

LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: CUESTIONES ACTUALES

Esther ARROYO AMAYUELAS
Ángel SERRANO DE NICOLÁS
(Dirs.)

Cátedra Jean Monnet
de Derecho Privado Europeo
de la Universidad de Barcelona
Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

Sumario

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS.....	9
PRESENTACIÓN (Esther ARROYO AMAYUELAS y Ángel SERRANO DE NICOLÁS).	13
NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO DE CONTRATOS EUROPEO Y CUESTIONES ESPECÍFICAS ACERCA DE LA REGULACIÓN DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES (Reiner SCHULZE).....	15
LA RÉGLEMENTATION DES CONTRATS DE FOURNITURE DE CONTENUS NUMERIQUES: L'APPRÉCIATION DES ASPECTS NUMERIQUES (Judith ROCHFELD)	29
LA DIRECTIVA 2014/17/UE, SOBRE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y SU PREVISIBLE IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL (Miriam ANDERSON).....	45
NO VINCULAN AL CONSUMIDOR LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DEL DERECHO CIVIL AL PROCESAL Y ENTRE LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO (Esther ARROYO AMAYUELAS).....	65
CONTROL NOTARIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (Ángel SERRANO DE NICOLÁS)	97
THE EUROPEANIZATION OF COMMERCIAL AGENCY LAW (Dieter KRIMPHOVE).....	129

Presentación

Esther ARROYO AMAYUELAS
(*Cátedra J. Monnet. U. Barcelona*)

Ángel SERRANO DE NICOLÁS
(*Colegio Notarial de Cataluña*)

El libro que el lector tiene entre sus manos, *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, refleja y amplía los resultados de la Jornada que tuvo lugar en el Colegio de Notarios de Cataluña, los pasados días 15 y 16 de junio de 2016, respetando el idioma en que disertó cada conferenciante. El libro se publica gracias a la estrecha colaboración entre el Colegio de Notarios y la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Barcelona, con el fin de informar a abogados, estudiantes, consumidores, funcionarios de la Administración y, en general, cualquier persona interesada, de los desafíos que plantea actualmente la armonización del Derecho privado europeo, en distintos ámbitos del Derecho contractual. Se abordan temas variados y desde distintas perspectivas. Así, a raíz de la reciente Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015, son objeto de análisis los contratos sobre contenidos digitales (Reiner SCHULZE; Judith ROCHFELD), a lo que sigue el estudio de algunos aspectos de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de créditos para bienes inmuebles de uso residencial, y su previsible impacto en el Derecho español (Miriam ANDERSON). Les acompaña un examen de la jurisprudencia española y europea sobre cláusulas abusivas y, en particular, a propósito de la apreciación de oficio y la integración del contrato (Esther ARROYO AMAYUELAS), que se completa con el control notarial en el otorgamiento de pólizas y escrituras de préstamo (Ángel SERRANO DE NICOLÁS). Las ventajas e inconvenientes de la armonización también se abordan desde el análisis económico, a partir del ejemplo que proporciona la Directiva 86/653/EEC, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, sobre agentes comerciales independientes (Dieter KRIMPHOVE).

Los coordinadores del libro estarán satisfechos si el mismo merece una buena acogida, como mínimo tan buena como la que en su día tu-

vieron las Jornadas. Será un buen indicador de que la colaboración entre la profesión y la academia es provechosa y que debe continuar en el futuro. Esta vez ha sido entre el Colegio Notarial y las Universidades de Panthéon-Sorbonne (Paris 1), Münster y Paderborn (Alemania) y, por supuesto, siempre, Barcelona. Aquí se ha contado, además, con el apoyo de los proyectos MINECO DER2014-54267 y *Generalitat de Catalunya* 22 SGR 2014.

Barcelona, 9 de septiembre de 2016.

Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales

Reiner SCHULZE*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CAMBIO ACTUAL DEL DERECHO CONTRACTUAL.—III. NECESIDAD DE MODERNIZACIÓN.—IV. CONTINUIDAD E INNOVACIÓN: 1. Conformidad con el contrato. 2. Estructura de los remedios.—V. PERSPECTIVAS.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La revolución digital ha cambiado profundamente las bases del Derecho contractual a nivel mundial y en el mercado común. El suministro de contenido digital se ha convertido en un factor clave para el desarrollo de muchos sectores económicos¹, tal y como demuestran algunas cifras, que ilustran la importancia cuantitativa y cualitativa de ese sector en la contratación: en los países del G-20, se estima que, en 2016, el sector de Internet alcanzará un valor de 4,2 billones de dólares americanos. Si Internet fuera un Estado independiente, tendría un PIB superior al de Alemania².

* Profesor de Derecho civil alemán y europeo en la Universidad de Münster. Dedico este trabajo a mi maestro, Gerhard Dilcher, en su 85 cumpleaños, en íntima y profunda vinculación. En 1985, el mismo año en que mi primer viaje a Barcelona me abrió los ojos a la riquezas intelectuales y culturales de esta ciudad, su seminario de historia del Derecho me introdujo por vez primera al mundo de la ciencia. La pasión por el conocimiento que Gerhard Dilcher despertó en mí y la pasión que siento por Barcelona me acompañan desde hace décadas. Ahora se dan cita en este volumen, que es fruto de una conferencia ofrecida en Barcelona, en agradecimiento a mi maestro.

¹ Sobre el tema, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Baden-Baden, Nomos, 2016; también A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, Intersentia, 2016; C. WENDEHORST y B. ZÖCHLING-JUD (eds.), *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?*, Wien, Manz, 2016.

² Expert Group on Taxation of the Digital Economy, «Working Paper: Digital Economy – Facts & Figures» (Digit/008/2014, 4 de marzo de 2014), pp. 4-5.

Para reaccionar ante estos cambios, la práctica del Derecho contractual se ha servido, en gran medida, de la autonomía de la voluntad, lo que puede verse reflejado, a modo de ejemplo, en el *cloud computing*, mediante el desarrollo de diferentes tipos de contratos estándar. Los legisladores de distintos Estados miembros de la Unión Europea han empezado ya a prestar atención a este ámbito. Un ejemplo de ello lo hallamos en el Reino Unido, con la *Consumer Rights Act 2015*³, que contiene disposiciones especiales sobre las garantías de los consumidores en contratos de contenidos digitales. El legislador de la Unión Europea ha sido pionero a la hora de situar estos nuevos acontecimientos en el marco del Derecho contractual, como demuestra que, en el año 2011, la Comisión europea propusiera una normativa común sobre la compraventa europea (en adelante, CESL, siglas en inglés)⁴ que incluía el suministro de contenidos digitales dentro de los tipos contractuales. Tras la retirada de esta propuesta, inicialmente aprobada por el Parlamento europeo, pero criticada por distintos Estados miembros, la Comisión europea ha propuesto una Directiva⁵ (en adelante, Directiva Digital), que se encuentra ahora mismo en el centro de todas las discusiones sobre el futuro desarrollo del Derecho contractual europeo.

La propuesta de Directiva Digital se dio a conocer en diciembre de 2015, coincidiendo con la publicación de otra propuesta de Directiva, sobre los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia⁶. Ambas son parte de la «Estrategia para el Mercado único digital»⁷. Tanto los rápidos avances tecnológicos como la legislación de los Estados miembros en esta área presionan al legislador europeo para dar una respuesta rápida y adecuada, pero la experiencia nos dice que, debido a una gran variedad de normas en los distintos sistemas jurídicos, será difícil conseguir la armonización de máximos prevista⁸. Será nece-

³ Sobre el tema, D. BARRY *et al.*, *Blackstone's Guide to the Consumer Rights Act*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea COM (2011) 635 final. Sobre el CESL, *vid.*, entre otros, J. PLAZA PENADES y L. MARTÍNEZ VELENCOSO (eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Berlin, Springer, 2015; R. SCHULZE (Hrsg.), *Common European Sales Law - Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2012.

⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales, COM (2015) 634 final. Sobre esta propuesta, con algunas modificaciones, se reproducen aquí las consideraciones que ya antes se publicaron en inglés en R. SCHULZE, «Supply of Digital Content - A New Challenge for European Contract Law», en A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 127 y ss.

⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, COM (2015) 635 final.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Una Estrategia para el mercado único digital de Europa, COM (2015) 192 final.

⁸ Ya sucedió contra la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008) 614 final]. Para una visión crítica, *vid.* R. SCHULZE y G. HOWELLS (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, Sellier, 2009. Sobre la transposición de la norma en España y Alemania, *vid.* A. ORTI VALLEJO y M. JIMÉNEZ HORWITZ (dirs.), *Estudios sobre el contrato de compraventa: Análisis de la Transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

sario mantener una discusión extraordinariamente intensa en el futuro inmediato, con el fin de lograr lo antes posible una legislación europea que evite cuanto antes una fragmentación del Derecho que regula los contenidos digitales en el mercado interior.

A continuación se realizará un análisis breve y sinóptico de los retos de los que se ocupa la propuesta de Directiva:

a) El cambio actual del Derecho contractual europeo, bajo el cual se presentará esta propuesta.

b) Algunas materias de Derecho civil que, tras los nuevos avances tecnológicos, necesitan regulación.

c) El deber de adaptar conceptos existentes en el Derecho contractual europeo (como la conformidad con el contrato y la estructura de los remedios jurídicos) a enfoques o planteamientos innovadores.

d) La posible contribución de las nuevas disposiciones sobre contenido digital al futuro desarrollo del Derecho de contratos europeo.

II. EL CAMBIO ACTUAL DEL DERECHO CONTRACTUAL

A propósito del desarrollo del Derecho contractual, podemos empezar por destacar una tendencia que surgió en los años ochenta: la internacionalización, que se expresaba en la aplicación transfronteriza de conceptos y modelos contractuales y en la creciente influencia del Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convenio de Viena) en la legislación de distintos países y regiones del mundo⁹. Existen varios elementos característicos de esta influencia en el Derecho contractual moderno. Por ejemplo, la validez del acuerdo sin necesidad de añadir requisitos adicionales, a diferencia de lo que hasta ahora ha sido lo normal en el Derecho francés, que exige una causa para cualquier contrato; sin embargo, esta se ha acabado eliminando en la reciente reforma de 2016¹⁰, siguiendo el ejemplo del Convenio de Viena. Otro ejemplo radica en el concepto de conformidad y la falta de conformidad con el contrato, como presupuesto de ejercicio de los remedios jurídicos y la renuncia al principio de responsabilidad por culpa, en beneficio de una responsabilidad objetiva. Tras la firma y ratificación del Convenio de Viena, numerosos países, desde China y Europa del Este, hasta Holanda, Alemania y ahora también Francia, han modernizado su Derecho de obligaciones y contratos y, de un modo

⁹ Sobre el tema, F. FERRARI (ed.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, München, Sellier, 2008.

¹⁰ La causa se regula actualmente en el art. 1.131 *Code Civil*. La reforma del Derecho de obligaciones y contratos francés entrará en vigor a partir del 1 de octubre de 2016 y a partir de entonces la causa ya no será un requisito de validez de los contratos. *Vid. Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Sobre el particular, *vid.* G. WICKER, «La réforme du droit français du contrat: de la cause à la causalité juridique», en G. MÄSCH, D. MAZEAUD y R. SCHULZE (eds.), *Nouveaux défis du droit des contract en France et en Europe*, München, Sellier, 2009, pp. 53-80.

u otro, han tenido en cuenta este Derecho internacional de la compraventa¹¹. Se puede decir que el Convenio marcó el inicio de una nueva era en el desarrollo del Derecho contractual¹² y, en particular, en Europa, proyectó su influencia sobre la Directiva sobre compraventa de bienes de consumo¹³, los PECL¹⁴ o el DCFR¹⁵. Todos esos textos utilizan el Convenio como la base de un Derecho contractual *general*, exactamente igual que los Principios Unidroit, aunque estos operan en un contexto global¹⁶.

Con todo, el desarrollo del Derecho contractual europeo ha ido más allá de los contenidos del Convenio de Viena. Este no incluye los contratos de consumo y, en cambio, la legislación de la Unión Europea, sí los considera materia armonizable; a propósito de la moderna contratación en masa, la Unión Europea ha elaborado criterios para el control de las cláusulas no negociadas y ha legislado en el ámbito de la formación del contrato, sobre las declaraciones y los deberes precontractuales¹⁷. El legislador europeo también puso sus semillas en el recién arado campo del comercio electrónico¹⁸, que era una materia completamente desconocida al tiempo en que se redactó el Convenio de Viena¹⁹. En relación con el suministro de contenidos digitales, la Unión Europea realizó avances en el año 2011 con el CESL. Este intento de regulación hubiera supuesto la codificación, por vez primera, de la consecución de un Derecho europeo de la compraventa; a escala mundial, era una de las primeras propuestas en incluir el contenido digital en un sistema contractual completo. Con todo, y a pesar de que la propuesta ha sido retirada, será una base importante para el futuro desarrollo del Derecho contractual europeo, tal y como muestran, por ejemplo, las nuevas propuestas de Directivas a las que antes me he referido²⁰.

¹¹ Sobre los trabajos de reforma en Europa, R. SCHULZE y F. ZOLL (eds.), *The Law of Obligations in Europe*, München, Sellier, 2013.

¹² R. SCHULZE, «The New Shape of European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, pp. 139 y ss., esp. p. 144.

¹³ Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DO L 171, de 7 de julio de 1999.

¹⁴ O. LAND y H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 1999.

¹⁵ C. VON BAR, E. CLIVE y H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR Outline Edition)*, München, Sellier, 2009.

¹⁶ Unidroit Principles for International Commercial Contracts (2010), disponible en: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

¹⁷ R. SCHULZE, «The New Shape...», *op. cit.*

¹⁸ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (2005). Mucho antes, Uncitral Model Law on Electronic Commerce (1996).

¹⁹ El texto completo del convenio y las notas explicativas del secretariado de Uncitral se encuentran *online* en la siguiente dirección: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.

²⁰ COM (2015) 634 final, p. 2, COM (2015) 635 final, p. 2.