

J.C. Fernández Rozas, “Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más *coherente*”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2005-II, pp. 1442-1450.

ALTERNATIVA CONFLICTUAL O MATERIAL EN LA BÚSQUEDA DE UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO MÁS COHERENTE

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

SUMARIO: I. Introducción. II. Dificultades de una unificación “material” del Derecho europeo de los contratos. III. Insuficiencias de una alternativa exclusivamente conflictual. IV. Los Principios europeos de Derecho de los contratos. V. Una nueva vía de solución de carácter conflictual: el instrumento comunitario de carácter opcional y la reforma del art. 3 del Convenio de Roma de 1980. VI. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. En un estudio publicado el mes de septiembre de 2004 en esta misma Revista apuntábamos que la lectura de los arts. III-158 y ss de la Constitución europea y, en particular, del art. III-170 pone de relieve la ausencia de una referencia expresa a la unificación del Derecho privado, limitándose el constituyente comunitario a incluir la materia dentro de la declaración genérica consistente en que la cooperación “judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza” (...) “podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros” (art. III-170.1º). En texto en su conjunto está presidido por las soluciones clásicas de Derecho internacional privado y de cooperación judicial en el orden civil y no por soluciones armonizadoras, más acomodadas a las acciones comunitarias que vienen desarrollándose en los últimos tiempos. Queda, además, alejado de todo un debate doctrinal incide en el carácter esencialmente instrumental del Derecho privado, en tanto que mecanismo que coadyuva al proceso de unificación económica e incluso político¹. Dicha afirmación requiere una mayor precisión a la luz de los resultados que ofrece el referido debate pues en los últimos años se ha extendido una línea de pensamiento, que cada vez goza de mayor número adeptos, decantado hacia la unificación jurídica en Europa a partir de una labor previa de armonía de las diversas variedades jurídicas nacionales, basadas en una supuesta tradición histórica común muchas veces muy forzada y carente de apoyatura². El Derecho de los contratos se sitúa en el epicentro de la referida polémica.

¹ J.C. Fernández Rozas, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea”, *La Ley* septiembre 2004.

² Cf. desde el punto de vista crítico, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, pp. 9-10.

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 del comercio internacional, ya que en el ámbito de la UE coexisten multitud de normas autónomas y de otras fuentes normativas en materia contractual, lo que supone un freno para el comercio intracomunitario. Se trata de una legislación caracterizada por su naturaleza coyuntural y poco coherente que reclama una coordinación eficaz, como elemento constitutivo de un mercado único³. Por eso, en un intento de superación, resulta necesaria, la búsqueda de una mayor aproximación entre los Derechos sustantivos de los Estados miembros, mediante armonización o unificación. Sin embargo, dicha superación debe 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. 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 Comunidad en esta rama del Derecho.

2. 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 está desplazando 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. 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 al comercio internacional las normas vigentes en los Estados miembros en el espíritu del art. 20 del Convenio de Roma de 1980. Uno de los objetivos armonizadores de la UE es, en efecto, frenar la dispersión y la atomización normativa en materia contractual y en esta dirección se ha ido produciendo una cierta armonización en este sector, pero sólo de forma parcial ya que la diversidad de leyes dificulta la unificación⁴. Cabe hablar, desde esta perspectiva, de una auténtica tendencia hacia la “comunitarización” del Derecho de los contratos⁵ y, en este contexto, 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 transacción⁶. La cuestión que queda por resolver es el cauce adecuado para llevar a cabo

³ J. Basedow, “Un droit commun des contrats pour le marché commun”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 50, 1998, pp. 17-20; *id.*, “The Renascence of Uniform Law: European Contract Law”, *Legal Studies: The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. 18, 1998, pp. 121-145.

⁴ C. Vattier Fuenzalida, “Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea”, *RDP*, nº 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, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 237-258; J. Vicent Chuliá, “La unificación del Derecho de obligaciones”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº 2, pp. 21-52.

⁵ G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea: fonti, modelli, regole*, Pádua, Cedam, 1998, p. 9.

⁶ J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado Español, 2003, nº 289.

tal objetivo vinculándose a un proceso paralelo, hoy por hoy relegado al ámbito académico, de la consecución de un Código europeo de contratos.

Dicha tendencia es oportuna respecto de la incorporación de los nuevos Estados miembros que engendra un notable crecimiento de sistemas en presencia de Derecho privado y, por ende, la complicación que sus controversias pueden producir en las transacciones transfronterizas dentro del mercado interior. El aumento del particularismo normativo puede suponer un serio obstáculo para la integración de los distintos mercados nacionales en un auténtico mercado único y puede dificultar que las empresas se beneficien de una competencia justa en igualdad de condiciones. Por eso se reclama que en los ámbitos del Derecho privado en los que basa la actividad empresarial de la UE exista un *corpus* uniforme de normas. Al margen de los eventuales beneficios económicos, unos principios de Derecho patrimonial aplicables a las transacciones diarias de empresas y de los consumidores podrán contribuir de manera eficaz a un mayor compromiso de los operadores económicos con el proyecto de integración europea.

II. Dificultades de una unificación “material” del Derecho europeo de los contratos

3. Un mercado jurídicamente unificado debe posibilitar el ejercicio del comercio y eliminar los obstáculos jurídicos o conflictos importantes entre las leyes pues, en términos de eficacia económica, dichos obstáculos ocasionan costes muy elevados para los operadores jurídicos. Por eso el mercado europeo es también una zona en la cual se hace un gran esfuerzo para eliminar los conflictos más importantes entre leyes contándose, al efecto, con el Convenio de Roma de 1980. Esta alternativa conflictualista, que hasta ahora preside el modelo, trata de ser superada en los últimos tiempos, con una serie de acciones destinadas a la unificación del Derecho material. Arrancan éstas de una denominada “Primera” Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, relativa a un “esfuerzo de aproximación del Derecho privado de los Estados miembros”⁷ y adoptada estando en vigor todavía el Acta Unica europea. El entendimiento no era otro que la relevancia de la armonización de determinados sectores del Derecho privado para la realización del mercado interior.

Otro hito importante en el proceso iniciado en 1989 fue, sin duda, el “Documento de trabajo sobre el acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros” presentado por K.-H. Lehne a la Comisión jurídica y del mercado interior del Parlamento Europeo el 6 de noviembre de 2000 y que fue estudiado en audiencia pública días después y que dio como resultado el “Informe sobre el acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”, de 6 de noviembre de 2001. En dicho informe se establecía un programa de codificación gradual a partir de las Directivas existentes (contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles, responsabilidad de hecho de los productos defectuosos, cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores, adquisición del derecho de uso parcial de bienes inmuebles, contratos a distancia en materia de servicios financieros y venta de bienes de consumo) para coordinar su contenido y eliminar los problemas derivados de su coexistencia con los Derechos nacionales. Con posterioridad se redactarían una serie de Reglamentos jurídicos homogéneos en otros ámbitos del Derecho patrimonial relacionados con el Mercado Interior, que sería el paso necesario para un futuro Código civil europeo.

⁷ DOCE C 158, de 26.6.1989, p. 400.

A partir de estos presupuestos el proceso de construcción de un Derecho privado común a todos los países de la UE recibió un importante impulso con la Comunicación de la Comisión Europea sobre Derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001, al Consejo y al Parlamento Europeo⁸, en la que se planteó cuál debía ser el futuro de un Derecho común europeo armonizado. La Comunicación consiguió sus propósitos en orden a forzar un debate en torno al Derecho contractual europeo, como evidencia el amplio contenido de las respuestas recibidas de operadores jurídicos procedentes de sectores muy diversos. Entre las respuestas que merecen ser destacadas está la del profesor H. Sonnenberger⁹, que propugnaba la elaboración de un Derecho uniforme de conflictos normativos en el ámbito del Derecho contractual bajo forma de un Reglamento junto a la elaboración de una “parte general” de un Derecho material contractual de la UE, aunque era consciente de que no existe, o al menos es muy dudosa, la competencia comunitaria para crear un Derecho contractual europeo. En todo caso, a lectura de la documentación que contiene las respuestas a la Comunicación de la Comisión de 2001 resulta de gran amenidad por permitir comprobar la disparidad derivada de la reflexión colectiva, los intereses en presencia de las instituciones concernidas en las eventuales acciones comunitarias, el marcado carácter académico de muchas intervenciones y los intereses nacionales subyacentes. Más que clarificar, los resultados de la encuesta condujeron a la confusión, pero muestran una reticencia generalizada hacia una “respuesta global” y una necesidad de profundizar en los estudios preparatorios tanto si se opta por la opción basada en los principios o en la opción partidaria de una solución codificadora más clásica.

Con estos precedentes el Parlamento Europeo aprobó, el 15 de noviembre de 2001, la “Tercera” Resolución relativa “al acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”, donde se lamentaba que la Comisión se hubiese limitado al estudio de la unificación del Derecho privado contractual y que no hubiese explorado otras posibilidades, en la línea de lo acordado en el Consejo Europeo de Tampere. Pese a ello instaba a la continuación de los trabajos de la armonización del Derecho contractual, prestando especial atención a las cuestiones relacionadas a las condiciones generales de forma, la responsabilidad extracontractual y a los contratos firmados con el fin de constituir una garantía real, que deberían ir paralelos a la revisión de las Directivas relativas a la protección de los consumidores.

Esta iniciativa ha contado con la necesaria continuidad al aprobar el Pleno del Consejo Económico y Social el 18 de julio de 2002 por 114 votos a favor, 3 votos en contra y 3 abstenciones un Dictamen sobre Derecho contractual donde se parte de que la construcción de un Código mercantil internacional, de aplicación universal o regional, sigue siendo un mito y donde se verifican los escasos índices de ratificación de los instrumentos internacionales relativos a cuestiones de Derecho contractual material. Mas el dictamen reconoce la necesidad para los operadores internacionales de contar un instrumento legal “útil, estable y previsible, que fomente la seguridad y la legalidad de las operaciones, así como el respeto de las disposiciones y principios correspondientes del orden público internacional, recogidos en los principales convenios internacionales y en el Derecho consuetudinario (principios generales del Derecho, garantías de

⁸ COM(2001) 398 –C5-0471/2001, *DOCE* C 255, de 13.9.2001, p. 1.

⁹ H.J. Sonnenberger, “L’harmonisation ou l’uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles? Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002, pp. 405-433.

procedimiento, principio de lealtad en los contratos, respeto de los derechos humanos y de las normas laborales fundamentales). Un *jus commune* de este tipo sería ciertamente coherente con la internacionalización de los negocios y de los contratos asociados a los mismos”¹⁰.

Aunque en el espacio económico comunitario, con la existencia de una moneda única en la mayoría de los países y su mercado único, constituye un terreno favorable para la creación de un Derecho contractual uniforme, la Comisión se plantea la cuestión de la viabilidad y pertinencia de una iniciativa comunitaria que afectará a esta rama fundamental del Derecho privado que convendría ampliar para convertirla en un Derecho europeo en materia de obligaciones contractuales (con posibles elementos de responsabilidad civil y penal, independientemente de la responsabilidad contractual, para ciertos casos de incumplimiento o ejecución defectuosa del contrato, o de cláusulas contrarias al orden público). Mas el examen de la práctica contemporánea permite avanzar que las posibilidades de una “europeización” del Derecho patrimonial desde la perspectiva codificadora es escasamente realista y que el proceso ha caminado hasta la fecha de la mano de las Directivas y en la actualidad se está desarrollando a través de Reglamentos que muestran una clara tendencia a la “sectorialización” de las soluciones. Junto a esto se empieza a gestar un cierto clima que, apartándose de las técnicas normativas apuntadas, pone el acento en el auge, a través de la doctrina, de la práctica y de la jurisprudencia, de unos principios generales comunes que pretenden ser no sólo un fundamento para el desarrollo futuro de acciones legislativas y armonizadoras, sino un conjunto de reglas que podrían consolidarse dentro de una suerte de *lex mercatoria*¹¹.

4. Con el título “Un Derecho contractual europeo más coherente” fue presentado por la Comisión el 12 de febrero de 2003, un plan de acción que estuvo precedido por la referida consulta pública realizada el año anterior¹². El plan continúa con el carácter consultivo de anteriores iniciativas proponiendo una combinación de medidas reguladoras y no reguladoras para resolver los problemas que se individualizaron en los resultados de la encuesta. Dichos problemas se han sistematizado dentro de dos grandes rúbricas. La primera, aborda la aplicación uniforme de la legislación comunitaria, en un intento de evitar dos inconvenientes: de un lado, que las Directivas otorguen soluciones divergentes a la misma situación que conduzcan a resultados contradictorios y, de otro lado, que existan enfoque legislativos diversos en una misma Directiva; por descontado en este contexto se persigue una armonización terminológica y la precisión de determinados conceptos expresados de manera vaga o imprecisa. La segunda rúbrica trata de las implicaciones de un ordenamiento contractual comunitario para el mercado interior, incluyendo los obstáculos y los factores disuasorios de las transacciones transfronterizas que se desprenden de la diversidad de los Derechos contractuales de los Estados miembros, por ejemplo, las reglamentaciones divergentes en materia de representación de empresas extranjeras y sus consecuencias para la validez o el reconocimiento de los documentos, en materia de formalización de los contratos, en materia de inclusión y aplicación de las cláusulas tipo de los contratos y con respecto a

¹⁰ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo”(COM(2001) 398 final)(2002/C 241/01), *DOCE* n° C 241/1, de 7.10.2002.

¹¹ P.C. Müller.Graff, “Private Law Unification by Means other than of Codification”, *Towards a European Civil Code*, Nimega, 1994, pp. 19-29.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “El Derecho contractual europeo más coherente: Plan de acción” (2003/C 63/01), *DOCE*, C 63, 15.3.2003.

qué cláusulas contractuales se consideran inaceptables por los Tribunales, o la regulación diferente de la reserva de propiedad.

Asimismo el Plan de 2003 incluye medidas para aumentar la coherencia y la calidad del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, promover la elaboración de cláusulas contractuales de carácter general a nivel comunitario y estudiar si determinadas cuestiones propias de dicho Derecho pueden requerir soluciones de carácter no sectorial. Se trata, en definitiva, de construir un “marco común de referencia” que incluya principios y terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo.

III. Insuficiencias de una alternativa exclusivamente conflictual

5. Por el momento el único modelo efectivo de unificación contractual en la Unión Europea está representado por la Convención de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, 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.

Por desdoblado el Convenio 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 del Convenio 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 que se está realizando en estos momentos) 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.

6. Sin desconocer que el Convenio 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 Convenio de Roma 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 Convenio de Roma de 1980 constituye el sistema 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 Convenio *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). Asimismo el Convenio establece un sistema 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.

7. El carácter del Convenio de Roma como régimen general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales no sólo viene dado por su ámbito de aplicación espacial, sino también por la extensión de su ámbito de aplicación material y el juego de las cláusulas de compatibilidad, extremos ambos muy vinculados. El Convenio se aplica a las obligaciones contractuales o contratos, excluyendo las obligaciones nacidas de una fuente distinta (extracontractuales). El hecho de que se trate de un régimen general justifica la amplia compatibilidad del Convenio, orientada a facilitar la especialización de las soluciones y su eventual sectorialización. De un lado, los arts. 21, 24 y 25 contemplan dicha compatibilidad con otros textos convencionales que contengan una regulación atinente al Derecho rector de los contratos internacionales. Lo propio lleva a cabo el art. 23 respecto de los Derechos nacionales internos. Por su parte, el art. 20 se apresura a establecer la primacía de las normas de Derecho internacional privado institucional (Directivas y Reglamentos) sobre el propio Convenio de Roma. Esta última solución no sólo es coherente desde la perspectiva del sistema de fuentes, sino desde un punto de vista funcional: la generalidad del Convenio de Roma es incapaz de absorber las exigencias particulares del Mercado Único respecto del régimen de Derecho privado y, por ende, de

Derecho internacional privado, en sectores concretos de la contratación. Por ello es comprensible que las incoherencias de reglamentación que se han producido entre el Convenio de Roma y el Derecho derivado comunitario se incardinan precisamente en aquellos sectores de la contratación que cuentan en el propio Convenio de Roma con una reglamentación especial, en particular en el ámbito de los contratos celebrados por los consumidores.

La compatibilidad con el Derecho derivado comunitario es la razón de ser de los puntos 3º y 4º del art. 1. Quedan excluidos del Convenio de Roma los contratos de seguros que cubran riesgos situados en territorio comunitario, si bien sí se incluyen los reaseguros aun en tal caso. La razón de esta exclusión es el régimen especial de Derecho aplicable a tales contratos de seguro contenido en las Directivas 88/357/CEE y 90/619/CEE, adaptado en los arts. 107-109 LCS. La compatibilidad está presente, asimismo, en las exclusiones relativas a las obligaciones cambiarias [art. 1.1º ap. c)], y a los convenios de arbitraje y de elección del foro [art. 1.1º ap. d)]. La exclusión facilita la convivencia del Convenio de Roma con el Derecho uniforme ginebrino en materia cambiaria, que rige en una parte considerable de Estados miembros de la Unión Europea, si bien la propia especificidad del régimen de circulación de los títulos-valor aconsejaba igualmente tal exclusión. Lo mismo cabe decir de los acuerdos de elección de fuero y de sumisión a arbitraje. Los primeros cuentan con una reglamentación en el propio art. 17 del Convenio de Bruselas, y en cuanto al arbitraje, los Estados parte ya participaban prácticamente en bloque de los Convenios de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras y de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional.

Resulta, sin embargo, discutible la exclusión genérica del Derecho de sociedades del art. 1.1º ap. e). Es indudable que el Convenio de Roma debe ser compatible, en este punto, con las propias normas comunitarias relativas a la política de sociedades, y que este sector del ordenamiento tiene una dimensión institucional que escapa razonablemente de un régimen de obligaciones contractuales. El problema, sin embargo, estriba en determinar el alcance de la expresión “cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades” y de la relación ejemplificativa de aspectos que se contiene en el propio precepto. Menos reservas suscita la exclusión de la representación y sus efectos, que no del contrato de agencia o mandato [art.1.1º ap. f)], y la de los aspectos procesales y probatorios, secularmente sujetos a la *lex fori*. En este último caso, conviene recordar que las presunciones legales (art. 14.1.º), la *forma ad probationem* (arts. 9 y 14.2º), la prescripción y la caducidad [art.10.1º ap. d)] tienen una calificación sustantiva que implica su sujeción a las reglas previstas en el Convenio de Roma.

8. Dentro de las acciones que deben emprenderse a fin de alcanzar un mayor grado de compatibilidad entre los ordenamientos jurídicos europeos figura expresamente la revisión del Convenio de Roma de 1980. A este respecto la Comisión Europea presentó a finales de 2002 un “Libro Verde” relativo a la cuestión de si conviene transformar el Convenio de Roma de 1980 en un instrumento comunitario propiamente dicho (Reglamento o Directiva), y modernizarlo en cuanto al fondo. Otras cuestiones incluidas en el libro poseen un carácter más técnico: son las relativas a la evaluación de las normas actuales sobre la protección del consumidor y a la necesidad de normas de conflicto aplicables al arbitraje, al desplazamiento temporal, a la compensación legal, a los pagos subrogatorios, y a la oponibilidad. En términos generales existe conformidad con la propuesta de la Comisión Europea para transformar el Convenio de Roma 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 del Convenio de 1980, siempre estará sometido a las limitaciones de una alternativa puramente conflictual en la unificación del Derecho europeo de los contratos.

IV. Los Principios europeos de Derecho de los contratos

9. Al margen de la referida alternativa, en los medios comunitarios hay una conciencia generalizada que la existencia de los Códigos civiles estatales y el propio papel del Derecho internacional privado constituyen una importante barrera hacia la integración. Por eso las acciones comunitarias no han quedado limitadas, como en otros tiempos, a resolver los problemas suscitados por las relaciones transfronterizas. La voluntad de superar el pasado forjando un Derecho común de obligaciones reposa en el carácter fragmentario de la armonización europea. Por descontado, las disposiciones del Convenio de Roma de 1980 y las de la Convención de las Naciones Unidas de 1980 podrían constituir en el futuro un fundamento jurídico común; sin embargo por sí mismas no están en disposición resolver por completo el problema de las relaciones jurídicas transfronterizas en el sector contractual. Y es también factible hallar en el acervo comunitario instrumentos cuyo carácter “puntual” es sólo aparente. Hasta la fecha la Comunidad Europea ha aprobado numerosas Directivas para la unificación de problemas concretos en el ámbito del Derecho privado, que tuvieron 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. 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 determinadas ramas del Derecho privado (y, en particular, el Derecho contractual) han desarrollado normas comunes gracias a la armonización progresiva realizada a escala comunitaria.

Todo ello ha generado un ambiente favorable a la construcción del Derecho privado a partir una supuesta tradición jurídica europea comúnmente aceptada¹³ y de la existencia de una serie de instituciones y de principios jurídico-privados coincidentes en las legislaciones del área considerada¹⁴. 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. Lando¹⁵, en que se detallan “principios comunes” en los países 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 mandantes. Con ello, se supera la posición tradicional contraria a la posibilidad de elección de una ley no estatal que se recoge en el art. 3 Convenio de Roma de 1980, al menos según la interpretación clásica de este precepto. Dichos principios, por lo demás, confieren una respuesta acertada a

¹³ Vid., desde una posición muy crítica: “la inconveniencia de un Código civil europeo”, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo, op. cit.*, Granada, Comares, 2002, pp. 279 ss.

¹⁴ R. Schulze, “Le droit privé commun européen”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 47, 1995, pp. 18 ss.

¹⁵ 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 dei contratti”, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 171 ss. En la doctrina española, Vid. L. Díez-Picazo, E. Roca y A.M. Morales, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

una incongruencia propia del sistema europeo que permitía el empleo de una ley no estatal, la *lex mercatoria*, para la elección de fuero (art. 23 Reglamento 44/2001) y no la admitía como Derecho aplicable¹⁶. Dichos Principios pueden aplicarse como parte de la *lex mercatoria*, ya que ésta incorpora los usos y costumbres internacionales del comercio internacional (art. 1.101.3º), o pueden servir para colmar las eventuales lagunas sobre el Derecho aplicable (art. 1.101.4º). Con ello estaríamos ante un Derecho común europeo para comerciantes y no comerciantes, y ante la desaparición de la dualidad entre Derecho civil y mercantil por considerarse que no existen problemas específicos en ambas materias¹⁷. 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 UE¹⁸.

10. Un instrumento de estas características constituye un material precioso 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 miembros¹⁹. Y por si esto fuera poco existe una compatibilidad manifiesta entre los PECL y los resultados de la unificación internacional del sector puestos de manifiesto, por ejemplo, en el Convenio de las Naciones Unidas de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

Pese a estas bondades, esta iniciativa ha sido objeto de importantes críticas por los juristas de tradición romanista, para quienes la existencia de un “Código” justifica una cierta manera de pensar a la que no están dispuestos a renunciar²⁰ y supone la materialización de una vieja pretensión académica que siempre aspiró a explicar un texto único aplicable a todos los Estados de la UE²¹. Rechazando estos reproches categóricamente puede afirmarse que con los con los PECL y con los Principios Unidroit estamos ante experiencias que se ajustan a los modernos planteamientos en orden a la reglamentación de los contratos. Una comparación entre ambos registra una evidente similitud como no podría ser menos en función de que los dos textos fueron elaborados por un gran número de redactores comunes y de manera simultánea, con una fluida comunicación entre los miembros integrantes de ambas comisiones redactoras. No obstante los Principios Unidroit se elaboraron para describir las normas generales que deben regir los contratos comerciales internacionales, mientras que los PECL se han limitado a regular los contratos intracomunitarios o exclusivamente internos

¹⁶ Cf. S. Sánchez Lorenzo, “La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2003, p. 380.

¹⁷ O. Lando, “El Derecho contractual europeo en el tercer milenio”, *Derecho de los negocios*, nº 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”, (S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero, eds.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 258-259.

¹⁸ 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...*, *op. cit.*, pp. 275-291.

¹⁹ 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, Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 231-240.

²⁰ P. Legrand, “Sens et non-sens d’un Code civil européen”, *Rev. int. dr. comp.*, 1996, pp. 779-812.

²¹ J. Plaza Penadés, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, *Derecho patrimonial europeo...*, *op. cit.*, p. 315.

desbordando la categoría de comercial. Desde el punto de vista de la metodología utilizada los PECL se asemejan más a los *Restatements* americanos que los Principios Unidroit en la medida en que cada disposición va acompañada de sus antecedentes, tanto de los Derechos nacionales como de los convenios internacionales, y de sus correspondientes comentarios de gran utilidad a la hora de la interpretación²².

V. Una nueva vía de solución de carácter conflictual: el instrumento comunitario de carácter opcional y la reforma del art. 3 del Convenio de Roma de 1980

11. 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 ha decantado por descartar la construcción de un Código contractual europeo vinculante para los Estados miembros y avanzar en otras líneas de actuación. 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 contratos²³ 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 jurídicos²⁴. 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. Dicho instrumento ha sido calificado, con poca fortuna, como el “esperanto del Derecho” pues para llegar a una situación equiparable la empresa no tendría ningún sentido.

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 en el mercado” excluyendo cualquier diversidad jurídica que pueda implicar una disfunción en el mercado interior. Por eso, como ha puesto de relieve S. Sánchez Lorenzo, al margen de que un “Código” puede un instrumento político, de entrañar el riesgo de un déficit democrático y de ir en contra de la nueva cultura jurídica basada en

²² C. Kessedjian, “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. 641-470, esp. p. 646.

²³ D. Staudenmayer, “The Commission Action Plan on European Contract Law”, *European Review of Private Law*, 2003,2, p. 127.

²⁴ *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 (en prensa).

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”²⁵. No en vano 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 individualmente²⁶.

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.

12. La existencia de un instrumento de este tipo obliga, como se ha indicado, a rechazar la lectura tradicional, aunque no unánime, del art. 3 del Convenio de Roma y a propugnar su reforma de acuerdo a los nuevos tiempos. Frente a la posición continuista que considera que sólo los sistemas jurídicos con base estatal constituyen un cuerpo de reglas jurídicas coherente y completo, otras opiniones propugnan, al contrario, que la elección de normas no estatales puede constituir una elección de “ley” tal y como se contempla en el art. 3 del Convenio de Roma; y una de las razones alegadas en favor de una solución de este tipo es que no procede denegar esta práctica al juez ordinario cuando, en muchos Estados, se admite para los árbitros. El operador jurídico no puede ignorar la existencia nuevos conjuntos normativos de origen privado acomodados a las necesidades del comercio internacional y susceptibles de dar respuestas en ocasiones mucho más adecuadas a las que puede ofrecer la legislación contractual de un Estado concreto; y en otras ocasiones mucho más equilibradas a una determinada transacción que, de someterse a una ley estatal supondría un evidente desequilibrio entre las partes contratantes.

La salvedad contenida en dicho precepto al referirse a una “ley” deriva de la propia terminología que utiliza toda vez que su ámbito de aplicación se limita a las situaciones que impliquen un “conflicto de leyes” entendiéndose que tales leyes son exclusivamente estatales. A partir de esta lectura no les sería posible a las partes incorporar al contrato ni las normas contenidas en un eventual instrumento europeo de alcance general o sectorial²⁷ ni, por descontado, la *lex mercatoria*. El interrogante gira, pues, en torno a la necesidad de modificar el referido art. 3 para dar entrada a los bloques normativos en

²⁵ S. Sánchez Lorenzo, “Hacia un Código civil europeo”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 388-399.

²⁶ 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 (en prensa).

²⁷ Las abundantes referencias bibliográficas acerca de la polémica sustentada por esta postura radical se recogen en 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* t. II, Madrid, 2005 (en prensa).

principio excluidos. Además, desde la perspectiva del Derecho internacional privado vigente, la introducción de un instrumento opcional comunitario en materia contractual abre otros interrogantes en torno a: las relaciones entre el instrumento opcional y el Convenio Roma de 1980 o futuro Reglamento comunitario²⁸; la exigencia de revisar el Convenio/Reglamento Roma I, en el sentido apuntado por la Comisión en la cuestión nº. 8 del Libro verde de enero de 2003; y la introducción de un Derecho internacional privado de los contratos que tenga en cuenta las exigencias de la integración europea²⁹.

13. Hoy por hoy, una cierta interpretación del Convenio permite únicamente la elección de una ley estatal para regir el contrato y sería menester proceder a una sustancial modificación del mismo para permitir a las partes remitirse a las opciones que estamos examinando incluido el referido documento opcional. Los redactores del Convenio, cayendo víctimas de la moda conflictual de la época, se basaron en un principio vago (aplicación del Derecho del Estado con el cual el contrato tiene “los vínculos más estrechos”), lo cual no cuenta con una aceptación generalizada. Por tanto la balanza se inclinó a favor de la conveniencia de trasladar al juez la tarea de localizar, a falta de elección de las partes, el ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el contrato, permitiéndole resolver, caso a caso, la cuestión de la ley aplicable.

La cuestión no es, con mucho, pacífica³⁰. La denominada “Comisión Lando” y el “Grupo Hondius” son decididamente seguidores de una nueva redacción del precepto para permitir la inclusión de normas no estatales para regir el contrato incluyendo tanto la *lex mercatoria*, los principios Unidroit o el eventual instrumento europeo³¹; siendo secundado por los gobiernos de los Países Bajos y de la República Checa (con referencias expresas a la admisión de la *lex mercatoria*). Esta es también la línea seguida no sólo por el Unidroit, lo que es totalmente comprensible, sino por prestigiosas instituciones científicas como el Max Planck Institute³², en cuya propuesta de nueva redacción del art. 3 del Convenio de Roma se establece que las partes pueden elegir como ley aplicable a) la ley de un Estado determinado; b) un convenio internacional o c) los principios generales del Derecho tales como los principios Unidroit o los PECL; referencia a convenios internacionales y a principios generales del Derecho que se recoge, asimismo, en la propuesta de modificación del Grupo Nórdico de Derecho internacional privado. Ni que decir tiene que esta posición es respaldada con calor por la denominada sociedad internacional de comerciantes a cuyo frente se sitúa la Cámara Internacional de Comercio³³, aunque, curiosamente, no

²⁸ El tránsito de Convenio a Reglamento ofrece interés por lo que implica de mayor coherencia de la política legislativa comunitaria en materia de DIPr, basada en la letra c) del art. 61 TCE. Supone, asimismo, la atribución de una competencia de interpretación al Tribunal de Justicia en mejores condiciones que hasta la fecha; y ello sin olvidar la eventual flexibilidad en la aplicación de normas de conflicto uniformadas en los nuevos Estados miembros.

²⁹ Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización. Bruselas, 14.1.2003, COM(2002) 654 final.

³⁰ Gran parte de las posiciones que se recogen en el presente estudio están extraídas de las respuestas a la cuestión 8ª del Libro Verde de la Comisión de enero de 2003, y se recogen en http://europe.eu.int/comm/justice_home/new/consulting-public/rome_i.

³¹ O. Lando y C. von Bar, *Communication on European Contract Law. Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, http://www.sgecc.net/media/download/stellungnahme_kommission_5_final1.pdf, pp. 36-37 (nº 70-72).

³² Grupo de Trabajo Roma I, coordinado por el profesor J. Basedow.

³³ ICC, Doc. 373-33/8, 3 octubre 2003.

se registra una completa unanimidad sobre todo cuando se trata de contratos bancarios³⁴ o de contratos que vinculan a pequeñas y medianas empresas³⁵. Por el contrario, el denominado “Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado”, pese a ciertas inflexiones, es partidario en principio de no modificar el precepto³⁶ y en la misma dirección se sitúan ciertos Gobiernos de los Estados miembros como Finlandia o el Reino Unido.

14. Cualquier resultado que se obtenga en tal sentido supondría una seria alternativa a la *lex mercatoria* en su formulación tradicional, aunque tendría la virtud de incorporar su contenido esencial desde una perspectiva codificadora³⁷. El Derecho comunitario, a diferencia de la *lex mercatoria*, es un Derecho coexistente con los Derechos de los Estados miembros; pero también es un ordenamiento jurídico de carácter incompleto y no puede desconocerse que las partes si se deciden a remitirse a un instrumento europeo en materia contractual siempre realizarían una elección parcial de la *lex contractus*. Por esta razón el juez seguiría teniendo un papel relevante en la determinación del Derecho estatal aplicable a las cuestiones no contempladas expresamente por el referido instrumento comunitario. Se trata de una materia que no es nueva, pues existe abundante práctica arbitral donde, al margen de las previsiones del Convenio de Roma, las partes se refieren expresamente al Derecho comunitario³⁸, a un acto comunitario, sin aludir a una ley concreta de un Estado miembro, reservándose la función de establecer la equivalencia de las legislaciones en presencia a los árbitros³⁹. De aprobarse una

³⁴ Por razones de seguridad jurídica, de acuerdo con la *London Investment Banking Association* (15 septiembre 2003) o integrando la *lex mercatoria* exclusivamente la “autonomía material”. Vid. las observaciones de la *Fédération Bancaire Française*, de 5 de septiembre de 2003.

³⁵ Por ejemplo la Cámara de Comercio e Industria de París entiende que en una futura reforma del art. 3 del Convenio de Roma la referencia a la ley debe entenderse con carácter *strictu sensu* en favor de las PYMES que no cuentan, a juicio de la entidad, con asesores jurídicos expertos en comercio internacional. De esta suerte el ámbito de la *lex mercatoria* debería quedar reducido al arbitraje. Vid. Rapport de G. Pallaruelo, adoptado el 3 de julio de 2003, *La loi applicable au contrat: vers une communitarisation et une modernisation de la Convention de Rome de 1980*, París, Chambre de Commerce et d’Industrie de París, pp. 12-14.

³⁶ En la Doudécima reunión del Grupo (París 20-22 de septiembre de 2002), se encargó el estudio de esta cuestión a un “Subgrupo” *ad hoc* que no ha conseguido resultados espectaculares (5 <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-12t.html>; nota de J.D. González Campos y A. Borrás, *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 1066-1067). El subgrupo propuso en un primer momento una solución favorable a la admisión de reglas no estatales aunque pero no llegó a adoptar a una posición unánime. Después de haber llamado la atención de que la doctrina mayoritaria asimila la elección de normas no estatales (*lex mercatoria*, principios Unidroit, principios de Derecho europeo de los contratos, ley estatal surgida de una cláusula de estabilización que excluye las modificaciones de esta ley posterior a la conclusión del contrato...), a una simple elección de Derecho material, dependiente desde entonces de la ley aplicable, el subgrupo vaciló, especialmente con motivo de la incidencia sobre el arbitraje, acerca de la necesidad de incluir esta materia, decidiéndose por agregar después de la primera frase del párrafo primero, la siguiente precisión: “*La portée du choix d’un corps de règles non étatiques ou d’une loi étatique stabilisée au jour du contrat est déterminée par la loi étatique objectivement applicable au contrat*”. Vid. M. Fallon, “Proposition de modification de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Rev. belge. dr. int.*, vol. 33, 2000, pp. 640-648.

³⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 35 ss.

³⁸ J.J. Burst, “L’arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes”, *Rev. arb.*, 1979, pp. 105-115; W. Brown, “Commercial Arbitration and European Economic Community”, *Journal International Arbitration*, 1985, pp. 21-44.

³⁹ S TJCE de 23 de marzo de 1982, asunto 102/81: “Nordsee”, *Rec.* 1982, pp. 1108-1112; X. de Mello, “Arbitrage et droit communautaire”, *Rev. arb.*, 1982, pp. 349-403.

iniciativa del tipo del instrumento opcional, en caso de conflicto correspondería al juez rechazar o admitir, por ejemplo, la acción de una norma imperativa de una ley nacional respecto a la *lex contractus*.

Mas por el momento no parece que esta opción goce de gran consideración como han puesto de relieve los sectores involucrados que han sido objeto de consulta⁴⁰. Bien entendido que un instrumento opcional, de carácter global o sectorial, deberá respetar, en todo caso, la libertad contractual coexistiendo con las Derechos nacionales en vigor. De esta suerte las partes podrían elegir el instrumento europeo como Derecho aplicable al contrato con el mismo título que si fuera un Derecho nacional aplicable en virtud de las normas de DIPr. No obstante, la elección de un Derecho comunitario uniforme contenida en un instrumento europeo no relevaría al juez de indagar, la *lex contractus* aplicable y esta combinación normativa no dejará de suscitar dificultades. Asimismo, la existencia de un instrumento europeo deja abiertas una serie de incertidumbres sobre todo en función de la existencia de la Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional de mercancías a la que están incorporados la mayor parte de los países de la UE. En todo caso, la determinación de si el instrumento opcional puede ser elegido por las partes en un contrato se vincula al problema general de la designación de las “normas de Derecho” y se inserta en el actual proceso de modernización y eventual comunitarización en instrumento comunitario del Convenio de Roma de 1980⁴¹.

VI. Consideraciones finales

15. Un mercado interior eficaz y coherente obliga a la eliminación progresiva del particularismo entre las legislaciones nacionales, más allá del régimen de los contratos, extendiéndose hacia otros muchos sectores del Derecho privado: responsabilidad extracontractual, derechos reales, sociedades, situaciones concursales, etc. En el estado actual del Derecho comunitario, la limitación de las competencias de la Comunidad Europea impide alcanzar este objetivo desde el Derecho privado comunitario; por eso en la hora actual este ordenamiento comunitario sólo puede aspirar a desarrollarse por el mismo cauce puntual y fragmentario por el que ha discurrido hasta ahora, aunque tampoco han faltado críticas a la legitimidad competencial de algunas Directivas. Y, a este respecto, es menester distinguir entre ámbitos en los que sería necesaria una armonización por razones de operabilidad del mercado interior y por la necesidad de facilitar los intercambios comerciales y asegurar la efectividad de las decisiones judiciales, y aquellos otros ámbitos en los que no sea posible proceder de esta forma. Únicamente en los supuestos que tengan implicaciones transfronterizas es pertinente

⁴⁰ N. Reich, “Critical Comments on the Commission Communication ‘On European Contract Law’”, *An Academic Green Paper on European Contract Law* (S. Grundmann y J. Jules Stuyck, eds.), La Haya, Kluwer, 2002, pp. 283-291; B. Campuzano Díaz, “El plan de acción para un Derecho contractual europeo más coherente”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, pp. 289-309; J.C. Fernández Rozas, “El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, *Obra homenaje al profesor Didier Operti Badán* (en prensa).

⁴¹ A.M. López Rodríguez, “The Revision of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations—A Crucial Role within the European Contract Law Project?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, 2003, pp. 341-367 y, con carácter general, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into Community Instrument and its Modernisation”, *Rebels Z*, vol. 68, 2004, pp. 1-118.

una armonización en una primera etapa. En los demás casos, la armonización no es necesaria y en muchos casos tampoco factible.

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.

16. La pervivencia en ciertos círculos jurídicos de una determinada concepción de “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 XX⁴².

17. 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

⁴² C.M. Shmitthoff, *Commercial Law in Changing Economic Climate*, 2ª ed., Londres, 1981, p. 13.

interesadas⁴³. Y es que en materia contractual más importante que enseñar Historia del Arte es enseñar a pintar.

⁴³ “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo” de 11.07.2001COM(2001) 398 final.