

Vida Jurídica. Reseña de congresos y Seminarios en Materia de Derecho Privado Europeo

Il Diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore. Università degli studi di Pisa. Facoltà di giurisprudenza. Dipartimento di Diritto privato «Ugo Natoli». Dottorato di ricerca in diritto privato. 25-26 mayo 2007.

La relación entre la parte especial y la parte general en el Derecho de contratos y la existencia de cláusulas generales son temas clásicos de la reflexión de los civilistas. Su significado puede resumirse en la necesidad de conjugar las razones de orden y coherencia sistemática en la regulación, con la complejidad del fenómeno contractual.

Ya a finales de los años 80, un congreso dedicado a la civilística italiana desde los años 50 hasta la actualidad, poniendo el acento en la oscilación entre las crisis dogmáticas y las reformas legislativas, señalaba, contemporáneamente al proceso de descodificación (Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989), la crisis de las categorías generales, no sólo la del negocio jurídico, sino también la del contrato (Vitucci, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*). A la vez, se indicaba que la relación entre normas generales y normas específicas, era «un tema puente» obviado por quien se ocupa del contrato en general y dado por supuesto por quien se ocupa de los contratos en particular. Un tema, en definitiva, del que «no se ocupa nadie» (así, De Nova, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, *ibidem*).

La interacción de los diversos estratos de la disciplina del contrato, en relación con el dato –nada casual– de una declinación en plural del título II del Libro IV del *Codice civile* «[D]ei contratti in generale», se agudiza con la irrupción de la normativa comunitaria (cfr., entre muchas obras, el *Trattato di diritto privato europeo*, al cuidado de Lipari, Padova, 2003), que aumenta la complejidad del sistema, también desde el punto de vista de las fuentes (tema al cual se dedicó el congreso de Pisa de 2001, coordinado por Umberto Breccia: «*Immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari futuri*»). El elemento distorsionador es, sin duda, la crisis de las bases sobre las que se asentaba la teoría general del contrato: la unicidad del sujeto, piedra angular de la categoría del contrato. Ciertamente, desde Max Weber las reglas contractuales se basaban en «una parità di fatto che di fatto [molto spesso] non c'è» (así, Breccia, *Che cosa è «giusto» nella prospettiva del diritto privato?*, in: *Interrogativi sul diritto giusto*, a cura di Rippepe, Pisa, 2001, 99), pero es completamente revolucionario que la desigualdad sustantiva se traduzca en una diversidad de reglas que incluso se proyectan en la justicia de la regulación de los diferentes intereses en juego.

Las novedades de origen comunitario se examinan desde la perspectiva de la relación entre parte general del contrato y contratos con consumidores (las obras que se dedican al tema son innumerables, por lo que basta citar ahora el precioso libro de Amato, *Per un diritto europeo dei contratti con i*

consumatori, Milano, 2003). A continuación, se centra la atención en el fenómeno más general de la conexión entre la disciplina comunitaria del contrato y la regulación del mercado, lo que en seguida reconduce el tema a los contratos de empresa (a la que se dedicó el Convenio de Siena, «*Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*», cuya publicación ha estado a cargo de Pietro Sirena, Milano, 2006). A partir de tales reflexiones y las novedades normativa en relación con el abuso de posición económica y la mora en las transacciones comerciales, se habla –con fórmula provocadora– del tercer contrato (Roberto Pardolesi), que fue objeto de estudio en un encuentro en Milano, organizado en el año 2006, por Gregorio Gitti y Gianroberto Villa. Se trata de destacar las especificidades de los contratos entre profesionales fuertes y débiles (tercer contrato), que tendería a destacarse, no sólo de los contratos entre sujetos con una posición contractual igualada (primer contrato), sino también de los contratos entre profesionales y consumidores (segundo contrato), dejando entrever, además, la posibilidad de un cuarto contrato, entre sujetos «fuertes» y «débiles», si los contratantes operan al margen de los parámetros de matriz macroeconómica.

La reflexión jurídica sobre la proliferación de las categorías contractuales y sobre los contratos asimétricos parece seguir diferentes itinerarios: la idea de descomponer el contrato en segmentos de disciplina no relacionados entre sí; o, por el contrario, la hipótesis generalizadora del problema de la justicia contractual; o, todavía, la tendencia a sumar los contratos asimétricos; o, finalmente, la tentativa de conjugar complejidad y sistema, respetando las diversas razones de desigualdad entre los contratantes, pero intentando buscar elementos sistemáticos, aunque sólo sea en el terreno de los medios de tutela jurídica (sobre estos últimos, en el ámbito del Derecho europeo, *vid.* el encuentro florentino de 30 de marzo 2007 organizado por Giuseppe Vettori: «*Remedies in Contract the Common Rules for a European Law*»).

En este contexto, se insiere, en el sistema italiano, la elección formal, muy discutida, de elaborar un Código del consumo. A la vez, en el panorama europeo se dibuja la opción de la *Modernisierung* alemana, que supone acoger en la Parte general del BGB la definición de consumidor y de profesional, y que, por lo demás, ha integrado en el sistema las cláusulas abusivas. Está, por otro lado, la posición representada por el *Avant-projet* francés, de excluir, por lo menos del Código, toda referencia a las diferencias entre los contratantes. Los aires reformistas que recorren Europa, son un signo claro de la exigencia de repensar la arquitectura tradicional de los códigos ante el nuevo Derecho europeo, y también soplan en Italia, lo que condujo en la primavera de 2006 a celebrar el Congreso, «Problema della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti», organizado por el Prof. Giorgio Cian, y conmemorativo de los Cincuenta años de la *Rivista di diritto civile*.

Con este transfondo, la Unión europea –Comunicación de la Comisión (2005) 456 en materia de Derecho contractual europeo y revisión del *acquis* y Resoluciones del Parlamento europeo 2005/2022 y 2006/0055– señalan un punto de vista preciso al indicar, desde el punto de vista del proceso de armonización *in fieri*, la necesidad de una distinción adecuada entre los contratos B2B (*business to business*) y B2C (*business to consumer*).

De ahí, por tanto, que el debate se centre en la proliferación de las categorías contractuales, en el problema de los contratos asimétricos y en el alcance de la parte general del contrato (cuestión a la que se dedica el Congreso de Foggia «*Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche*

e prospettive della parte generale del contratto», cuyas actas han sido publicadas por Francesco Macario y Marco Nicola Miletti, Milano 2006). Progresivamente, pues, emergen cuestiones que acentúan la complejidad del fenómeno contractual.

En particular, el conocido «tema puente» de las relaciones entre parte general y tipos contractuales adquiere un valor renovado (cfr. M. Gorgoni, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005).

Muchos actos comunitarios inciden en los tipos contractuales (v. gr. Directiva 47/2002, sobre acuerdos de garantía financiera); tales tipos se ven configurados a través de la dimensión transversal de los contratos con consumidores (así, el fenómeno de las llamadas «nuevas ventas»); la disciplina de las categorías contractuales se entrelaza con la peculiaridad de los tipos (piénsese en los estudios sobre la tutela del consumidor en los contratos en particular, cfr., entre otros, ROMEO, *La tutela del «consumatore» nel contratto di assicurazione danni*, Milano, 2004); una pluralidad de tipos contractuales se rigen por reglas comunes que, a su vez, forman parte de otras categorías contractuales (piénsese, por ejemplo, en la problemática de los contratos de suministro y su implicación en el debate sobre los contratos de empresa y el «tercer contrato»). A su vez, el proceso de armonización comienza a ser analizado desde la perspectiva de los tipos contractuales (cfr. El volumen a cargo de Cafaggi, *Quale armonizzazione per diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, en el que se examina el proceso de armonización en relación con la venta, los contratos bancarios y las garantías del crédito, así como el reciente Congreso de Foggia «*Verso una disciplina europea del contratto di assicurazione?*», al cuidado de O. Troiano, Milano, 2006). La valoración se extiende también a contratos como el arrendamiento, que aunque se incluyen con mayor dificultad en el proceso de armonización (salvo que se piense en una armonización «soft»), deberán, en todo caso, integrarse en el sistema, máximo si se tiene en cuenta que están implicadas posiciones contractuales «débiles» vinculadas a exigencias de tipo personal.

Finalmente, muchos contratos atípicos, pero tipificados socialmente, se reconducen a la llamada *lex mercatoria* y, en virtud de la jurisprudencia arbitral y de la praxis contractual, se vinculan a un complejo de reglas tendencialmente uniformes que circulan en los diversos países europeos y, frecuentemente, incluso más allá de Europa.

Esta interacción entre los diferentes niveles del contrato y las diferentes perspectivas desde las que se observa el proceso de armonización, comporta una multiplicidad de temas de reflexión.

Se trata de coordinar la parte general «no armonizada» con las materias que han sido objeto de armonización y las reglas generales que sí se han visto afectadas, con las de otros sectores que no lo han sido y que, acaso, no lo serán tampoco en el futuro.

Se debe dar coherencia a la relación entre la parte general y las diferentes categorías contractuales, y aclarar la relación transversal que existe entre las diferentes categorías y tipos contractuales. Es necesario plantearse, además, la posibilidad de una aplicación horizontal de las reglas, lo que implica tener en cuenta su compatibilidad.

Todos estos interrogantes, que espontáneamente aparecen en el interior de los ordenamientos jurídicos nacionales, aparecen también en los documentos de las instituciones de la Unión europea que plantean el futuro desarrollo del Derecho contractual en Europa. Efectivamente, para procurar la

coherencia global del proyecto del *Common Frame of Reference*, las ya citadas comunicación de la Comisión (2005) 456 y la Resolución 2005/2002, del Parlamento, señalan la exigencia de aclarar cuál es la interdependencia entre el Derecho contractual general y el especial.

Más generalmente, en la Unión Europea se advierte la necesidad de una reordenación sistemática que, en primer lugar, se centra en el *acquis* sobre los consumidores, con una aproximación mixta, que, por un lado, exige la creación de un instrumento horizontal de carácter general y, por el otro, otro centrado en el contrato de compraventa, por ser éste el contrato más comúnmente utilizado por los consumidores (Libro Verde de la Comisión, de 8 de febrero de 2007).

En segundo lugar, siempre que el Libro Verde no deba entenderse como una superación implícita del proyecto, mucho más ambicioso, del *Common Frame of Reference*, es destacable que este último no sólo comprenda principios, definiciones, reglas generales y reglas para los contratos entre consumidores, sino también en relación con la compraventa y los contratos de seguros, con el fin de crear una «caja de herramientas» (*«legislator's guide or toolbox»*) o –si se prefiere– un modelo de referencia que refleje todos los niveles de complejidad de la disciplina del contrato (a la revisión del *Acquis* y a la formación del *Common Frame* fue dedicado el encuentro romano de 17 de febrero de 2007, organizado por Salvatore Mazzamuto y Giacinto Bisogni, con el título «Un diritto civile per l'Europa»).

En definitiva, el encuentro sobre el «*Diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*», se propone llevar a cabo una reflexión de síntesis, sobre la complejidad del fenómeno contractual y el impacto del Derecho comunitario y las perspectivas de futuro del proceso de armonización.

El fin es tanto poner de relieve aspectos que todavía permanecen en la sombra, o que sólo se han analizado desde un punto de vista sectorial, como retomar temas que ya han sido objeto de reflexión, prestando una particular atención a la interacción entre la disciplina de algunos sectores concretos, las diferentes lógicas contractuales que subyacen en ellos, así como los diferentes contratos, típicos o atípicos, para ver cómo puede armonizarse todo ello y, sobre todo, cómo pueden incardinarse en el sistema.

Son ponentes: Nicolò Lipari (*Il rapporto fra parte generale e parte speciale nel quadro del procedimento interpretativo*), Umberto Breccia (*La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*), Antonio Gambaro (*Parte generale e parte speciale: un approccio stilistico*), Francesco Macario (*Relational contracts e Allgemeiner Teil: il problema e il sistema*), Mauro Orlando (*Autonomia e sovranità nella disciplina del contratto*); Denis Mazeaud e Bénédicte Fauvarque-Cosson (*L'avant-projet français de réforme du droit des obligations: perspectives internes et européennes*), Vincenzo Scalisi (*Nullità v. giustizia contrattuale?*), Enzo Roppo (*Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*), Giuseppe Amadio (*L'ipotesi del terzo contratto*), Andrea Zoppini (*Parte generale, contratti di impresa e disciplina antitrust*), Giuseppe Vettori (*I contratti asimmetrici e i rimedi*), Simon Whittaker (*Form and Substance in the Reception of European Directives into the English Contract Law*), Giorgio De Nova (*Parte generale e tipi contrattuali: l'impatto del diritto comunitario e le prospettive nel processo di armonizzazione*), Gregorio Gitti (*La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*), Pietro Sirena (*I tipi contrattuali e i contratti del consumatore*), Christoph Schmid (*Il diffi-*

cile coordinamento fra norme generali europee e norme di settore nazionali), Salvatore Patti (*Parte generale e norme di settore nelle codificazioni*), Fabrizio Cafaggi (*La funzione regolativa del diritto dei contratti: ripensare il rapporto fra parte generale e parte speciale*), Stathis Banakas (*Horizontal Sectorial Harmonisation of European Contract Law and General Principles of Contracts: a common lawyer's look into the future*), Pier Giuseppe Monateri (*Common Frame e concretezza degli ordinamenti: una fuga dal diritto nel linguaggio?*), Guido Alpa e Giuseppe Conte (*Dal progetto generale di Common Frame alla revisione dell'Acquis del Libro Verde*), Francesco D. Busnelli (*Riflessione conclusive*).

Pietro SIRENA
Università de Siena

Sviluppi del Diritto dei Trust nel mondo – Trust Law Developments World-Wide, Associazione Il trust in Italia, 19-20 de octubre de 2007.

Los días 19 y 20 de octubre de 2007 se celebró en Roma el Congreso «*Sviluppi del diritto dei trust nel mondo- Trust law developments World-wide*». El evento estaba organizado por la asociación «*Il trust in Italia*», dirigida por el profesor Maurizio Lupoi (Università di Genova), y reunió a expertos de 16 países con el objetivo de presentar un panorama actualizado de la institución y ofrecer un foro en el que profundizar y debatir. El congreso estaba dirigido principalmente a profesionales del derecho, miembros de la asociación «*Il trust in Italia*», y contó con la asistencia entre el público de representantes de compañías *trustees* extranjeras que enriquecieron la reunión con sus aportaciones.

Las jornadas se desarrollaron en italiano y en inglés y se estructuraron en mesas redondas en donde a la intervención de cada ponente sucedió un debate en el que participaron los asistentes. Tras la introducción realizada por el profesor Lupoi, intervino el profesor Luc Thévenoz (Université de Genève). El profesor Thévenoz es director del Centro de derecho bancario y financiero suizo y fue el encargado de elaborar el informe en el que se ha inspirado el *Arrêté fédéral* suizo que ratifica el Convenio de La Haya sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento». Su presentación abordó los motivos que han llevado al parlamento suizo a ratificar el Convenio y a modificar algunas normas de derecho interno. Expuso, asimismo, cuáles fueron las principales decisiones de política legislativa con las que se enfrentó el legislador con ocasión de la ratificación del texto internacional. La profesora Sonia Martín Santisteban (Universidad de Cantabria) le sucedió en el uso de la palabra y se refirió a las perspectivas existentes en el derecho español en lo concerniente a la regulación de una figura con la que alcanzar resultados semejantes a los previstos por los *trusts*. La profesora Martín Santisteban expuso las posturas de la doctrina y jurisprudencia españolas respecto a la figura anglosajona, los factores que han desencadenado un renovado interés doctrinal y el funcionamiento de las fiducias testamentarias existentes en algunos derechos forales. François Tripet, abogado en París y actual presidente de la *International Academy of Estate and Trust Law* compartió sus reflexiones sobre la ley francesa de 19 de febrero de 2007 que instaura la *fiducie*. El ponente fue muy crítico con los Ministerios de Justicia y Finanzas franceses que forzaron una ley de