

CAPÍTULO XVIII

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO VISTA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Sixto Sánchez Lorenzo *

1. INTRODUCCIÓN. -2. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO NO ES UNA TERCERA VÍA. -3. FUNCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA UN DERECHO PRIVADO EUROPEO.- 3.1. Localización residual del Derecho aplicable. -3.2. Delimitación especial del Derecho unificado. -4. ¿UN DERECHO PRIVADO EUROPEO PARA LOS CONTRATOS INTERNACIONALES? - 4.1. Riesgos de una codificación regional. -4-2- La necesidad de una “autonomía conflictual mercatoria”.

1. INTRODUCCIÓN

O. Lando, el padre de la unificación del Derecho de los contratos en Europa, recoge en uno de sus muchos trabajos¹ una frase de Thibaut que refleja sus temores en tiempos de su célebre polémica con Savigny acerca de la vocación del siglo XIX para la codificación del Derecho privado: “si no hay unificación de ordenamientos, entonces aparecerá la terrible y odiosa práctica de los conflictos de leyes”. No sólo la frase de Thibaut no nos asusta a algunos profesores adscritos a un área de conocimiento

* Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada (España).

¹ *Vid.*, “Guest Editorial: European Contract Law after the Year 2000”, *CMLR*, 1998, pp. 821-831.

conocida como “Derecho internacional privado”, sino que la compartimos en su justa medida, como podemos acreditar citando pasados trabajos². Ciertamente, las viejas soluciones conflictuales, precisamente savignyanas, deberían yacer enterradas al menos a la misma profundidad que el gran jurista y aristócrata alemán, si se quiere que el comercio globalizado del siglo XXI cuente con soluciones jurídicas a la altura de sus propósitos. Y no somos pocos quienes defendemos una concepción menos pacata del Derecho internacional privado, orientada hacia soluciones de alcance material potencialmente universales.

Sentado lo anterior, y disipada toda duda acerca de cualquier absurda defensa de territorios académicos de los que no hacemos patria, sí nos gustaría poner de relieve la utilidad del Derecho internacional privado a la hora de calibrar la suerte y diseñar las estrategias para alcanzar un Derecho privado europeo, fundamentalmente por dos razones. La primera de ellas tiene que ver con la madurez práctica del Derecho internacional privado en el recurso al Derecho comparado. Sabido es que el resurgir de este saber tan olvidado y mal entendido tiene que ver con su valor instrumental a la hora de elaborar el Derecho contractual común, ya sea europeo, a través especialmente de los Principios elaborados por la Comisión Lando, ya universal, merced a los Principios gestados en el seno del UNIDROIT. A diferencia de otros muchos comparatistas, sin duda más preclaros, los internacionalprivatistas nos hemos enfrentado a las diferencias y concomitancias, en busca de principios comunes, desde el centro de la arena, y no desde la barrera. Pues el Derecho internacional privado se ocupa de comunicar los distintos sistemas jurídicos en supuestos prácticos y concretos, puede aportar algunas ideas y experiencias a la hora de determinar qué hay de cierto o de aparente en las divergencias y concomitancias de los distintos sistemas jurídicos, y qué posibilidades reales ofrece la transposición de instituciones propias de ordenamientos nacionales distintos.

Pero, en segundo lugar, no debería olvidarse que el Derecho internacional privado, en cuanto Derecho positivo, es el sector del ordenamiento pionero en la unificación jurídica europea. Actualmente, y no sólo en el ámbito patrimonial, bastante más de la mitad del Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Unión Europea es común, y reposa en textos institucionales y convencionales idénticos. Sin duda, el Título IV CE ha dado un espaldarazo definitivo a dicha unificación, que hace

² Vid. F.K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado”, *REDI*, 2000-1, pp. 15-47.

que un alumno del programa Erasmus o Sócrates que estudia Derecho internacional privado en España, prácticamente aborda la misma asignatura – incluyendo fuentes y contenidos - que se imparte en Siena, París o en Würzburg. Y el hecho de haber obtenido desde hace algún tiempo normas comunes, singularmente en el ámbito contractual, nos legitima para poder advertir las dificultades que se esconden en la unificación del Derecho más allá de los textos legales, y, en particular, los derivados de las versiones plurilingües, la interpretación por jueces con culturas diversas, la imbricación inevitable con los sistemas jurídicos nacionales considerados como conjuntos, etc.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO NO ES UNA TERCERA VÍA

Salvo que debamos pensar que se trata únicamente de ir abriendo el camino, podría creerse que lo que se ha intentado en el Tratado de Ámsterdam con la redacción ordenada para el art. 65 CE y para los “instrumentales” arts. 61 y 67 es consolidar la vía del Derecho internacional privado europeo como alternativa a la implantación de un derecho privado comunitario omnicompreensivo y único³. En sentido distinto, las nuevas competencias derivadas del art. 65 CE podrían entenderse, sencillamente, como un tributo a un papel complementario que el Derecho internacional privado puede jugar en el mejor funcionamiento del mercado interior, incluso como un primer paso, más factible e inmediato, que coadyuve hacia una unificación del Derecho material⁴. Con particular acierto se ha puesto de relieve que, en comparación con la unificación total del Derecho privado comunitario, la elaboración de un Derecho internacional privado común para el mismo ámbito “costaría menos esfuerzos”⁵. Lo que resulta más dudoso es que dicha unificación llegara a ser, desde un punto de vista funcional, equivalente⁶.

³ En su respuesta a las cuatro opciones para la unificación del Derecho contractual europeo, A. Furrer menciona la unificación del Derecho internacional privado como la “Opción V” (“Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament und Europäischen Vertragsrecht”, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_1.../academics_en.htm, pp. 12-28).

⁴ Cf. no obstante el parecer de J. Israël, “Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse?”, *Maastricht Journ.*, 7, 2000, pp. 98-99.

⁵ La unificación del Derecho internacional privado es más fácil porque, de un lado, presenta menor impacto social, y, de otro, se trata de un número de normas mucho menor y de un carácter más general (vid. O. Lando, “European Contract Law”, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, Giuffrè, 1993, p.119).

⁶ R. Schulze, “Le droit privé commun européen”, *RIDC*, 1995/1, p. 30.

Muchos de los problemas de eficiencia jurídica y económica que suscita la diversidad de los Derechos nacionales no pueden resolverse adecuadamente a través de reglas conflictuales, como han demostrado casos tales como “*Keck*” o “*Alsthom Atlantique*”.

No parece, de hecho, que las instituciones comunitarias contemplen el recurso al Derecho internacional privado como una alternativa sustitutiva de un DPE de carácter material. Antes al contrario, en la exposición de motivos de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, de 6 de noviembre de 2001⁷, se afirma categóricamente que el Derecho internacional privado “ya no es un instrumento adecuado para el mercado interior europeo, que ya está muy integrado”⁸ y que, por lo tanto, “la mejor alternativa consiste en crear un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales”. Estas afirmaciones se basan en la constatación de que el carácter asistemático de la “combinación de directivas y del Derecho internacional privado cada vez supone más riesgos a los usuarios del Derecho”. Ciertamente, no puede aceptarse la tesis que defiende la suficiencia de la unificación del Derecho internacional privado europeo como elemento sustitutivo o alternativa a la armonización de los Derechos materiales⁹. Esta idea, expresada ya desde antiguo¹⁰, es actualmente del agrado de quienes defienden la idea de la pluralidad jurídica estatal como mecanismo de competitividad entre ordenamientos y de mayor eficiencia jurídica del Derecho privado en Europa. Como correctivo de la eficiencia de la diversidad, el Derecho internacional privado uniforme garantizaría un funcionamiento del sistema que evite el *forum shopping*. Además, la introducción de la autonomía conflictual en el ámbito de los

⁷ COM (2001) 398 – C5 -0471/2001 – 2001/2187 (COS).

⁸ Se recoge en el fondo la opinión de los principales *lobbies* académicos del DPE, la Academia de Pavía (“*Akademie europäische...*”, *http...*, *loc.cit.*, p. 3), la “Comisión on European Contract Law” y el “Study Group on a European Civil Code” (“*Joint Reponse...*”, *http...*, *loc.cit.*, pp. 28-32).

⁹ *Vid.* las reflexiones sobre esta cuestión de M. Gebauer, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1998, pp. 100-103; C. Müller-Graff, “*Privatrecht und Europäischen Gemeinschaftsrecht*”, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 294-295; P. De Miguel Asensio, “*Integración europea y Derecho internacional privado*”, *RDCE*, 1997/2, p. 424; R. Schulze, “*Le droit privé...*”, *loc. cit.*, p. 30.

¹⁰ *Cf.* O. Kahn-Freund, “*Common Law and Civil Law. Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*”, *New Perspectives for a Common Law of Europe* (ed. M. Capelletti), Leyden/Londres/Boston, 1978, p. 141.

contratos permitiría a las partes elegir el sistema que consideraran más eficiente, reduciendo los costes de información¹¹ y optimizando los objetivos de la diversidad y competencia entre ordenamientos. No parece necesario insistir en las contradicciones que puede implicar el análisis económico del Derecho y a los fuertes argumentos que amparan una unificación de los Derechos privados nacionales amparados, precisamente, en la idea de los “costes externos de transacción”. Por esta razón, el Derecho internacional privado no es una vía alternativa, sino un camino complementario y paralelo, que se muestra especialmente útil para ir preparando el terreno de una armonización progresiva, lenta y blanda¹². Sin duda es más factible una unificación compacta del Derecho internacional privado europeo, pero no debe excluir la posibilidad de una unificación material, seguramente más trabajosa y lenta, sobre todo en determinados sectores.

Pero, además, la propia armonización del Derecho internacional privado requiere la armonización del Derecho material. La unificación del Derecho internacional privado también sufre los mismos problemas de interpretación deforme que el Derecho civil y mercantil, porque, a la postre, se nutre de los mismos conceptos y principios. Para que un Derecho internacional privado uniforme funcione armónicamente requeriría un alto grado de armonización de los Derechos materiales. Baste recordar los problemas que ha supuesto para el Derecho internacional privado europeo las distintas concepciones acerca del domicilio, el lugar de ejecución del contrato o del neologismo de la “responsabilidad parental”.

Los ejemplos en el ámbito comunitario, en efecto, también existen. Así, el art. 4 del Convenio de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones

¹¹ *Vid.* en este sentido A.J. Engel, “Ein Europäisches Zivilrechts Gesetzbuch? – Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz”, *ZfRV*, 1999, p. 130. Para otros autores, la propia complejidad de las soluciones conflictuales generan situaciones claudicantes y costes de transacción (*vid.* G.R. De Groot, “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *ZEuP*, 2001/3, pp. 620-623). O. Lando acierta al decir que el Derecho internacional privado genera el problema –y el coste – que supone la aplicación procesal del Derecho extranjero, acaba perjudicando a una de las partes en el proceso y, finalmente, propicia tendencias legefóricas que no siempre garantizan la seguridad jurídica ni la justicia (*vid.* “European...”, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 120).

¹² Justo en esta dirección la “UK Financial Services Authority” indica como alternativa a la propuesta de la Comisión sobre Derecho contractual europeo una combinación de las opciones II y III con un Derecho internacional privado uniforme (http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_1.../academics_en.htm).

contractuales constituye una transacción encomiable entre el *common law* y el sistema romano-germánico, entre la flexibilidad y la seguridad jurídica. Su apartado primero, de filiación anglosajona, formula un principio general de aplicación al contrato internacional de la ley más vinculada. Seguidamente, el precepto tributa a la cultura continental una presunción a favor de la ley de la residencia habitual del prestador característico como ley más vinculada. Finalmente, el último apartado introduce una cláusula de excepción contra dicha presunción, a favor de una ley distinta cuando una ley distinta a la señalada por la presunción presente manifiestamente una vinculación mayor. A la hora de interpretar la norma, sin embargo, las diferencias culturales reaparecen en encontrados criterios acerca de la fuerza de la presunción y el margen que ofrece la cláusula de excepción¹³.

Otro tanto podría decirse tras una ponderación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 que crea el espacio judicial europeo, y ello a pesar de su interpretación por el TJCE. Como bien señala F. Rittner, “todavía existen grandes diferencias entre litigar ante los Tribunales de Lyon, Milán, Luxemburgo o Londres”¹⁴. El criterio del domicilio del demandado resulta básico para el régimen de los derechos que contiene y el propio ámbito de aplicación de sus normas. Pues bien, la imposibilidad de convenir un concepto común de “domicilio”, tanto en las personas físicas como en las personas jurídicas, obligó al legislador comunitario (art. 52) a remitir a los jueces nacionales la precisión de este concepto, de conformidad con su propio Derecho civil (personas físicas) o Derecho internacional privado (personas jurídicas)¹⁵. El mismo convenio, en el ámbito de las obligaciones contractuales, no ha aportado un concepto básico de “lugar de ejecución” de la obligación, y el TJCE se ha confesado incapaz para proporcionarlo, por lo que mantiene la necesidad de que dicho concepto, tan distinto según los sistemas de presunciones de los Estados

¹³ Cf. M. Wildesprin, “The Rome Convention Experience to date before the Courts of Member States, and Interpretation of the Court of Justice of the European Communities of the Brussel Convention and its Possible Impact on the Interpretation of the Rome Convention”, *L'européanisation du droit international privé*, Colonia, Bundesanzeiger Verlagsges, 1996, pp. 51-54.

¹⁴ Vid. “Das Projekt eines Europäischen Privatrechts-gesetz-buches und die wirtschaftliche Praxis”, *DB*, 1996, p. 26.

¹⁵ Cuestión que tampoco ha logrado resolver el art. 60 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 que, al igual que el art. 48 TCE, ha optado por una solución de compromiso para determinar dónde se entiende situado el domicilio de una sociedad.

miembros, lo suministre un Derecho nacional, a saber, el encargado de regir el contrato¹⁶.

En el ámbito del Derecho derivado fragmentario, un buen ejemplo puede extraerse de las diferentes interpretaciones a que ha conducido la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores, fielmente transpuesta, pero sometida a las acusadas diferencias culturales sobre la celebración de este tipo de contratos¹⁷. En particular, V. van Gerven ha expuesto con acierto la dificultad de utilizar un método comparado para que el TJCE pueda llegar a interpretar con acierto el concepto de buena fe contenido en el art. 3.1º de la Directiva¹⁸.

3. FUNCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA UN DERECHO PRIVADO EUROPEO

3.1. Localización residual del Derecho aplicable

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 está llamado a cumplir una función esencial en el proceso de unificación del Derecho privado en Europa¹⁹. Como ha demostrado el Derecho privado comunitario, la existencia de una normativa uniforme no garantiza siquiera la posibilidad de una interpretación uniforme, particularmente cuando la norma se expresa en lenguas diferentes y debe ser interpretada por intérprete con culturas diversas. Como

¹⁶ *Sents. TJCE de 6 de octubre de 1976 (As. 12/76: “Tessili/Dunlop”) y Sent. TJCE de 26 de junio de 1994 (As. C-288/92: “Custom Made”). Más recientemente: Sent. TJCE de 28 de septiembre de 1999 (As. C-440/97) y Sent. TJCE de 5 de octubre de 1999 (As. C-420/97).*

¹⁷ *Cf. H. Collins, “European Private Law and the Cultural Identity of States”, ERPL, 1995, p. 356.*

¹⁸ *Vid. W. Van Gerven, “The ECJ Case-Law as a Means of Unification of Private Law?”, Towards a European Civil Code, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 102-104. En el mismo sentido, F. Toriello, “I contratti di vendita stipulati dai consumatori. Recenti sviluppi”, Il diritto privato dell’Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano), t. I, Turín, 2000, p. 674.*

¹⁹ *Sobre las funciones del Derecho internacional privado en el marco del Derecho privado comunitario vid. especialmente J. Basedow, “Europäisches Internationales Privatrecht”, NJW, 1996/30, pp. 1.921-1.929. Sobre la variedad de relaciones entre el Derecho internacional privado 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.*

ya señalara J. Kropholler, incluso la norma de conflicto desempeña una función complementaria en el ámbito del Derecho material uniforme, tanto para determinar el Derecho nacional aplicable que debe cubrir las lagunas de reglamentación, como para designar la interpretación que debe atenderse en caso de discrepancia (*anwendungsergänzende y anwendungsbestimmende Funktion*)²⁰.

3.2. Delimitación espacial del Derecho unificado

Pero más allá de la función general que cumple el Derecho conflictual en relación con cualquier texto de Derecho uniforme, el Derecho internacional privado resulta imprescindible para ordenar el régimen de las relaciones privadas transfronterizas, en cuanto el Derecho contractual europeo pretende o debe ser aplicado tanto a situaciones internas como internacionales, y en este último caso, tanto a las intracomunitarias como, eventualmente, a las extracomunitarias. Y para adelantar ese papel, nada mejor que hacer una referencia a las funciones que cumple el Derecho internacional privado frente a los Reglamentos y Directivas que actualmente dan contenido al Derecho privado comunitario.

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 y en el futuro Derecho contractual europeo, cualquiera que llegue a ser su forma jurídica. 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.

²⁰ Vid. J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren)*, Tubinga, 1975, pp. 184-197.

Los Reglamentos vinculados al Derecho privado suelen plantear otro tipo de 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”²¹, 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.

La reciente eclosión del Derecho privado comunitario derivado, tanto contenido en Directivas como, en menor medida, en Reglamentos, requiere un Derecho internacional privado comunitario para su propia y específica aplicación²². 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 consumidor²³.

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 sea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber

²¹ Vid. sus reflexiones en “Europäisches...”, *loc.cit.*, pp. 1.926-1927. También, P. De Miguel Asensio, “Integración europea...”, *loc.cit.*, pp. 435-436.

²² 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).

²³ Para un 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 rêve impossible? (dir. De Louis Vogel)*, París, Université Panteón-Assas (Paris II), 2001/1, pp. 119-122.

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”.

Otras muchas Directivas no contienen un delimitador espacial expreso. La razón de que ni reglamentos ni la mayoría de las directivas contengan delimitadores espaciales tal vez se encuentre en que, habitualmente, su contenido 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 puro²⁴. 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 DPC, 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

²⁴ Vid. J. Basedow, “Europäisches...”, *loc.cit.*, p. 1.924.

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 Directiva²⁵ (fundamentos 21º-22º) y su vinculación al derecho de establecimiento y al mantenimiento de una competencia no falseada en el mercado interior (fundamento 24º)²⁶. 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 forma²⁷.

²⁵ 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”.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

La primera y tal vez primordial función que cumplen las normas de Derecho internacional privado 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. Basedow²⁸). Así, las normas de Derecho internacional privado 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 en virtud del Derecho internacional privado conflictual. 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 partes²⁹. 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 comunitaria³⁰.

²⁸Vid. “EC Regulations in European Private Law”, *Private Law in the International Arena - Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, TMC Asser Press, 2000, p. 29; Id.: “Europäisches...”, *loc.cit.*, pp. 1.925-1.926.

²⁹ Vid. las reflexiones de R. Michaels y H.G. Kamann, “Grundlagen...”, *loc.cit.*, p. 309.

³⁰ 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).

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 internacional privado intracomunitario (*inward conflict rules*)³¹ 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 CR), de la normativa de 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.

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 transpuesto³². En el fondo, el supuesto

³¹ Vid. “EC Regulations...”, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 29; Id., “Europäisches...”, *loc.cit.*, pp. 1.925-1.926.

³² 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.

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 internacional privado 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 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. 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.

La complejidad que introducen tales situaciones en la determinación final de la ley aplicable avalan un diseño del Derecho internacional privado europeo, al servicio

del propio DPC, que vaya más allá de semejante conjunto de disposiciones aisladas y de aplicación difícil y escasamente previsible³³. De hecho, el problema se complica cuando las normas de delimitación espacial a que hacemos referencia se conjugan mal con las reglas conflictuales generales de un sistema de Derecho internacional privado que es, precisamente, de fuente comunitaria. Una futura unificación material del Derecho privado de los contratos de mayor alcance, no podrá soslayar la función del Derecho internacional privado que hemos apuntado, y habrá de evitar las complicaciones que genera el actual Derecho privado comunitario.

4. ¿UN DERECHO PRIVADO EUROPEO PARA LOS CONTRATOS INTERNACIONALES?

4.1. Riesgos de una codificación regional

El ámbito territorial de la codificación suscita interrogantes propios. De hecho, aunque no se trate de un supuesto de codificación en sentido estricto, la elaboración de los Principios de Derecho Contractual Europeo por la Comisión Lando ha suscitado este debate previsible, por su coexistencia junto a los Principios UNIDROIT. Estos últimos, alumbrados unos años antes, están destinados a aplicarse en un espacio universal, y han comenzado a tenerse en cuenta con vigor en el arbitraje comercial internacional. Buena parte de los expertos que colaboraron en su redacción participaron asimismo en la Comisión Lando y, en buena medida, existe un acusado paralelismo entre ambos textos. Sin embargo, también se detectan diferencias de contenido³⁴. Los Principios elaborados por la Comisión Lando se vinculan funcionalmente al espacio territorial de las Comunidades Europeas. Su ámbito material es más ambicioso que el de los Principios UNIDROIT, pues además de pretender aplicarse a los contratos mercantiles internacionales, su objetivo es servir como mecanismo de unificación interna del Derecho contractual de los Estados miembros, incluidos los contratos celebrados por consumidores. Pero en el ámbito coincidente, a saber, la contratación mercantil internacional, se suscitan serias dudas sobre la conveniencia de una codificación

³³ 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).

³⁴ *Vid.* M.J. Bonell, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”, *Uniform Law Rev.*, 1996, pp. 235-236.

regional, que puede resultar contradictoria con una codificación global, como la que se desprende de los principios UNIDROIT, en especial dado que se trata de un sector, el de la contratación comercial internacional, especialmente afectado por la globalización y necesitado de respuestas de alcance universal. En suma, la codificación regional implica una opción de eficacia dudosa en aquellos sectores que están o deben estar internacionalizados, y cuya reglamentación debe evitar una multiplicidad de planos³⁵. En el ámbito de la contratación internacional, la codificación europea presenta los tintes de un planteamiento localista, y no precisamente cosmopolita³⁶.

El tratamiento de esta cuestión debe ponerse en relación con los distintos ámbitos de aplicación de cada una de las codificaciones, más que con su propia diversidad material. Frente a los Principios UNIDROIT, los Principios europeos presentan un ámbito de aplicación material más extenso, pues pretenden ser aplicados a los contratos de consumo. En segundo término, mientras los principios UNIDROIT se aplican exclusivamente a los contratos internacionales, los europeos tienen por objetivo adicional la unificación del Derecho contractual europeo en el plano interno. Si planteamos la utilidad de los Principios de Derecho Contractual Europeo en relación con los contratos comerciales internacionales, parece claro que su adopción provoca una “regionalización” poco aconsejable, que acaba “cantonalizando” el Derecho contractual europeo y perjudicando la contratación extracomunitaria y la armonización internacional del Derecho de los contratos, cuyas exigencias de eficiencia puede ser tan

³⁵ Vid. O. Sandrock, “Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland-Europa- und die Welt”, *JZ*, 1996/1, p. 7; K. Schurig, “Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?”, *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999 p. 1109; P. De Miguel Asensio, “Integración...”, *loc.cit.*, p. 419; A.S. Hartkamp, “The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law”, *ERPL*, vol. 2, 1994, pp. 341-357; R. Zimmermann, “Konturen eines Europäischen Vertragsrechts”, *JZ*, 1995, pp. 477-490. Vid. asimismo la formulación de esta opinión por la “Society of Public Teachers of Law of Great Britain and Northern Ireland” (“Response to Communication from the European Comisión on European Contract Law”) y el propio gobierno británico (http://europa.eu.int/comm/consumers/developments/contract_1...).

³⁶ Por otra parte, puede provocar inseguridad jurídica y soluciones poco aconsejables, desde la óptica de su compatibilidad con las normas de Derecho internacional privado. Así, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, aún siendo un texto cuyo alcance territorial se circunscribe a los Estados miembros de la Comunidad Europea, se diseñó con un ámbito de aplicación universal. Las partes pueden optar por elegir el Derecho nacional aplicable a un contrato internacional (art. 3), pero pueden también guardar silencio, confiando en que el contrato se regirá por el Derecho nacional aplicable en defecto de elección (art. 4). En semejante supuesto, puede que la aplicación de los Principios de Derecho Contractual Europeo no sea más que una desagradable sorpresa (*vid.* O. Sandrock, “Das Privatrecht...”, *loc.cit.*, p. 8).

relevantes o más que las propiamente intracomunitarias. Es cierto, entonces, que los Principios UNIDROIT no atienden, como señala el propio O. Lando, a las necesidades de la integración, por lo que, a efectos intracomunitarios, tal vez podría seguir defendiéndose una profundización de la unificación del Derecho contractual europeo, tanto para situaciones intracomunitarias como internas³⁷, aunque posiblemente las necesidades de la integración puedan hacerse valer como normas imperativas de naturaleza ordopolítica. Pero surge de esta reflexión una segunda incertidumbre: si nos referimos al sector de la contratación comercial internacional, entre operadores profesionales, parece claro que la autonomía de la voluntad, el mayor conocimiento del mercado, la asunción de los costes de información y las propias necesidades de ese mercado aconsejan una menor intervención y descartan la propia unificación, a favor de soluciones más flexibles y de una disponibilidad o concepción *soft* de los Principios, máxime si siempre cabe la posibilidad, en cualquiera de los dos regímenes, de la incidencia de las normas nacionales de interés u orden público. En esta tesitura, parecería más razonable impedir la duplicidad de regímenes, regional y universal, y más aconsejable centrar los esfuerzos en el diseño de un modelo de principios universales como los Principios UNIDROIT. En contrapartida, la unificación como exigencia para la integración, y como necesidad para construir un sistema de Derecho contractual, seguiría siendo vital en el ámbito de las operaciones de consumo, precisamente donde el Derecho privado comunitario ha ido alumbrando los mayores problemas. En tal sentido, los Principios de Derecho Contractual Europeo cobrarían sentido, respecto de los principios UNIDROIT, como un sistema más restringido de Derecho europeo de los contratos de consumo. La propuesta tiene sentido doblemente, pues no deja de resultar delicado que un mismo cuerpo o parte general de Derecho de los contratos vaya a servir indistintamente para los contratos de consumidores y para los contratos comerciales. Llegados a esta conclusión, un Código Europeo del Consumo, extensible no sólo a las obligaciones contractuales, sino a otros sectores tales como la responsabilidad por daños o la publicidad engañosa, aparece como una opción con mayor base jurídica en las políticas comunitarias actualmente existentes, y cuya implantación “desde arriba” encontraría mayores argumentos.

4.2. La necesidad de una “autonomía conflictual mercatoria”

³⁷ Vid. O. Lando, “European...”, *loc.cit.*, pp. 655-656.

Los Principios de Derecho Contractual Europeo actualmente elaborados resultan de aplicación cuando las partes se someten expresamente a ellos (art. 1.101.2º de los Principios de Derecho Contractual Europeo), aunque también pueden serlo cuando las partes acuerdan que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la “*lex mercatoria*” o una expresión similar, o, simplemente, cuando las partes no han elegido la ley aplicable al contrato (art. 1.101.3º). Su aplicación está indicada, asimismo, para cubrir las eventuales lagunas del Derecho aplicable (art. 1.101.4º).

Conviene recordar. Que el art. 3 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales³⁸ no permite a las partes la designación de la *lex mercatoria*, los Principios UNIDROIT o cualquier otro sistema jurídico no positivo (estatal), como ley rectora del contrato, si nos atenemos a su interpretación auténtica y a la opinión doctrinal dominante. 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), reproducido en el Reglamento “Bruselas I”, disposición que ha sido convenientemente interpretada por varias decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁹. 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, donde la *lex mercatoria* y los principios pueden ser aplicados libremente.

³⁸ Convenio de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, D.O.C.E. L 266, 1980.

³⁹ 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*”).

Trasladando el análisis procesal al terreno de la ley aplicable, es preciso señalar que la elección por las partes de los Principios de Derecho Contractual Europeo 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)⁴⁰. 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. De hecho, el art. 1.4 de los Principios UNIDROIT prevé expresamente que “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”. Y la misma reserva supondría la elección de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

Por todo lo dicho, e independientemente de la suerte futura de la unificación del Derecho contractual europeo, la comunitarización del Convenio de Roma debe alumbrar un Reglamento que altere las limitaciones del viejo art. 3 permitiendo la elección, como Derecho aplicable, de la *lex mercatoria*.

⁴⁰ Vid. K.P. Berger, *Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 1996, pp. 73-75.