

José Carlos Fernández Rozas, "El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomos XLV-XLVI, 2004/2005 y 2005/2006, Madrid, Colegio Notarial de Madrid / La Ley-Wolters Kluwer España, S.A., 2009, pp. 257-285, ISSN: 0210-3249.

EL LENTO CAMINO HACIA LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

D. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
*Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO:

- I. COMPLEJIDAD ESTRUCTURAL DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO.
- II. HACIA LA "COMUNITARIZACIÓN" DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS.
 - 1. Superación de dispersión y atomización normativa.
 - 2. Realizaciones en presencia.
- III. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO MATERIAL.
 - 1. Supresión de los modelos nacionales.
 - 2. Coexistencia con los modelos nacionales.
- IV. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
 - 1. Pervivencia de las soluciones de carácter conflictual.
 - 2. Complementariedad del Derecho internacional privado comunitario.
 - 3. Perspectivas abiertas por el Reglamento Roma I.
- V. CONSIDERACIONES FINALES

I. COMPLEJIDAD ESTRUCTURAL DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO

1. Es notorio el evidente arraigo de una línea de pensamiento que se decanta por la unificación jurídica en Europa a partir de una labor previa de armonía de las diversas variedades jurídicas nacionales. El hilo conductor es una pretendida tradición histórica común, muchas veces forzada y carente de apoyatura, como se desprende de aquellas posiciones que afirman que la *lex mercatoria* es consustancial en la creación del Derecho privado europeo¹ reclamando, incluso, un cierto grado de institucionalización². No es casual que en los últimos años se haya desatado una auténtica obsesión por construir una historia del *ius commune* europeo vinculada con la polémica en torno a la conveniencia de la codificación y de la construcción de un Derecho privado europeo olvidando que una comparación entre ese *ius commune* y el actual Derecho europeo registra considerables divergencias, tanto en el espíritu que los anima como en el método que emplean; y ello sin desconocer que tal ordenamiento contaba con un instrumento fundamental de comunicación que era el latín como lengua de cultura común. Construcciones más o menos ingeniosas no faltan³ y de tomarse en consideración este *ius commune* se erigiría como una suerte de *droit savant* de mera elaboración doctrinal al margen de cualquier intervención de la autoridad pública⁴. Sin entrar en tan compleja cuestión parece que la doctrina actual se inclina más hacia la indagación de ciertos rasgos comunes en la historia del continente⁵ que por

¹ Cf. desde el punto de vista crítico, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, pp. 9-10.

² A. Chamboredon y C.U. Schmid, "Pour la création d'un 'Institut Européen du Droit'. Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe", *Rev. int. dr. comp.*, vol. 53, 2001, pp. 685-708.

³ J. Casinos Mora, "¿De Bolonia a Bruselas? El Derecho romano ante la unificación del Derecho contractual europeo. Notas críticas", *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, p. 71.

⁴ Cf. "B. Oppetit, "Droit commun et droit européen", *Internationalisation du droit. Mélanges el l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 312-314.

⁵ Resulta imprescindible en este marco la lectura de las monografías de H Coing [*Derecho privado europeo* (traducción y apostillas de A. Pérez Martín), 2 vols., Madrid, Fundación Cultural del

construcciones manipuladas que no son otra cosa que la nostalgia de un supuesto paraíso perdido. En definitiva, el *ius commune* europeo no es un concepto intemporal y menos aún un modelo para un hipotético retorno a la etapa anterior a la codificación⁶.

El sesgo histórico de la nueva Europa ha propiciado, por el contrario, la admisión de un pluralismo jurídico, ha resaltado la importancia de las culturas en la producción y puesta en funcionamiento del Derecho y ha impulsado el reconocimiento de la pluralidad de las fuentes de jurídicas. Indiscutiblemente esta situación engendrará nuevas expresiones de conflicto y para ordenar tal realidad será menester profundizar en las razones de dichas contiendas. Cuando se habla de la complejidad estructural del Derecho privado europeo no se hace otra cosa que expresar un hecho global que podría resumirse como sigue: el Derecho europeo actual no tiene futuro porque habiendo sido concebido según los modelos del pasado, éste sólo puede conjugar en pasado. Las nuevas exigencias de la vida europea obligan a diseñar una nueva realidad jurídica que se deriva de los ideales y mitos que generó en su época moderna; es decir: la vida del nuevo Derecho europeo debe romper con el “carácter universal de las soluciones jurídicas” aunque todavía se carezca instrumentos para afrontar de manera racional, sistemática y satisfactoria la complejidad de las referidas situaciones jurídicas⁷.

2. Por el momento el movimiento unificador europeo deambula por cauces mucho más modestos, aunque no puede ignorarse que el nuevo orden jurídico construido por la UE ha tenido la virtud de limitar las competencias soberanas de los Estados miembros en ciertos sectores concretos. No en vano, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la extensión de la primacía del Derecho comunitario ha desplazado por el cauce de los Reglamentos, que sustituyen progresivamente a los antiguos Convenios comunitarios en una suerte de competición en el tiempo, la actuación tradicional de los Estados. Se habla así de una “europeización del Derecho privado” cuyas manifestaciones son muy variadas: desde la toma en consideración del Derecho de otros países euro-

Notariado, 1996, 862 y 854 pp.] y de R. Zimmermann [*Estudios de Derecho privado europeo* (trad. de A. Vaquel Aloy), Madrid, Civitas, 2000, 325 pp.].

⁶ Cf. J.L. Hapérin, “L’approche historique et la problématique du *jus commune*”, *Rev. int. dr. comp.*, 2000, pp. 730.

⁷ A.J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, París, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 288-294.

peos en la elaboración del propio hasta la total unificación del Derecho privado mediante la elaboración y promulgación de un “Código civil europeo” o de unos “Principios comunes” extraídos de la aproximación o armonización de algunos de sus aspectos o por un incremento de la regulación comunitaria⁸.

Y, en este contexto, tampoco puede ignorarse que la inseguridad jurídica inherente a los operadores que intervienen en el tráfico diario en torno al ámbito de los contratos internacionales constituye un serio obstáculo para la expansión de las transacciones intracomunitarias. La propia existencia de un mercado presupone el intercambio de bienes y de servicios y dicho intercambio descansa necesariamente en el contrato; el mercado requiere no sólo la existencia de normas que contribuyan a su defensa eficaz sino una regulación detallada del Derecho privado cuyo núcleo esencial es la contratación⁹.

En el contorno de la UE coexisten multitud de normas autónomas y derivadas de otras fuentes normativas en materia contractual, lo que supone un freno para el comercio intracomunitario. Un bloque normativo caracterizado por su naturaleza coyuntural y poco coherente que reclama una coordinación eficaz, como elemento constitutivo de un mercado único¹⁰. Por eso, en un intento de superación, resulta ineludible, la búsqueda de una mayor aproximación entre los Derechos sustantivos de los Estados miembros, mediante armonización o unificación. Si bien dicha superación debe plantearse como una vía complementaria y no como una alternativa a los otros medios que permitan garantizar un desarrollo equilibrado de las relaciones jurídicas en la Unión. La unificación de vastos sectores del Derecho privado constituye, sin duda, el mejor reflejo de un esfuerzo de armonización por cubrir las necesidades jurídicas de la Unión en esta rama del Derecho.

⁸ Vid., por todos, S. Cámara Lapuente, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, *Derecho privado europeo* (S. Cámara Lapuente, ed.), Madrid, Colex, 2003, pp. 47 ss.

⁹ S. Grundmann, “La struttura del Diritto europeo dei contratti”, *Riv. dir. piv.*, 2002, n° 3, pp. 365-401, esp. p. 369.

¹⁰ J. Basedow, “Un droit commun des contrats pour le marché commun”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 50, 1998, pp. 17-20; *id.*, “The Resurgence of Uniform Law: European Contract Law”, *Legal Studies: The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. 18, 1998, pp. 121-145.

II. HACIA LA “COMUNITARIZACIÓN” DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

1. Superación de dispersión y atomización normativa

3. En el seno de este nuevo orden en los últimos años se viene discutiendo acerca de la utilidad de establecer un instrumento jurídico nítidamente comunitario que modifique y que adapte en el sector de la contratación las normas vigentes en los Estados miembros y que aproveche para irradiar una ideología favorable a la contratación y superadora de una cierta orientación restrictiva en este sector, cuyo origen descansa en el Código civil francés; un instrumento bicentenario concebido en un contexto socio-económico muy diferente del actual. Ello se manifiesta en los intentos nacionales de recodificación del sector que no pueden ignorar la europeización y la internacionalización del Derecho de obligaciones. Dicho en otros términos: la recodificación nacional y la unificación europea del Derecho contractual son dos caminos que discurren al unísono¹¹. Se considera preferible compatibilizar las normas comunitarias con la regulación de conjunto de las relaciones obligatorias, en lugar de crear ulteriores normativas especiales y diferenciadas, aplicables, por ejemplo, a la venta de bienes de consumo, al comercio electrónico, o al retraso en los pagos en los contratos entre comerciantes¹². Un buen ejemplo lo ofrece la opción elegida por el legislador alemán en 2000 y culminada con la Ley de 1 de enero de 2002, que no constituye un fenómeno aislado, sino que es representativo de la tendencia, más general, del Derecho privado europeo, en camino hacia la recodificación, que se percibe también en el nuevo Código Civil holandés.

Cabe hablar, desde esta perspectiva, de una auténtica tendencia hacia la “comunitarización” del Derecho de los contratos¹³; no en vano un Derecho contractual europeo debería regular la fase precontractual, la formación del contrato, las condiciones de validez, la ejecución o el incumplimiento de las obligaciones, las modalidades de pago, etc.. Su efectividad supondría una referencia obligada para las futuras propuestas legislati-

¹¹ K.J. Albiez Dohrmann, “La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado”, *RDP*, 2003, 3, pp. 187-206.

¹² A. Colombi Ciacchi, “Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: prime osservazioni”, *Annuario di diritto tedesco*, 2001 (Milán, 2002), pp. 89-113, esp. p. 90.

¹³ G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea: fonti, modelli, regole*, Pádua, Cedam, 1998, p. 9.

vas que incidan de una u otra forma en cuestiones contractuales y, en todo caso, tendría el efecto de aportar la necesaria certidumbre en la contratación amén de reducir los costes de la transacción¹⁴. La cuestión que quedaría por resolver es el cauce adecuado para llevar a cabo tal objetivo vinculándose a un proceso paralelo, hoy por hoy relegado al ámbito académico, de la consecución de un Código europeo de contratos.

Esta tendencia no puede ignorar la impronta de experiencias desarrolladas en el ámbito de la unificación internacional del Derecho contractual que tuvieron que enfrentarse a la compleja confluencia de esquemas tan diversos como los procedentes del *common law* y del Derecho europeo continental, señaladamente en cuestiones tan espinosas como el incumplimiento del contrato, el régimen de la libertad contractual y las soluciones válidas frente al incumplimiento. Una confluencia, plasmada en instrumentos tan esenciales como la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías de 1980 o los denominados “Principios Unidroit”, que no sólo sirvieron de motor de la necesaria unificación europea en el sector que estamos considerando, sino que condujeron a muchos legisladores nacionales al convencimiento de que había que poner un marcha una significativa transformación de las plácidas estructuras jurídicas en las que descansaba el Derecho contractual. Señaladas soluciones incluidas en estos instrumentos como las relativas a la formación del contrato por la concurrencia de oferta y de la aceptación de la oferta o la denominada “batalla de los formularios” son de extraordinaria utilidad por su carácter completo y minucioso.

4. La “europeización” del Derecho de los contratos, sobre estas bases es también oportuna respecto de la incorporación de los nuevos Estados miembros, un fenómeno que ha generado un notable crecimiento de sistemas en presencia de Derecho privado y, por ende, el incremento de la complicación que sus controversias pueden producir en las transacciones transfronterizas dentro del mercado interior¹⁵. El aumento del particularismo normativo es un obstáculo más para la integración de los distintos mercados nacionales en un auténtico mercado único dificultando que las empresas se beneficien de una competencia justa en igualdad de condi-

¹⁴ J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado Español, 2003, nº 289.

¹⁵ J.L. de los Mozos, “Integración europea, Derecho comunitario y Derecho común”, *RDP*, vol. 77, 1993, pp. 211-225.

ciones. Ello reclama un *corpus* uniforme de normas en los ámbitos del Derecho privado en los que se sustenta la actividad empresarial de la UE pues, al margen de los eventuales beneficios económicos, unos principios de Derecho patrimonial aplicables a las transacciones diarias de las empresas y de los consumidores contribuiría indudablemente de manera eficaz a un mayor compromiso de los operadores económicos con el proyecto de integración europea.

Un mercado como el diseñado en la UE demanda un equilibrio entre la profesionalización del empresario en tanto que sujeto esencial y la protección del consumidor en tanto que destinatario. Desde esta especial perspectiva deben configurarse las principales instituciones del Derecho privado de acuerdo con una realidad: la de un mercado altamente competitivo dentro y fuera de la UE. No es casual la tendencia a la uniformidad que la institución de la compraventa experimenta en Europa a partir de la incorporación a los Derechos continentales europeos de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo que, en buena medida, no se ajusta al sistema bajo el cual los Códigos civiles continentales regulan el problema de la falta de conformidad del objeto vendido¹⁶.

2. Realizaciones en presencia

5. Configurada la UE como una “Comunidad de Derecho” cada vez más homogénea, en la que coexisten con carácter interdependiente los Derechos nacionales y el propio Derecho comunitario¹⁷, el mayor desarrollo del Derecho privado europeo se ha producido en el marco de la cooperación judicial civil abarcando al Derecho civil y al mercantil, con la excepción de aquéllos ámbitos ya regulados directamente por el Derecho comunitario, como es el caso de la protección de los consumidores o la propiedad industrial. Sea como fuere han estado presentes toda una serie de instrumentos, propiamente comunitarios o fruto de convenios en virtud del antiguo art. 220 del TCE (art. 293 CE), que supusieron una unificación indudable en numerosos campos, especialmente el bancario, el bursátil, el

¹⁶ A. Morales Moreno, “Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa”, *ADC*, vol 56, 2003, pp. 1609-1652. *Vid.*, la incidencia en España de la Directiva en J. Avilés García, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, Granada, Comares, 2006.

¹⁷ K.D. Kerameus, “Procedural Harmonization in Europe”, *AJCL*, 1995, pp. 401-416.

de Derecho de sociedades, el de la propiedad industrial, el de la protección de consumidores o el del Derecho procesal¹⁸. Si algo pone de manifiesto esta evolución es que el mercado único sigue estando necesitado de la unificación del Derecho privado. Si se quiere, la existencia de un espacio económico común exige contar, en la medida de lo posible, con un Derecho patrimonial privado común y en este orden los resultados alcanzados por el momento en la UE han sido decisivos aunque se trate de una unificación que resulta insuficiente. Y ello pese a ciertos planteamientos caracterizados por una euforia europeísta que insisten en el progresivo desarrollo del Derecho derivado en la formación de un Derecho privado europeo, poniendo el acento en el papel desarrollado por la jurisprudencia del TJCE¹⁹. Es cierto que hasta la fecha hemos asistido a una importante unificación normativa en ciertos sectores del Derecho privado en la UE, pero aún carecemos de un consenso acerca de la arquitectura de un Derecho privado europeo que suponga la supresión de los Códigos existentes en los Estados miembros.

Frente a la referida euforia, estamos ante diferencias de estilo, de razonamiento y de formación jurídica verdaderamente diversas que no sólo se manifiestan en la diversidad entre el Derecho continental y el *common law*²⁰, sino que son mucho más profundas y que se oponen frontalmente a la imposición de un texto común “desde arriba”²¹. Baste retener algunos ejemplos significativos del particularismo que es menester superar. De un lado, desde la perspectiva del Derecho anglosajón no existe propiamente una teoría general de las obligaciones” lo que contrasta con el amplio tratamiento deparado, en este círculo jurídico, a las reglas relativas a la formación, a la interpretación o la validez de los contratos, al cumplimiento y a la responsabilidad contractual. De otro lado, desde la perspectiva continental debe tenerse en cuenta que en la mecánica de los códigos civiles de factura francesa existía y ha continuado existiendo una consideración del

¹⁸ J.W. Westenberg, “The Quest for Unification”, *Forty Years on the Evolution on Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 204 ss; M^a V. Cuartero Rubio, “Técnicas de unificación del Derecho internacional privado en la CEE”, *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 249 ss.

¹⁹ T. Hartlief, “Towards a European Private Law?”, *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 166 ss.

²⁰ M.L. Palazón Garrido, “Importancia de la tensión ‘civil law – common law’ en la elaboración de los Principios de Derecho contractual europeo”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 294-313.

²¹ Cf. A. Chamboredon y C.U. Schmid, “Pour la création d’un ‘Institut Européen du Droit’...”, *loc. cit.*, p. 691.

contrato como una figura que requiere la concurrencia de una serie de elementos o de presupuestos, de suerte que sólo con la concurrencia de todos ellos se considera que ha sido celebrado²².

6. Por el momento los avances más notables de la unificación jurídica europea se han producido en el marco del Derecho internacional privado patrimonial, pues está claramente acreditado que los objetivos de armonización se materializaron a través de procedimientos normativos de especial relevancia para ese ordenamiento²³. De ahí que se haya sostenido con razón que la UE, en tanto que resultado de la integración de los Estados miembros, no podía sino estimular de forma enérgica el desarrollo coordinado del Derecho internacional privado de dichos Estados²⁴. En este marco de la cooperación civil y mercantil la vía utilizada ha sido la de los convenios internacionales²⁵ al responder a la puesta en práctica y promoción de la propia política integradora; si bien esta vía ha periclitado cediendo el terreno a otros instrumentos comunitarios, señaladamente los Reglamentos tras las modificaciones producidas por el Tratado de Amsterdam. Huelga recordar el papel estelar que en el Derecho internacional privado comunitario han ocupado tanto la competencia judicial y el reconocimiento de decisiones, como la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como la propiedad industrial, quiebra y concursos, sociedades, asistencia judicial internacional o supresión de legalizaciones.

Dentro de los modelos efectivos de la unificación figura, en efecto, la Convención de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁶ que hasta la fecha ha sido un valioso instrumento de eficacia universal destinado al logro de la uniformidad legislativa en el sector de las obligaciones contractuales. Dicho carácter universal, su aplicación obligatoria y la amplitud de su ámbito material dentro del Derecho patrimonial, evidencia las pretensiones de sus redactores de con-

²² V.gr. art. 1261 Cc. Vid. L. Díez Picazo, E. Roca Trías y A.M. Morales, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2003.

²³ Vid., por todos, P. de Miguel Asensio, "Integración europea y Derecho internacional privado", *RDCE*, nº 1, 1997, pp. 413-445.

²⁴ Cf. A.V.M. Stuycken, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *R. des C.*, t. 232, 1992, p. 284.

²⁵ M. Fallon, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne", *R. des C.*, t. 253, 1995, p. 9-282.

²⁶ S. Sánchez Lorenzo, "La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *La unificación jurídica europea (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 139-164.

vertirlo en un instrumento básico para las transacciones comerciales internacionales que reforzase, a partir de su carácter armonizador, la seguridad jurídica en sectores de inmensa trascendencia económica; seguridad que se pretende conseguir solucionando los problemas derivados de la disparidad de normas jurídicas existentes entre los Estados miembros²⁷. Sin embargo, este instrumento no ha quedado exento de críticas, toda vez que los operadores jurídicos han acostumbrado a soslayar en la práctica diaria los conflictos de leyes. De ahí la bondad de las acciones preventivas a través de la unificación de normas sustantivas en materia de contratos, no libre de problemas pero factible, ya que los valores legales que poseen son los mismos, teniendo en cuenta que la raíz de los Derechos en Europa es común, que las condiciones sociales y económicas son también similares, por ser en todos ellos una economía de mercado del Estado industrial y, en último lugar, porque la ideología y comportamiento de los Jueces son similares. No hay que olvidar que la Convención de Roma de 1980 ha sido, en sí misma, un mecanismo de conflicto de leyes, un importante avance sí, pero en el terreno no material o sustantivo. Y ello pese al relevante sustrato que incorpora de cultura jurídica común.

7. Ciertamente, uno de los objetivos armonizadores de la UE es frenar la dispersión y la atomización normativa en materia patrimonial y, en esta dirección, en los últimos años se ha ido produciendo una cierta armonización en el Derecho contractual²⁸, pero sólo de forma parcial ya que la diversidad de leyes dificulta la adaptación²⁹. En medios comunitarios hay una conciencia generalizada que la existencia de los Códigos civiles estatales y la propia existencia del Derecho internacional privado conforman una importante barrera hacia la integración. De ahí que las acciones comunitarias no se limitasen como en el pasado a resolver los problemas suscitados por las relaciones transfronterizas. La voluntad de superar una nueva etapa, forjando un Derecho común de obligaciones, tendría su origen en el carácter fragmentario de la armonización europea. Indudablemente tanto

²⁷ P. Lagarde, "Le nouveau droit international des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287 ss.

²⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (2001/C 255/01), *DOCE*, C 255, de 13.9.2001.

²⁹ C. Vattier Fuenzalida, "Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea", *RDP*, n° 78, 1994, pp. 223-230; M^a P. García Rubio, "Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea", *XIV Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, 1995, pp. 237-258; J. Vicent Chuliá, "La unificación del Derecho de obligaciones", *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, n° 2, pp. 21-52.

las disposiciones de la referida Convención de Roma de 1980 como las propias de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 podrían constituir en el futuro un fundamento jurídico común; sin embargo por sí mismas no podrían resolver por completo el problema de las relaciones jurídicas transfronterizas en el sector contractual. Pueden sin embargo encontrarse en el acervo comunitario instrumentos cuyo carácter “puntual” es sólo aparente.

En efecto, el Derecho comunitario cuenta con numerosas directivas para la unificación de problemas concretos en el ámbito del Derecho privado, que tenían en la mayoría de los casos como objetivo, simultáneamente, la protección de los consumidores y la unificación de las condiciones de la competencia de los empresarios; y debe reconocerse el cuantioso alcance armonizador de estos instrumentos respecto de los Derechos nacionales, hasta el punto de conformar una especie de “Derecho común” en las materias citadas. Por esta razón en determinadas ramas del Derecho privado (y, en particular, el Derecho contractual) se han desarrollado normas comunes gracias a la armonización progresiva realizada a escala comunitaria. Parece evidente que un Derecho contractual europeo debería regular la fase precontractual, la formación del contrato, las condiciones de validez, la ejecución o el incumplimiento de las obligaciones, las modalidades de pago, etc.. Su existencia supondría una referencia obligada para las futuras propuestas legislativas que incidiesen de una u otra forma en cuestiones contractuales y, en todo caso, tendría el efecto de aportar la necesaria certidumbre en la contratación amén de reducir los costes de la transacción.

III. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO MATERIAL

1. Supresión de los modelos nacionales

8. La más antigua experiencia tendente a la unificación del Derecho de los contratos arranca en 1980 a partir de un grupo de profesores encabezados por O. Lando³⁰, en que se detallan “principios comunes” en los países

³⁰ Que ha publicado ya dos partes de *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2000. Entre los defensores de esta iniciativa *Vid.* en la doctrina italiana, M.J. Bonell, “Verso un codice europeo

de la UE relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; al cumplimiento e incumplimiento y a algunas otras cuestiones concretas, como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes³¹. Evidentemente esta iniciativa no podía ocultar la apuntada orientación anglosajona contraria a la “teoría general de las obligaciones” y favorable al estudio de los problemas particulares del Derecho contractual y a ello debe añadirse que su filosofía inspirado reposa en una concepción esencialmente económica del contrato, concebido como instrumento económico de una economía de mercado competitivo.

Las tres partes publicadas de los *Principles of European Contract Law* (PECL) incorporan, en primer lugar, reglas fundamentales y generales del Derecho contractual para Europa que deben aplicarse cuando las partes se refieran expresamente a ellos a la hora de elegir el Derecho aplicable (art. 1.101.2º), cuando no sometan el contrato a una determinada Ley estatal o, simplemente, cuando las partes acuerden que el contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o una expresión similar (art. 1.101.3º). En segundo lugar, pueden servir de modelo para futuras leyes nacionales que se elaboren en el ámbito europeo. Por último, su aplicación es pertinente para llenar las eventuales lagunas del Derecho aplicable (art. 1.101.4º). Los Principios, que no se limitan a plasmar el estado de la práctica sino que incorporan importantes dosis de “desarrollo progresivo”, de técnicas innovadoras en el sector de los contratos internacionales, por lo que no pueden considerarse propiamente como “la máxima expresión de la *lex mercatoria*”, con independencia de que incorporen un importante volumen de usos y costumbres internacionales del comercio internacional. Se estructuran por artículos a los que acompañan unos comentarios para su explicación; son amplios y deben interpretarse y desarrollarse atendiendo a su finalidad y nunca de forma restrictiva o rígida y su finalidad, es la de servir de boceto para un futuro Código Civil europeo, pero mientras éste no se lleve a cabo, estaríamos ante un Derecho común europeo para comerciantes y no comerciantes, haciendo desaparecer la dualidad entre Derecho civil y mer-

dei contratti”, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 171 ss. En la doctrina española, *Vid.* L. Díez-Picazo, E. Roca y A.M. Morales, *op. cit.*

³¹ La “Comisión Internacional del Derecho Contractual”, comunmente conocida como “Comisión Lando” estaba compuesta por unos 20 expertos entre los que destacan nombre como C. Von Bar, H. Beale, M.J. Bonell, U. Drobnig, A. Hartkamp, E. Hondius, M.H. Sterne, D. Tallon, T. Wilhelmsson o R. Zimmermann, se dedicó a la elaboración de una serie de “normas comunes”, acompañadas de un comentario y de un análisis comparativo de cada una de ellas, que dieron lugar a los *Principles of European Contract Law*, que fueron presentados en 2001 en su versión completa.

cantil por considerarse que no existen problemas específicos en ambas materias³². Bien entendido que su ámbito es exclusivamente europeo y por tanto rigen únicamente en aquellas relaciones contractuales que se susciten en el interior de la UE³³.

Además, se trata de una experiencia que se ajusta a los modernos planteamientos en orden a la reglamentación de los contratos y nos acerca a las soluciones adoptadas por el Unidroit (aunque los principios del Instituto rigen únicamente la actividad comercial y tienen carácter universal) y por los *Restatements* estadounidenses.

9. Un instrumento de estas características constituye un material imprescindible para los jueces y los abogados en orden a la interpretación del Derecho contractual europeo común procedente tanto del Derecho comunitario como del Derecho de los Estados miembros³⁴. Y por si esto fuera poco existe una compatibilidad ostensible de los PECL con los resultados de la unificación internacional del sector puestos de manifiesto, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

No obstante, esta iniciativa ha sido objeto de importantes críticas por los juristas de tradición romanista, para quienes la existencia de un “Código” justifica un cierta manera de pensar a la que no están dispuestos a renunciar³⁵ y supone la materialización de una vieja apetencia académica que siempre aspiró a explicar un texto único aplicable a todos los Estados de la

³² O. Lando, “El Derecho contractual europeo en el tercer milenio”, *Derecho de los negocios*, n° 116, 2000, pp. 1-20; I. Sánchez Ruíz de Valdivia, “La unificación del Derecho privado europeo: los Principios de Derecho contractual europeo de la Comisión Lando”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, (S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero, eds.), Madrid, Dykinson, 2003, pp. 258-259.

³³ Acerca de su eventual extensión *Vid.* M.M. Méndez Serrano, “Ámbito espacial de los Principios de Derecho contractual europeo: ¿Eficacia sólo intracomunitaria?”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 275-291.

³⁴ O. Lando, “The Future Development of European Civil and Commercial Law”, “The Influence of the Principles of European Contract Law on Dutch Law”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 231-240.

³⁵ P. Legrand, “Sens et non-sens d’un Code civil européen”, *Rev. int. dr. comp.*, 1996, pp. 779-812; S. Patti, “Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti”, *Riv. dir. comm.*, 2001, pp. 489-500.

UE³⁶. Por eso consideran que la formulación de una serie de “principios” en materia contractual es inoperante porque tales postulados únicamente tienen sentido dentro de un sistema consolidado y porque la diversidad de interpretaciones acerca de los mismos provoca grandes dosis de inseguridad jurídica desaparecería. Según esta concepción únicamente las normas, esto es, un “bloque normativo” coherente, es susceptible de impedir eficazmente la arbitrariedad judicial. Ello explica que al lado de la iniciativa “Lando” hayan surgido otras alternativas de diferente alcance. Los detractores del modelo descrito entienden, además, que la elaboración de un conjunto de “principios” es una labor estéril porque tal instrumento solo tiene auténtico sentido dentro de un determinado “sistema” jurídico. Por último, apuntan a que su empleo implicaría la eliminación de la seguridad jurídica, disuelta en el arbitrio judicial, al que sólo puede poner límite una regla legal concreta, sencilla y clara, no algo tan difuso como pueden ser, en la práctica, unos principios, aplicados por jueces de muy distinta formación y mentalidad, no sólo en consideración con los distintos sistemas, sino incluso dentro de un mismo sistema jurídico. De esta suerte, según esta construcción, solo las normas, es decir un “cuerpo normativo” de normas, son capaces de impedir, eficazmente, la arbitrariedad judicial.

10. En cualquier caso la dinámica de la contratación en la UE se está elaborando a partir de parámetros universalmente aceptados, de modelos consolidados internacionalmente y sobre un acervo compuesto por Directivas que regulan aspectos contractuales concretos pero importantes. Además la compleja tarea de la unificación responde siempre a necesidades sociales y jurídicas. No es casualidad que, en su momento, se empezara por la compraventa internacional de mercaderías. Tampoco lo es que actualmente se piense en la unificación del Derecho contractual o incluso en el derecho de daños. Por contra, una unificación meramente dogmática, sin duda interesante, no es el fin perseguido por ahora. El objetivo del esfuerzo propiciado por la UE es la necesidad de garantizar y promover el máximo desarrollo del mercado interior único, precisado de normas homogéneas.

³⁶ J. Plaza Penadés, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), 2003, Thomson/Aranzadi, p. 315.

Surgen así el grupo de la “Academia de Pavía”³⁷ creado en 1992 bajo la iniciativa y coordinación del profesor G. Gandolfi, que representan serios esfuerzos por encontrar un medio de integración, mediante la ayuda de la legislación, entre los distintos Derechos europeos, concurriendo con otros intentos que se hallan animados por la misma finalidad, o el denominado *Study Group on European Civil Code* creado con ocasión de la Conferencia internacional sobre el tema “hacia un Código civil europeo” que tuvo lugar en la Haya en 1997 bajo los auspicios del Ministro de Justicia holandés y está presidido por el profesor C. Von Bar. Detrás de estos trabajos subyace una ideología que rechaza el avance del “Derecho económico” resultante de la lógica de los Tratados y de las actuaciones comunitarias porque da lugar, en opinión de sus partidarios, a un constante deterioro en la integración del Derecho privado³⁸, como puso de relieve la S TJCE de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89: *Marleasing*³⁹. Bajo el lema de que la codificación es el mejor de los instrumentos para lograr la integración europea, estas iniciativas insisten en las bondades de las respuestas otorgadas por codificación tradicional, que no pueden suplirse por medio de otras técnicas alternativas, tales como el desarrollo espontáneo de la actividad mercantil a través de la labor de las organizaciones empresariales, la intensificación del sistema de Directivas comunitarias o la promoción de un conjunto de principios comunes en materia contractual. Para este sector, caracterizado por el protagonismo de lo jurídico y formal en la elaboración del contrato, la técnica basada en los principios va en contra de las tradiciones jurídicas que configuran un supuesto acervo europeo que descansa en las tradiciones jurídicas latinas y germánicas y que se entrega a las propias de *common law* que tienen un carácter minoritario.

11. Entre los seguidores de esta corriente existe un relativo consenso acerca de que el futuro Código europeo debería comprender sobre todo

³⁷ *Code européen des contrats (Livre premier)*, Milán, 2001. J.L. de los Mozos, “El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *La Ley*, D-216, 2002-5, pp. 1768-1776; A. Valiño Arcos, “Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto ‘Galdolfi’: Hacia la consecución de un ‘Code européen des contrats’”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 383-402; C. Vattier Fuenzalida, “El Anteproyecto de Pavía”, *ibid.*, pp. 419-436.

³⁸ J.L. de los Mozos, “Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común”, *RDP*, 1993, pp. 211 ss.

³⁹ Como afirmase el TJCE en el presente asunto “al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano nacional que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la Directiva”, *Rec.* 1990, p. 4135.

normas de Derecho dispositivo y en menor medida reglas imperativas; propugnan conscientemente la redacción de un “texto único” como solución más adecuada, pues la divergencia de los diversos ordenamientos crea una serie de obstáculos insuperables que, en su opinión, no se pueden solventar acudiendo a las normas del Derecho internacional privado. Al respecto señalan la inhabilidad de la Convención de Roma de 1980 o del Reglamento Roma I para resolver las cuestiones contractuales y alertan contra una notable dosis de discrecionalidad en los jueces que es susceptible de producir importantes incertidumbres jurídicas. Resulta una construcción fiel a la tradición histórica del Derecho privado, que desde sus orígenes surgió como un sistema establecido para respetar la libertad personal.

Ahora bien, pese a la defensa mostrada por los partidarios de estas experiencias⁴⁰, existen importantes detractores que sin descartar las soluciones clásicas del Derecho internacional privado abogan por la bondad de las soluciones basadas en los principios⁴¹. Si partimos de la idea de que la propia especificidad europea reside no en la eliminación de las diferencias sino en la sabia administración de la diferencias mismas, llegaremos a la conclusión de que instrumentos tan obsoletos y simples como un “código” no serán los adecuados para la solución de las cuestiones complejas⁴². En la doctrina española la posición de S. Sánchez Lorenzo, que suscribimos plenamente, es contundente al efecto, al insertar en un reciente estudio una rúbrica sumamente expresiva: “Contra un Código civil europeo”. Entre los argumentos esgrimidos está el problema constitucional derivado de la falta de una competencia comunitaria que suministre base jurídica suficiente para emprender una tarea de este tipo. A su lado está el argumento derivado de los límites espaciales del Derecho privado europeo: el Derecho comunitario permite solamente la unificación de los Derechos nacionales, incluidas las relaciones internas “cuando la diversidad de legislaciones afecte de forma sensible a las condiciones de competencia en el mercado” excluyendo cualquier diversidad jurídica que pueda implicar una disfunción en el mercado interior.

⁴⁰ C. Castronovo, “Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o Restatement?”, *Europa e diritto privato*, 1998-4, pp. 1019 ss.

⁴¹ M.J. Bonell, “The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law”, *Europa e diritto privato*, 1998-1, pp. 171 ss.

⁴² Cf. C. Geertz, “Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective”, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Nueva York, 1983, pp. 215-216.

Por eso, siguiendo con el planteamiento de S. Sánchez Lorenzo, al margen de ser un instrumento político, de entrañar el riesgo de un déficit democrático y de ir en contra de la nueva cultura jurídica basada en la descodificación, un Código civil europeo “sería por definición no sólo contrario a los postulados competenciales del Derecho comunitario, sino también a sus propios límites de aplicación espacial”⁴³.

12. La pervivencia de una determinada concepción de un “código” no sólo se debe a la inercia de una tradición jurídica, sino, sobre todo, obedece a una determinada visión establecida que está en la base de la cultura científica del mundo occidental europeo continental; así concebido, el ideal de Código quedaría conformado por la formulación de un conjunto de normas con vocación de resolver en su integridad todos los problemas que pudiesen presentarse en un concreto sector del ordenamiento jurídico. Mas este enfoque, basado en normas concretas y determinadas para cada caso, no puede en modo alguno desmerecer la labor realizada al otro lado del Atlántico que tanta repercusión ha tenido en las modernas actividades de la unificación jurídica internacional y, en particular, en la elaboración de los Principios de Unidroit sobre contratos. El éxito de este instrumento, que corresponde a la mayor de las economías mundiales, su proyección a su entorno jurídico más inmediato como es Canadá, su adaptación más acertada a las necesidades de los comerciantes y su enfoque eminentemente contractualista, ponen de relieve que la moderna codificación mercantil debe mirar a ese instrumento en vez de limitarse a recopilar materias especialmente dispersas. No en vano se ha dicho de este instrumento que es una de las aportaciones más importantes del Derecho mercantil del siglo XX⁴⁴.

2. Coexistencia con los modelos nacionales

13. Dentro de las diferentes alternativas puestas en marcha por el “Plan de acción para un Derecho contractual más coherente de 12 de febrero del 2003” resultan de interés aquéllas que se decantan por descartar la construcción de un Código contractual europeo vinculante para los Estados miembros y propugnan avanzar en otras líneas de actua-

⁴³ S. Sánchez Lorenzo, “Hacia un Código civil europeo”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 388-399.

⁴⁴ C.M. Shmitthoff, *Commercial Law in Changing Economic Climate*, 2ª ed., Londres, 1981, p. 13.

ción. Dentro de éstas estaría la adopción de un nuevo instrumento comunitario de carácter opcional, facultativo o dispositivo para las partes que comprendería disposiciones sobre los aspectos generales de Derecho contractual y sobre determinadas cuestiones específicas. Esto es, un instrumento comunitario susceptible de ser elegido por las partes como ley aplicable a sus contratos⁴⁵ que incorpore principios y reglas aplicables a los contratos sobre bienes y servicios en general (conclusión, validez, interpretación, ejecución e incumplimiento) y que se acomode a las necesidades económicas y jurídicas del mercado interior. Dicho instrumento tendría la virtud de mitigar algunos de los principales efectos negativos que la diversidad de leyes en presencia en el orden contractual genera en la UE a los operadores jurídicos⁴⁶. Estaríamos ante una suerte de “Ley modelo” que, con independencia de su aceptación por los Estados miembros, las partes podrían elegir dentro de la “autonomía conflictual” para regular el contrato con un importante componente de seguridad jurídica. Semejante iniciativa ha sido calificada, con poca fortuna, como el “esperanto del Derecho” pues para llegar a una situación equiparable la empresa no tendría ningún sentido; por eso resulta más aconsejable considerar que se trata de un esfuerzo cuyo objetivo es la mejora de la legislación comunitaria, pues existen muchas incertidumbres acerca de su eficacia futura.

Bien entendido que los argumentos a favor o en contra de una armonización de este tipo reposan en las eventuales dificultades de funcionamiento del mercado interior y en un esporádico aumento de los costes de las transacciones; y dicho debate reproduce el generado con la redacción de un Código europeo de contratos, sobre todo desde la perspectiva de las competencias codificadoras de la UE sobre las que tanto se ha escrito en los últimos años. Debate que, por lo demás, está vinculado al relativo a los límites espaciales del Derecho privado europeo: el Derecho comunitario permite solamente la unificación de los Derechos nacionales, incluidas las relaciones internas “cuando la diversidad de legislaciones afecte de forma sensible a las condiciones de competencia

⁴⁵ D. Staudenmayer, “The Commission Action Plan on European Contract Law”, *European Review of Private Law*, 2003,2, p. 127.

⁴⁶ Vid. esta cuestión ampliamente desarrollada en N. Bouza Vidal, “La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea (Consideraciones sobre el Plan de Acción de la Comisión de febrero de 2003)”, *Paces Artis. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1309-1334.

en el mercado” excluyendo cualquier diversidad jurídica que pueda implicar una disfunción en el mercado interior. Es evidente que cualquier armonización en este sentido ha de tener en cuenta al principio de subsidiariedad (art. 5 TCE): se trata de hallar un equilibrio entre ambas nociones para armonizar el Derecho únicamente en los casos en que la propia subsidiariedad puede implicar una injusticia. Por eso el legislador comunitario debe plantearse necesidad de la armonización en este sector y el alcance de tal cometido con un respaldo firme en los objetivos comunitarios una vez verificada la imposibilidad de que los Estados miembros los obtengan individualmente⁴⁷. Ello exige una decidida voluntad política pues con independencia del contenido jurídico del Código este último resulta indisociable de los objetivos sociales y políticos comunitarios.

14. La tarea para llevar a cabo este cometido ofrece una extraordinaria complejidad pues es menester una labor previa de compilación y de elaboración de bases de datos de la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual. No es extraño, pues, que los intentos de codificación global queden postergados en beneficio de la “sectorialización” atendiendo a las materias más involucradas: los contratos de consumo y los contratos de seguro, por precisar un elevado grado de protección de los consumidores y la inclusión de las disposiciones obligatorias a las que obliga el mercado interior. Sin duda, es necesario establecer un grupo amplio de reglas sobre el Derecho de obligaciones, que sirvan como principios generales para las concretas relaciones contractuales. Ahora bien, la coherencia de estas reglas puede peligrar si no se definen también las normas de ciertas obligaciones extracontractuales como el enriquecimiento injusto o la gestión de negocios ajenos o si no se presta atención a determinados aspectos del Derecho de daños.

⁴⁷ Vid. sobre el particular M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, “Estado de origen vs. estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *Paces Artis. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1787-1813.

IV. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Pervivencia de las soluciones de carácter conflictual

15. Mientras se supera el largo y lento camino hacia la unificación de las reglas de carácter material subsistirán las soluciones propias del Derecho internacional privado como respuesta al pluralismo y ello obliga a reflexionar sobre los métodos más adecuados de este ordenamiento en el ámbito de los contratos transnacionales. No es el momento de entrar en el debate en torno a la insuficiencia de las normas de conflicto clásicas para resolver los problemas derivados del tráfico mercantil internacional; pero si debemos recordar que el método conflictual, entendido como aquél conjunto de normas que se limita a designar la ley aplicable a una determinada relación jurídica conectada con dos o más ordenamientos jurídicos, si bien no ha desaparecido por completo, ha mostrado cierta ineficacia en la resolución de los problemas del tráfico mercantil internacional; y ello por más que haya realizado un importante esfuerzo de adaptación a un entorno económico y social muy diverso del que lo vio nacer. El conflicto de leyes, identificado con frecuencia con el Derecho internacional privado, siempre ha sido considerado con máximo recelo por los mercantilistas y, en particular, por los abogados prácticos. Ello es explicable, dado que el Derecho internacional privado es altamente abstracto y académico, mientras que el Derecho comercial es a menudo menos preciso, pero vivo.

Existe, además, otra buena razón para procurar resolver los casos sin recurrir a reglas de conflicto “intermediarias”: las normas de conflicto “nacionalizan” la cuestión al designar como aplicable a un determinado sistema jurídico interno. Gran parte de las normas nacionales nunca fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales y precisamente el intento de resolver esa insatisfactoria situación motivó el desarrollo del Derecho uniforme aunque sus resultados han sido tal limitados que en la actualidad la norma de conflicto sigue manteniendo un papel relevante en la ordenación del tráfico comercial internacional. En otras palabras: la consecución de un texto de Derecho uniforme no elimina, la concurrencia del método conflictual, máxime teniendo en cuenta la escasez de sus resultados positivos.

16. La aplicabilidad de las normas uniformes establecidas en tratados internacionales o, si se quiere, la concreción de las situaciones en las que resulta de aplicación las referidas normas uniformes, es similar a la que se practica a través de normas de naturaleza conflictual. En general, las normas materiales reclamadas previstas en un Convenio recibirán tratamiento en el foro como si fueran normas materiales de la *lex causae*; sin embargo, en este caso particular se imponen una serie de consideraciones adicionales pues se requiere como presupuesto previo la observancia de los criterios de aplicación establecidos en el propio Convenio. En unos casos estos criterios determinan una aplicación directa de la norma convencional, que desplegaría sus efectos a título de norma material independiente (v.gr. art. 1.1º a) de la Convención de Viena de 1980 o art. 2.1º b de la Convención de Ottawa sobre *factoring* internacional de 28 de mayo de 1988); por tanto no se plantea ningún problema especial. Sin embargo, en otros casos se hace depender la aplicación de la norma convencional de las normas de Derecho internacional privado que funcionaría, por tanto, como norma material especial de carácter dependiente.

Desde el punto de vista de la eficacia, las soluciones conflictuales siguen desempeñando un papel relevante para cubrir las múltiples lagunas que ofrece el Derecho uniforme y para resolver las situaciones en las que se producen insalvables divergencias interpretativas de dicho Derecho por parte de los operadores jurídicos de los diversos Estados. El ejemplo más utilizado para justificar esta afirmación es el del art. 7.2º del referido Convenio de Viena de 1980 que establece para el supuesto en que el recurso a los principios generales que la inspiran no sea suficiente a acudir a la “ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado”. Y a ello debe añadirse que los problemas derivados de las materias objeto de unificación excluidas del texto uniforme deben ser resueltas a partir de las normas del Derecho internacional privado del foro, en tanto el texto en cuestión no establezca normas de conflicto uniformes. El corolario de todo lo expuesto es que el Derecho uniforme se integra, pero no sustituye por completo a las normas de conflicto que desempeñan un carácter complementario.

17. Es cierto que las técnicas del Derecho internacional privado basadas en la norma de conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional. La pretensión de localizar en un ordenamiento jurídico una situación pri-

vada, se ha dicho, es una solución basada en una teoría metafísica. Al margen de la falacia que registra una afirmación de este tipo, no pueden desconocerse una serie de datos que van en contra del método savigniano en la solución de las transacciones comerciales internacionales. En primer lugar, desde el punto de vista de los procedimientos de producción normativa, todavía existen muchos sistemas nacionales, no solo de filiación anglosajona, donde la norma de conflicto es de fuente predominantemente jurisprudencial, con la consiguiente incertidumbre que ello entraña. Esa incertidumbre también se manifiesta, en segundo término, con la actual coexistencia de normas internas con tratados internacionales en un determinado sistema jurídico y la delicada operación de identificar, dentro de un determinado sistema, la norma pertinente a la transacción controvertida. Centrándonos en el sistema español de Derecho internacional privado, por ejemplo, la eventual aplicación a un contrato internacional de las normas de conflicto del Código civil, de las disposiciones de la Convención de Roma de 1980 o el recurso a la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Y ello al margen de la eventual aplicación de los Principios de Unidroit de 1994. En tercer lugar, y aunque la codificación internacional trata de evitarlo, por ejemplo la exclusión del reenvío operada por el art. 15 de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, todavía operan los denominados “problemas de aplicación de la norma de conflicto” que pueden generar importantes perturbaciones a la hora de dar una solución justa al caso concreto. Finalmente, si la consecuencia de la norma de conflicto es designar la aplicabilidad de un determinado Derecho estatal, localizando allí el supuesto, no cabe duda que esta operación se caracteriza, como hemos apuntado, por “nacionalizar”, por impregnar de concepciones particulares, la respuesta a la transacción es y tal respuesta impide una consideración efectiva de la especialidad que introduce en la controversia jurídica la “internacionalidad del supuesto”; la propia situación del comercio internacional obliga a estimar la consideración del “elemento internacional” como una exigencia de justicia.

2. Complementariedad del Derecho internacional privado comunitario

18. Cada vez es más frecuente el carácter transnacional de los contratos y, por ende, son mayores las imprecisiones que derivan de su necesario sometimiento a un determinado Derecho estatal; un sometimiento

que, ante la existencia del particularismo de los Estados es materia contractual, obliga a recurrir a las técnicas clásicas del Derecho internacional privado y, en concreto, al mecanismo que ofrecen las normas de conflicto. Los intentos superadores en favor de una unificación material de fondo, destinada a la construcción de un Derecho sustantivo uniforme que supere la mera unificación de las normas de conflicto, siguen constituyendo un proceso legislativo inacabado y sus resultados han de calificarse todavía como modestos. Por eso el Derecho internacional privado sigue desempeñando un papel importante la regulación de las transacciones comerciales internacionales y ello por dos razones, una metodológica y otra de eficacia. En la Comunidad Europea se ha apostado desde antiguo por limitar los esfuerzos unificadores al ámbito propio del Derecho internacional privado. La uniformidad la garantizaba desde hace tiempo la Convención de Roma de 1980, que da una respuesta utilizando las técnicas propias del Derecho internacional privado. Dichas técnicas presuponen la diversidad de los “Derechos nacionales” y su función es gestionar esta diversidad mediante la adopción de normas uniformes de conflicto de leyes para determinar el Derecho aplicable a los contratos dentro de los ordenamientos “estatales” en presencia. Ahora bien, si se pretende la búsqueda de una mayor aproximación entre los Derechos sustantivos de los Estados miembros, mediante armonización o unificación, tales técnicas deben plantearse como una vía complementaria, y no como una respuesta alternativa, a otros medios que permitan garantizar un desarrollo armonioso de las relaciones jurídicas en la Unión.

19. Por descontado la Convención de Roma ha sido un método eficaz, aunque parcial, para ofrecer una mayor seguridad jurídica a los operadores en el mercado interior. No en vano el conocimiento *a priori* de la legislación aplicable a un posible litigio y, en particular, la posibilidad de que las partes decidan la legislación por la que se regirá su contrato puede ser un instrumento eficaz para facilitar el comercio transfronterizo. Mas el empleo de técnicas propias de Derecho internacional privado en este sector tiene sus límites, toda vez que las normas imperativas del país del juez priman, en todos los casos, sobre el Derecho aplicable y, además, en ámbitos específicos como los contratos celebrados por los consumidores, el principio de la autonomía de la voluntad se ve limitado por disposiciones imperativas para garantizar la protección de los consumidores y de los trabajadores. Y por si ello fuera poco, no es extraño que se susciten confrontaciones inconciliables entre normas imperativas de las

leyes de un país y normas imperativas de otro Derecho nacional y es indudable que tales controversias comportan, las más de las veces, una incidencia negativa en las transacciones transfronterizas, constituyendo un potencial obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior.

Con todo, el espíritu de la Convención ha trascendido del ámbito estrictamente comunitario pues además de inspirar la reforma de diversas legislaciones estatales (concretamente en España la Comisión General de Codificación lo ha tomado como instrumento de base para una reforma en profundidad del obsoleto art. 10.5º Cc) influyendo notablemente en ciertos instrumentos internacionales elaborados fuera del contexto comunitario como el Convenio interamericano sobre la ley aplicable a los contratos internacionales hecho en México el 17 de marzo de 1994. Y es evidente que se ha convertido en una especie de *ratio scripta* de una cierta mitología moderna en la respuesta jurídica a los problemas que comporta la contratación transfronteriza.

3. Perspectivas abiertas por el Reglamento Roma I

20. Entre las acciones efectuadas con el fin de alcanzar un mayor grado de compatibilidad entre los ordenamientos jurídicos europeos figura expresamente la revisión de la Convención de Roma de 1980. A este respecto a Comisión Europea presentó a finales de 2002 un “Libro Verde” para transformar el la Convención en instrumento comunitario, y en particular, para transformarlo en un Reglamento, lo que permitiría al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretar las disposiciones del mismo. Más con independencia de que este nuevo instrumento, convenientemente modificado, siga la trayectoria de la Convención, siempre estará sometido a las limitaciones de una alternativa puramente conflictual en la unificación del Derecho europeo de los contratos. Por tanto, los días de la Convención están contados al transformarse en un Reglamento comunitario, el llamado Reglamento Roma I. El proceso legislativo se inició con la presentación de la “Propuesta para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales” el 15 de diciembre de 2005⁴⁸ redactaba en términos muy conservadores pues sus redactores eran conscientes del

⁴⁸ COM(2005) 650 final.

arraigo práctico del instrumento anterior⁴⁹, lo que no excluye que el nuevo texto incorpore ciertas novedades y regule materias no tratadas por el instrumento anterior⁵⁰.

21. Sin desconocer que la Convención de Roma de 19 de junio de 1980 ha sido un instrumento importante en la búsqueda de una mayor aproximación entre los Derechos sustantivos de los Estados miembros, es obvio que sus soluciones deben plantearse como una vía complementaria y no como una alternativa a los otros medios que permitan garantizar un desarrollo armonioso de las relaciones jurídicas en la Unión. Sin negar sus evidentes méritos debe insistirse en que el sistema de la Convención de Roma y el Reglamento Roma I, no contiene más que una respuesta uniforme conflictual. Dicho en otros términos, unifica *prima facie* las reglas de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, excluyendo cualquier aspecto material, aunque el hecho de omitir toda reglamentación de aspectos sustantivos no implica, ciertamente, que carezca de determinadas orientaciones materiales.

La determinación del ámbito de aplicación espacial y material, junto a las cláusulas de compatibilidad, han sido la clave para entender que el referido sistema constituye el marco general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales de los Estados parte y, en cierto modo, por tanto, del Derecho de la Unión Europea. No en vano se trata de un sistema *erga omnes*; esto es, posee una aplicación universal, resultando aplicable con independencia de que la ley designada sea o no la de un Estado parte y cualquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídica (art. 2). También debe destacarse el ámbito espacial de aplicación del Reglamento Roma I, puesto que, con la excepción de Dinamarca, es vinculante para todos los Estados miembros. De esta suerte rige para todas las obligaciones contractuales civiles y mercantiles “que presenten una relación con el Derecho de diferentes Estados” (art. 1.1º) con independencia de que sea el Derecho de un Estado miembro o el de un tercer Estado (art. 2); solución justificada por la referencia al Mercado Único exigida por el art. 65 TCE, que no era lógico que las medidas de la Comunidad Europea apoyadas en este precepto solamente pudiesen regu-

⁴⁹ P. Mankowski, *IPRax*, 2006, p. 101.

⁵⁰ S. Leible, “La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’: Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568.

lar supuestos de hecho intracomunitarios, y no supuestos de hecho con una ligera relación con un tercer Estado⁵¹.

Asimismo establece un régimen general de Derecho aplicable a las obligaciones no previsto específicamente para relaciones intracomunitarias, esto es, espacialmente vinculadas al comercio entre Estados miembros, sino que se extiende a cualquier otra operación internacional extracomunitaria, que únicamente vincule a un Estado parte con terceros Estados, incluso cuando no quede afectado el Mercado Único. La diferencia, por ejemplo, con el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia es palpable. En este sentido, este instrumento va mucho más allá de lo que exigirían las demandas institucionales, las necesidades derivadas de la construcción del Mercado Único, moviéndose en el terreno de la unificación posible o conveniente desde un punto de vista de la política de cooperación.

V. CONSIDERACIONES FINALES

22. El progreso económico va unido al desarrollo constante de la contratación, pero por el momento en la UE no es previsible la desaparición de los Derechos contractuales nacionales manteniéndose la diversidad jurídica en este sector como una característica inherente a este modelo de integración. Ello no es incompatible con la producción de ciertas aproximaciones en función de que el mercado lo vaya requiriendo. En este contexto es manifiesta la necesidad de flexibilizar las reglas de juego y buscar un equilibrio de las reglas de la contratación entre empresarios y las de la contratación con consumidores. Por eso la unificación conflictual constituye una etapa muy relevante del lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos. Dicha la técnica deberá experimentar un declive en favor de la elaboración de normas materiales específicamente creadas para regular el comercio internacional. Este, en efecto, requiere rapidez y seguridad, pero también certidumbre, elementos que raramente suelen acompañar a la norma de conflicto. En la hora actual se trata de evitar el carácter imprevisible de la remisión efectuada por dicha norma, a través de otros modelos normativos; y en cualquier caso no puede desconocerse que el legislador interno utiliza con frecuen-

⁵¹ *Ibid.*, p. 544.

cia las denominadas normas materiales imperativas para la salvaguarda de determinados intereses que considera irrenunciables para el foro, como la protección del consumidor, la libertad contractual, la lealtad en las transacciones comerciales y en el mercado, etc. Conviene traer aquí a colación el amplio debate doctrinal que se generó a principios de los años setenta del pasado siglo en torno al pluralismo metodológico y que entre otras cosas puso de manifiesto la virtualidad de las normas materiales especiales para alcanzar las soluciones más satisfactoria a los problemas del tráfico externo y, más concretamente a los propios de las transacciones comerciales. Que la norma protagonista de las relaciones comerciales internacionales sea la norma material especial no puede extrañar; pero tampoco puede extrañar que también se observen con la aplicación de este método importantes insuficiencias en la medida en que la uniformidad pueda quedar sin efecto en cualquier Estado por decisión del respectivo legislador o por una interpretación dominada por principios jurídicos que varíen de un país a otro. Y en este punto resulta obligado recurrir al viejo tópico, cuyo valor es puramente metafórico, de que hacer Derecho uniforme sin conflicto de leyes es como hacer física sin matemáticas: se espera ganar tiempo y prescindir de un instrumento que parece complicado, para terminar descubriendo que se ha perdido aún más tiempo del que hubiera hecho falta para aprenderlas. Certeramente S. Sánchez Lorenzo ha puesto de relieve que resulta más difícil prescindir del método conflictual 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”⁵².

23. Desde una perspectiva esencialmente sectorial la UE ha realizado importantes avances en torno a la modernización del contrato como instrumento del mercado, pero éstos no ha sido especialmente eficaces en la búsqueda de un modelo contractual adecuado para cubrir las necesidades impuestas por el mercado interior europeo. Por el momento se sigue insistiendo en la necesidad de profundizar en el Derecho contractual europeo y de revisar el acervo comunitario, resultando sugestiva frente a otras iniciativas para mejorar la situación existente la idea de un marco común de referencia (MCR).

⁵² Cf. S. Sánchez Lorenzo, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material”, *Pacis Artes, Liber amicorum en honor del profesor Julio D. González Campos*, op. cit., p. 1766.

Al margen de la alternativa entre soluciones materiales y conflictuales, tampoco puede desdeñarse, dentro de las distintas opciones que en la actualidad se barajan en la UE para uniformar el Derecho de los contratos, la elaboración de contratos tipo propiamente comunitarios. Existe la conciencia de que el empleo de estos instrumentos facilita las transacciones económicas, ahorra que las partes tengan que renegociar los términos contractuales en cada nueva transacción y, además, proporcionan cierto nivel de certeza a las partes. De tal suerte que en la práctica llegan a tener categoría reglamentaria. Pero en los intercambios transfronterizos las ventajas señaladas pueden desaparecer resultando con frecuencia muy difícil celebrar un contrato con una parte de otro Estado miembro que no respeta los términos de los contratos tipo a los que la otra parte está habituada. En otras palabras, las partes de Estados miembros diferentes pueden estar acostumbradas a cláusulas diversas utilizadas habitualmente en sus países respectivos. Y es aquí donde la solución comunitaria podría resolver satisfactoriamente estos problemas “si se elaboraran contratos tipo destinados a ser empleados en toda la CE”, fomentando la Comisión la elaboración de tales contratos por las partes interesadas⁵³. Y es que en materia contractual más importante que enseñar Historia del Arte es enseñar a pintar.

⁵³“Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo” de 11.07.2001COM(2001) 398 final.