicación del Real Decreto 1836/1974, de 31 de Mayo. Luego de la citada reforma, el artículo 10.1, reglas 5 a 10, establece un completo régimen de Derecho Internacional Privado aplicable a las obligaciones derivadas del contrato. Puede consultarse la monografía de SANTOS BRIZ, "Los contratos civiles...", cit., pp. 361 y ss.

<sup>26</sup> Véase GONDRA ROMERO, "La moderna 'Lex mercatoria'...", cit., pp. 7-9.

<sup>27</sup> Véase referencia en GOMEZ SEGADE, "Algunos problemas actuales...", cit., p. 229.

<sup>28</sup> Véase POLO, "Reflexiones sobre la reforma...", cit., pp. 628 y 632.

<sup>29</sup> URÍA, *Derecho Mercantil*, 19 ed., Madrid, 1992, p. 9.

<sup>30</sup> Véase SCHMITTHOF, "The Unification of the Law of International Trade", JBL, 1968, p. 118.

<sup>31</sup> Véanse los antecedentes en SWEET, J., "Le Convenzione UNCITRAL per la vendita internazionale di beni: osservazioni di un docente americano", en Riv. Dir. Comm., 1984, fascs. 5/6 y 7/8, p. 300, y también de ORTIZ DE LA TORRE, J.A. TOMAS, "La Convención de la Conferencia de La Haya sobre la Ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías", en La Ley, n. 1716, Madrid, 22 de Mayo de 1987, p. 1, en especial, nota n. 1.

<sup>32</sup> Véase, por todos, OLIVENCIA RUIZ, M., "La

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): Balance de un decenio (1968-1977)", en Estudios homenaje a POLO, Madrid, 1981, pp. 753 y ss.

<sup>33</sup> Instrumento de Adhesión de España publicado en el BOE de 30 de Enero de 1991.

<sup>34</sup> En el año 1964 se puso en vigor la Convención de La Haya, adoptada el 15 de Junio de 1955, cuyo objeto era el establecimiento de "normas de conflicto" sobre este tipo de contrato. La Conferencia de La Haya, recordemos, ha adoptado diversas convenciones en su tercera y actual época que afectaban claramente al Derecho Contractual Mercantil, destacando la XIV, XVI, XIX, ratificado por España 4 de Noviembre de 1987, XX, XXII, XXX y XXXI. Puede concretarse en la dogmática práctica el completo trabajo de J.A. TOMAR ORTIZ DE LA TORRE, "La Convención de la Conferencia de La Haya sobre la Ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías", publicado en La Ley, núm. 1716, de 22 de Mayo de 1977, pp. 1 y ss. Asimismo se puede destacar la monografía de KAHN, Ph., aparecida en la Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1964, pp. 729 y ss.

<sup>35</sup> Véanse FRIGNANI, "Il contratto internazionale", en Trattato di Dir. Comm. e Dir. Pubbl. Eco., dirigido por F. GALGANO, vol. XII, Padua, 1990, pp. 14 y ss.; DRAETTA, Y., "Il diritto dei contratti internazionali", vol. I, La formazione dei contratti, Padua, 1984, pp. 2 y ss.

<sup>36</sup> Véase BORGIOLO, A., "La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", en Giur. Comm., fasc. 10.2, Marzo-Abril, 1983, p. 152.

<sup>37</sup> Véase BONELL, M.J., "Una nuova disciplina in materia di rappresentanza: La Convenzione di Ginevra del 1983 sulla rappresentanza nella compravendita internazionale di merci", en Riv. Dir. Comm., fascs. 5-6/7-8, Mayo-Agosto, 1983, pp. 273 y ss.

<sup>38</sup> Véase GONDRA ROMERO, "La moderna 'lex mercatoria'...", cit., p. 7; SANCHEZ CALERO, "Instituciones de Derecho Mercantil, Madrid, 1988, p. 492; GARCIA AMIGO, "Las condiciones generales de los contratos", Madrid, 1969, p. 20; y ALONSO UREBA, "En torno al crédito documentario con particular referencia a las modalidades de créditos transferibles y subsidiarios", en Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero, Madrid, 1990, pp. 460-461.

<sup>39</sup> Conviene recordar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1, núm. 5, del Código Civil español, las normas y demás disposiciones contenidas en las Convenciones y Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto en cuanto, no hayan pasado a formar parte de su ordenamiento interno mediante su correspondiente publicación en el BOE.

<sup>40</sup> Véase DURAND, P.M.-F., "Les transports internationaux. Les nouvelles Conventions de Berne du 25 février 1961", en revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1964, pp. 255 y ss.

<sup>41</sup> Véase MAPELLI, "El contrato de transporte aéreo internacional. Comentarios al Convenio de Varsovia", Madrid, 1968. Pueden citarse también, en relación a la aplicación de este Convenio en nuestro Derecho inter-

no, las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1958, de 15 de Noviembre de 1963 y de 17 de Diciembre de 1990.

<sup>42</sup> Conviene señalar que sobre esta Convención se han aprobado dos Protocolos modificativos de 23 de Febrero de 1968 - "Reglas de Wisby" y de 21 de Diciembre de 1979, que han sido objeto de ratificación por parte del Estado español el 16 de Noviembre de 1981. Esta normativa internacional vigente en la actualidad, puede ser abolida en el futuro por las denominadas "Reglas de Hamburgo", confeccionadas en la Convención en la susodicha ciudad alemana.

<sup>43</sup> En esta materia puede consultarse, ARROYO, "Convenios Internacionales Marítimos", 3 vols., Barcelona, 1986; MENENDEZ, A., "La unificación internacional del Derecho marítimo", en Estudios homenaje a BARCIA TRELLES, Santiago de Compostela, 1958, pp. 485 y ss.; MENENDEZ-IGLESIAS, "Código de las leyes marítimas", Madrid, 1980; GOMEZ-SEGADE, "El transporte marítimo de las mercancías: de las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo", en RDM, núm. 156, 1980, pp. 221 y ss.; GONDRA ROMERO, "El proyecto de reforma del Convenio de Bruselas de 25 de Agosto de 1924, sobre transportes marítimos en régimen de conocimiento", en RDM, núm. 96, 1965, pp. 313 y ss. Con carácter general, una panorámica actualizada de la normativa internacional en materia de transporte marítimo puede encontrarse en URÍA, "Derecho Mercantil", 19 ed., Madrid, 1992, pp. 1925 y ss.

<sup>44</sup> Existen otros Convenios Internacionales de menor importancia y que sólo de forma tangencial afectan al Derecho de la contratación internacional, motivo por el cual no se hace referencia a los mismos.

<sup>45</sup> Véase SOLBERG, A., "Respuesta al reto de globalización. Sugerencia de un esquema para un análisis y la toma de decisiones", en Información Comercial Española, núm. 692, Abril, 1991, pp. 9 y ss.

<sup>46</sup> Véase GONDRA ROMERO, "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea. (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)", en Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático del Derecho español, tomo I, Madrid, 1986, pp. 275 y ss.

<sup>47</sup> Véase GONDRA ROMERO, "Integración económica...", cit., p. 277. En el mismo sentido se manifiesta FERNANDEZ DE LA GANDARA, "Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales", en La reforma del Derecho español de sociedades de capital. (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades), Madrid, 1987, p. 41.

<sup>48</sup> Véase ILLESCAS ORTIZ, "Acta Unica Europea y Derecho Mercantil", en Derecho Mercantil de la CEE - Estudios GIRON TENA-, Madrid, 1991, p. 626; MENENDEZ, "El Derecho Mercantil en el siglo XXI", en La Ley, núm. 2646, de 25 de Diciembre de 1990, p. 1201.

<sup>49</sup> Véase GONDRA ROMERO, op. cit., p. 278;

MUÑOZ PLANAS.

<sup>50</sup> Véase GONDRA ROMERO, "Integración económica e integración jurídica...", cit., p. 294.

<sup>51</sup> El artículo 220 del TCEE se refiere expresamente a cuestiones de Derecho internacional privado, determinándose su resolución en base a negociaciones entre los Estados Miembros de la Comunidad. Estas negociaciones deberán cristalizar bien en la adopción de los particulares Convenios Internacionales entre los países comunitarios, bien mediante la elaboración de Reglamentos comunitarios vía artículo 235 del Tratado de Roma. Este Derecho "supranacional", se ha manifestado preferentemente en el área societaria y de la propiedad industrial.

<sup>52a</sup> Véase FERNANDEZ DE LA GANDARA, "Problemas político-jurídicos...", cit., p. 40; GONDRA ROMERO, "Integración económica e integración jurídica...", cit., pp. 294 y 300. En el mismo sentido, SANTOS ORTIZ, op. cit., p. 25.

<sup>52b</sup> Véase GONDRA ROMERO, "Integración económica e integración jurídica...", cit., pp. 311 y 312.

<sup>53</sup> Admonitorias han resultado ser las opiniones reflejadas por GONDRA ROMERO en el artículo que venimos comentando, donde señala, en su página 298 que "...la delimitación del ámbito normativo de proyección de la armonización jurídica tenderá a desdibujarse y a extenderse a áreas normativas 'híbridas', en las que la tradicional función ordenadora del Derecho se entremezclará con objetivos de política económica y social... generando así crecientes tensiones con los Estados Miembros".

<sup>54</sup> Véase BEHRENS, "Integrationstheorie-internationale, wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung", en *Rabels Zeitschrift*, 1981, p. 42; citado por GONDRA ROMERO, "Integración económica...", cit., p. 291, nota 39.

<sup>55</sup> Véase RUFFINI-GANDOLFI, M.L., "Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi", en *Riv. Dir. Comm.*, 1991, fasc. 9-10, Septiembre-Octubre, p. 667.

<sup>56</sup> Véase ILLESCAS ORTIZ, "Acta Unica Europea y Derecho Mercantil", en *Derecho Mercantil de la CEE - Estudios homenaje a GIRON TENA-*, Madrid, 1991, p. 631; VERGEZ SANCHEZ, "Régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de establecimiento -Una aproximación al Derecho Europeo-", en *Derecho Mercantil de la CEE...*, cit., p. 1118. Véase también el denominado Libro Blanco COM (85) 310 final - Bruselas, 9 de Septiembre de 1985, y el Octavo Informe Anual al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario en 1990, DOCE, C 338, de 31 de Diciembre de 1991.

<sup>57</sup> Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores -COM (90), 332 final, SYN 285-, presentada por la Comisión el 24 de Julio de 1990 y publicada en DOCE C 243 de 28 de Septiembre de 1990.

<sup>58</sup> Este criterio ha sido adoptado, entre otros, por MESSINEO, "Dottrina generale del contratto", Milán, tercera edición, 1952, pp. 19 y ss.; CARNELUTTI, "Teoría jurídica della circolazione", Padua, 1933. En la doctrina

mercantil española, puede verse GARRIGUES, "Tratado de Derecho Mercantil", tomo III, vol. I, Madrid, 1964, pp. 96-97; URÍA, R., "Derecho Mercantil", 19 ed., Madrid, 1992, pp. 570-571, y VICENT CHULIA, "Introducción al Derecho Mercantil", 3 ed., Barcelona, 1990, p. 279.

<sup>59</sup> Conscientemente hemos excluido cualquier consideración acerca de la normativa existente sobre "responsabilidad extracontractual".

<sup>60</sup> Véase SANCHEZ CALERO, "Código de Comercio...", cit., pp. 238-239.

<sup>61</sup> Véanse los trabajos de SANCHEZ CALERO, F., "El Código de Comercio...", cit., pp. 313 y ss.; SUAREZ LLANOS, "Bases para una ordenación...", cit., pp. 283 y ss.; SANTOS BRIZ, "Los contratos civiles...", cit., p. 2; GOMEZ SEGADE, "Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil", en *Estudios homenaje a URÍA*, Madrid, pp. 209 y ss.; FIGA FAURA, "Los contratos y la evolución histórica del Derecho Mercantil", en *ADC*, 1984, pp. 369 y ss. En la dogmática extranjera, pueden verse, por todos, ROPPO, "Contratti e controllo nella disciplina delle attività negoziali di impresa", Milán, 1975, y BERLIOZ, "Le contrat d'adhesion", París, 1976.

<sup>62</sup> Véase QUINTANA CARLO, "La adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados", en *Estudios Consumo*, n. 22, 1991, pp. 43 y ss.

<sup>63</sup> Véase ASIS ROÍG, Prólogo a "Legislación sobre transportes terrestres", Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pp. XXII y XXIII.

<sup>64</sup> Véase VV.AA., "El Derecho Comunitario de la contratación pública...", cit.

<sup>65</sup> Véase VERBEZ SANCHEZ, "Régimen jurídico de los contratos realizados fuera de establecimiento. (Una aproximación al Derecho Europeo)", en *Derecho Mercantil de la CEE -Estudios GIRON TENA-*, pp. 1185 y ss.

<sup>66</sup> Véase, por todos, VARA DE PAZ, N., "Leasing financiero", en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 549 y ss.

<sup>67</sup> Véase EIZAGUIRRE, J.M., "Factoring", en *Nuevas entidades...*, ant. cit., pp. 567 y ss.

<sup>68</sup> Véase GATTI, S., "Il merchandising e la sua disciplina giurídica", en *Riv. Dir. Comm.*, fasc. 3/4, 1989, pp. 121 y ss.

<sup>69</sup> Véase el Reglamento 1983/83 de exención por categorías de determinados acuerdos de distribución en exclusiva -DOCE L 173, de 30 de Junio de 1983- y también el Reglamento 556/89, de 30 de Noviembre de 1988, referente a la exención por categorías de los acuerdos de 'Know-How'.

<sup>70</sup> Véase GALAN CORONA, "Los contratos de franquicia ante el Derecho Comunitario de la Competencia", en *Rev. Ins. Euro.*, vol. 13, n. 3, 1986.

<sup>71</sup> Véase BIAMONTI-ROVERATI, "Il nuovo Progetto di Regolamento CEE del franchising", en *Riv. Dir. Comm.*, fasc. 5/6, 1988, pp. 329 y ss.

<sup>72</sup> Dentro de la muy abundante literatura jurídica producida por la doctrina española sobre el contrato de "franchising", destacaremos por su reciente aparición el

aceptable trabajo de ELIAS-OSTUA y RIPOLL, "La Franquicia europea", en Noticias CEE, n. 88, Mayo 1992, pp. 21 y ss. También puede consultarse IGLESIAS PRADA, "Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil", en Estudios homenaje URJA, Madrid, 1978, pp. 251 y ss.

<sup>73</sup> Véase ALMAJANO DE PABLOS, "Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros", en Noticias CEE, n. 82, 1991, pp. 79 y ss.

<sup>74</sup> Las expresiones "relación jurídica bancaria" y "contratos bancarios" no son términos absolutamente sinónimos, dado que, como acertadamente señala SANCHEZ CALERO, en "Instituciones...", cit., "el contrato bancario es aquél que produce algún efecto relacionado con la relación jurídica bancaria: la crea o la regula, modifica o extingue".

<sup>75</sup> Véase DIEZ CREMADES-GOMEZ DE MIGUEL, "La armonización comunitaria del crédito al consumo: la Directiva de 22 de Febrero de 1990", en Noticias CEE, n. 86, Marzo 1992, pp. 45 y ss.

<sup>76</sup> Véase ILLESCAS ORTIZ, "El Acta Unica...", cit., p. 632.

<sup>77</sup> Para una aproximación sencilla al concepto y contenido del contrato de tarjeta de crédito, véase DIAZ CREMADES, M.P., "Comentario a la recomendación de la Comisión de 17 de Noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas", en Noticias CEE, n. 64, Mayo 1990, pp. 45 y ss.

<sup>78</sup> Véase MARTIN BURGOS, "Avales, garantías y Derecho Comunitario. (Breves consideraciones en torno a la Propuesta de Reglamento -CEE- del Consejo relativo a las garantías prestadas por entidades de crédito o compañías de seguros)", en Noticias CEE, n. 64, Mayo 1990, pp. 59 y ss.

<sup>79</sup> Reiteramos el apoyo en el excelente trabajo de ILLESCAS ORTIZ, "El Acta Unica...", cit., pp. 625 y ss. Puede consultarse también SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA, D., "La Política de Consumo de la Comunidad Europea", en Rev. Est. Euro., n. 1, Mayo-Agosto 1992, Valladolid, pp. 23 y ss.

<sup>80</sup> Véase SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA, "La Política de Consumo...", cit. Acerca de la eficacia jurídica de las Directivas en materia de consumo, puede verse el comentario a la sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de Septiembre de 1990, recogida en el trabajo, "Derecho del Consumidor. Eficacia jurídica de las Directivas", publicado en Noticias CEE, n. 82, Noviembre 1991, pp. 131 y ss.

<sup>81</sup> COM (90) 98 final, de 3 de Mayo de 1990.

<sup>82</sup> Véase SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA, "La Política de Consumo...", cit., p. 40.

<sup>83</sup> Véase DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, "La responsabilidad del productor: Referencia a la directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación", en ADC, Julio-Septiembre, 1990, pp. 737 y ss.

<sup>84</sup> En este sentido, véase el magnífico comentario de JIMENEZ DE PARGA, "Responsabilidad del empresario de productos en la Ley de Defensa del Consumidor y del

Usuario y en la normativa de la Comunidad Económica Europea", en Derecho Mercantil de la CEE -Estudios GIRON TENA-, Madrid, 1991, pp. 643 y ss., en especial pp. 662 y 663.

<sup>85</sup> En relación con la importancia económica del sector, la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva indica como más de la mitad del valor añadido que se produce cada año en la Comunidad Europea procede de actividades de servicios.

<sup>86</sup> Véase PARRA LUCAN, "La Propuesta de Directiva de 9 de Noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios", en Estudios Consumo, n. 21, 1991, pp. 11 y s.

<sup>87</sup> El entrecomillado corresponde al trabajo de MENENDEZ MENENDEZ, A., "El Derecho Mercantil en el Siglo XXI", en La Ley, núm. 2646, de 26 de Diciembre de 1990, p. 1203.

<sup>88</sup> Sobre el fenómeno de la "generalización", véase, BERCOVITZ, p. 154, nota núm. 5.

<sup>89</sup> Véase una exposición de sus manifestaciones en MENENDEZ MENENDEZ, "El Derecho Mercantil...", cit., p. 1200.

<sup>90</sup> Véanse, en la doctrina científica española, las recientes aportaciones de ILLESCAS ORTIZ, "Acta única...", cit., pp. 1201; ROJO, "El Derecho Económico como categoría sistemática", en R. L. J., 1981, pp. 249 y ss.; e ILLESCAS ORTIZ, "Las mutaciones contemporáneas del Derecho Privado de la Economía", en Estudios homenaje a BARRERA GRAF, Méjico, 1989, pp. 935 y ss.

<sup>91</sup> Véase MENENDEZ MENENDEZ, "El Derecho Mercantil...", cit., p. 1201.

<sup>92</sup> En clara analogía, salvando las naturales distancias, con el "método tipológico" de Larenz y su aplicación en el campo contractual, como instrumento superador de la clásica categoría de los "contratos típicos", MENENDEZ MENENDEZ, finaliza afirmando que no conoce si este proceso acabará en "la superación de la 'unidad del sistema' del Derecho Mercantil que hemos conocido por un 'sistema de unidades' con el desarrollo de otros tantos lectores básicos de aquel Derecho, alma con el impacto público y social del nuevo ordenamiento...". Véase MENENDEZ MENENDEZ, "El Derecho Mercantil...", cit., pp. 1201-1203.

<sup>93</sup> Véase la última edición de 1992 de los manuales de los profesores URJA y SANCHEZ CALERO, ambos citados en este artículo. Léanse las páginas 9 y 25 respectivamente.

<sup>94</sup> Véanse, entre otros, POLO, A., "Reflexiones...", cit., pp. 547 y ss.; JIMENEZ DE PARGA, "Desarrollo y expansión del Derecho Mercantil", en ADC, n. 30, 1977, pp. 591 y ss.; SANCHEZ CALERO, "El Código de Comercio...", cit., pp. 213 y ss.; GOMEZ SEGADE, "Algunos problemas...", cit., pp. 207 y ss.; GIRON TENA, "Tendencias actuales...", cit. pp. 83 y ss.; BERCOVITZ, "En torno a la unificación del Derecho Privado", en Estudios homenaje a DE CASTRO, Madrid, 1976, pp. 151 y ss.; BROSETA PONT, "La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil", Madrid, 1965, en especial su Capítulo III, pp. 165 y ss.; MENENDEZ, "El Derecho Mercantil en el

siglo XXI", en La Ley, 26 de Diciembre de 1990, pp. 197 y ss.; SUAREZ LLANOS, "Bases para una ordenación...", cit., pp. 283 y ss.; SANTOS BRIZ, "Los contratos civiles...", cit.; FIGA FAURA, "Los civilistas y la evolución histórica del Derecho Mercantil", en ADC, 1984, n. 2, pp. 369 y ss.; GONDRA ROMERO, "La moderna 'Lex mercatoria'...", cit., pp. 378 y ss. Toda esta bibliografía no puede hacer olvidar las amplias aportaciones doctrinales al movimiento unificador de GARRIGUES que por su extensión y dispar referencia omitimos en estas páginas.

<sup>95</sup> Véanse, por todos, BERCOVITZ, "En torno a la unificación...", cit., pp. 153 y ss. y BROSETA PONT, "Empresa...", cit., pp. 202 y ss.

<sup>96</sup> En relación a la pretendida unificación del Derecho Concursal pueden verse los comentarios de POLO, "Reflexiones...", cit., pp. 632 y ss.; BERCOVITZ, "En torno a la unificación...", cit., pp. 164 y ss.; y OLIVENCIA RUIZ, "La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio", en Centenario del Código de Comercio, Madrid, 1986, pp. 343 y ss.

<sup>97</sup> Los argumentos a favor de la unificación se encuentran nitidamente desarrollados en el trabajo del profesor BERCOVITZ, "En torno a la unificación...", cit., pp. 157 y ss. También puede consultarse a este respecto la monografía de POLO, A., "Reflexiones...", cit., pp. 628 y ss.

<sup>98</sup> Véase GIRON TENA, "Tendencias actuales...", cit., pp. 88 y 100; y POLO, op. ult. cit., pp. 629 y ss.

<sup>99</sup> Véase SANCHEZ CALERO, "Código de Comercio...", cit., p. 247.

<sup>100</sup> Véase SUAREZ LLANOS, "Bases para una ordenación...", cit., p. 292.

<sup>101</sup> En contra parece manifestarse SANCHEZ CALERO, "Código de Comercio...", cit., p. 259.

<sup>102</sup> Véase BERCOVITZ, "En torno a la unificación...", cit., p. 161.

<sup>103</sup> Véase BROSETA PONT, "La empresa...", cit., pp. 232 y ss.; BERCOVITZ, "En torno a la unificación...", cit., pp. 158 y ss.; SANCHEZ CALERO, "Cód-

igo de Comercio...", cit., pp. 251 y ss.

<sup>104</sup> Véase, con carácter general, DIEZ PICAZO, "Codificación, Descodificación y Recodificación", en ADC, n. 1972, Abril-Junio, 1992, pp. 473 y ss. En relación directa con el proceso descodificador en el área mercantil, referido al sector de los contratos, véase SANCHEZ CALERO, "Código de Comercio...", cit., p. 255 y ss.

<sup>105</sup> Véase SANCHEZ CALERO, "Código de Comercio...", cit., p. 258.

<sup>106</sup> Para una amplia información sobre la "Reunión de Pavía", consúltese el resumen informativo elaborado por RUFFINI-GANDOLFI, M.L., "Una codificazione europea sui contratti: Prospettive e problemi", en Riv. Dir. Comm., fasc. 9/10, 1991, pp. 659 a 688.

<sup>107</sup> Entre los más destacados participantes se encontraban los profesores BRANCACCIO, TRABUCCHI, WIEACKER, STURM, TUNC, LANDO, DE LOS MOZOS, FERRI, GANDOLFI, BIANCA, TALLON, MAYER-MALY, etc.

<sup>108</sup> Véase la referencia a la intervención de STURM, en RUFFINI-GANDOLFI, "Una codificazione...", cit., p. 675.

<sup>109</sup> Referencia a la intervención de FERRI, en RUFFINI-GANDOLFI, op. ult. cit., p. 666.

<sup>110</sup> Véase nota anterior.

<sup>111</sup> Las afirmaciones de TUNC pueden encontrarse en RUFFINI-GANDOLFI, "Una codificazione...", cit., pp. 669 y 670.

<sup>112</sup> Véase la referencia a la intervención del representante de la Universidad de Gratz, W. POSCH, en RUFFINI-GANDOLFI, "Una codificazione...", cit., pp. 675 y 676.

<sup>113</sup> Véase RUFFINI-GANDOLFI, op. ult. cit., pp. 678 y ss.