

[Derecho Internacional Privado

La unificación del Derecho Comercial Internacional

Sixto Sánchez Lorenzo]

I | **Un juego de palabras y una realidad contradictoria, a modo de introducción**

I. Ein Volk, ein Reich, ein Recht . Este fue el grito bajo el cual se gestó la codificación alemana en el siglo XIX, tal y como recoge R. Zimmermann¹. Por descontado, fue el mismo que permitió su unificación política. En la era de la globalización, acaso debamos enardecer el ánimo hacia la unificación internacional del Derecho Comercial con un eslogan parecido. La dogmática de la globalización nos enseña el debilitamiento del Estado y, desde luego, la impropiedad de los imperios en estos albores del siglo XXI, al menos de los imperios coloniales en la concepción decimonónica que tanto ayudó a la unificación de Alemania, ansiosa de incorporarse, aunque tarde, al reparto colonial. Dado que lo que impera y destruye fronteras es en nuestra hora el mercado, quizás nuestro lema pudiera ser Ein Volk, ein Markt, ein Recht . Pero en nuestra consigna no parece encajar fácilmente el pueblo, al menos en esa concepción tan decimonónica y savignyana, pues la globalización nos muestra que frente a semejantes alaridos de exaltación de la identidad de un pueblo por oposición a los demás, en la búsqueda de la consolidación del Estado, nuestra era se corresponde con una aldea global, en que más allá de la circulación de los elementos productivos, al menos del capital, las mercancías y los servicios, el auge

¹ Vid. El Derecho romano-holandés y su contribución al Derecho privado europeo, en *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, 2000, p. 109

de los medios de comunicación (internet) y de transporte (migraciones) atentan esa sagrada identidad de los pueblos, preñados de elementos pluriculturales. Omitamos, pues, al pueblo, siempre tan cercano de la nación, y quedémonos con un aséptico: *Ein Markt, ein Recht*, que, aunque breve, no es poco, contra lo que pudiera parecer. Nuestra tesis que ni siquiera es una enseña bien vista por los fundamentalistas neoliberales de la globalización, pues para ellos este fenómeno debe venir acompañado de una desregulación, fruto de la incapacidad del poder político establecido, fundamentalmente los Estados, para imponer o siquiera beneficiarse de un intento de control o reglamentación. Para ellos, más correcto sería aferrarse al *Ein Markt, kein Recht* o, si quieren, buscando una mayor armonía, *kein Volk, ein Markt, kein Recht*. Es cierto que para muchos fundamentalistas, aunque más ingenuos e hipnotizados por la pureza del análisis económico, la desregulación quizás no sean tan efectiva como la competencia entre ordenamientos, que al fin y al cabo no es más que la desregulación a escala internacional y el fomento de la diversidad que permita a los ordenamientos una competitividad para atraer básicamente capital, con lo cual se decantarán por un *kein Volk, ein Markt, viele Rechte*.

No cabe duda de que el hallazgo de nuestro grito particular para la unificación internacional del Derecho Comercial se nos va complicando, aunque sigamos creyendo en que el más propicio pudiera ser *Ein Markt, ein Recht*. Al menos, quizá podamos convenir en que no hay discusión acerca de la eliminación de *kein Volk* (o la simple negación: *kein Volk*) y que, desde luego, *ein Markt* es intangible. Podríamos discutir si el lema tiene algún sentido si carece de un elemento subjetivo: ¿de qué valen los mercados y los derechos si no se cuentan con los pueblos? Pero es seguro que por este camino terminaremos en conclusiones subversivas e ideológicamente peligrosas —sobre todo para la propia supervivencia— en un mundo con pensamiento forzosamente unificado [tal vez *ein Markt, ein Gedanke, (k)ein (viele) Recht(e)*]. Es fácil caer en la tentación de sustituir el elemento subjetivo (*ein Volk*) que fue el protagonista del escenario decimonónico (*ein Reich*) por los nuevos protagonistas del nuevo escenario: las sociedades transnacionales [*wenige Gesellschaften, kein Volk, ein Markt, (k)ein (viele) Recht(e)*]. Aparte de revolucionario en demasía, el lema es poco claro y carece de la fuerza monosilábica y el equilibrio que proporciona la repetición del artículo en el trinomio decimonónico: *Ein Volk, ein Reich, ein Recht*, pero deja bien claro que el verdadero enigma se encuentra en la supervivencia de *ein Recht*. El nuevo

marco de un mercado global permite el mantenimiento de una pluralidad de derechos nacionales? Promociona incluso dicha pluralidad o, al contrario, requiere mecanismos de unificación a una escala global? Si este último es el caso, habiendo sido desplazado el poder de intervención de los Estados, aunque unos más que otros, es razonable que sean los Estados, individualmente o a través de mecanismos de cooperación internacional, quienes protagonicen dicha unificación con las mismas fuentes y técnicas normativas del siglo XIX? El juego de palabras con la que hemos iniciado esta ponencia no pretende ser una forma amable ni original de plantear una cuestión, sino que trata, simplemente, de poner de relieve, acaso con cierta ironía, que la discusión en torno a la unificación internacional del Derecho Comercial va mucho más allá de un debate sobre cuestiones de técnicas normativas o legislativas y ha de atemperarse a las demandas y necesidades sobre todo de una sociedad nueva, en un marco económico, político y social diverso al del siglo XIX, bajo cuya influencia sigue viviendo aún la ciencia del Derecho Internacional Privado.

2. El juego de palabras se conjuga además con una realidad contradictoria. Aparentemente, en la era de la globalización se justifica una natural inclinación a la defensa de la unificación del Derecho Privado y Comercial a escala universal². Dicha unificación habrá de afectar de forma directa y principal al Derecho Privado, al menos si reconocemos que el fenómeno de la globalización hace referencia primordial a la unificación del mercado, la liberalización de los intercambios comerciales y el libre tránsito de los elementos productivos. A un mercado global habrá de corresponder un Derecho Global. Por otra parte, fenómenos íntimamente unidos a la globalización, como internet y los medios universales de comunicación, crean un espacio propiamente internacional donde se desarrollan relaciones jurídicas que difícilmente pueden ser resueltas con las viejas concepciones conflictuales, asentadas en el siglo del Estado, de Hegel y de Savigny.

Por lo demás, la propia globalización como fenómeno económico y social ha provocado un aumento exponencial, mucho más que geo-

² Vid. R. Stober, *Globalisierung der Wirtschaft und Rechtsprinzipien des Weltwirtschaftsrecht*, *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, pp. 1.176-1.177.

métrico, en el crecimiento de las relaciones privadas internacionales o transfronterizas, que pasan a ser la regla, en lugar de la excepción, y, en muchos ámbitos a superar cuantitativamente al número de relaciones jurídicas puramente internas³.

Parece, pues, contradictorio, que las instituciones internacionales especialmente (OMC) hayan manifestado tanto desprecio a la vertiente privada de la globalización, únicamente preocupadas por las relaciones comerciales en el marco jurídico público o interestatal y en la eliminación de las barreras a determinados elementos productivos. Esta actitud invita a pensar que existe una lamentable falta de conciencia acerca de cómo el Derecho Privado Estatal y más concretamente su pluralidad en el escenario internacional puede constituir una barrera oculta a los intercambios, y en qué medida la falta de tutela procesal de los derechos económicos de los particulares puede poner en entredicho el modelo pretendido tanto o más que la ausencia de un acuerdo multilateral de inversiones. En realidad, la OMC no parece el foro adecuado para esta tarea, y su estructura jurídica responde más bien a regular las relaciones económicas entre Estados⁴. En el fondo, esta realidad contradictoria puede ayudar a explicar que hayan sido las propias instituciones privadas quienes hayan asumido el protagonismo a la hora de intentar eliminar tales barreras. Queda por saber qué grado de interés real existe en las instituciones oficiales, y quienes se ocultan tras ellas, en que fructifiquen realmente instrumentos de regulación transnacionales.

³ Vid. en este sentido J. Basedow, *The Effects of Globalization on Private International Law, Legal Aspects of Globalization*, La Haya, Kluwer, 2000, p. 5 (versión en alemán: *Das Internationale Privatrecht in den Zeiten der Globalisierung, Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2001, pp. 410-411).

⁴ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Algunas tendencias jurídicas de la globalización*, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad (Colección Escuela Diplomática, núm. 7)*, Madrid, 2003, p. 61; Id., *El Derecho internacional privado ante la globalización*, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 46-47. Cf. A. Tita, *A Challenge for the World Trade Organisation (Towards a True Transnational Law)*, *JWT*, vol. 29, 1995/3, pp. 83-90.

II | **Las fuentes tradicionales y la unificación del Derecho Comercial Internacional**

Fuentes estatales

3. Uno de los efectos de la globalización económica se refiere al declive de las posibilidades de control por el Estado del propio mercado (kein Reich?). El mercado, y la economía en su conjunto, deja de ser un fenómeno nacional, y en semejante escenario globalizado las economías se interrelacionan y los sistemas de protección del mercado nacional redundan en perjuicio de los intereses del propio Estado y de su economía. Al aseverar tal efecto, se tiene presente, ante todo, las medidas proteccionistas y restricciones u obstáculos a los intercambios de mercancías, servicios o capitales contempladas por el Derecho Económico. Resulta conveniente, sin embargo, trasladar estas reflexiones al ámbito del Derecho Privado.

Admitido como un puro dato económico, el mercado global es un escenario donde operan los intercambios entre particulares. Si semejante mercado presenta una dimensión y una realidad transnacional, es dable preguntarse el sentido que tiene operar con un régimen jurídico diseñado, en sus fuentes y técnicas normativas, para lo que J. C. Fernández Rozas ha denominado como ...el esquema demoliberal de las economías estatales⁵. Si en el marco de la superestructura del comercio internacional, los nuevos principios rectores han supuesto un desplazamiento de los modelos autárquicos nacionales, es fácil pensar que el régimen jurídico de las transacciones internacionales difícilmente puede seguir amparándose en la aplicación de unos Derechos estatales nacidos y concebidos para la realidad económica del siglo XIX.

El razonamiento, sin embargo, no es tan evidente. Contra lo que pudiera pensarse, la unificación de ciertas reglas superestructurales o jurídico-públicas del funcionamiento del mercado resulta en la práctica más factible, como demuestran los procesos llevados a cabo tanto en el marco de la integración universal (OMC) como en el propio del regionalismo (UE). Sin embargo, la unificación del Derecho Privado o, incluso, del Derecho Económico más próximo al Derecho Privado (comercialización versus

⁵ Vid. *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 39-42.

producción) se muestra mucho más renuente a ser unificado, como bien a las claras demuestra el Derecho Comunitario. Además, como se ve en la P.A. de Miguel Asensio, ... pese a lo que podría desprenderse de una aproximación simplista, la globalización económica no va unida con carácter general a una menor presencia del Estado, cuyas competencias en materia de orden público, garantía de la propiedad y ordenación del mercado se mantienen en lo sustancial y en ocasiones resultan reforzadas⁶.

En realidad, los resultados prácticos de la unificación internacional del Derecho Material arroja un resultado muy pobre al día de hoy. Aunque las circunstancias vayan cambiando poco a poco, e incluso admitamos la hipótesis de una imposición en el futuro más próximo de modelos como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales —partiendo si se quiere de la hipótesis óptima, a saber, de su aplicación regular por instancias tanto arbitrales como jurisdiccionales—, no está de más preguntarse hasta qué punto los instrumentos de unificación del Derecho Comercial internacional son capaces de prescindir de los Derechos estatales. Y, con seguridad, la respuesta no va a ser tan contundente como en el ámbito del marco superestructural. Constituye un buen ejercicio, en esta dirección, detenerse en cómo juegan tales Derechos estatales en la dinámica propia y autónoma de los propios Principios UNIDROIT

4. El expreso objetivo de los Principios UNIDROIT es proporcionar un marco de reglas materiales aplicables a los contratos comerciales internacionales, incluso suplir las lagunas de la *lex contractus* o de los convenios internacionales de Derecho Uniforme que resulten aplicables⁷, además de servir como *ratio scripta* o ley modelo para la legislación estatal o internacional (Preámbulo). Sin duda los Principios UNIDROIT son un conjunto muy completo de reglas sobre los contratos mercantiles, quizás muy superior técnicamente a cualquier reglamentación nacional. Pero, al margen de las eventuales lagunas que los Principios pudieran presentar, es dable preguntarse si en sí mismos y respecto a las cuestiones contempladas son ca-

⁶ Vid. Algunas tendencias... , *loc. cit., op. cit.*, p. 58. Vid. asimismo, del mismo autor, El Derecho internacional... , *loc. cit.*, pp. 55-57; H. Koller, Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts- Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung , *ZSR*, 2000, pp. 340-342.

⁷ En relación con el Convenio de Viena vid. las reflexiones de J. Basedow, The Effects... , *loc. cit.*, p. 7; Das Internationale... , *loc. cit., op. cit.*, p. 412.

paces de funcionar sin referencia a los Derechos estatales. El propio art. 1.6 de los Principios se refiere a su interpretación e integración de forma muy prudente, pues las cuestiones no tratadas habrán de resolverse en lo posible de acuerdo con los propios Principios. No extraña, pues, que en el comentario a este artículo se contemple expresamente la referencia a un Derecho Nacional que sirva como cauce de integración residual:

Por supuesto, las partes siempre tienen la libertad para someterse a un Derecho Nacional determinado con el fin de que integre las reglas de los Principios. Una estipulación en este sentido podrá expresar: Este contrato se rige por los Principios de UNIDROIT y serán completados por la Ley del país X, o bien, Este contrato será interpretado y ejecutado de acuerdo con los Principios de UNIDROIT. En todo aquello que no se encuentre reglado por los Principios se aplicará la ley del país X⁸.

Consecuentemente con dicho principio, el art. 2.13 opta por un criterio de validez del contrato cuando no se precisan cuestiones tangenciales o secundarias que pueden ser integradas con base en los hechos o en el Derecho Aplicable⁹.

Además de esta cautela genérica, salta a la vista es que los mismos Principios incluyen múltiples referencias a los Derechos estatales y, en algunos casos, auténticas referencias a normas de conflicto. En ciertos casos, se trata de cuestiones que quedan fuera del ámbito de reglamentación de los Principios. Así, en relación con el efecto obligatorio del contrato, el art. 1.3 "...no prejuzga los efectos que el contrato pueda tener frente a terceros bajo el Derecho Aplicable¹⁰. Esta exclusión se recuerda con ocasión del tratamiento del Derecho de Restitución en caso de incumplimiento (art. 7.3.6.): al igual que los otros artículos de los Principios, el art. 7.3.6 trata de las relaciones entre las partes y no de los derechos que terceras personas puedan haber adquirido sobre los bienes en cuestión. Deberá determinarse conforme al Derecho Nacional Aplicable si, por ejemplo, un acreedor del comprador, el síndico de la quiebra, o un adquirente de bue-

⁸ P g. 17.

⁹ P g. 48.

¹⁰ P g. 10.

na fe pueden oponerse a la restitución de los bienes vendidos¹¹. Igualmente, se excluyen los supuestos de nulidad del contrato por incapacidad, falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad (art. 3.1)¹². Asimismo, la validez de las cláusulas inmunes a la anulación total o parcial de un contrato (art. 3.17), tales como las de arbitraje, elección de fuero o elección de la ley aplicable, escapan hacia el Derecho Nacional: ...la norma de Derecho Interno que resulte aplicable determinar si dichas cláusulas continúan vigentes a pesar de la anulación del resto del contrato¹³. O se recuerda que el procedimiento de imposición de una penalidad judicial (*punitive damage*) en virtud del art. 7.2.4. se rige por la *lex fori*¹⁴.

En otras ocasiones, el Derecho Nacional es tratado como un elemento de hecho que ayuda a interpretar o integrar el sentido de algunos Principios, confiriendo a la conducta de las partes una distinta significación a tenor del modelo jurídico nacional en que acostumbren a operar. Por ejemplo, el art. 2.4 suscita la cuestión de en qué medida la fijación de un plazo puede implicar un indicio irrevocabilidad t cita. A tal efecto, los Principios se alan que ...si el oferente opera dentro de un sistema jurídico donde el se alamamiento de un plazo se considera un indicio de irrevocabilidad, se presume que al se alar un plazo el oferente tiene el propósito de mantenerla irrevocable durante ese plazo. Si, por otra parte, el oferente opera en un sistema jurídico donde el se alamamiento de un plazo para la aceptación no constituye indicio suficiente de irrevocabilidad, por

¹¹ P g. 207.

¹² Se ala el comentario a este precepto: Este artículo deja claro que no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluye en el ámbito de los Principios. Es el caso concreto de la falta de capacidad de las partes, falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad. La complejidad inherente a cuestiones relativas al estado de las personas, representación y orden público, como así también el diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales aconsejan su exclusión del ámbito de aplicación de los Principios. En consecuencia, materias como la validez de los actos *ultra vires*, la legitimación de un mandatario para obligar a su mandante, la legitimación de los administradores para obligar a la sociedad y el contenido ilegal o inmoral de los contratos continúan siendo materias reguladas por la ley aplicable.

¹³ P g. 92.

¹⁴ P g. 193.

lo general no se atribuir al oferente la intención de mantener la oferta irrevocable durante dicho plazo ¹⁵. De igual modo, la contemplación prospectiva del propio sistema nacional está en la base de la caracterización como sorprendivas de cláusulas de elección de ley aplicable o de fuero que se contienen en los ejemplos que ilustran el art. 2.20¹⁶. A su vez, los efectos sobre la validez del contrato de los supuestos de imposibilidad legal sobrevinida (art. 3.3) dependen directamente de si ...conforme al Derecho bajo el cual se ha dictado la prohibición, ésta tiene el propósito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato ¹⁷. De forma manifiesta, el error de Derecho (art. 3.4) se precisa a la luz de un ordenamiento estatal, y su incidencia es mayor en el tráfico externo ...debido a que las operaciones individuales pueden verse afectadas por un sistema jurídico extranjero con el cual una de las partes no se encuentra familiarizado ¹⁸. El Derecho Estatal como hecho determinante aparece asimismo al valorar la diligencia de las partes en la obtención de autorizaciones públicas a tenor del art. 6.1.14: La parte que debe solicitar la autorización deberá tomar todas las medidas necesarias para obtenerla, pero no es responsable ni se obliga a obtener dicha autorización. Dicha parte está obligada a extremar todos los recursos disponibles conforme al Derecho Local, siempre y cuando cuente con suficientes posibilidades de éxito y que el ejercicio de dichos recursos sea razonable de acuerdo a las circunstancias del caso (v.gr., el valor de la operación, el tiempo empleado). Cuales son las medidas concretas que deberán ser tomadas dependerá de las regulaciones pertinentes y de los recursos procesales disponibles en el Estado donde se debe otorgar la autorización. Esta es una obligación de medios ¹⁹.

Pero básicamente, los Principios UNIDROIT tienen que convivir con las normas imperativas de los Derechos estatales, entendiendo por ellas no las normas de orden público interno o simplemente inderogables por contrato, sino, más estrictamente, las normas materiales imperativamente aplicable al tráfico externo, cualquier que sea la ley que rija el con-

¹⁵ P g. 33.

¹⁶ P g. 63.

¹⁷ P g. 71.

¹⁸ P g. 72.

¹⁹ P gs. 146-147.

trato, o de orden público internacional. En efecto, el Preamble de los Principios conciben su aplicación como fruto de la autonomía material, pero también de la autonomía conflictual, como auténtica *lex contractus*. Esta opción, sobre la que abundaremos más adelante, sí parece realista si se reserva el correspondiente espacio al juego de las normas de intervención de origen estatal, pero también de fuente internacional y supranacional. Este principio encuentra reflejo en el principio general contenido en el art. 1.4 de los Principios, bajo la rbrica “reglas imperativas”:

Estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado

El principio transcrito, más allá de su alcance general, se evidencia en algunas de las disposiciones y comentarios de los mismos Principios. Así, el comentario al art. 1.1. (principio de la autonomía material y de la libertad contractual) precisa con claridad la incidencia de las normas estatales que restringen la libre competencia en virtud de intereses públicos²⁰. Frente al principio de libertad de forma recogido en el art. 1.2, se reconoce que este principio “...puede ser dejado de lado, obviamente, en virtud del Derecho Aplicable [...] Tanto el Derecho Nacional como los tratados internacionales pueden imponer requisitos esenciales de forma, bien sea al contrato en su conjunto, bien a sus cláusulas individualmente consideradas”²¹. Al enunciar el principio *pacta sunt servanda* y el efecto vinculante de los contratos (art. 1.3), los Principios indican que “...requisitos adicionales para la celebración válida de un contrato pueden encontrarse en las normas de carácter imperativo del Derecho Interno o Internacional Aplicable”²². Al tratar el deber de confidencialidad (art. 2.16), se pondera que si el período en que no se debe divulgar una determinada información es demasiado largo podrá contravenir las leyes aplicables que prohíben restricciones a las prácticas comerciales²³. Asimismo, se tiene en cuenta, al establecer que cada parte asume los gastos derivados del cumplimiento

²⁰ P g. 7.

²¹ P g. 9.

²² P g. 9.

²³ P g. 56.

de sus obligaciones (art. 6.1.11), las modificaciones que resultan de las legislaciones fiscales estatales designando a un obligado al pago distinto de quien debe asumir el gasto, con el consiguiente Derecho de Reembolso. Especialmente enjundiosa es la disposición contenida en el art. 6.1.14 de los Principios en relación con las exigencias de autorizaciones públicas impuestas por la ley de un Estado como condición de validez o límite del cumplimiento del contrato. El comentario aclara que «...estos principios no se ocupan de la relevancia jurídica del requisito de obtener una autorización pública. Qué tipo de autorización es necesario obtener, en el caso de que sea necesario, se determinará conforme al Derecho Aplicable, incluyendo las normas de Derecho Internacional Privado»²⁴. Y además: Los requisitos de autorización pública a los que se refiere este artículo son los que determina la ley aplicable o las regulaciones en vigor al momento de celebrarse el contrato. No obstante, estas disposiciones podrán también aplicarse a las autorizaciones públicas que pueden exigirse después de la celebración del contrato²⁵. A su vez, al reglamentar las penas judiciales o *punitive damages*, el art. 7.2.4. prevé que la sanción sea satisfecha a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual, salvo que las normas imperativas del Derecho del Foro dispongan otra cosa. Al respecto, los comentarios recuerdan que «...los ordenamientos jurídicos difieren respecto a si la pena judicial debe pagarse a la parte perjudicada, al Estado o a ambos. En algunos ordenamientos se considera el pago de la pena a la parte perjudicada como una divida injustificada que es contraria al orden público. Este artículo rechaza este último punto de vista y apunta a la par-

²⁴ P g. 143. Se añade: Los tribunales nacionales tienden a reconocer los requisitos de autorización pública que son impuestos por la *lex fori*, y algunas veces los prescritos por la *lex contractus*. Los tribunales arbitrales pueden gozar de mayor discreción que los tribunales judiciales nacionales para decidir las autorizaciones que deben obtenerse a los fines de la validez o ejecución del contrato. En virtud del art. 7.2 de la Convención de Roma y de otras normas de Derecho internacional privado, también pueden ser relevantes los requisitos de autorización pública impuestos por la ley de otros Estados que tienen alguna relación con el contrato. Las normas de algunos ordenamientos jurídicos que son de aplicación extraterritorial (*long-arm statutes*) también pueden establecer la necesidad de obtener una autorización pública por parte de licenciatarios o empresas subsidiarias localizadas en el extranjero. Este artículo establece la presunción de que dichas solicitudes deben ser tramitadas conforme al Derecho aplicable.

²⁵ P g. 144.

te perjudicada como beneficiaria de la pena, pero la primera frase del inciso 2 expresa que las disposiciones de orden público del Derecho del Foro podrán impedir tal solución, indicando asimismo otros posibles beneficiarios de las penas judiciales²⁶. Finalmente, las normas imperativas justifican la delimitación del régimen de los intereses de restitución contemplados en el art. 7.4.10, que ...no se ocupa del problema de los intereses compuestos, que conforme al Derecho Interno de algunos países se encuentra sujeto a normas de orden público orientadas a proteger a la parte incumplidora²⁷.

En definitiva, los propios Principios contemplan expresamente diversos supuestos en que resulta preceptivo aplicar o tomar en consideración los derechos nacionales. Los hemos expuestos únicamente como recordatorio de una realidad que va mucho más allá de estos casos, como sugiere el alcance general del art. 1.4 de los Principios, y de sus propias lagunas y problemas interpretativos. Consecuentemente, sólo desde la ingenuidad o la ignorancia puede concebirse el funcionamiento de los Principios, y de cualquier proceso actual de unificación del Derecho Privado Material, sea blanda o dura, independientemente del juego complementario o restrictivo de los Derechos nacionales y del propio Derecho Internacional o Supraestatal. Bien es cierto que sus relaciones necesitan un enfoque bien diverso, y acaso opuesto, al propio de los siglos precedidos, en que la localización del Derecho Estatal era el principio y la intervención del Derecho uniforme el fenómeno residual. Pero conviene llamar la atención sobre los límites de un funcionamiento autónomo de la *lex mercatoria*, entendida en un sentido amplio. Así, preceptos como el art. 7 del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías procuran una integración e interpretación autónoma sobre la base de los principios generales que la sustentan, antes que recurriendo a los Derechos nacionales. En tal sentido, una de las funciones de los Principios UNIDROIT está dirigida a suministrar principios para colmar lagunas y facilitar la interpretación del Convenio. Pero no puede concluirse con ello que el papel residual de los Principios UNIDROIT elimine la necesidad de recurrir a los Derechos estatales. Como hemos visto, el propio Derecho Estatal constituye, a su vez, un elemento de aplicación e interpretación residual de los mismos Principios

²⁶ P. g. 192.

²⁷ P. g. 226.

Fuentes Convencionales, *Lex Mercatoria* y *Soft Law*

5. La ineficiencia o insuficiencia del Derecho Estatal como medio de reglamentar las transacciones comerciales internacionales también se ha predicado respecto de los convenios internacionales como medio de unificación del Derecho Material. Esta crítica obedece en primer término a que el mecanismo de adopción de convenios internacionales se contagia de los mismos vicios que las fuentes estatales, al importar en realidad el juego de intereses estatales.

Ciertamente, en la mayoría de los casos, los mecanismos de unificación material se han basado en fuentes duras, de naturaleza convencional o legal, cuyo procedimiento de adopción se ha mostrado costoso e ineficiente. Los procesos de elaboración de convenios internacionales no solo ha sido protagonizado por los Estados, sino por Estados que han defendido en la medida de lo posible sus intereses culturales y la imposición de su modelo jurídico. La adopción del texto uniforme se ha basado en muchos casos en soluciones transaccionales que impidieron una verdadera unificación (Derecho Ginebrino en materia de letra de cambio o cheque)²⁸, e incluso en los pocos textos que pueden considerarse exitosos (Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías²⁹ o convenios relativos al sector de los transportes o la propiedad industrial e intelectual) no faltan las lagunas y disparidades interpretativas que reflejan la guerra de modelos jurídicos que tuvo lugar durante su difícil y largo proceso de adopción.

Más que la autorregulación de los operadores (*lex mercatoria stricto sensu*), esta es la razón esencial arguida para defender una unificación internacional del Derecho Mercantil *soft*, como la que representan los Principios UNIDROIT, con frecuencia indebidamente identificados como un producto de la *lex mercatoria*.

6. En efecto, la *lex mercatoria* se nutre esencialmente de las prácticas comerciales y códigos de comportamiento elaborados por los propios

²⁸ Vid. al respecto nuestras consideraciones en *Derecho aplicable al cheque en el comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, esp. pp. 60-65.

²⁹ Vid. G. G. Letterman, *Unidroit's Rules in Practice (Standard International Contracts and Applicable Rules)*, La Haya, Kluwer, 2001, pp. 25 y 259-263.

operadores del comercio internacional. A partir de la experiencia de los servicios jurídicos de empresas con vocación transnacional, particularmente lideradas por compañías norteamericanas, y sobre la propia base del déficit de armonización internacional, estas prácticas generan un cierto grado de armonización, sobre todo, de las prácticas contractuales³⁰. Sin lugar a dudas, los Principios UNIDROIT se nutren en buena medida de estas prácticas, pero no menos que se inspiran en soluciones propias de distintos Derechos estatales. Muchas de sus respuestas, además, novedosas o tributarias de un sincretismo innovador: De ahí que los Principios, como técnica de unificación *soft* (no imperativa o directamente vinculante)³¹, supongan en realidad un punto de encuentro muy potente entre la *lex mercatoria* —hasta el momento bastante inconsistente, indefinida y circunscrita al entorno arbitral— y la codificación en sentido tradicional³². Su mayor depuración técnica, fruto a la vez de la independencia y de la preparación de sus creadores, permiten salvar con mayor éxito algunas de los inconvenientes más clásicos de la unificación del Derecho Privado contractual (*ad. ex.* la concurrencia de la causa de los contratos), y se muestran más inteligentes al medio y largo plazo, flexibles y plurifuncionales. Seguramente algunos dirían que, frente a la codificación tradicional (*hard*, moderna y machista), las nuevas técnicas de armonización *soft* son más postmodernas o femeninas. Nosotros nos contentamos con afirmar que son, simplemente, más adecuadas a la realidad histórica.

7. Por otra parte, los convenios internacionales o codificación *hard* comparten con las fuentes estatales otro de los inconvenientes, que acaso

³⁰ Vid. especialmente P.A. De Miguel Asensio, *El Derecho internacional...*, *loc. cit.*, pp. 59-60.

³¹ Se trataría del concepto más general de *creeping codification* o *“schleichende Kodifikation”* empleado por K. P. Berger (*Vid. Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, Berlín, Walter de Gruyter, 1996, esp. pp. 194-209).

³² No les falta razón a quienes, como A. von Ziegler, resaltan la falta de participación de los operadores en la redacción de los Principios UNIDROIT (básicamente académicos), hecho que puede redundar en su discreta acogida en la práctica comercial. Este defecto sería el que justificaría el fracaso de normativas como las Reglas de Hamburgo de 1978 en el ámbito del transporte marítimo (*vid. Particularities of the Harmonisation and Unification of International Law Trade and Commerce, Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 879 y 881-883, esp. nota 38»).

en su día pudiera ser apreciado como un valor; a saber, su rigidez y petrificación. No es necesario insistir en el sentido político conservador de las codificaciones decimonónicas, como establecimiento y fijación de un nuevo orden social nacido de la revolución burguesa. Pero además, desde el punto de vista de la técnica legislativa, es indudable que el procedimiento de celebración de los convenios internacionales padece una rigidez y complejidad poco compatible con la necesidad de adaptar las normas a las cambiantes demandas de la realidad del mercado, con rapidez y flexibilidad. En muchas ocasiones, el laborioso procedimiento de discusión y adopción de un convenio internacional, seguido de las condiciones rigurosas para que llegue a entrar en vigor, hacen que cuando el convenio resulte aplicable ya haya quedado obsoleto. Hacer que una buena parte del convenio sea disponible para las partes, ablandar el convenio, en suma, no facilita su gestión ni su utilidad cuando resulta desbordado por la realidad.

No debe, sin embargo, minusvalorarse el empeño de los intereses estatales y de buena parte de la doctrina por endurecer el propio *soft law*. Al igual que siempre ha existido el procedimiento de legitimación o estatalización de la *lex mercatoria*, mediante su incorporación a convenios internacionales o leyes estatales, no faltan actualmente los intentos de convertir o, mejor dicho, pervertir los logros del *soft law* mediante su conversión en *hard law*. Esta tendencia es particularmente visible para la suerte de los Principios de Derecho Contractual europeo elaborados por la Comisión Lando (PECL). Los PECL siguen la senda de los Principios UNIDROIT. Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialéctico, tendente muchas veces, al igual que los principios UNIDROIT, a establecer condiciones de diálogo y crear un *lexicó conum*, sobre unos presupuestos muy diferentes al afán de sistematización y a la tendencia a la codificación tradicional que generalmente han presidido las propuestas europeas hacia un Derecho Privado unificado³³. En este sentido son un claro exponente de *soft law* y en tal medida responden a la naturaleza de un *restatement*, pues no se trata de disposiciones adoptadas por el legislador

³³ Cf. las reflexiones sobre este modelo, en relación con el Derecho privado europeo, en R. Hyland: *The American Restatement and the Uniform Commercial Code, Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 55-70. Reconociendo su interés preparatorio, pero rechazando su virtualidad como técnica de unificación del DPE, en razón de su

estatal o convencional, ni están en vigor en sentido propio³⁴. A pesar de que esta naturaleza resulta expresa en su art. 1.101, en los mismos Principios se incluye (p. xxiii) el objetivo de constituir el núcleo básico del futuro Código Civil europeo, lo cual no deja de ser paradójico³⁵. El propio Landó lo ha señalado ininidad de veces³⁶. La paradoja radica fundamentalmente en que la pretendida codificación, endurecimiento o conversión en *hard law* de los PECL implicar a la pérdida de lo mejor que éstos pueden ofrecer en la hora actual: su versatilidad, su capacidad para adecuarse a la



incapacidad para resolver la inseguridad y la complejidad, P. Ch. M. Iler-Graff, EC-Directives as a Means of Private Law Unification, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 79-80. Por su parte, H. Ktz pone de mani esto la di cultad de trasladar a Europa el modelo del *restatement* norteamericano, excesivamente casuístico incluso para una mentalidad como la inglesa (cf. *Gemeineurop ischen Zivilrecht, Festschrift für Konrad Zweigert*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1981, pp. 495-496).

³⁴ Evidentemente, en otro sentido, los Principios UNIDROIT y los PECL presentan, frente a los *restatements* norteamericanos, un rasgo diferenciador que tiene que ver con su propio proceso de elaboración y su peculiar naturaleza. Los *restatements* norteamericanos suelen ser un compendio de la jurisprudencia y de las soluciones prácticas ya existentes en un sistema jurídico. Trata de recoger y ordenar esa práctica, pero carece de la creatividad de los PECL. En efecto, éstos se nutren de la experiencia comparada de los sistemas representados para crear una realidad legal nueva y distinta, por más que las distintas normas u opciones puedan haberse decantado o inspirado, según lo casos, con mayor o menor intensidad, en un sistema o varios sistemas jurídicos concretos (Vid. M. J. Bonell, *Verso un codice europeo dei contratti?*, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 181-183; J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid*, *E.R.P.L.*, 2001, pp. 39-40; R. Michaels, *Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien*, *RabelsZ*, 62 (1998), pp. 584-588; K. P. Berger, *op. cit.*, pp. 150-151). Para C. Castrovino (*Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?*, *Europa e diritto privato*, 1998-4, p. 1023) es precisamente allí donde radica una diferencia esencial entre la obra europea y los *restatements*, ya que mientras éstos toman los datos que ya existen, aquella ha estado animada desde un principio por una perspectiva de futuro, no una perspectiva de pretérito.

³⁵ M. J. Bonell, *Verso un codice...*, *loc. cit.*, p. 171, expresa la perplejidad que esta idea ha suscitado desde el mismo momento de plantearse por vez primera.

³⁶ *Ad. ex. cf.* Principles of European Contract Law, *AJ.C.L.*, vol. 40, 1992, p. 577; *Why Codify the European Law of Contracts*, *E.R.P.L.*, 1997, p. 534; *The Principles of European Contract*

continua evolución, flujo y reflujo de las tendencias de reglamentación en materia contractual³⁷.

Ello no impide que, en materias distintas el régimen general de los contratos, la unificación internacional deba realizarse a través de mecanismos convencionales más tradicionales, a través de fuentes duras. Esto es particularmente cierto cuando se trata de establecer un marco de tutela judicial efectiva de alcance transnacional, donde son precisas normas convencionales de alcance procesal dirigidas, singularmente, a la eficacia extraterritorial de las decisiones y a establecer un marco mínimo de garantías procesales³⁸. Más allá de un marco puramente convencional, tampoco debe olvidarse que la unificación internacional del Derecho Público Económico y de las normas de dirección económica, singularmente las que regu-



Law after Year 2000 . *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, p. 70; Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts , *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 572. Vid. asimismo D. Tallon, Les travaux de la Commission Lando , *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, 2000, pp. 119-125. Por su parte, C. Castronovo estima que tales principios son, en realidad, normas (vid. I principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II , *Europa e diritto privato*, vol. 2, 2000, pp. 249-252). De hecho, semejante caracterización ha dividido a los propios padres de los principios, dividiendo incluso a los propios representantes del sistema italiano, J. Bonell y C. Castronovo, cuyos pareceres aparecen claramente contrapuestos en un intercambio directo de opiniones, el primero a favor de su consideración como *restatement*, el segundo más cercano a la tesis de O. Lando en torno a su consideración como Código. Bien es cierto que la tesis de C. Castronovo se asienta sobre un postulado muy formalista y discutible, al que ya hemos hecho referencia: que un *restatement* es, por de níci n, un compendio que racionaliza lo que ya existe, en tanto que los Principios son una apuesta creativa e innovadora de futuro (cf. J. Bonell, Verso un Codice... , *loc. cit., passim*; C. Castronovo, Il diritto europeo... , *loc. cit., passim*). En la misma dirección de C. Castronovo, en el sentido de contraponer la idea de un *restatement* compendio de jurisprudencia a la de los Principios, constitutivos de un nuevo sistema, puede citarse a G. Gandol , Per un Codice europeo dei contratti , *Riv. trim. dr. proc. civ.*, p. 785; Id.: Sul progetto de un codice europeo dei contratti , *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Naples, Edizioni Scienti che Italiane, 1997, p. 283).

³⁷ La alternativa *soft* o desde abajo a la comprensión de los PDCL como *hard law*" defendida por O. Lando aparece expuesta con claridad por K. Riedl, The Work of the Lando Commission from an Alternative View-Point , *ERPL*, 2000, pp. 71-83, esp. 79-81.

³⁸ Vid. en este sentido P.A. De Miguel Asensio, El Derecho internacional... , *loc. cit.*, pp. 65-66.

lan la libre competencia, resulta más que aconsejable para eliminar los obstáculos que derivan de la pluralidad de regímenes estatales. En este caso, es indudable que se trata de una acción que sólo puede ser emprendida a través de mecanismos de cooperación interestatal, de naturaleza convencional o, más propiamente, institucional, en un marco como el de la OMC.³⁹

III | Globalización y regionalismo en la unificación del Derecho Comercial

8. Una circunstancia que viene asimismo a desautorizar el mecanismo de los convenios internacionales para lograr la unificación internacional del Derecho Mercantil en un mercado global, deriva de los obstáculos que impone el regionalismo al desarrollo de este tipo de fuentes, y que se evidencia, por ejemplo, en el fracaso de la mundialización de un convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones. Una de las causas esenciales del fracaso de este convenio radica en la propia participación en los foros de codificación internacional de los Estados miembros de la Unión Europea actuando como un bloque. Aunque esta actitud sería muy bienvenida y positiva para Europa —y posiblemente para el resto del mundo— en materia de política exterior o en foros como las Naciones Unidas, lo cierto es que sólo se produce en el ámbito de la codificación internacional del Derecho Privado, lastrando muchas veces la mundialización o internacionalización de ciertos convenios. La asunción de competencias exteriores por parte de la Comunidad Europea, constriñendo los poderes de los Estados miembros en la celebración de tratados internacionales, no sólo es una de las cuestiones más candentes de la integración jurídica europea⁴⁰, sino un obstáculo que puede condicionar seriamente la suerte

³⁹ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *El Derecho internacional...*, loc. cit., pp. 74-75; A. Montaña Mora, Posibles modelos para la regulación de la competencia en la Organización Mundial del Comercio, *REEI*, 2001/2, www.reei.org/reei2/Mora.PDF. Vid. sobre las dificultades de armonización en sede OMC y las alternativas sobre la armonización del Derecho de la competencia J. Basedow, *General Report, Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization*, La Haya, Kluwer, 2002, pp. 55-62.

⁴⁰ Vid. especialmente A. Borrás Rodríguez, *Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam*, *R.E.D.I.*, vol. LI, 1999/2, pp. 383-426; B. Heß, *Die Europäisierung des internationalen*

de la codificación internacional. Pero, con todo, este es sólo uno de los efectos negativos del regionalismo sobre la suerte de los mecanismos convencionales, afectada por otros males. El regionalismo también es un riesgo para las técnicas más modernas y prometedoras, amparadas en soluciones blandas.

9. Tomando nuevamente como ejemplo el regionalismo europeo, la consideración de los PECL como un embrión del Derecho Contractual europeo plantea dos críticas o dudas fundadas, a las que tampoco escapan fácilmente en su consideración como *soft law*. Ambas se suscitan al hilo de sus relaciones con los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁴¹. Independientemente de la impresión que se tenga sobre la mayor o menor bondad de uno u otro *restatement*, cabe preguntarse sobre la conveniencia de un *restatement* regional, y su eventual efecto contraproducente respecto de la universalización que pretenden los principios UNIDROIT. Aunque entre ambos textos hay muchas concomitancias, lo cierto es que también hay singulares diferencias⁴². El tratamiento de este problema debe ponerse en relación con los distintos ámbitos de aplicación de cada una de las codificaciones, más que con su propia diversidad material. Frente a los Principios UNIDROIT, los PECL presentan un ámbito de aplicación material más extenso, pues pretenden ser aplicados a los contratos de consumo. En segundo término, mientras los principios UNIDROIT se aplican exclusivamente a los contratos internacionales, los PECL tienen por objetivo adicional la unificación del Derecho



Zivilprozessrechts dem Amsterdamer Vertrag — Chancen und Gefahren, *NJW*, 2001/1, pp. 30-32.

⁴¹ Casi desde el momento mismo de la publicación de la obra de UNIDROIT y de la Primera Parte de la europea comenzaron a publicarse trabajos comparativos. Vid. A. S. Hartkamp, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, *E.R.P.L.*, 1994/2, pp. 341-357, donde tras la comparación de ambos textos y del C.c. holandés se concluye que los Principios de la Comisión Lando son técnicamente superiores. Vid. también R. Zimmermann, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, *JZ*, 1995, pp. 477-490.

⁴² Vid. M. J. Bonell, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?, *Uniform Law Rev.*, 1996, pp. 235-236.

Contractual europeo en el plano interno. Si planteamos la utilidad de los PECL en relación con los contratos comerciales internacionales, parece claro que su adopción provoca una regionalización poco aconsejable, que acaba cantonalizando el Derecho Contractual europeo y perjudicando la contratación extracomunitaria y la armonización internacional del Derecho de los contratos, cuyas exigencias de eficiencia puede ser tan relevantes o más que las propiamente intracomunitarias. Es cierto, entonces, que los Principios UNIDROIT no atienden, como se alía el propio O. Lando, a las necesidades de la integración, por lo que, a efectos intracomunitarios, tal vez podría seguir defendiéndose una profundización de la unificación del Derecho Contractual europeo, tanto para situaciones intracomunitarias como internas⁴³.

Pero surge de esta reflexión una segunda incertidumbre: si nos referimos al sector de la contratación comercial internacional, entre operadores profesionales, parece claro que la autonomía de la voluntad, el mayor conocimiento del mercado, la asunción de los costes de información y las propias necesidades de ese mercado aconsejan una menor intervención y descartan la propia unificación, a favor de soluciones más flexibles y de una disponibilidad o concepción *soft* de los Principios, máxime si siempre cabe la posibilidad, en cualquiera de los dos regímenes, de la incidencia de las normas nacionales y comunitarias de interés u orden público. En esta tesitura, parecería más razonable impedir la duplicidad de regímenes, regional y universal, y más aconsejable centrar los esfuerzos en el diseño de un modelo de principios universales como los Principios UNIDROIT. En contrapartida, la unificación como exigencia para la integración, y como necesidad para construir un sistema de Derecho Contractual, seguiría siendo vital en el ámbito de las operaciones de consumo, precisamente donde el Derecho Privado Comunitario ha ido alumbrando los mayores problemas. En tal sentido, los PECL cobrarían sentido, respecto de los principios UNIDROIT, como un sistema más restringido de Derecho europeo de los contratos de consumo. La propuesta tiene sentido doblemente, pues no deja de resultar delicado que un mismo cuerpo o parte general de Derecho de los contratos vaya a servir indistintamente para los contratos de consumidores y para los contratos comerciales. Llegados a

⁴³ Vid. O. Lando, *European Contract Law*, *A.J.C.L.*, vol. 31, 1983, pp. 655-656.

esta conclusión, un Código Europeo del Consumo, extensible no sólo a las obligaciones contractuales, sino a otros sectores tales como la responsabilidad por daños o la publicidad engañosa, aparece como una opción con mayor base jurídica en las políticas comunitarias actualmente existentes, y cuya implantación desde arriba encontraría mayores argumentos. En contrapartida, defender la vigencia de los PECL y de los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, sobre todo si se confía ingenuamente en una identidad que sólo es parcial, significa hacer un flaco favor a la seguridad y eficiencia de los intercambios internacionales y, en suma, a la causa de la unificación internacional del Derecho Comercial, entendida como unificación global.

10. En suma, la relación complementaria del regionalismo como instrumento de la globalización económica no se reproduce en el ámbito del Derecho Privado. Si la eliminación de los obstáculos impuestos por el Derecho Económico a escala regional puede redundar en el bien de la globalización⁴⁴, no parece que el mismo efecto de pueda predicar del regionalismo cuando propone una armonización del Derecho Mercantil de alcance puramente regional. En este caso, la multiplicidad de referencias puede perjudicar la eficiencia de los intercambios comerciales y provocar costes de información y efectos disuasorios parecidos a los generados por la pluralidad jurídica estatal⁴⁵.

IV | El papel de las técnicas conflictuales

Necesidad de una superación de las soluciones conflictuales

11. El siglo XX, al tiempo que lleva a la quintaesencia las teorías del Derecho basadas en la idea de Estado (H. Kelsen), inicia la crisis del propio Estado esencialmente como fórmula jurídica, a través de procesos de integración económica, jurídica y política que no hacen más que testificar

⁴⁴ Vid. J. C. Fernández Rozas, *op. cit.*, pp. 58-63.

⁴⁵ Comparte esta reflexión P.A. De Miguel Asensio, *Algunas tendencias...*, *loc. cit.*, p. 68; C. Kes-sedjian, *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes proposés par l'Unidroit*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 668-670.

la propia evolución de la humanidad y el empuje del planeta ante el imparable desarrollo de las comunicaciones y de las tecnologías. Este simple hecho basta para desmitificar un procedimiento de reglamentación o toda una concepción del Derecho Internacional Privado que conocemos como conflictual. En definitiva, y al margen de otras críticas tradicionales en torno a su neutralidad, rigidez o generalidad, el hecho de resolver cuestiones transfronterizas a través de la aplicación de un Derecho Nacional repugna en sí mismo una visión más cosmopolita o globalizadora acorde con las necesidades palpables en el siglo XXI⁴⁶.

Admitido lo anterior, resulta más difícil prescindir del método que criticarlo, pues la alternativa razonable al Derecho Conflictual no puede ser otra que una unificación material del Derecho Privado a escala universal, al menos válida para regir las situaciones transfronterizas. Y es lo cierto que, hoy por hoy, en el ámbito del comercio internacional aún no se ha conseguido prescindir de forma significativa de la aplicación de un Derecho Nacional como recurso para resolver las controversias jurídicas internacionales. Las razones para explicar la resistencia de las soluciones conflictuales son diversas. Además del tradicional conservadurismo de los sistemas jurídicos y de las doctrinas que los amparan, es preciso destacar la raigambre de las diversas culturas jurídicas nacionales y, de modo particular, la tortuosa convergencia entre el *common law* y los sistemas romanogermánicos. Vinculado al hecho de la diversidad cultural, la unificación del Derecho Material sufre de forma singular los inconvenientes de la diversidad lingüística y la dificultad de proporcionar cauces eficientes de interpretación uniforme, inconvenientes que eluden las soluciones conflictuales tradicionales. Pero, sobre todo, la pervivencia del método conflictual se debe, más que a sus méritos, a los deméritos que han ido acumulando los procesos de unificación emprendidos durante el siglo XX.

La segunda circunstancia destacable aparece referida a los procesos de integración económica y jurídica supranacionales, cuyo mejor exponente es la Unión Europea. En una fase avanzada de la integración, la disolución de los Derechos nacionales sucede a la disolución original de las

⁴⁶ Desde un enfoque más crítico, no faltan, sin embargo, estudios partidarios de una comprensión del Derecho conflictual y de la norma de conflicto en clave de globalización económica, partiendo básicamente de la eficiencia de las conexiones y foros de competencia (*vid.* J. Carrascosa González, *Globalización y Derecho internacional privado*, liberlibro.com, sin fecha).

fronteras aduaneras, suscitando dificultades singulares, pero, sobre todo, asignando a las técnicas conflictuales un papel harto diferente.

Pero en ambos escenarios, regional y universal, la cuestión de la unificación del Derecho Material y la sustitución del método conflictual plantea en realidad la misma cuestión crucial, a saber, hasta qué punto las necesidades económicas, comerciales, sociales o la mera justicia avalan una respuesta uniforme, y en qué medida dicha respuesta es no sólo factible, sino deseable y proporcionada al esfuerzo y al abandono de las idiosincrasias nacionales. Se trata de sopesar valores de muy distinta naturaleza y gravedad diversa según la materia, los intereses, el contexto geográfico, el alcance de la propia unificación y el grado de diversidad real de los sistemas jurídicos, para lo que no existe una fórmula matemática.

12. No puede olvidarse, empero, la corriente de pensamiento que, como se alamos al comienzo, defiende la eficiencia de la pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales en un mercado globalizado. La unificación, sobre todo si viene impuesta desde arriba (*hard law*), acaba entorpeciendo una saludable competencia o competitividad entre ordenamientos, que en el mercado global puede venir ordenada merced a la autonomía conflictual, esto es, la posibilidad de las partes en orden a elegir el Derecho Estatal más atractivo y competitivo. En términos de eficiencia, lo más aconsejable resulta, precisamente, la competencia entre ordenamientos, que requiere cierta libertad a la hora de configurar las reglas que rigen en el mercado y el Derecho de sociedades, contratos, responsabilidad no contractual o derechos reales⁴⁷. Se trata de una idea que ha gozado de

⁴⁷ Vid. N. Reich, *Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, *CMLR*, 1992, p. 861; J. Trachtman, *International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction*, *Harvard Int. L. Rev.*, 1993, p. 47. En palabras de la propia Comisión europea, el mercado crea con frecuencia problemas de interés público, pero desarrolla también sus propias soluciones. No se debería subestimar la eficacia del mercado para responder a los distintos valores sociales y a la opinión pública. A resultados del comportamiento competitivo, muchos de los problemas generados por el mercado se pueden resolver automáticamente gracias a la presión que ejercen los grupos de interés afectados (consumidores, ONG, empresas). Las autoridades públicas pueden aumentar la convergencia del interés público y privado (Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, *D.O.C.E.*, 2001/C 255/01, n. m. 49). Estas consideraciones están en la base de la propia opción I (inac-

cierto predicamento al hijo de la unificación del Derecho Privado en Europa⁴⁸. Al amparo de las libertades comunitarias y de la regla de reconocimiento⁴⁹, las competencias estatales desatan una competitividad con el objeto de hacer más atractivo un determinado mercado, lo que, a la postre, conduce a carreras entre sistemas jurídicos hacia un modelo menos proteccionista y, por tanto, más eficiente para el comercio intracomunitario. Es lo que algunos han denominado "eficiencia de la diversidad"⁵⁰.

El planteamiento resulta muy discutible, sobre todo si lo que se analiza es el Derecho Privado, menos permeable que el Derecho Público



tividad de la Comunidad), sustentada en su respuesta a dicha Comunicación por el gobierno británico, la London Investment Banking Association, el European Publishers Council, la CCI y un buen número de operadores económicos, en especial en el sector marítimo y de telecomunicaciones.

⁴⁸ Vid. E.M. Kieninger, *Wettbewerb des Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen, JCB Mohr, 2002; U. Blaurock, *Europäisches Privatrecht*, *J.Z.*, 1994/6, p. 272; H. Collins, *European Private Law and the Cultural Identity of States*, *ERPL*, 1995, p. 355; S. Leible, *Wege zu einem europäischen Privatrecht*, policop., 2001, / 9.A.IV; O. Sandrock, *Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland-Europa-und die Welt*, *J.Z.*, 1996/1, p. 7.

⁴⁹ No parece de recibo, en todo caso, hacer valer la competencia de ordenamientos como sustancial a la regla de reconocimiento. Al contrario, resulta más lógico entender que la regla de reconocimiento aboca precisamente a la armonización como proceso de racionalización (cf. H. W. Micklitz, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts (ius commune praeter legem?)*, *ZEuP*, 1998, p. 253).

⁵⁰ Vid. U. Mattei, *A Transaction Costs Approach to the Europe Code*, *E.R.P.L.*, 1997, p. 538. El ejemplo práctico con frecuencia aducido para defender la diversidad jurídica y la competitividad entre ordenamientos es, precisamente, el principal mercado competidor de Europa: el sistema jurídico de los Estados Unidos, donde existe una diversidad jurídica que es explotada por políticos y juristas para vender los atractivos del mercado de un determinado Estado, como puede ser el paradigma de Delaware en materia de sociedades, y que conduce de forma natural a la desregulación (Cf. J. Herman, *L'expérience des États-Unis d'Amérique. Concurrence au pays des micro-brasseries: la gestion des transactions pluri-nationales aux États-Unis*, *Le droit privé européen*, Paris, 1998, p. 156; H. Kutz, *A Common Private Law for Europe: Perspectives for the reform of European Legal Education*, *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer, 1992, p. 34. M. Zuleeg, *Rechtsangleichung innerhalb und ausserhalb der Europäischen Gemeinschaft*, *ZEuP*, 1998, pp. 515-517). Para algunos autores, sin embargo, el modelo de diversidad jurídica norteamericano no resulta extrapola-

a la necesidad de competitividad⁵¹. En efecto, la competencia entre ordenamientos jurídicos ante los particulares, puede resultar acaso eficiente (atractivos fiscales, societarios, etc.) y aceptada en sectores del Derecho Económico como el Derecho de sociedades o el Derecho Fiscal, en donde las ventajas son fáciles y directamente cuantificables y previsibles, sin grandes costes de información. Pero, por definición, la competencia de ordenamientos resulta a contraindicada, sino imposible, en el ámbito contractual, cuando enfrentamos a dos particulares, pues siempre existirán sistemas jurídicos distintos que benefician a cada una de las partes, racionales y egoístas, por lo que un Derecho acordado por ambos entra a indefectiblemente en un engaño por la parte mejor informada, y una comprensible desconfianza generalizada. Por otra parte, refleja una profunda contradicción desde el ángulo del análisis económico del Derecho, toda vez que uno de los argumentos esenciales a favor de la unificación proviene asimismo de tales planteamientos, particularmente en la medida en que cifran la diversidad de ordenamientos jurídicos en costes externos de información y en causa de falseamiento de la competencia, que la armonización está llamada a internalizar o eliminar⁵². La crítica definitiva, sin embargo, la proporciona la propia realidad práctica, más que las teorías. Ni la fantasía más hollywoodiana es capaz de imaginar a los contratantes del comercio internacional con pleno conocimiento de la diversidad de los Derechos privados estatales, haciendo apuestas sobre el más competitivo para regir el contrato y acaso juzgando las múltiples posibili-

►

ble a Europa. P.C. M. Iler-Graff advierte que pese a la diversidad legislativa, el Derecho privado norteamericano presenta elementos de unidad inexistentes en Europa, a saber, la disciplina de los *uniform codes* y la influencia, típica del *common law*, de la *persuasive authority* jurisprudencial del *restatement*, la doctrina común, una enseñanza común basada en idénticos textos y *case-books* (Cf. *Diritto privato comunitario. Realtà in Germania e prospettive per l'Europa*, *Diritto privato comunitario*, N. Poles, 1997, p. 27). El argumento, discutible en sí mismo en algunos puntos, con rama, sin embargo, la realidad de que el mercado norteamericano presenta una unidad jurídica *soft*, en ningún caso ordenada desde arriba, y tampoco oculta el hecho de que en dicho mercado existe una competencia efectiva entre ordenamientos jurídicos, que se erige como clave del sistema.

⁵¹ Vid. en este sentido J. Basedow, *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, *RIDC*, 1998/1, pp. 20-21.

⁵² Vid. en particular S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares. 2002, pp. 145-159.

dades de *dépeçage*. Incluso en esa fantasía habría que analizar cuál sería el coste real del mantenimiento y actualización de semejante información para un operador típico. Quienes partan de algo semejante como una premisa tal vez conciben las relaciones jurídicas y la ciencia del Derecho como un puro juego, pero la realidad con la que juegan tiene poco de lúdica y se traduce en necesidades y costes reales. La prosaica práctica aparece perfectamente resumida en la siguiente reflexión de G.G. Letterman:

La unificación (*internationalization*) facilita las negociaciones contractuales y los acuerdos acerca de ciertas cuestiones auxiliares (particularmente la elección de fuero y de Derecho Aplicable) cuando las partes tienen distintas nacionalidades. Siempre ha sido práctica habitual que cada parte insista en la aplicación de su propio Derecho Nacional. En muchos casos tal insistencia no refleja una elección basada en el examen minucioso de los diferentes sistemas legales de cada una de las partes. Habitualmente, la parte que insiste en la aplicación de su propio Derecho ignora completamente el contenido y naturaleza de las leyes y sistemas jurídicos de las otras partes contratantes. Esa parte simplemente conoce su sistema jurídico y se siente cómoda con él. Cuando más de una parte insiste en que debe escogerse su propia ley, a menudo se producen graves demoras en la negociación y no es infrecuente que se llegue a frustrar el contrato. Semejante punto muerto es contraproducente para todas las partes implicadas. Es fruto de la ignorancia que lleva a una insistencia enfermiza en adoptar un sistema jurídico familiar, sin importar en qué medida los detalles de tal sistema jurídico y su aplicación al contrato en cuestión contrastan con el sistema jurídico propuesto por la otra parte. Para contrarrestar este innecesario *impasse* en la negociación, debe hallarse un compromiso entre la insistencia de cada parte acerca de uno, dos o más sistemas legales estatales en competencia. Para que sea un acuerdo factible, el sistema legal finalmente pactado debe ser familiar y aceptable para todas las partes, siendo práctica habitual acabar por escoger el sistema legal de un tercer Estado, como el de Inglaterra o Nueva York⁵³.

⁵³ Vid. *op. cit.*, pp. 4-5.

La función residual de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación global: la autonomía conflictual mercatoria

13. La referencia a un Derecho Estatal puede jugar un papel complementario o residual de cierta relevancia, no sólo para integrar aquellas lagunas del Derecho Uniforme que no quepa rellenar mediante desarrollo judicial o conceptos *aut nomos* del Derecho Uniforme⁵⁴, o para determinar la interpretación a seguir en caso de duda sobre el alcance del texto uniforme⁵⁵. Además de estas funciones generales, el recurso a un Derecho Estatal puede responder a necesidades y objetivos más singulares, como pone de relieve las referencias a los Derechos estatales contenidas en los Principios UNIDORIT, que hemos analizado más arriba. Pero, en todo caso, la incidencia del Derecho Estatal reclamado a través de técnicas conflictuales debe jugar un papel tan residual como complementario de la armonización material. Para que esto sea así, resulta imprescindible revisar los términos clásicos de la relación entre autonomía conflictual y material, y avanzar hacia una auténtica *autonomía conflictual mercatoria*⁵⁶.

14. A pesar de la función esencial que la autonomía conflictual cumple en el comercio internacional, existe la extendida convicción de que las partes únicamente pueden elegir un Derecho Estatal. P. Lagarde, uno de los relatores del Convenio de Roma, atribuye dicha limitación al art. 3 del Convenio, que no permite a las partes la designación de la *lex mercatoria*, los Principios UNIDORIT o cualquier otro sistema jurídico no estatal, como ley rectora del contrato⁵⁷. Este criterio ha contagiado incluso el tenor de la *Resolución del Instituto de Derecho Internacional de Basilea de 31 de agosto de 1991*, al dejar fuera de la autonomía conflictual la *lex mercatoria*⁵⁸,

⁵⁴ *Anwendungsergänzende Funktion* en la terminología de J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren)*, Tubinga, 1975, pp. 197-204.

⁵⁵ *Anwendungsbestimmende Funktion*, *ibid.*, pp. 184-197.

⁵⁶ *Vid.* más extensamente F. K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, 'Con actualismo y Lex Mercatoria en el Derecho internacional privado', *REDI*, vol. LII (2000), I, pp. 15-47.

⁵⁷ P. Lagarde, 'Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention du 19 juin 1980', *RCDIP*, 1991, pp. 287, 300-301.

⁵⁸ *Cf.* F. Schwind, 'Die Rechtswahl Rechtswahl im IPR-Gesetz und nach der Resolution des Institut de Droit international von 1991', *ZfRV*, 1992, p. 104; F. Vischer, 'General Course on Private International Law', *R. des C.*, t.232 (1992-I), pp. 134-139.

justo al contrario que las *Conclusiones de la III Comisión del IHLADI de San Salvador de septiembre de 2002*⁵⁹. Aunque es posible que los tribunales europeos no vayan a interpretar el Convenio de Roma de una forma tan restrictiva, lo cierto es que esta limitación es comúnmente admitida por la doctrina europea⁶⁰. No extraña, por tanto, que en el propio prembulo de los Principios UNIDROIT se advierta que cuando las partes deseen adoptar los Principios como el Derecho Aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje.

La negativa a incluir la *lex mercatoria* como objeto de la autonomía conflictual resulta si cabe menos justificada si se compara con la irrestricta autonomía privada que opera en el ámbito procesal. Por un lado, el propio Convenio de Bruselas de 27 de junio de 1968 remite la regulación de la validez formal de los acuerdos de elección de fuero en el comercio internacional a la *lex mercatoria*: en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado (art. 17.I

⁵⁹ En la segunda de las conclusiones de la III Comisión (La regulación jurídica del contrato internacional) aprobadas por el XXII Congreso del IHLADI en San Salvador (8-13 de septiembre de 2002) se explicita: Las nuevas propuestas de la *Lex Mercatoria* aconsejan una superación de la restricción tradicional a la autonomía conflictual, consistente en reducir el ámbito de elección por las partes de la ley de un Estado. Debe propiciarse la posibilidad de sumisión a fórmulas precisas de la nueva *Lex Mercatoria*, como los principios UNIDROIT, incluso cuando la solución del litigio no sea arbitral. La legítima intervención de los intereses estatales se operará a través de la técnica de las normas imperativas, como sugiere el propio art.1.4... de los Principios UNIDROIT.

⁶⁰ La bibliografía es muy voluminosa y los puntos de vista doctrinales difieren ampliamente. Vid. entre otros, C. Reithman y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5ª ed., 1996, pp. 62-63; J. Basedow, Germany, *A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999, pp. 125, 146-147; K. Boele-Woelki, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts*, *Uniform Law Review*, vol. 1, 1996, pp. 652, 664-666; B. Dutoit, *The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, *European Private International Law*, 1998, pp. 39, 44-45; B. Fauvarque-Cosson, France, *A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999, pp. 95, 111-113; F. Ferrari, *Das Verhältniss zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen*, *JZ*, 1998, pp. 15, 17.

c), disposición que ha sido convenientemente interpretada por varias decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁶¹. Resulta paradójico que la *lex mercatoria* sea la encargada de determinar el Tribunal competente cuyas normas de Derecho Aplicable resultarían aplicadas, y no pueda determinar el Derecho Aplicable. Por otro lado, las partes no tienen límites en la elección del mecanismo arbitral, al fin y a la postre un procedimiento de justicia privada. La *Sentencia del Tribunal Constitucional español (Sala 2ª) núm. 176/1996, de 11 de noviembre*, resulta muy esclarecedora de la amplia dimensión procesal de la autonomía privada en asuntos comerciales. Por una parte se afirma que aquello que, por voluntad expresa de las partes, se difiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído del conocimiento del Tribunal Constitucional. Y más adelante se afirma respecto del arbitraje su función como medio heterónimo de solución de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1. de la Constitución Española). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el Derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Y conviene recordar que, en el arbitraje, es el ceto decidir en equidad, sin referencia a sistema legal alguno.



A. Kappus, *Lex mercatoria als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht*, *IPRax*, 1993, p. 137; S. Leible, *El significado de los principios UNIDROIT para la seguridad jurídica en el comercio internacional*, *Derecho de los negocios*, sep. 1999, pp. 20. R. Michaels, *Privatautonomie und Privatkodifikation*, *Rebels Z.*, 1998, pp. 580, 596-198; J. C. Wichard, *Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte*, *Rebels Z.*, 1996, pp. 269. 282-290.

⁶¹ As, la *Sent. TJCE de 16 de marzo de 1999 (Asunto C-159/97: Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali Spa/Hugo Trumby Spa)* afirma que las exigencias concretas del concepto forma conforme a los usos debe valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales. *Vid. asimismo Sent. TJCE de 10 de febrero de 1997 (As. C-106/95: Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG)/Les Gravières Rhénanes SARL)*.

Trasladando el análisis procesal al terreno de la ley aplicable, es preciso señalar que la elección por las partes de los principios UNIDROIT o de cualquier otra reglamentación privada no vulnera el principio de legalidad que caracteriza a las Constituciones de los sistemas jurídicos continentales (*ad.ex.* art. 9.3... de la Constitución Española). En el ámbito contractual, la propia voluntad de las partes tiene fuerza de ley (*ad.ex.* art. 1091 del Código Civil español), pero, sobre todo, al igual que el laudo arbitral se somete al control jurisdiccional estatal (nulidad del laudo, ejecución), la sumisión por las partes a la *lex mercatoria* no impide que puedan hacerse valer los intereses estatales a través de correcciones como el orden público (art. 16 del Convenio de Roma) o la aplicación de normas imperativas de dirección económica (art. 7 del Convenio de Roma)⁶². En efecto, el hecho de que el art. 3 del Convenio de Roma incluyera la posibilidad de elegir, como Derecho Aplicable, la *lex mercatoria*, no impediría buscar un equilibrio entre los intereses de las partes y los intereses públicos. Sin embargo, la forma de hacer valer los intereses públicos no debe ser la negación de la *autonomía conflictual mercatoria*, sino en el recurso excepcional a las normas de orden público del foro o de un tercer Estado por la vía de los arts. 7 y 16. Este es el sentido del art. 1.4 de los Principios UNIDROIT a que hemos hecho referencia más arriba.

Por otra parte, resulta bastante absurdo que el art. 3 del Convenio de Roma habilite a las partes para designar la ley aplicable de un Estado que carezca de conexión alguna con el contrato y permita un amplio fraccionamiento o *dépeçage* del contrato, y no admita la elección como ley aplicable, por ejemplo, de los Principios UNIDROIT⁶³. No tiene mucho sentido defender que detrás de un contrato siempre se encuentra la ley de un Estado que vigila celosamente la autonomía material, cuando se trata de un Estado sin conexión alguna con el contrato. Tiene más sentido afirmar que, teniendo las partes libertad para elegir la ley aplicable al contrato en un sentido amplio (autonomía conflictual mercatoria, *dépeçage*), detrás del contrato se encuentran una pluralidad de leyes estatales —no una— que pueden intervenir como leyes imperativas.

⁶² Vid. K. P. Berger, *op. cit.*, pp. 73-75.

⁶³ Vid. en este sentido particularmente B. Ancel, Autonomía conflictual y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y de México, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 33-45, esp. pp. 44-45.

15. En este contexto, la ley estatal aplicable al contrato en virtud de técnicas conflictuales puede desempeñar un papel exclusivamente residual, para cubrir las lagunas insuperables de la *lex mercatoria* escogida. Es dable, e incluso aconsejable, que las partes puedan escoger como ley aplicable al contrato un régimen como los Principios UNIDROIT, designando al mismo tiempo un Derecho Estatal como sistema de cierre o de cobertura de lagunas. También es más que posible que las partes incluyan una reserva o excepción de determinados preceptos de los Principios o, simplemente, los contradigan en el clausulado del contrato, con lo cual tales aspectos requieren un régimen de solución residual. La integración de estas lagunas, si las partes no designan ningún Derecho Estatal, no siempre puede llevarse a cabo con los medios que proporciona la *lex mercatoria* o el sistema de principios escogido. En tal caso no habrá inconveniente alguno en recurrir a la ley estatal aplicable en defecto de elección para que fuera utilizada como medio de resolver tales lagunas. Cabe recordar que los propios Principios UNIDROIT, como se vió más arriba, hacen mención a esta necesidad en casos concretos y lo aconsejan con carácter general.

En definitiva, la autonomía conflictual mercatoria, o posibilidad de designar como *lex contractus* un régimen como el de los Principios UNIDROIT, es en sí misma inocua⁶⁴. Carece de sentido concebir la autonomía conflictual como medio de designación de una ley aplicable estatal orientada a delimitar el alcance de la autonomía material. En la contratación internacional, la demarcación del alcance de la autonomía material debe realizarse exclusivamente a través del juego de las normas imperativas, tanto de la *lex causae* como de la ley del foro o de terceros Estados. En consecuencia, la delimitación entre autonomía material o conflictual debe ser superada, admitiendo la posibilidad de que las partes designen como *lex contrac-*

⁶⁴ Pero aun en la interpretación restrictiva acerca del alcance de la autonomía conflictual en el Convenio de Roma, es decir, considerando la imposibilidad de una *autonomía conflictual mercatoria*, en muchos casos se trata de un falso problema. Aunque se considere como un mero pacto *inter partes* (autonomía material), como se desprende de la *Sent. Tribunal Supremo español de 3 de marzo de 1997 (RAJ, n. m. 1638)*, ningún ordenamiento jurídico negará la eficacia entre las partes de los INCOTERMS o de las Reglas y Usos Uniformes sobre Crédito Documentario, por lo que su inclusión en el contrato como mero pacto o como ley aplicable carece de trascendencia para determinar sus efectos. La referencia al Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en aquellos Estados que no son parte, o la

tus un ordenamiento no estatal⁶⁵, sin perjuicio de que quepa una designación, subjetiva u objetiva, de un Derecho Estatal como sistema residual de cierre o de cobertura de lagunas de la reglamentación no estatal. Los límites a dicha autonomía conflictual mercatoria (o sin adjetivos) los impone el juego de las normas materiales imperativas de alcance internacional⁶⁶.



sujeción a los Principios UNIDROIT o a los Principios de Derecho Contractual Europeo, serán prácticas comerciales cada vez más habituales. Es discutible en qué medida determinadas prácticas comerciales internacionales no acaban integrándose en los distintos ordenamientos nacionales. En algunos sistemas, como el español, la costumbre y los usos jurídicos son fuente del Derecho, al igual que la ley. La referencia a la *lex contractus* como ley de un Estado no se limita a la ley en sentido formal, sino al Derecho en su totalidad. Si se incorpora como parte y fuente del mismo determinadas prácticas comerciales que cumplan una serie de condiciones, incluidas la que se refieren a sus relaciones con las leyes, dichas prácticas habrán de integrarse como ley aplicable. Esta posibilidad permite a remar el papel de la *lex mercatoria*, en tanto parte de la *lex contractus*, como ley aplicable al contrato (Vid. al respecto S. Sánchez Lorenzo, La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *La unificación jurídica europea* (Dir. José Manuel García Collantes), 1999, pp. 150-151). En cualquier caso, esta consideración no impide reclamar, siquiera sea de *lege ferenda*, la posibilidad de una elección directa de la *lex mercatoria* como ley aplicable al contrato.

⁶⁵ Proponiendo una reforma del Convenio de Roma en orden a la admisión de la autonomía conflictual mercatoria, vid. K. Boele-Woelki, *loc. cit.*, pp. 652 ss.; M.J. Bonell, The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law, *ERPL*, 1997, pp. 505-517, esp. p. 516. En la doctrina española destaca especialmente el estudio y la interpretación progresista de P.A. de Miguel Asensio, Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales, *Diritto del commercio internazionale*, 1998, pp. 859-883, esp. pp. 872-878. Una defensa de la autonomía conflictual mercatoria se encuentra asimismo, entre otros, en B. Ancel, *loc. cit.*, pp. 44-45; O. Lando, The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*, *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 402-403; y R. J. Weintraub, *Lex Mercatoria and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2000, pp. 152-153.

⁶⁶ De hecho, la autonomía conflictual mercatoria avanza en la codificación internacional e interna, como demuestra el art 9 de la Convención Convenio Interamericano sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de México de 17 de marzo de 1994: El tribunal tomar

La función residual de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación regional

16. Al margen de su propia función, especialmente en el marco de la creación de un espacio judicial europeo y de la cooperación judicial en materia civil, el Derecho Internacional Privado y, en concreto, las técnicas conflictuales, están llamadas a cumplir una función esencial en el proceso de unificación del Derecho Privado en Europa⁶⁷. El problema del Derecho Aplicable aparece esencialmente ligado a un Derecho Privado Uniforme que pretende aplicarse especialmente a situaciones privadas transfronterizas intracomunitarias, pero también, en ocasiones, extracomunitarias.

►

en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos. También tomar en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Dentro de las fuentes de origen estatal, se dan recientes ejemplos que apuntan una evolución de las normas conflictuales en el sentido indicado. La reciente Ley de Derecho Internacional privado de Venezuela (Gaceta Oficial de la República de Venezuela n.º 36.511, de 6 de agosto de 1998. *Vid.* los comentarios de T.B. de Maekelt, *Das neue venezolanische Gesetz über Internationales privatrecht*, *Rebels Z.*, 2000/2, pp. 299-344, esp. pp. 307 y 330-331), tras reproducir en los arts. 29 y 30 el régimen de Derecho aplicable a los contratos previsto en el Convenio de México, añade un art. 31 con el siguiente tenor: Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. En el ámbito del arbitraje, la nueva legislación panameña (Decreto Ley N.º 5, Gaceta Oficial de 19 de junio de 1999, N.º 23/836, p. 190) aporta ya una referencia mucho más concreta a la *lex mercatoria*, donde aparece una mención directa a los Principios UNIDROIT, al prever que: El tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT.

⁶⁷ Sobre las funciones del Derecho internacional privado en el marco del Derecho privado europeo *vid.* especialmente J. Basedow, *Europäisches Internationales Privatrecht*, *NJW*, 1996/30, pp. 1.921-1.929. Sobre la variedad de relaciones entre el DIPr y el Derecho comunitario, *vid.* A. Saggio, *Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario*, *Rivista di diritto europeo*, 1996/2, pp. 215-233.

El uso de las Directivas reclama, tal vez con mayor fuerza, la presencia de normas de Derecho Aplicable. De un lado, la falta de eficacia directa de las Directivas y la necesidad de su transposición, implica que, en supuestos transfronterizos, siga siendo preciso determinar la ley nacional aplicable, al objeto de localizar la normativa de transposición de la Directiva que debe regular el supuesto concreto. Por otra parte, especialmente en supuestos con conexiones extracomunitarias, susceptibles de quedar regulados total o parcialmente por la ley de un tercer Estado, necesitamos reglas o principios de Derecho Internacional Privado que ayuden a establecer el ámbito de aplicación espacial, incluso extraterritorial, de las disposiciones de Derecho Privado contenidas en las Directivas. En todo caso, además, el hecho de que las Directivas no proporcionen una regulación completa, habiliten estándares nacionales de mayor protección o, simplemente, permitan opciones diferentes de transposición, aconseja el recurso a un Derecho Nacional que pueda aplicarse de forma no solo directa, sino también residual, para cubrir lagunas.

Los Reglamentos vinculados al Derecho Privado suelen plantear otro tipo de relación con el Derecho Internacional Privado. Hasta la fecha, la v a reglamentaria, sustentada en la base jurídica del art. 308 CE, habilitaba lo que J. Basedow denomina Derecho Privado europeo facultativo ⁶⁸, es decir, normas que no armonizan el Derecho Privado de los Estados miembros, sino que tienden a superar las diferencias irreconciliables entre los Derechos nacionales mediante la creación de instituciones de Derecho Privado propiamente europeas (marca europea, Sociedad Anónima Europea, Agrupación Europea de Interés Económico...). En relación con el régimen material contenido en estos reglamentos, el Derecho Internacional Privado despliega una función más bien de índole complementaria, permitiendo el recurso a un Derecho Nacional residual, con el fin de cubrir eventuales lagunas de reglamentación.

17. La reciente eclosión en el marco comunitario del Derecho Privado derivado, tanto contenido en Directivas como, en menor medida, en

⁶⁸ Vid. sus reflexiones en *Europäisches...*, *loc. cit.*, pp. 1.926-1.927. También, P. De Miguel Asensio, *Integración europea y Derecho internacional privado*, RDCE, 1997/2, pp. 435-436.

Reglamentos, requiere un Derecho Conflictual comunitario para su propia y específica aplicación⁶⁹.

La cuestión es particularmente relevante por lo que se refiere al ámbito de aplicación espacial de las Directivas; algunas de ellas contienen normas expresas de delimitación espacial, particularmente las más recientes y referidas a la protección del consumidor⁷⁰. Otras muchas Directivas no contienen un delimitador espacial expreso. La razón de que ni reglamentos ni la mayoría de las directivas contengan delimitadores espaciales tal vez se encuentre en que, habitualmente, su contenido aparece referido a cuestiones de Derecho Público o económico, donde la competencia del órgano predetermina la aplicación de su propio Derecho (*Gleichlauf*). Pero como bien indica J. Basedow, semejante solución no resulta operativa en materia de Derecho Privado, por lo que no debe extrañar que las normas de delimitación espacial hayan aparecido en las Directivas sobre contratos de consumo que son, tal vez, las únicas Directivas de Derecho

⁶⁹ El problema es distinto a la posibilidad de incluir normas de conflicto en el propio Derecho privado derivado, como pueden ser las contenidas en las Directivas sobre contratos de seguro o bienes culturales, que vienen a complementar el Convenio de Roma en supuestos excluidos de su ámbito de aplicación o a proporcionar reglas de Derecho internacional privado en ámbitos concretos (derechos reales sobre bienes culturales restituidos).

⁷⁰ Es el caso, por ejemplo, del art. 6.2 de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas): Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad; art. 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*): Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro; art. 12.2 de la Directiva 97/7 (contratos a distancia): Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros; art. 7.2 de la Directiva 1999/44 (venta y garantías): Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando este

Privado Puro⁷¹. No obstante, a pesar de que el legislador comunitario no haya incluido normas expresas de delimitación espacial en determinados actos normativos de Derecho Derivado, la extensión de su aplicación a supuestos internacionales debe limitarse, por lo que es preciso establecer por vía de desarrollo judicial cuáles son los casos en que los intereses del mercado interior exigen la aplicación de las normas materiales del Derecho Privado Comunitario, incluso si la ley de un tercer Estado resultare aplicable al fondo.

Este es precisamente el desarrollo judicial que lleva a cabo, respecto de la Directiva 86/653 (agencia comercial) la *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (As. C-381/98: "Ingmar")*. La sentencia se refiere a un litigio entre una sociedad británica (Ingmar) y otra californiana (Eaton) por las cantidades que reclamaba la primera, en su condición de agente comercial, en razón de la terminación del contrato de agencia. Dicho contrato contenía una elección expresa de la ley del estado de California. El agente reclamaba los derechos garantizados por los arts. 17 y 18 de la Directiva comunitaria y su aplicación al caso. El TJCE comienza afirmando el carácter de normas imperativas de la Directiva⁷² (fundamentos 21^o-22^o)

▶

 presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros. Para un planteamiento más detallado de esta cuestión *vid.* especialmente el estudio de S. Leible, *Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EV und in EG-Richtlinien, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 353-392 (antes de la sentencia *Ingmar*), así como el de R. Michaels y H.G. Kamann, *Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts — Amerikanisierung des Gemeinschafts IPR?*, *EWS*, 2001/7, pp. 301-311. *Vid.* asimismo K. Kreuzer, *La communitarisation du droit international privé: les acquis et les perspectives*, *Droit Global Law. Unifier le droit; un rêve impossible?*, *Par s.*, 2001/1, pp. 119-122. Más superfluas y prescindibles son las consideraciones críticas de P. Vareilles-Sommières, *Un droit privé européen*, *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, *Par s.*, 1998, pp. 145-147.

⁷¹ *Vid.* J. Basedow, *Europäisches*, *loc. cit.*, p. 1.924.

⁷² En relación con la Directiva 89/104 (marcas), la *Sent. TJCE de 20 de noviembre de 2001 (Ass. C-414 a C-416/99)* con rama en el mismo sentido que puesto que corresponde al legislador comunitario determinar los derechos del titular de una marca en los Estados miembros de la Comunidad, no cabe admitir la aplicabilidad de disposiciones legales, en concepto de ley aplicable al contrato de comercialización fuera del EEE, para limitar la protección conferida al titular de una marca por los artículos 5, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva.

y su vinculación al derecho de establecimiento y al mantenimiento de una competencia no falseada en el mercado interior (fundamento 24^o)⁷³. Por esta razón, el TJCE declara la aplicabilidad al caso de la Directiva y construye una norma de delimitación espacial en su favor cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato.

En conclusión, las Directivas presentan por definición un ámbito de aplicación espacial limitado a situaciones que se conectan al mercado comunitario. Semejante delimitación espacial puede producirse, como hemos visto, de forma explícita en la propia Directiva o debe resultar de la interpretación que lleve a cabo, especialmente, el TJCE. Tales normas de las Directivas, al igual que aquellas que presentan un contenido material, deben ser transpuestas al Derecho Nacional, y la práctica demuestra que pueden serlo de muy distinta forma⁷⁴.

18. La primera y tal vez primordial función que cumplen las normas de Derecho Conflictual Derivado a la que hacemos referencia, es servir como reglas delimitadoras de la aplicación de las Directivas frente a las leyes de terceros Estados (*outward conflict rules* en el sentido expuesto por P. Basedow⁷⁵). Así, las normas de conflicto nacionales e incluso comu-

⁷³ Para A. Font i Segura, la imperatividad y extraterritorialidad de la Directiva radica más bien en los intereses vinculados al Derecho de la competencia (normas ordopolíticas o de dirección) que a la protección del agente (normas de protección), ECJ 9 November 2000. C-381/98- Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc., *The European Legal Forum*, 3-200/02, pp. 178-179. *Id.* al respecto del distinto juego de los intereses protegidos las reacciones de R. Freitag y S. Leible, *Internationales Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie — Europäisches Handelsvertreterrecht Weltweit?*, *RfW*, 2001/4, pp. 291-293; R. Michaels y H.G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, pp. 303-307.

⁷⁴ Acerca de los problemas de transposición de las normas de delimitación espacial contenidas en las Directivas sobre contratos de consumo, *vid.* R. Freitag y S. Leible, *Von den Schwierigkeiten der Umsetzung kollisionsrechtlicher Richtlinienbestimmungen*, *ZIP*, 1999/31, pp. 1.296-1.301.

⁷⁵ *Id.* EC Regulations in European Private Law, *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, p. 29; *Id.*: *Europäisches*, *loc. cit.*, pp. 1.925-1.926.

nitarias relativas a un contrato de consumo o de *timesharing* podrán conducir a la aplicación de la ley de un tercer Estado. Disposiciones como el art. 6 de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas), 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*), 12 de la Directiva 97/7 (contratos a distancia) o 7 de la Directiva 1999/44 (venta y garantías), o la propia *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (Ingmar)*, tratan de extender la aplicación de las disposiciones de las Directivas, y la protección del consumidor o agente, frente a lo que eventualmente pueda disponer la ley del tercer Estado aplicable. En algunos casos, dicha defensa parece operar únicamente en caso de elección por las partes, pero, en principio, y sobre todo si las propias Directivas no disponen nada al respecto, la cuestión se suscita de igual forma si la designación del Derecho del tercer Estado proviene de una conexión objetiva aplicable en defecto de elección por las partes⁷⁶. De hecho, las disposiciones de las Directivas aparecen como normas imperativas de alcance extraterritorial en el sentido del art. 7 CR, siendo tales preceptos o jurisprudencia los encargados de delimitar el ámbito de aplicación o *Anwendungswille* de la normativa material comunitaria⁷⁷.

19. Sin embargo, aunque la aplicación espacial de una Directiva permite afirmar un principio genérico de interpretación conforme del Derecho de un tercer Estado, no resulta directamente aplicables, por lo que es necesario establecer un criterio de aplicación espacial que permita

⁷⁶ Vid. las reflexiones de R. Michaels y H. G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, p. 309.

⁷⁷ Para algunos autores, la asimilación con el art. 7 CR puede resultar discutible, no sólo por las reservas a la aplicación de dicho precepto por parte de algunos Estados miembros, sino porque, según una corriente de pensamiento, dicho precepto sólo ampara la aplicación de normas imperativas de dirección u ordopolíticas, como las que regulan la libre competencia, pero no de normas de protección o referidas a intereses privados tales como la protección del agente o del consumidor (cf. R. Michaels y H. G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, p. 309). Una alternativa a esta solución y a la necesidad de normas y criterios de aplicación especial no puede fundarse, como han puesto de relieve R. Freitag y S. Leible, en una aplicación siquiera analógica del art. 33... CR, cuya función tiene más que ver con los límites de la autonomía actual y el alcance de la autonomía material, y cuyo concepto de normas imperativas nada tiene que ver con la imperatividad internacional y sí con el concepto de normas de imperatividad interna (vid. *Internationaler Anwendungsbereich...*, *loc. cit.*, p. 290; Cf. R. Michaels y H. G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, p. 311).

identificar la ley nacional que transpone la Directiva cuya aplicaci3n debe anteponerse al Derecho del tercer Estado. El problema es similar a la forma de delimitar la versi3n de la Directiva aplicable en supuestos intracomunitarios, donde se enfrentan eventualmente dos versiones transpuestas de la misma Directiva. El Derecho Conflictual intracomunitario (*inward conflict rules*)⁷⁸ sirve en estos casos para delimitar no s3lo la legislaci3n del pa3s de un Estado miembro aplicable, incluidas las normas transpuestas de la Directiva, sino tambi3n el Derecho Nacional que pueda cubrir y rellenar las lagunas que puedan derivarse de la reglamentaci3n comunitaria. Cuando el supuesto se rige por un Derecho Extranjero, como en el caso *Ingma* lo l3gico ser3a interpretar que el criterio de conexi3n estrecho con el territorio de un Estado miembro como delimitador de la voluntad de aplicaci3n, como norma imperativa (art. 7 del Convenio de Roma), de la normativa de transposici3n de la Directiva correspondiente a dicho Estado. As3, si el criterio o uno de los criterios para la aplicaci3n de la Directiva de agencia comercial es el lugar de la actividad del agente, el hecho de que tal actividad se haya desplegado en el Reino Unido justifica la aplicaci3n de la legislaci3n brit3nica de transposici3n de la Directiva, ya se trate de la *lex fori* o de la ley de un tercer Estado.

20. Mayores problemas plantea la cuesti3n en supuestos estrictamente intracomunitarios, aunque pueda parecer m3s sencillo. De un lado, parece que la ubicaci3n del supuesto *intra muros* har3a innecesaria la norma de delimitaci3n espacial, puesto que, fuera cual fuese la legislaci3n nacional aplicable, si se trata de la ley de un Estado miembro, se supone la aplicaci3n de las normas materiales de dicho Estado que han adaptado la Directiva. Sin embargo, un primer problema se plantea si la ley del Estado miembro que resulta aplicable no contiene la transposici3n de la Directiva, debiendo ser aplicada en un Estado que s3 la ha transpuesto⁷⁹. En el fon-

⁷⁸ Vid. EC Regulations... , *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 29; Id., Europ3isches... , *loc. cit.*, pp. 1.925-1.926.

⁷⁹ Se trata de los c3lebres casos conocidos como Gran Canaria en el Derecho alem3n, referidos a supuestos litigiosos suscitados ante los Tribunales alemanes, normalmente entre ciudadanos alemanes, por contratos de consumo celebrados en Espa3a (Islas Canarias) fuera de establecimiento mercantil, y sujetos al Derecho espa3ol, cuando no se hab3a procedido —como correspond3a— a la transposici3n de la Directiva 85/577. Vid. en relaci3n con esta cuesti3n R. Michaels y H.G. Kamann, *Grundlagen...* , *loc. cit.*, p. 302.

do, el supuesto se asemeja sólo *a priori* a aquellos casos en que resulta de aplicación el Derecho de un tercer Estado. Y decimos sólo *a priori* porque puede darse la circunstancia, por ejemplo, de que tratándose de la aplicación de la Directiva de agencia comercial, el Estado miembro cuya ley es aplicable y que no ha transpuesto la Directiva sea, precisamente, el del país donde el agente tiene su establecimiento. En tal caso, las autoridades del Estado miembro cuyos Tribunales conocen (*lex fori*) deben hacer valer los derechos reconocidos en la Directiva incluso frente a la ley de ese Estado. Evidentemente deben intentar una interpretación conforme del Derecho del otro Estado miembro, pero, si no fuera posible reconocer los derechos contenidos en la Directiva, pueden justificar sus propias normas de transposición en virtud del correctivo de orden público.

Si la Directiva ha sido correctamente transpuesta por la ley del Estado miembro que resulta aplicable en virtud del sistema conflictual, en principio estas normas de Derecho Aplicable sirven para designar la transposición de la Directiva que debe regir la situación intracomunitaria, hecho que tiene cierta relevancia si se repara en que muchas Directivas sólo introducen obligaciones de armonización mínima o, al fin y al cabo, permiten cierto margen de oscilación entre los Derechos nacionales. En la práctica, sin embargo, tampoco estos supuestos son pacíficos, pues las normas de conflicto, incluso de fuente comunitaria, pueden verse afectadas por la forma en que las legislaciones estatales han transpuesto o delimitado el ámbito de aplicación espacial de las Directivas, incluso las normas expresas de delimitación espacial⁸⁰.

⁸⁰ Así, el art. 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*) establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro. A la hora de transponer la Directiva, la legislación de un Estado miembro puede prever la aplicación de su normativa de transposición en dos casos: cuando el inmueble esté situado en su Estado y cuando estando situado en el extranjero el contrato se celebra por ciudadanos de nacionalidad o residencia común en dicho Estado. Con ello, el Estado en cuestión cumple el mandato de la Directiva, pues está aplicando los derechos en ella reconocidos en ambos casos, pero su norma de delimitación implica la aplicación imperativa de sus normas materiales de transposición de la Directiva en supuestos en que el inmueble está situado en otro Estado miembro. No debe extrañar que se haya defendido, con rigor, la necesidad de un sistema de ley aplicable uni-

La complejidad que introducen tales situaciones en la determinación final de la ley aplicable avalan un diseño del Derecho Conflictual europeo, al servicio del propio Derecho Material Unificado, que vaya más allá de semejante conjunto de disposiciones aisladas y de aplicación difícil y escasamente previsible⁸¹.

V | Conclusiones

21. En conclusión, la globalización apunta necesariamente a una unificación progresiva del Derecho Comercial. Mientras el Derecho Público Económico encontrar esa unificación en cauces convencionales o institucionales, el Derecho Privado, específicamente el Derecho Contractual, habrá de hacerlo a través de técnicas de *soft law*. Difícilmente, sin embargo, la unificación internacional del Derecho Material podrá prescindir absolutamente de los Derechos estatales⁸². Aunque la autonomía conflictual deba abrirse a las fuentes genéricamente incluidas en el concepto de *lex mercatoria*, los Derechos Estatales no sólo se impondrán de forma excepcional, como Derecho Imperativo, sino que están llamados a cumplir una función residual en la interpretación y aplicación del Derecho Uniforme de alcance universal, a no trenzada a las técnicas conflictuales. En los



cado para la aplicabilidad de las Directivas comunitarias de Derecho privado a situaciones transfronterizas: *vid.* F. Esteban de la Rosa, La aplicación de las Directivas comunitarias de Derecho privado a las situaciones transfronterizas, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa* (ed. S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero), Madrid, Dykinson, 2003, esp. pp. 199-204.

⁸¹ Quiz s ello justi que, más que cualquier otra cosa, que al hilo del problema se haya hablado de la americanización del Derecho internacional privado europeo (*vid.* R. Michaels y H. G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, p. 311).

⁸² La primera de las conclusiones de la III Comisión del XXII Congreso del IHLADI (San Salvador, 2002) reza como sigue: Se considera que el desarrollo de las nuevas tecnologías y la contratación comercial internacional a través de Internet abundan en la necesidad de orientar el régimen jurídico de la contratación internacional hacia fórmulas universales de carácter material. La globalización exige un nuevo enfoque, tanto de los problemas de competencia judicial internacional, como de las cuestiones de Derecho aplicable, imponiéndose técnicas de *soft law*, que, hoy por hoy, no pueden a no prescindir de técnicas conflictuales.

procesos de unificación regional, especialmente en la Unión Europea, el Derecho Internacional Privado conflictual aun cumplirá una función esencial en la delimitación especial *ad intra* y *ad extra* del Derecho Comunitario. Pero este regionalismo, cuando pretenda ir más allá de las necesidades integradoras creando cuerpos de principios generales de los Derechos de los contratos, planteará un serio obstáculo a la armonización internacional del Derecho Comercial que, en el ámbito de la contratación, nunca deberá perder de vista la necesidad de obtener resultados de alcance auténticamente universales.

El tiempo dictará su Ley, y por mucho que su transcurso sea vertiginoso, tampoco alcanzamos a ver en el horizonte cercano, acaso por fortuna, un panorama tan ingenuo y sencillo como aquel que entra a la máxima: *Ein Markt, ein Recht*.