

## **LA FUNCIÓN DE LAS TÉCNICAS CONFLICTUALES EN LOS PROCESOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO MATERIAL**

Sixto SÁNCHEZ LORENZO  
Catedrático de Derecho Internacional Privado.  
Universidad de Granada (España)

SUMARIO: I. Introducción. II. Técnicas conflictuales y unificación global. 1. El juego de los Derechos estatales en los Principios Unidroit. La superación de la dicotomía entre autonomía material y conflictual: la autonomía conflictual mercatoria. III. Técnicas conflictuales y unificación regional. 1. La función del Derecho conflictual en el Derecho privado europeo. 2. Delimitación del ámbito de aplicación espacial del Derecho privado europeo. IV. Conclusión

### **I. INTRODUCCIÓN**

1. En la era de la globalización se justifica una natural inclinación a la defensa de la unificación del Derecho a escala universal. Dicha unificación habría de afectar de forma directa y principal al Derecho privado, al menos si reconocemos que el fenómeno de la globalización hace referencia primordial a la unificación del mercado, la liberalización de los intercambios comerciales y el libre tránsito de los elementos productivos. A un mercado global habría de corresponder un Derecho global. Por otra parte, fenómenos íntimamente unidos a la globalización, como Internet y los medios universales de comunicación, crean un espacio propiamente internacional dónde se desarrollan relaciones jurídicas que difícilmente pueden ser resueltas con las viejas concepciones conflictuales, asentadas en el siglo del Estado, de Hegel y de Savigny.

No es mi intención entrar a valorar un concepto excesivamente esquivo que me sugiere muchas críticas, como el de la “globalización”, pero parece evidente que las técnicas conflictuales nacen y se entroncan con una concepción del Derecho muy característica del siglo XIX, como ha evidenciado con sumo acierto J.D. González

Campos<sup>1</sup>. El siglo XX al tiempo que lleva a la quintaesencia las teorías del Derecho basadas en la idea de Estado (H. Kelsen) inicia la crisis del propio Estado esencialmente como fórmula jurídica, a través de procesos de integración económica, jurídica y política que no hacen más que testificar la propia evolución de la humanidad y el empequeñecimiento del planeta ante el imparable desarrollo de las comunicaciones y de las tecnologías. Este simple hecho bastaría para desmitificar un procedimiento de reglamentación o toda una concepción del Derecho internacional privado que conocemos como “conflictual”. En definitiva, y al margen de otras críticas tradicionales en torno a su neutralidad, rigidez o generalidad, el hecho de resolver cuestiones transfronterizas a través de la aplicación de un Derecho nacional repugna en sí mismo una visión más cosmopolita o globalizadora acorde con las necesidades palpables en el siglo XXI.

Admitido lo anterior, resulta más difícil prescindir del método que criticarlo, pues la alternativa razonable al Derecho conflictual no puede ser otra que una unificación material del Derecho privado a escala universal, al menos válida para regir las situaciones transfronterizas. Y es lo cierto que, hoy por hoy, en el ámbito del comercio internacional aún no se ha conseguido prescindir de forma significativa de la aplicación de un Derecho nacional como recurso para resolver las controversias jurídicas internacionales. Las razones para explicar la resistencia de las soluciones conflictuales son diversas. Además del tradicional conservadurismo de los sistemas jurídicos y de las doctrinas que los amparan, es preciso destacar la raigambre de las diversas culturas jurídicas nacionales y, de modo particular, la tortuosa convergencia entre el *common law* y los sistemas romano-germánicos. Vinculado al hecho de la diversidad cultural, la unificación del Derecho material sufre de forma singular los inconvenientes de la diversidad lingüística y la dificultad de proporcionar cauces eficientes de interpretación uniforme, inconvenientes que eluden las soluciones conflictuales tradicionales. Pero, sobre todo, la pervivencia del método conflictual se debe, más que a sus méritos, a los deméritos que han ido acumulando los procesos de unificación emprendidos durante el siglo XX. En la mayoría de los casos, los mecanismos de unificación material se han basado en fuentes duras, de naturaleza convencional o legal, cuyo procedimiento de adopción se ha mostrado costoso e ineficiente. Los procesos de elaboración de convenios internacionales no sólo han sido protagonizados por los Estados, sino por

---

1. “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez Menéndez*, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 5.239-5.270.; “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé (Cours général)”, *R. des C.*, t. 287 (2000), esp. pp. 27-66.

Estados que han defendido en la medida de lo posible sus intereses culturales y la imposición de su modelo jurídico. La adopción del texto uniforme se ha basado en muchos casos en soluciones transaccionales que impedían una verdadera unificación (Derecho ginebrino en materia de letra de cambio o cheque), e incluso en los pocos textos que pueden considerarse exitosos (Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías) no faltan las lagunas y disparidades interpretativas que reflejan la “guerra de modelos jurídicos” que tuvo lugar durante su difícil y largo proceso de adopción.

En el contexto analizado, el Derecho uniforme nunca ha sido rival digno del Derecho conflictual, al menos hasta el advenimiento de dos circunstancias que amenazan con vencerlo de forma definitiva. La primera tiene que ver con la aparición de técnicas de unificación *soft*, como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales o los Principios de Derecho contractual europeo (PECL). Estas nuevas fórmulas de codificación suponen un punto de encuentro muy potente entre la *lex mercatoria* -hasta el momento bastante inconsistente, indefinida y circunscrita al entorno arbitral – y la codificación en sentido tradicional. Su mayor depuración técnica, fruto a la vez de la independencia y de la preparación de sus creadores, permiten salvar con mayor éxito algunas de los inconvenientes más clásicos de la unificación del Derecho privado contractual (*ad. ex.* la concurrencia de la causa de los contratos), y se muestran más inteligentes al medio y largo plazo, flexibles y plurifuncionales. Seguramente algunos dirían que, frente al Derecho conflictual (*hard*, moderno y machista), las nuevas técnicas de armonización *soft* son más postmodernas o femeninas. Nosotros nos contentamos con afirmar que son, simplemente, más adecuadas a la realidad histórica.

La segunda circunstancia destacable aparece referida a los procesos de integración económica y jurídica supranacionales, cuyo mejor exponente es la Unión Europea. En una fase avanzada de la integración, la disolución de los Derechos nacionales sucede a la disolución original de las fronteras aduaneras, suscitando dificultades singulares, pero, sobre todo, asignando a las técnicas conflictuales un papel harto diferente<sup>2</sup>.

Pero en ambos escenarios, regional y universal, la cuestión de la unificación del Derecho material y la sustitución del método conflictual plantea en realidad la misma cuestión crucial, a saber, hasta qué punto las necesidades económicas, comerciales, sociales o la mera justicia avalan una respuesta uniforme, y en qué medida dicha

---

2. Vid. S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002.

respuesta es no sólo factible, sino deseable y proporcionada al esfuerzo y al abandono de las idiosincrasias nacionales. Se trata de sopesar valores de muy distinta naturaleza y gravedad diversa según la materia, los intereses, el contexto geográfico, el alcance de la propia unificación y el grado de diversidad real de los sistemas jurídicos, para lo que no existe una fórmula matemática.

2. El planteamiento hecho hasta ahora sitúa en un mismo plano, como técnicas normativas alternativas, al Derecho conflictual y al Derecho uniforme. Se parte, pues, de una consideración como puras técnicas normativas de las normas de conflicto o de la unificación del Derecho privado material. Y este aserto encierra en realidad una negación de la sustantividad propia tanto del Derecho conflictual (*Kollisionsrecht* en concepciones como la de G. Kegel) como del Derecho uniforme, reivindicadas por las concepciones positivistas del Derecho internacional privado más formalistas y normativistas<sup>3</sup>. En efecto, desde una concepción material del Derecho internacional privado, como la que defendemos, su objeto y su objetivo se confunden, tratando de dar una solución adecuada al régimen de las situaciones jurídico-privadas internacionales, procurando su continuidad<sup>4</sup>. Que dicha solución dependa de resolver la cuestión del Derecho aplicable a través de un Derecho estatal o de normas materiales de alcance transnacionales es algo puramente adjetivo.

3. Finalmente, conviene relativizar asimismo el carácter excluyente de la opción entre el Derecho conflictual (o Derecho internacional privado para las tesis formalistas

---

3. En la obra de M. Aguilar Navarro (*Derecho internacional privado*, vol. I, t.I. 4ª ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1976, pp. 29-30) puede hallarse una clara síntesis de esta concepción formalista del Derecho uniforme basada en su triple autonomía: “sustantiva (por cuanto regula relaciones que desde el punto de vista sustantivo no son parte del Derecho interno); legislativa (apoyada en los convenios o tratados que constituyen el cauce clásico y principal de formación del Derecho uniforme); y autonomía científica (al existir un complejo de nociones y métodos peculiares)”. La cita de M. Aguilar Navarro reproduce esquemáticamente la idea desarrollada por P.G. Vallindas en torno a la autonomía del Derecho uniforme, utilizando idéntica terminología: “International Uniform Law possesses so-called legislative autonomy, i.e., its rules are based on separated legal texts contained in international conventions... International Law possesses also substantive autonomy considering that they govern relationships non quite identical – from the substantive point of view – whit those lying within the province of municipal law... International Uniform Law which possesses the traits of legislative and substantive autonomy, must –in consequence- also acquire scientific autonomy, that is, it must become the subject of separate scientific treatment and special instruction of the academic level” (*vid.* “Autonomy of International Uniform Law”, *Rev.hellén.dr.int.*, vol. 8, 1955, pp. 9-12).

4. *Vid.* G. Pau, “Diritto internazionale private *de iure condendo*”, *Riv.dir.int.*, vol. LXXI, 1988, fasc. 2, pp. 286-287.

tradicionales) y el Derecho material uniforme o unificado<sup>5</sup>. Muy al contrario, el Derecho privado material uniforme difícilmente podrá prescindir del Derecho conflictual. La referencia a un Derecho estatal puede jugar un papel complementario o residual de cierta relevancia, no sólo para integrar aquellas lagunas del Derecho uniforme que no quepa rellenar mediante desarrollo judicial o conceptos autónomos del Derecho uniforme<sup>6</sup>, o para determinar la interpretación a seguir en caso de duda sobre el alcance del texto uniforme<sup>7</sup>. Además de estas funciones generales, el recurso a un Derecho estatal puede responder a necesidades y objetivos más singulares, como enseguida veremos.

## II. TÉCNICAS CONFLICTUALES Y UNIFICACIÓN GLOBAL

### 1. El juego de los Derechos estatales en los Principios Unidroit

4. La unificación del Derecho privado parece apuntar, en los albores del siglo XXI, a técnicas de *soft law*. Acaso el mejor exponente de dicha unificación son los Principios sobre los contratos comerciales internacionales alumbrados en 1995 en el seno del UNIDROIT<sup>8</sup>. Su propósito es proporcionar un marco de reglas materiales aplicables a los contratos comerciales internacionales, incluso suplir las lagunas de la *lex contractus* o de los convenios internacionales de Derecho uniforme que resulten aplicables, amén de servir como *ratio scripta* o ley modelo para la legislación estatal o internacional (Preámbulo).

Sin duda los Principios UNIDROIT son un conjunto muy completo de reglas sobre los contratos mercantiles, quizás muy superior técnicamente a cualquier reglamentación nacional. Pero, al margen de las eventuales lagunas que los Principios pudieran presentar, es dable preguntarse si en sí mismos y respecto a las cuestiones

---

5. *Vid.* una muestra de este planteamiento en A. Malintoppi, “Les rapports entre droit uniforme et droit international privé”, *R. Des C.*, t. 116 (1965-III), pp. 5-87, esp. pp. 16-24). *Cf.* J.C. Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 5.209-5.210.

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

7. *Anwendungsbestimmende Funktion*, *ibíd.*, pp. 184-197.

8. *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, Unidroit, 1995.

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

“Por supuesto, las partes siempre tienen la libertad para someterse a un derecho nacional determinado con el fin de que integre las reglas de los Principios. Una estipulación en este sentido podría expresar: ‘Este contrato se rige por los Principios de UNIDROIT y serán completados por la Ley del país X’, o bien, ‘Este contrato será interpretado y ejecutado de acuerdo con los Principios de UNIDROIT. En todo aquello que no se encuentre reglado por los Principios se aplicará la ley del país X’<sup>9</sup>.

Consecuentemente con dicho principio, el art. 2.13 opta por un criterio de validez del contrato cuando no se precisan cuestiones tangenciales o secundarias que pueden ser integradas con base en los hechos o en el “derecho aplicable”<sup>10</sup>.

5. Amen de esta cautela genérica, salta a la vista es que los mismos Principios incluyen múltiples referencias a los Derechos estatales y, en algunos casos, auténticas referencias a normas de conflicto.

En ciertos casos, se trata de cuestiones que quedan fuera del ámbito de reglamentación de los Principios. Así, en relación con el efecto obligatorio del contrato, el art. 1.3 “no prejuzga los efectos que el contrato pueda tener frente a terceros bajo el derecho aplicable”<sup>11</sup>. Esta exclusión se recuerda con ocasión del tratamiento del derecho de restitución en caso de incumplimiento (art. 7.3.6.): “al igual que los otros artículos de los Principios, el art. 7.3.6 trata de las relaciones entre las partes y no de los derechos que terceras personas puedan haber adquirido sobre los bienes en cuestión. Deberá determinarse conforme al Derecho nacional aplicable si, por ejemplo, un acreedor del comprador, el síndico de la quiebra, o un adquirente de buena fe pueden oponerse a la restitución de los bienes vendidos”<sup>12</sup>. Igualmente, se excluyen los supuestos de nulidad

---

9. Pág. 17.

10. Pág. 48.

11. Pág. 10.

12. Pág. 207.

del contrato por incapacidad, falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad (art. 3.1)<sup>13</sup>. Asimismo, la validez de las cláusulas inmunes a la anulación total o parcial de un contrato (art. 3.17), tales como las de arbitraje, elección de fuero o elección de la ley aplicable, escapan hacia el derecho nacional: “la norma de derecho interno que resulte aplicable determinará si dichas cláusulas continúan vigentes a pesar de la anulación del resto del contrato”<sup>14</sup>. O se recuerda que el procedimiento de imposición de una “penalidad judicial” (*punitive damage*) en virtud del art. 7.2.4. se rige por la *lex fori*<sup>15</sup>.

En otras ocasiones, el Derecho nacional es tratado como un elemento de “hecho” que ayuda a interpretar o integrar el sentido de algunos Principios, confiriendo a la conducta de las partes una distinta significación a tenor del modelo jurídico nacional en que acostumbren a operar. Por ejemplo, el art. 2.4 suscita la cuestión de en qué medida la fijación de un plazo puede implicar un indicio irrevocabilidad tácita. A tal efecto, los Principios señalan que “si el oferente opera dentro de un sistema jurídico donde el señalamiento de un plazo se considera un indicio de irrevocabilidad, se presume que al señalar un plazo el oferente tiene el propósito de mantenerla irrevocable durante ese plazo. Si, por otra parte, el oferente opera en un sistema jurídico donde el señalamiento de un plazo para la aceptación no constituye indicio suficiente de irrevocabilidad, por lo general no se atribuirá al oferente la intención de mantener la oferta irrevocable durante dicho plazo”<sup>16</sup>. De igual modo, la contemplación prospectiva del propio sistema nacional está en la base de la caracterización como sorprendidas de cláusulas de elección de ley aplicable o de fuero que se contienen en los ejemplos que ilustran el art. 2.20<sup>17</sup>. A su vez, los efectos sobre la validez del contrato de los supuestos de imposibilidad legal sobrevinida (art. 3.3) dependen directamente de si “conforme al derecho bajo el cual se

---

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

14. Pág. 92.

15. Pág. 193.

16. Pág. 33.

17. Pág. 63.

ha dictado la prohibición, ésta tiene el propósito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato”<sup>18</sup>. De forma manifiesta, el error de derecho (art. 3.4) se precisa a la luz de un ordenamiento estatal, y su incidencia es mayor en el tráfico externo “debido a que las operaciones individuales pueden verse afectadas por un sistema jurídico extranjero con el cual una de las partes no se encuentra familiarizado”<sup>19</sup>. El Derecho estatal como hecho determinante aparece asimismo al valorar la diligencia de las partes en la obtención de autorizaciones públicas a tenor del art. 6.1.14: “La parte que debe solicitar la autorización ‘deberá tomar todas las medidas necesarias’ para obtenerla, pero no es responsable ni se obliga a obtener dicha autorización. Dicha parte está obligada a extremar todos los recursos disponibles conforme al derecho local, siempre y cuando cuente con suficientes posibilidades de éxito y que el ejercicio de dichos recursos sea razonable de acuerdo a las circunstancias del caso (v.gr., el valor de la operación, el tiempo empleado). Cuáles son las medidas concretas que deberán ser tomadas dependerá de las regulaciones pertinentes y de los recursos procesales disponibles en el Estado donde se debe otorgar la autorización. Esta es una obligación de medios”<sup>20</sup>.

6. Pero básicamente los Principios UNIDROIT tienen que convivir con las normas imperativas de los Derechos estatales, entendiendo por ellas no las normas de orden público interno o simplemente inderogables por contrato, sino, más estrictamente, las normas materiales imperativamente aplicable al tráfico externo, cualquier que sea la ley que rija el contrato, o de orden público internacional. En efecto, el Preámbulo de los Principios conciben su aplicación como fruto de la autonomía material, pero también de la autonomía conflictual, como auténtica *lex contractus*. Esta opción, sobre la que abundaremos a continuación, sólo parece realista si se reserva el correspondiente espacio al juego de las normas de intervención de origen estatal, pero también de fuente internacional y supranacional. Este principio encuentra reflejo en el principio general contenido en el art. 1.4 de los Principios, bajo la rúbrica “*reglas imperativas*”:

---

18. Pág. 71.

19. Pág. 72.

20. Págs. 146-147.

“Estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”

El principio transcrito, más allá de su alcance general, se evidencia en algunas de las disposiciones y comentarios de los mismos Principios. Así, el comentario al art. 1.1., (principio de la autonomía material y de la libertad contractual) precisa con claridad la incidencia de las normas estatales que restringen la libre competencia en virtud de intereses públicos<sup>21</sup>. Frente al principio de libertad de forma recogido en el art. 1.2, se reconoce que este principio “puede ser dejado de lado, obviamente, en virtud del derecho aplicable... Tanto el Derecho nacional como los tratados internacionales pueden imponer requisitos esenciales de forma, bien sea al contrato en su conjunto, bien a sus cláusulas individualmente consideradas”<sup>22</sup>. Al enunciar el principio “pacta sunt servanda” y el efecto vinculante de los contratos (art. 1.3), los Principios indican que “requisitos adicionales para la celebración válida de un contrato pueden encontrarse en las normas de carácter imperativo del derecho interno o internacional aplicable”<sup>23</sup>. Al tratar el deber de confidencialidad (art. 2.16), se pondera que si el período en que no se debe divulgar una determinada información es demasiado largo “podría contravenir las leyes aplicables que prohíben restricciones a las prácticas comerciales”<sup>24</sup>. Asimismo, se tiene en cuenta, al establecer que cada parte asume los gastos derivados del cumplimiento de sus obligaciones (art. 6.1.11), las modificaciones que resultan de las legislaciones fiscales estatales designando a un obligado al pago distinto de quien debe asumir el gasto, con el consiguiente derecho de reembolso. Especialmente enjundiosa es la disposición contenida en el art. 6.1.14 de los Principios en relación con las exigencias de autorizaciones públicas impuestas por la ley de un Estado como condición de validez o límite del cumplimiento del contrato. El comentario aclara que “estos principios no se ocupan de la relevancia jurídica del requisito de obtener una autorización pública. Qué tipo de autorización es necesario obtener, en el caso de que sea necesario, se determinará conforme al derecho aplicable, incluyendo las normas de Derecho

---

21. Pág. 7.

22. Pág. 9.

23. Pág. 9.

24. Pág. 56.

internacional privado”<sup>25</sup>. Y añaden: “Los requisitos de autorización pública a los que se refiere este artículo son los que determina la ley aplicable o las regulaciones en vigor al momento de celebrarse el contrato. No obstante, estas disposiciones podrán también aplicarse a las autorizaciones públicas que pueden exigirse después de la celebración del contrato”<sup>26</sup>. A su vez, al reglamentar las “penas judiciales” o *punitive damages*, el art. 7.2.4. prevé que la sanción sea satisfecha a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual, “salvo que las normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa”. Al respecto, los comentarios recuerdan que “los ordenamientos jurídicos difieren respecto a si la pena judicial debe pagarse a la parte perjudicada, al Estado o a ambos. En algunos ordenamientos se considera el pago de la pena a la parte perjudicada como una dádiva injustificada que es contraria al orden público. Este artículo rechaza este último punto de vista y apunta a la parte perjudicada como beneficiaria de la pena, pero la primera frase del inciso 2 expresa que las disposiciones de orden público del derecho del foro podrían impedir tal solución, indicando asimismo otros posibles beneficiarios de las penas judiciales”<sup>27</sup>. Finalmente, las normas imperativas justifican la delimitación del régimen de los intereses de restitución contemplados en el art. 7.4.10, que “no se ocupa del problema de los intereses compuestos, que conforme al derecho interno de algunos países se encuentra sujeto a normas de orden público orientadas a proteger a la parte incumplidora”<sup>28</sup>.

7. En definitiva, los propios Principios contemplan expresamente diversos supuestos dónde resulta preceptivo aplicar o tomar en consideración los derechos nacionales. Los hemos expuestos únicamente como recordatorio de una realidad que va

---

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

26. Pág. 144.

27. Pág. 192.

28. Pág. 226.

mucho más allá de estos casos, como sugiere el alcance general del art. 1.4 de los Principios, y sus propias lagunas y problemas interpretativos. Consecuentemente, sólo desde la ingenuidad o la ignorancia puede concebirse el funcionamiento de los Principios, y de cualquier proceso actual de unificación del Derecho privado material, sea blanda o dura, independientemente del juego complementario o restrictivo de los Derechos nacionales y del propio Derecho internacional o supraestatal. Bien es cierto que sus relaciones necesitan un enfoque bien diverso, y acaso opuesto, al propio de los siglos precederos, en que la localización del Derecho estatal era el principio y la intervención del Derecho uniforme el fenómeno residual. En la hora actual hemos de proceder a invertir este esquema, y para ello resulta imprescindible superar la dicotomía clásica entre autonomía conflictual y material.

## **2. La superación de la dicotomía entre autonomía material y conflictual: la autonomía conflictual mercatoria<sup>29</sup>**

8. A pesar de la función esencial que la autonomía conflictual cumple en el comercio internacional, existe la extendida convicción de que las partes únicamente pueden elegir un Derecho estatal. P. Lagarde, uno de los relatores del Convenio de Roma, atribuye dicha limitación al art. 3 del Convenio, que no permite a las partes la designación de la *lex mercatoria*, los Principios UNIDROIT o cualquier otro sistema jurídico no estatal, como ley rectora del contrato<sup>30</sup>. Este criterio ha contagiado incluso el tenor de la *Resolución del Instituto de Derecho Internacional de Basilea de 31 de agosto de 1991*, al dejar fuera de la autonomía conflictual la *lex mercatoria*<sup>31</sup>. Aunque es posible que los tribunales europeos no vayan a interpretar el Convenio de Roma de una forma tan restrictiva, lo cierto es que esta limitación es comúnmente admitida por la doctrina europea<sup>32</sup>. No extraña, por tanto, que en el propio preámbulo de los Principios

---

29. *Vid.* más extensamente F.K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, “Conflictualismo y Lex Mercatoria en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII (2000), 1, pp. 15-47.

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

31. *Cf.* F. Schwind, “Die Rechtswahl Rechtswahl im IPR-Gesetz und nach der Resolution des Institut de Droit international von 1991”, *ZfRV*, 1992, p. 104; F. Vischer, “General Course on Private International Law”, *R. des C.*, t.232 (1992-I), pp. 134-139.

32. La bibliografía es muy voluminosa y los puntos de vista doctrinales difieren ampliamente. *Vid.* entre otros, C. Reithman y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5ª ed., 1996, pp. 62-63; J. Basedow, “Germany”, *A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999, pp. 125, 146-147; K. Boele-Woelki, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of

UNIDROIT se advierta que “cuando las partes deseen adoptar los Principios como el derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje.

La negativa a incluir la *lex mercatoria* como objeto de la autonomía conflictual resulta si cabe menos justificada si se compara con la irrestricta autonomía privada que opera en el ámbito procesal. Por un lado, el propio Convenio de Bruselas de 27 de junio de 1968 remite la regulación de la validez formal de los acuerdos de elección de fuero en el comercio internacional a la *lex mercatoria*: “en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado” (art. 17.I c), disposición que ha sido convenientemente interpretada por varias decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>33</sup>. Resulta paradójico que la *lex mercatoria* sea la encargada de determinar el Tribunal competente cuyas normas de Derecho aplicable resultarán aplicadas, y no pueda determinar el Derecho aplicable. Por otro lado, las partes no tienen límites en la elección del mecanismo arbitral, al fin y a la postre un procedimiento de justicia privada. La *Sentencia del Tribunal Constitucional español (Sala 2ª) núm. 176/1996, de 11 de noviembre*, resulta muy esclarecedora de la amplia dimensión procesal de la autonomía privada en asuntos comerciales. Por una parte se afirma que “aquello que, por voluntad expresa de las partes, se difiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído del conocimiento del Tribunal Constitucional”. Y más adelante se afirma respecto del arbitraje “su función como

---

European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts”, *Uniform Law Review*, vol. 1, 1996, pp. 652, 664-666; B. Dutoit, “The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts”, *European Private International Law*, 1998, pp. 39, 44-45; B. Fauvarque-Cosson, “France”, *A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999, pp. 95, 111-113; F. Ferrari, “Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen”, *JZ*, 1998, pp. 15, 17. A. Kappus, “Lex mercatoria als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht”, *IPRax*, 1993, p. 137; S. Leible, “El significado de los principios UNIDROIT para la seguridad jurídica en el comercio internacional”, *Derecho de los negocios*, sep. 1999, pp. 20. R. Michaels, “Privatautonomie und Privatkodifikation”, *Rabels Z.*, 1998, pp. 580, 596-198; J.C. Wichard, “Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte”, *Rabels Z.*, 1996, pp. 269. 282-290.

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

medio heterónomo de solución de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1. de la Constitución Española). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos”. Y conviene recordar que, en el arbitraje, es lícito decidir en equidad, sin referencia a sistema legal alguno.

Trasladando el análisis procesal al terreno de la ley aplicable, es preciso señalar que la elección por las partes de los principios UNIDROIT o de cualquier otra reglamentación privada no vulnera el principio de legalidad que caracteriza a las Constituciones de los sistemas jurídicos continentales (*ad.ex.* art. 9.3º de la Constitución Española). En el ámbito contractual, la propia voluntad de las partes tiene fuerza de ley (*ad.ex.* art. 1091 del Código civil español), pero, sobre todo, al igual que el laudo arbitral se somete al control jurisdiccional estatal (nulidad del laudo, exequátur), la sumisión por las partes a la *lex mercatoria* no impide que puedan hacerse valer los intereses estatales a través de correcciones como el orden público (art. 16 del Convenio de Roma) o la aplicación de normas imperativas de dirección económica (art. 7 del Convenio de Roma)<sup>34</sup>. En efecto, el hecho de que el art. 3 del Convenio de Roma incluyera la posibilidad de elegir, como Derecho aplicable, la *lex mercatoria*, no impediría buscar un equilibrio entre los intereses de las partes y los intereses públicos. Sin embargo, la forma de hacer valer los intereses públicos no debe ser la negación de la *autonomía conflictual mercatoria*, sino en el recurso excepcional a las normas de orden público del foro o de un tercer Estado por la vía de los arts. 7 y 16. Este es el sentido del art. 1.4 de los Principios UNIDROIT a que hemos hecho referencia más arriba.

9. En consecuencia, la autonomía conflictual mercatoria, o posibilidad de designar como *lex contractus* un régimen como el de los Principios UNIDROIT, es en sí misma inocua<sup>35</sup>. Carece de sentido concebir la autonomía conflictual como medio de

---

34. Vid. K.P. Berger, *Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 1996, pp. 73-75.

35. Pero aún en la interpretación restrictiva acerca del alcance de la autonomía conflictual en el Convenio de Roma, es decir, considerando la imposibilidad de una *autonomía conflictual mercatoria*, en muchos casos se trata de un falso problema. Aunque se considere como un mero pacto *inter partes* (autonomía material), como se desprende de la *Sent. Tribunal Supremo español de 3 de marzo de 1997 (RAJ, núm. 1638)*, ningún ordenamiento jurídico negará la eficacia entre las partes de los INCOTERMS o de las Reglas y Usos Uniformes sobre Crédito Documentario, por lo que su inclusión en el contrato como mero

designación de una ley aplicable estatal orientada a delimitar el alcance de la autonomía material. En la contratación internacional, la demarcación del alcance de la autonomía material debe realizarse exclusivamente a través del juego de las normas imperativas, tanto de la *lex causae* como de la ley del foro o de terceros Estados. En consecuencia, la delimitación entre autonomía material o conflictual debe ser superada, admitiendo la posibilidad de que las partes designen como *lex contractus* un ordenamiento no estatal<sup>36</sup>, sin perjuicio de que quepa una designación, subjetiva u objetiva, de un derecho estatal como sistema residual de cierre o de cobertura de lagunas de la reglamentación no estatal. Los límites a dicha autonomía conflictual mercatoria (o sin adjetivos) los impondrá el juego de las normas materiales imperativas de alcance internacional<sup>37</sup>.

---

pacto o como ley aplicable carece de trascendencia para determinar sus efectos. La referencia al Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en aquellos Estados que no son parte, o la sujeción a los Principios UNIDROIT o a los Principios de Derecho Contractual Europeo, serán prácticas comerciales cada vez más habituales. Es discutible en qué medida determinadas prácticas comerciales internacionales no acaban integrándose en los distintos ordenamientos nacionales. En algunos sistemas, como el español, la costumbre y los usos jurídicos son fuente del Derecho, al igual que la ley. La referencia a la *lex contractus* como ley de un Estado no se limita a la ley en sentido formal, sino al Derecho en su totalidad. Si éste incorpora como parte y fuente del mismo determinadas prácticas comerciales que cumplan una serie de condiciones, incluidas la que se refieren a sus relaciones con las leyes, dichas prácticas habrán de integrarse como ley aplicable. Esta posibilidad permitiría afirmar el papel de la *lex mercatoria*, en tanto parte de la *lex contractus*, como ley aplicable al contrato (*Vid.* al respecto S. Sánchez Lorenzo, “La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *La unificación jurídica europea* (Dir. José Manuel García Collantes), 1999, pp. 150-151). En cualquier caso, esta consideración no impide reclamar, siquiera sea de *lege ferenda*, la posibilidad de una elección directa de la *lex mercatoria* como ley aplicable al contrato.

36. Proponiendo una reforma del Convenio de Roma en orden a la admisión de la autonomía conflictual mercatoria, *vid.* M.J. Bonell, “The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law”, *ERPL*, 1997, pp. 505-517, esp. P. 516. En la doctrina española destaca especialmente el estudio y la interpretación progresista de P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Diritto del commercio internazionale*, 1998, pp. 859-883, esp. pp. 872-878.

37. De hecho, la autonomía conflictual mercatoria avanza en la codificación internacional e interna, como demuestra el art 9 de la Convención Convenio Interamericano sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de México de 17 de marzo de 1994: “El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Dentro de las fuentes de origen estatal, se dan recientes ejemplos que apuntan una evolución de las normas conflictuales en el sentido indicado. La reciente Ley de Derecho Internacional privado de Venezuela (Gaceta Oficial de la República de Venezuela núm. 36.511, de 6 de agosto de 1998. *Vid.* los comentarios de T.B, de Maekelt, “Das neue venezolanische Gesetz über Internationales privatrecht”, *Rebels Z.*, 2000/2, pp. 299-344, esp. pp. 307 y 330-331), tras reproducir en los arts. 29 y 30 el régimen de Derecho aplicable a los contratos previsto en el Convenio de México, añade un art. 31 con el siguiente tenor: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. En el ámbito del arbitraje, la nueva legislación panameña (Decreto Ley nº 5, Gaceta oficial de 19 de junio de 1999, nº 23/836, p. 190) aporta ya una referencia mucho más concreta a la *lex mercatoria*, donde aparece una mención directa a los Principios UNIDROIT, al prever que: “El tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá

### III. TÉCNICAS CONFLICTUALES Y UNIFICACIÓN REGIONAL<sup>38</sup>

#### 1. Función del Derecho conflictual en el Derecho privado europeo

10. Al margen de su propia función, especialmente en el marco de la creación de un espacio judicial europeo y de la cooperación judicial en materia civil, el Derecho internacional privado y, en concreto, las técnicas conflictuales, están llamadas a cumplir una función esencial en el proceso de unificación del Derecho privado en Europa<sup>39</sup>. El problema del Derecho aplicable aparece esencialmente ligado a un Derecho privado uniforme que pretende aplicarse especialmente a situaciones privadas transfronterizas intracomunitarias, pero también, en ocasiones, extracomunitarias.

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

Los Reglamentos vinculados al Derecho privado suelen plantear otro tipo de

---

en cuenta los usos y prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT”

38. Este epígrafe está extraído básicamente de S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 124-134.

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

relación con el Derecho internacional privado. Hasta la fecha, la vía reglamentaria, sustentada en la base jurídica del art. 308 CE, habilitaba lo que J. Basedow denomina “Derecho privado europeo facultativo”<sup>40</sup>, es decir, normas que no armonizan el Derecho privado de los Estados miembros, sino que tienden a superar las diferencias irreconciliables entre los Derechos nacionales mediante la creación de instituciones de Derecho privado propiamente europeas (marca europea, Sociedad Anónima Europea, Agrupación Europea de Interés Económico...). En relación con el régimen material contenido en estos reglamentos, el Derecho internacional privado despliega una función más bien de índole complementaria, permitiendo el recurso a un Derecho nacional residual, con el fin de cubrir eventuales lagunas de reglamentación.

## **2. Delimitación del ámbito de aplicación espacial del Derecho privado europeo**

11. La reciente eclosión en el marco comunitario del Derecho privado derivado, tanto contenido en Directivas como, en menor medida, en Reglamentos, requiere un Derecho conflictual comunitario para su propia y específica aplicación<sup>41</sup>.

La cuestión es particularmente relevante por lo que se refiere al ámbito de aplicación espacial de las Directivas; algunas de ellas contienen normas expresas de delimitación espacial, particularmente las más recientes y referidas a la protección el consumidor<sup>42</sup>. Otras muchas Directivas no contienen un delimitador espacial expreso.

---

40. *Vid.* sus reflexiones en “Europäisches...”, *loc.cit.*, pp. 1.926-19.27. También, P. De Miguel Asensio, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *RDCE*, 1997/2, pp. 435-436.

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

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

La razón de que ni reglamentos ni la mayoría de las directivas contengan delimitadores espaciales tal vez se encuentre en que, habitualmente, su contenido aparecía referido a cuestiones de Derecho público o económico, donde la competencia del órgano predetermina la aplicación de su propio Derecho (*Gleihlauf*). Pero como bien indica J. Basedow, semejante solución no resulta operativa en materia de Derecho privado, por lo que no debe extrañar que las normas de delimitación espacial hayan aparecido en las Directivas sobre contratos de consumo que son, tal vez, las únicas Directivas de Derecho privado puro<sup>43</sup>. No obstante, a pesar de que el legislador comunitario no haya incluido normas expresas de delimitación espacial en determinados actos normativos de Derecho derivado, la extensión de su aplicación a supuestos internacionales debe limitarse, por lo que es preciso establecer por vía de desarrollo judicial cuáles son los casos en que los intereses del mercado interior exigen la aplicación de las normas materiales del Derecho privado comunitario, incluso si la ley de un tercer Estado resultare aplicable al fondo.

Este es precisamente el desarrollo judicial que lleva a cabo, respecto de la Directiva 86/653 (agencia comercial) la *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (As. C-381/98: “Ingmar”)*. La sentencia se refiere a un litigio entre una sociedad británica (Ingmar) y otra californiana (Eaton) por las cantidades que reclamaba la primera, en su condición de agente comercial, en razón de la terminación del contrato de agencia. Dicho contrato contenía una elección expresa de la ley del Estado de California. El agente reclamaba los derechos garantizados por los arts. 17 y 18 de la Directiva comunitaria y su aplicación al caso. El TJCE comienza afirmando el carácter de “normas imperativas” de la Directiva<sup>44</sup> (fundamentos 21º-22º) y su vinculación al

---

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

43. *Vid.* J. Basedow, “Europäisches...”, *loc.cit.*, p. 1.924.

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

derecho de establecimiento y al mantenimiento de una competencia no falseada en el mercado interior (fundamento 24º)<sup>45</sup>. Por esta razón, el TJCE declara la aplicabilidad al caso de la Directiva y construye una norma de delimitación espacial en su favor “cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato”.

En conclusión, las Directivas presentan por definición un ámbito de aplicación espacial limitado a situaciones que se conectan al mercado comunitario. Semejante delimitación espacial puede producirse, como hemos visto, de forma explícita en la propia Directiva o debe resultar de la interpretación que lleve a cabo, especialmente, el TJCE. Tales normas de las Directivas, al igual que aquéllas que presentan un contenido material, deben ser transpuestas al Derecho nacional, y la práctica demuestra que pueden serlo de muy distinta forma<sup>46</sup>.

12. La primera y tal vez primordial función que cumplen las normas de Derecho conflictual derivado a la que hacemos referencia es servir como reglas delimitadoras de la aplicación de las Directivas frente a las leyes de terceros Estados (*outward conflict rules* en el sentido expuesto por P. Basedow<sup>47</sup>). Así, las normas de conflicto nacionales e incluso comunitarias relativas a un contrato de consumo o de *timesharing* podrían conducir a la aplicación de la ley de un tercer Estado. Disposiciones como el art. 6 de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas), 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*), 12 de la Directiva 97/7 (contratos a distancia) o 7 de la Directiva 1999/44 (venta y garantías), o la propia *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (Ingmar)*, tratan de extender la aplicación de las disposiciones de las Directivas, y la protección del consumidor o agente, frente a lo que eventualmente pueda disponer la ley del tercer Estado aplicable.

---

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

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

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

En algunos casos, dicha defensa parece operar únicamente en caso de elección por las partes, pero, en principio, y sobre todo si las propias Directivas no disponen nada al respecto, la cuestión se suscita de igual forma si la designación del Derecho del tercer Estado provienen de una conexión objetiva aplicable en defecto de elección por las partes<sup>48</sup>. De hecho, las disposiciones de las Directivas aparecen como normas imperativas de alcance extraterritorial en el sentido del art. 7 CR, siendo tales preceptos o jurisprudencia los encargados de delimitar el ámbito de aplicación o *Anwendungswille* de la normativa material comunitaria<sup>49</sup>.

13. Sin embargo, aunque la aplicación espacial de una Directiva permite afirmar un principio genérico de “interpretación conforme del Derecho de un tercer Estado”, no resulta directamente aplicables, por lo que es necesario establecer un criterio de aplicación espacial que permita identificar la ley nacional que transpone la Directiva cuya aplicación debe anteponerse al Derecho del tercer Estado. El problema es similar a la forma de delimitar la versión de la Directiva aplicable en supuestos intracomunitarios, donde se enfrentan eventualmente dos versiones transpuestas de la misma Directiva. El Derecho conflictual intracomunitario (*inward conflict rules*)<sup>50</sup> sirve en estos casos para delimitar no sólo la legislación del país de un Estado miembro aplicable, incluidas las normas transpuestas de la Directiva, sino también el Derecho nacional que pueda cubrir y rellenar las lagunas que puedan derivarse de la reglamentación comunitaria. Cuando el supuesto se rige por un Derecho extranjero, como en el caso “*Ingmar*” lo lógico será interpretar que el criterio de conexión estrecho con el territorio de un Estado miembro como delimitador de la voluntad de aplicación, como norma imperativa (art. 7 del Convenio de Roma), de la normativa de

---

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

49. Para algunos autores, la asimilación con el art. 7 CR puede resultar discutible, no sólo por las reservas a la aplicación de dicho precepto por parte de algunos Estados miembros, sino porque, según una corriente de pensamiento, dicho precepto solo ampara la aplicación de normas imperativas de dirección u ordopolíticas, como las que regulan la libre competencia, pero no de normas de protección o referidas a “intereses privados” tales como la protección del agente o del consumidor (*cf.* R. Michaels y H.G. Kamann, “Grundlagen...”, *loc.cit.*, p. 309). Una alternativa a esta solución y a la necesidad de normas y criterios de aplicación especial no puede fundarse, como han puesto de relieve R. Freitag y S. Leible, en una aplicación siquiera analógica del art. 3.3º CR, cuya función tiene más que ver con los límites de la autonomía conflictual y el alcance de la autonomía material, y cuyo concepto de normas “imperativas” nada tiene que ver con la “imperatividad internacional” y sí con el concepto de normas de imperatividad interna (*vid.* “Internationaler Anwendungsbereich...”, *loc.cit.*, p. 290; *Cf.* R. Michaels y H.G. Kamann, “Grundlagen...”, *loc.cit.*, p. 311).

50. Vid. “EC Regulations...”, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 29; Id., “Europäisches...”, *loc.cit.*, pp. 1.925-1.926.

transposición de la Directiva correspondiente a dicho Estado. Así, si el criterio o uno de los criterios para la aplicación de la Directiva de agencia comercial es el lugar de la actividad del agente, el hecho de que tal actividad se haya desplegado en el Reino Unido justifica la aplicación de la legislación británica de transposición de la Directiva, ya se trate de la *lex fori* o de la ley de un tercer Estado.

14. Mayores problemas plantea la cuestión en supuestos estrictamente intracomunitarios, aunque pueda parecer más sencillo. De un lado, parece que la ubicación del supuesto *intra muros* haría innecesaria la norma de delimitación espacial, puesto que, fuera cual fuese la legislación nacional aplicable, si se trata de la ley de un Estado miembro, se supone la aplicación de las normas materiales de dicho Estado que han adaptado la Directiva. Sin embargo, un primer problema se plantea si la ley del Estado miembro que resulta aplicable no contiene la transposición de la Directiva, debiendo ser aplicada en un Estado que sí la ha transpuesto<sup>51</sup>. En el fondo, el supuesto se asemeja solo *a priori* a aquellos casos en que resulta de aplicación el Derecho de un tercer Estado. Y decimos sólo *a priori* porque puede darse la circunstancia, por ejemplo, que tratándose de la aplicación de la Directiva de agencia comercial, el Estado miembro cuya ley es aplicable y que no ha transpuesto la Directiva sea, precisamente, el del país donde el agente tiene su establecimiento. En tal caso, las autoridades del Estado miembro cuyos Tribunales conocen (*lex fori*) deben hacer valer los derechos reconocidos en la Directiva incluso frente a la ley de ese Estado. Evidentemente deben intentar una interpretación conforme del Derecho del otro Estado miembro, pero, si no fuera posible reconocer los derechos contenidos en la Directiva, pueden justificar sus propias normas de transposición en virtud del correctivo de orden público.

Si la Directiva ha sido correctamente transpuesta por la ley del Estado miembro que resulta aplicable en virtud del sistema conflictual, en principio estas normas de Derecho aplicable sirven para designar la transposición de la Directiva que debe regir la situación intracomunitaria, hecho que tiene cierta relevancia si se repara en que muchas Directivas solo introducen obligaciones de armonización mínima o, al fin y al cabo, permiten cierto margen de oscilación entre los Derechos nacionales. En la práctica, sin

---

51. Se trata de los célebres casos conocidos como “Gran Canaria” en el Derecho alemán, referidos a supuestos litigiosos suscitados ante los Tribunales alemanes, normalmente entre ciudadanos alemanes, por contratos de consumo celebrados en España (Islas Canarias) fuera de establecimiento mercantil, y sujetos al Derecho español, cuando no se había procedido – como correspondía – a la transposición de la Directiva 85/577. *Vid.* en relación con esta cuestión R. Michaels y H.G. Kamann, “Grundlagen...”, *loc.cit.*, p. 302.

embargo, tampoco estos supuestos son pacíficos, pues las normas de conflicto, incluso de fuente comunitaria, pueden verse afectadas por la forma en que las legislaciones estatales han transpuesto o delimitado el ámbito de aplicación espacial de las Directivas, incluso las normas expresas de delimitación espacial<sup>52</sup>.

La complejidad que introducen tales situaciones en la determinación final de la ley aplicable avalan un diseño del Derecho conflictual europeo, al servicio del propio Derecho material unificado, que vaya más allá de semejante conjunto de disposiciones aisladas y de aplicación difícil y escasamente previsible<sup>53</sup>.

#### IV. CONCLUSION

15. Si hubiéramos de aventurar una precisión histórica del momento actual, nos atreveríamos a afirmar que nos encontramos en un punto o fase intermedia en el tránsito de un modelo conflictual a un modelo material uniforme. En esta fase intermedia, el Derecho conflictual muta su papel y abandona su función paradigmática y localizadora para cumplir una misión complementaria y progresivamente residual en la consecución de una unificación material. La presencia del Derecho conflictual y del Derecho estatal perdura en la dimensión internacional, pero su juego varía y ya no atenderá a una finalidad localizadora, sino de delimitación espacial de las normas armonizadas (escala regional) o de designación de un sistema de cierre para la interpretación y corrección de las lagunas del Derecho material uniforme (escala universal).

El decurso de esta evolución es impredecible y su velocidad imprevisible. Nos plantea una nueva relación entre el Derecho comercial uniforme y los Derechos

---

52. Así, el art. 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*) establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro”. A la hora de transponer la Directiva, la legislación de un Estado miembro puede prever la aplicación de su normativa de transposición en dos casos: cuando el inmueble esté situado en su Estado y cuando estando situado en el extranjero el contrato se celebra por ciudadanos de nacionalidad o residencia común en dicho Estado. Con ello, el Estado en cuestión cumple el mandato de la Directiva, pues está aplicando los derechos en ella reconocidos en ambos casos, pero su norma de delimitación implica la aplicación imperativa de sus normas materiales de transposición de la Directiva en supuestos en que el inmueble está situado en otro Estado miembro. No debe extrañar que se haya defendido, con rigor, la necesidad de un sistema de ley aplicable unificado para la aplicabilidad de las Directivas comunitarias de Derecho privado a situaciones transfronterizas: *vid.* F. Esteban de la Rosa, “La aplicación de las Directivas comunitarias de Derecho privado a las situaciones transfronterizas”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa* (ed. S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero), Madrid, Dykinson, 2003, esp. pp. 199-204.

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

estatales, en que los internacionalprivatistas harán bien en prestar más atención al estudio del Derecho comparado y, en especial, de las reglas materiales estatales de naturaleza imperativa, relegando su inclinación por las técnicas conflictuales a su justa y secundaria medida. Pero, en definitiva, tarde o temprano parece que el destino conducirá irremisiblemente a una unificación, no sólo jurídica, de este pequeño mundo en que vivimos. Con seguridad no seremos sus testigos, pero acaso tengamos el derecho de ser no sólo sus profetas, sino parte de su causa última.