



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 14.1.2003  
COM(2002) 654 final

**LIBRO VERDE**

**sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980  
sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y  
sobre su actualización**

(presentado por la Comisión)

## ÍNDICE

Recapitulación de las cuestiones .....	6
1.1 Creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia .....	8
1.2 Papel del Derecho internacional privado en la creación de un espacio europeo de justicia .....	8
1.3 Convenio de Roma, Reglamento «Bruselas I» y futuro instrumento «Roma II» - tres instrumentos complementarios .....	9
1.4 Objetivos asignados a las normas de conflicto de leyes en materia contractual.....	10
1.5 Breve presentación de las normas del Convenio de Roma .....	11
1.6 Vínculo con el proyecto «Derecho contractual europeo».....	12
1.7 Iniciativas ya adoptadas .....	13
2. SOBRE LA TRANSFORMACIÓN DEL CONVENIO DE ROMA DE 1980 EN INSTRUMENTO COMUNITARIO.....	13
2.1 Una nueva base jurídica: la letra c) del artículo 61 del Tratado de Amsterdam ha dado un nuevo impulso al Derecho internacional privado de fuente comunitaria.....	14
2.2 Coherencia de la obra legislativa comunitaria en materia de Derecho internacional privado .....	15
2.3 Interpretación uniforme del Convenio por el Tribunal de Justicia .....	15
2.4 Aplicación de normas de conflicto uniformizadas en los nuevos Estados miembros	16
2.5 Elección de instrumento: ¿Reglamento o Directiva?.....	16
3. ¿ES NECESARIO ACTUALIZAR EL CONVENIO DE ROMA DE 1980?.....	17
3.1 Interrogantes sobre el equilibrio general del Convenio .....	18
3.1.1. Vínculo entre las normas de conflicto generales del Convenio de Roma y las normas con incidencia en la ley aplicable que figuran en instrumentos sectoriales.....	18
3.1.1.1. Multiplicación en instrumentos sectoriales de normas con incidencia en la ley aplicable .....	18
3.1.1.2. Soluciones posibles .....	19
3.1.2. Prever una cláusula para garantizar la aplicación del estándar mínimo comunitario cuando todos, o algunos, de los elementos del contrato se localizan en la Comunidad <sup>20</sup>	
3.1.2.1. Riesgo de que el Derecho comunitario no se aplique aunque los elementos del supuesto estén situados en el territorio de la Unión.....	20
3.1.2.2. Soluciones posibles .....	20
3.1.3. Relaciones con los convenios internacionales existentes en la materia.....	21
3.2 Problemas encontrados en la aplicación de los distintos artículos.....	22

3.2.1.	Ámbito de aplicación del Convenio - exclusión de las cláusulas de arbitraje y de elección de foro (letra d) del apartado 2 del artículo 1) .....	22
3.2.2.	Normas aplicables al contrato de seguro (apartado 3 del artículo 1) .....	22
3.2.2.1.	Situación actual .....	22
3.2.2.2.	Interrogantes en cuanto a la situación actual.....	23
3.2.2.3.	Soluciones posibles .....	23
3.2.3.	Autonomía de la voluntad (apartado 1 del artículo 3) - Interrogantes en cuanto a la elección de normas no estatales .....	24
3.2.4.	Autonomía de la voluntad – definición de la elección tácita (apartado 1 del artículo 3) .....	25
3.2.4.1.	Intención del legislador .....	25
3.2.4.2.	Dificultades encontradas en la aplicación de este artículo.....	26
3.2.4.3.	Soluciones posibles .....	26
3.2.5.	¿Cuál es la fuerza de la presunción general establecida en el apartado 2 del artículo 4? .....	27
3.2.5.1.	Situación actual .....	27
3.2.5.2.	Dificultades encontradas .....	27
3.2.5.3.	Solución posible.....	27
3.2.6.	Aplicación de la presunción especial en materia inmobiliaria a los contratos de arrendamiento de vacaciones (apartado 3 del artículo 4).....	28
3.2.6.1.	Solución actual .....	28
3.2.6.2.	Dificultades encontradas en la aplicación de este artículo.....	28
3.2.6.3.	Solución posible .....	29
3.2.7.	Interrogantes relativos a la protección del consumidor (artículo 5).....	30
3.2.7.1.	Recordatorio del contenido y del ámbito de las normas protectoras del artículo 5 ...	30
3.2.7.2.	Dificultades encontradas .....	31
3.2.7.3.	Soluciones posibles .....	32
3.2.8.	Interrogantes en cuanto a la definición del término «disposiciones imperativas».....	35
3.2.8.1.	El concepto «disposición imperativa» abarca una realidad múltiple.....	35
3.2.8.2.	Dificultades encontradas .....	36
3.2.8.3.	Soluciones posibles .....	37
3.2.9.	Incertidumbres relativas a la interpretación del término «desplazamiento temporal» del asalariado (artículo 6).....	37
3.2.9.1.	Ley aplicable al contrato de trabajo .....	37

3.2.9.2. Dificultades encontradas .....	38
3.2.9.3. Soluciones posibles .....	40
3.2.10. Otras interrogantes relativas al artículo 6.....	40
3.2.11. Aplicación de las leyes de policía extranjeras (apartado 1 del artículo 7).....	41
3.2.12. Ley aplicable a la forma del contrato (artículo 9).....	42
3.2.12.1.Solución actual .....	42
3.2.12.2.Dificultades encontradas .....	42
3.2.12.3.Soluciones posibles .....	42
3.2.13. Ley aplicable a la oponibilidad de la cesión de crédito a terceros (artículo 12) .....	42
3.2.13.1.Solución actual .....	42
3.2.13.2.Dificultades encontradas .....	43
3.2.13.3.Soluciones posibles .....	44
3.2.14. Ámbito de aplicación respectivo de los artículos 12 y 13 relativos a la cesión de crédito y la subrogación .....	45
3.2.14.1.El mecanismo de subrogación en el Convenio de Roma .....	45
3.2.14.2.Dificultades encontradas .....	45
3.2.14.3.Soluciones posibles .....	45
3.2.15. Ausencia de norma de conflicto relativa a la compensación legal.....	46
3.2.15.1.Presentación del mecanismo de la compensación.....	46
3.2.15.2.Dificultades encontradas .....	46
3.2.15.3.Soluciones posibles .....	46
 Anexo 1 .....	 48
 Anexo 2 .....	 51

## **LIBRO VERDE**

### **sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización**

El presente Libro Verde tiene por objeto iniciar una amplia consulta de los medios interesados sobre una serie de cuestiones de carácter jurídico en torno a la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, «Convenio de Roma» o «Convenio») en instrumento comunitario, así como sobre su posible actualización en cuanto al fondo.

En el Libro Verde se analiza el contexto general de debate y se presentan algunas soluciones.

La Comisión invita a las partes interesadas a que le hagan llegar sus respuestas, debidamente motivadas, acerca de las cuestiones planteadas en el presente Libro Verde, cuya recapitulación figura en la página 3. Estas cuestiones no son, obviamente, limitativas, de modo que se valorarán los comentarios más generales. Además, se ruega a las partes interesadas que proporcionen a la Comisión, por cada cuestión y en la medida de lo posible, información sobre el impacto que tendrían las distintas opciones analizadas en

- (a) la vida económica de las empresas en general
- (b) las pequeñas y medianas empresas en particular
- (c) las relaciones empresas - consumidores/trabajadores

La Comisión tendrá en cuenta los comentarios que se reciban en la elaboración de la posible propuesta de instrumento comunitario sobre este tema.

Conviene especificar que la Comisión no ha tomado posición ni sobre la necesidad de actualizar el Convenio de Roma ni sobre la de transformarlo en instrumento comunitario.

Por otro lado, aunque el objetivo del presente Libro Verde no es estudiar la relación entre un eventual instrumento comunitario que recogiera el Convenio de Roma y las normas del mercado interior, sin embargo, para la Comisión, es evidente que un instrumento de este tipo no debe alterar los principios del mercado interior que figuran en el Tratado o en instrumentos de Derecho derivado, que deben permanecer intactos.

Se ruega a las partes interesadas que presenten sus respuestas y observaciones antes del 15 de septiembre de 2003, en la siguiente dirección:

Comisión Europea  
Dirección General Justicia e Interior,  
Unidad A3 - Cooperación en materia civil  
B-1049 Bruselas  
Fax: + 32 (2) 299.64 57

CORREO ELECTRÓNICO: [jai-coop-jud-civil@cec.eu.int](mailto:jai-coop-jud-civil@cec.eu.int)

Se pide a las partes interesadas que envíen su contribución de una única manera: bien por fax o correo electrónico, bien por envío postal. Excepto instrucciones en sentido contrario formalmente expresadas por el remitente, las respuestas y observaciones podrán difundirse en el sitio Internet de la Comisión.

La Comisión tiene previsto organizar una audiencia pública sobre el tema durante el último trimestre de 2003.

#### RECAPITULACIÓN DE LAS CUESTIONES

- Cuestión 1:** ¿Disponen de información sobre el conocimiento efectivo del Convenio de Roma de 1980 y de sus normas por los agentes económicos y los profesionales del Derecho, incluidos los jueces? ¿Sabén las partes de los contratos que pueden elegir libremente la ley que les sea aplicable? En la hipótesis de que lleguen a la conclusión de que existe un conocimiento insuficiente del Convenio de Roma por parte de los agentes económicos, ¿tiene ello una incidencia negativa en el desarrollo de las negociaciones contractuales o los procesos judiciales?
- Cuestión 2:** ¿Consideran que sería oportuno transformar el Convenio de Roma de 1980 en instrumento comunitario? ¿Cuáles son sus argumentos a favor o en contra de dicha transformación?
- Cuestión 3:** ¿Tienen conocimiento de las dificultades derivadas de la multiplicación y dispersión de normas con incidencia en la ley aplicable en varios instrumentos sectoriales de Derecho derivado? En caso afirmativo, ¿cuál sería, en su opinión, la mejor solución para superarlas?
- Cuestión 4:** En la hipótesis de la adopción de un instrumento comunitario «Roma I», ¿les parece aconsejable introducir una cláusula de naturaleza general que garantice la aplicación de un estándar mínimo comunitario cuando todos los elementos del contrato, o incluso algunos elementos particularmente relevantes, están localizados en la Comunidad? ¿Responde la redacción propuesta en el apartado 3.1.2.2 al objetivo perseguido?
- Cuestión 5:** ¿Desean formular algún comentario sobre las orientaciones esbozadas por lo que se refiere a la interacción entre el futuro instrumento «Roma I» y los convenios internacionales existentes?
- Cuestión 6:** ¿Consideran que serían útiles unas normas de conflicto relativas a las cláusulas de arbitraje y de elección de foro?
- Cuestión 7:** ¿Cuál es su evaluación de las normas actuales en materia de seguros? ¿Piensan que la solución actual de las hipótesis (a) y (c) es satisfactoria? ¿Qué modos de superar eventuales dificultades preconizan?
- Cuestión 8:** En su opinión, ¿deben las partes poder elegir directamente un convenio internacional o, incluso, los principios generales del Derecho? ¿Cuáles son los argumentos a favor o en contra de esta solución?
- Cuestión 9:** ¿Piensan que el futuro instrumento «Roma I» debería contener indicaciones más precisas en cuanto a la definición de elección tácita de la ley aplicable o basta el hecho de que se atribuya eventualmente competencia al Tribunal de Justicia para garantizar la seguridad jurídica?

**Cuestión 10:** En su opinión, ¿conviene precisar la redacción del artículo 4 para obligar al juez a aplicar en primer lugar la presunción del apartado 2, de modo que solo descarte la ley así obtenida si es manifiestamente inadecuada para regir el caso particular? En caso afirmativo, ¿qué redacción le parece la más adecuada?

**Cuestión 11:** En su opinión, ¿conviene crear una norma especial para los contratos de arrendamiento de vacaciones de corta duración, a semejanza de la que figura en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento «Bruselas I» o es suficiente el mecanismo actual?

**Cuestión 12:** Evaluación de las normas relativas a la protección del consumidor

**A.** ¿Qué evaluación hacen de las actuales normas sobre la protección del consumidor? ¿Siguen siendo adecuadas, en particular, a la luz del desarrollo del comercio electrónico?

**B.** ¿Disponen de información sobre el impacto de la norma actual en a) las empresas en general; b) las pequeñas y medianas empresas; c) los consumidores?

**C.** De las soluciones propuestas, ¿cuál prefieren y por qué razones? ¿Son posibles otras soluciones?

**D.** En su opinión, ¿cuál sería el impacto de las distintas soluciones posibles en a) las empresas en general; b) las pequeñas y medianas empresas; c) los consumidores?

**Cuestión 13:** ¿Conviene precisar el sentido respectivo de las «disposiciones imperativas» que figuran en los artículos 3, 5, 6 y 9, por una parte, y en el artículo 7, por otra?

**Cuestión 14:** ¿Conviene aportar precisiones al artículo 6 relativas a la definición del concepto de «desplazamiento temporal»? En caso afirmativo, ¿cuáles?

**Cuestión 15:** ¿Consideran que deberían introducirse otras modificaciones en el artículo 6?

**Cuestión 16:** ¿Les parece necesaria una norma relativa a las leyes de policía extranjeras? ¿Sería oportuno dar indicaciones más precisas en cuanto a las condiciones de aplicación de las leyes de policía extranjeras?

**Cuestión 17:** ¿Conviene actualizar la norma de conflicto en materia de forma de los contratos?

**Cuestión 18:** ¿Les parece conveniente precisar en un futuro instrumento cuál es ley aplicable a la oponibilidad de la cesión de crédito? En caso afirmativo, ¿qué norma de conflicto preconizan?

**Cuestión 19:** ¿Sería útil precisar el ámbito de aplicación respectivo de los artículos 12 y 13? En su opinión, ¿conviene prever una norma de conflicto para los pagos subrogatorios efectuados sin obligación?

**Cuestión 20:** En su opinión, ¿conviene precisar la ley aplicable a la compensación legal? En caso afirmativo, ¿qué norma de conflicto preconizan?

## Introducción

### 1.1 Creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia

Como consecuencia del incremento de los intercambios y desplazamientos dentro de la Unión Europea, al igual que, en general, en todo el mundo, son mayores las probabilidades de que ciudadanos europeos o empresas establecidas en un Estado miembro se vean implicados en litigios cuyos diferentes elementos no estén confinados en el territorio del Estado de su residencia habitual. Cabe efectivamente imaginar el caso de un consumidor griego que haya comprado por catálogo, o mediante Internet, un aparato electrónico en Alemania y quiera, más tarde, perseguir judicialmente al fabricante porque el aparato presente un grave defecto que el fabricante se niegue a subsanar, o igualmente el de una empresa alemana que quiera demandar a su socio comercial inglés por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Con frecuencia, las partes desisten de ejercitar sus derechos en un país extranjero debido a la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos nacionales. Esto es especialmente cierto respecto de los ciudadanos o las PYME, que, en general, no disponen de medios financieros para contratar los servicios de una red internacional de juristas.

En la Unión Europea, sin embargo, no puede existir un verdadero mercado interior en el que se establece la libre circulación de mercancías, personas, bienes y capitales sin un espacio común de justicia en el que cada ciudadano pueda hacer valer sus derechos en otro Estado miembro como lo hace en el de su residencia.

De este modo, el Consejo Europeo de Tampere, de los días 15 y 16 de octubre de 1999,<sup>1</sup> fijó tres ejes de acción prioritarios para la creación de tal espacio, entre los que figura un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

La armonización de las normas de Derecho internacional privado desempeña un papel fundamental en la consecución de este objetivo.

### 1.2 Papel del Derecho internacional privado en la creación de un espacio europeo de justicia

El Derecho internacional privado<sup>2</sup> está integrado por mecanismos destinados a facilitar la solución de los litigios internacionales. Responde a tres cuestiones:

- ¿Cuál es el Estado cuyos órganos jurisdiccionales son competentes para conocer de un litigio?; esta cuestión se refiere a la determinación de la «competencia judicial internacional» o «conflictos de jurisdicciones».
- ¿Qué ley nacional material aplica el juez que conoce del litigio?; este problema de elección de una ley se designa por la expresión «conflictos de leyes».

---

<sup>1</sup> Conclusiones de la Presidencia del 16.10.1999, § 28 a 39.

<sup>2</sup> La expresión «Derecho internacional privado» no tiene el mismo significado en todos los Estados miembros. En Derecho alemán o portugués, por ejemplo, designa exclusivamente las normas de conflicto de leyes, mientras que en otros sistemas jurídicos incluye también las normas relativas a la competencia judicial internacional y al reconocimiento de las sentencias extranjeras. A los efectos del presente documento, este término se emplea en su significado amplio.



- La resolución dictada por el órgano jurisdiccional que se declare competente ¿puede reconocerse y, cuando proceda, ejecutarse en otro Estado miembro?. Esta cuestión, designada por las expresiones «efecto de las sentencias extranjeras» o también «reconocimiento mutuo y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras» es importante, sobre todo si la parte perdedora carece de bienes en el país donde se dicte la resolución en cuestión.

Concretamente, cuando se trata de ejercitar una acción en el marco de un litigio internacional, conviene interrogarse, en primer lugar, sobre el Estado cuyos órganos jurisdiccionales son internacionalmente competentes. Una vez determinado, el tribunal que conoce del asunto decidirá cuál es la ley aplicable al litigio. Solamente después de que dicho tribunal haya dictado su resolución, se planteará el problema de la ejecución de la misma en el extranjero.

Cada Estado miembro dispone de sus propias soluciones de Derecho internacional privado, de acuerdo con la tradición nacional. Ahora bien, esta situación conlleva el grave inconveniente de la falta de uniformidad y de seguridad jurídica, así como implica el riesgo de que una u otra de las partes tienda a aprovecharse de que su asunto presente vínculos con distintos sistemas jurídicos para escapar a la ley que le sea normalmente aplicable. Por volver de nuevo al ejemplo del consumidor griego y del vendedor alemán, basta con imaginar que su contrato contiene una cláusula que lo somete a la ley de un tercer país que carece de disposiciones en materia de protección de los consumidores. Esta práctica, si fuera válida, no dejaría de ser sorprendente ya que privaría al consumidor de la protección que le conceden tanto el Derecho griego como el Derecho alemán.

Para superar tales inconvenientes y combatir tales prácticas, los Estados miembros optaron por armonizar sus normas de Derecho internacional privado. En este campo, sus primeros esfuerzos se han concentrado en la materia de obligaciones, contractuales y extracontractuales, de carácter civil o mercantil.

### **1.3 Convenio de Roma, Reglamento «Bruselas I» y futuro instrumento «Roma II» - tres instrumentos complementarios**

No se pueden comprender los objetivos del Convenio de Roma sin mencionar el instrumento que lo precedió, el Convenio de Bruselas de 1968 (sustituido desde el 1 de marzo de 2002, excepto para Dinamarca, por el Reglamento conocido como «Bruselas I»)<sup>3</sup>. Este último se elaboró a partir de la idea, ya expresada en el Tratado CE, de que un mercado común supone la posibilidad de obtener, en las condiciones más favorables, el reconocimiento y la ejecución en cualquier Estado miembro de una resolución dictada en otro. Para facilitar la realización de este objetivo, el Convenio de Bruselas establece las normas por las que se especifican de qué Estado miembro son competentes los tribunales<sup>4</sup>.

Ahora bien, el simple hecho de contar con normas relativas a la competencia de los tribunales no basta para eliminar todas las incertidumbres de la solución del litigio en cuanto al fondo.

---

<sup>3</sup> Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22.12.2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que sustituye al Convenio de Bruselas de 1968, cuya versión consolidada se publicó en el DO n° C 27 de 26.1.1998, p. 1 a 18. El Convenio de Bruselas de 1968 sigue estando, sin embargo, en vigor para las relaciones entre Dinamarca y los restantes Estados miembros.

<sup>4</sup> Aunque las normas de competencia contenidas en el Convenio de 1968 y el Reglamento «Bruselas I» no son, en principio, objeto del presente Libro Verde, nos referiremos, no obstante, a algunas de entre ellas al debatir las distintas normas de conflicto de leyes (apartado 3).

En efecto, el Convenio de Bruselas, así como el Reglamento que lo ha reemplazado, incluyen una serie de opciones por las que se permite al demandante elegir entre uno u otro tribunal. Existe entonces el riesgo de que una parte elija los tribunales de un Estado miembro en lugar de los de otro por la única razón de que la ley aplicable en dicho Estado le sea más favorable en cuanto al fondo, práctica conocida como *forum shopping* (búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso). Al unificar las normas de conflicto de leyes de los Estados miembros, el Convenio de Roma reduce el riesgo de *forum shopping* en la Unión Europea, garantizando que la solución en cuanto al fondo será la misma cualquiera que sea el tribunal al que se acuda.

Existe, no obstante, una diferencia importante entre los Convenios de Bruselas y de Roma, en lo relativo a sus respectivos ámbitos de aplicación: mientras que el primero abarca tanto las obligaciones contractuales como las procedentes de hechos ilícitos, el segundo sólo se refiere a las primeras. De llegar a buen término los trabajos sobre un futuro instrumento «Roma II» sobre la ley aplicable a las relaciones extracontractuales<sup>5</sup>, éste será la prolongación natural de la obra de unificación de las normas de Derecho internacional privado en materia de obligaciones, contractuales o extracontractuales, de carácter civil y mercantil, a escala comunitaria.

Antes de presentar brevemente las normas de conflicto del Convenio de Roma, conviene mencionar sucintamente los objetivos que se le asignan.

#### **1.4 Objetivos asignados a las normas de conflicto de leyes en materia contractual**

El legislador se enfrenta a varias opciones en cada norma de conflicto de leyes. Con el fin de explicar por qué elige una u otra opción, conviene recordar los principios de proximidad y de autonomía de la voluntad.

El principio de proximidad tiende a someter los hechos al ordenamiento jurídico que mantenga los vínculos más estrechos con los mismos. Este principio es especialmente relevante en materia de competencia judicial internacional, por ejemplo cuando se trata de un litigio sobre un inmueble o un accidente de tráfico: el tribunal del lugar en el que se encuentra el inmueble o en el que ha acaecido el accidente es el que, en general, se encuentra mejor situado para apreciar los hechos y reunir las pruebas. El principio de autonomía de la voluntad permite a las partes elegir, ellas mismas, la ley que regirá sus relaciones, solución fácilmente comprensible en uno de los ejemplos mencionados anteriormente (el contrato entre dos empresas, alemana e inglesa). Se trata de un principio rector de la materia contractual, consagrado por la práctica totalidad de los Derechos positivos.

Desde hace una veintena de años se ha impuesto otro principio, el de la protección de la parte débil. En efecto, en el ejemplo del consumidor griego y el proveedor alemán mencionado anteriormente, las dos partes no están en pie de igualdad. De no existir límites al principio de autonomía, el consumidor corre peligro de que se le imponga una ley que le sea desfavorable, resultando así privado de la protección a la que puede legítimamente aspirar cuando compra un bien de consumo. El mismo razonamiento se aplica a la relación empresario - asalariado.

Todos estos principios se encuentran en las normas del Convenio de Roma de 1980.

---

<sup>5</sup> La Comisión inició, el 3 de mayo de 2002, una amplia consulta referente a un anteproyecto de propuesta de Reglamento del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales con el objetivo de recoger los comentarios de los medios interesados. El texto está disponible en la siguiente dirección: [http://europa.eu.int/comm/dgs/justice\\_home/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/comm/dgs/justice_home/index_es.htm).

## 1.5 Breve presentación de las normas del Convenio de Roma

Las normas uniformes del Convenio de Roma son aplicables «en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales»<sup>6</sup>, es decir, situaciones en las que todos los elementos no están vinculados al sistema jurídico de un único Estado, por ejemplo, porque las partes del contrato son de diferente nacionalidad, están domiciliadas en Estados diferentes o, incluso, porque el contrato se celebra o ejecuta en distintos países o en un país distinto del del juez que conoce del asunto.

El Convenio de Roma reviste un carácter que puede entenderse como «universal»<sup>7</sup>, lo que significa que las normas de conflicto que en el mismo se enuncian pueden conducir a la aplicación de la ley de un Estado que no sea miembro de la Unión Europea.

El Convenio prevé, por otro lado, la exclusión de las siguientes materias: el estado civil y la capacidad de las personas físicas; el Derecho patrimonial de familia (testamentos, sucesiones, regímenes matrimoniales, contratos referentes a una obligación de dar alimentos); las obligaciones derivadas de instrumentos negociables (letras de cambio, cheques, pagarés); el Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas; los compromisos, los convenios de arbitraje y de elección de foro; los *trusts*; la prueba y el proceso<sup>8</sup>.

La piedra angular del sistema es la autonomía de la voluntad (artículo 3), principio que autoriza a las partes a elegir la ley aplicable a su contrato. La libertad, sin embargo, no es ilimitada: las partes pueden elegir cualquier ley, aunque no presente ningún vínculo objetivo con el contrato; pueden elegir la ley por la que se que rija el contrato con posterioridad al momento de la conclusión del mismo y modificarla en cualquier momento de la vida del contrato, incluso en fase judicial en determinados Estados. En cuanto a la forma de la elección, debe ser «expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso», de modo que puede derivarse de la inserción en el contrato de una cláusula expresa o asimismo de otros elementos del contexto contractual, debiendo el juez comprobar, a partir del análisis del texto, el carácter tácito o implícito de la elección de la ley.

A falta de elección de ley por las partes, el Convenio aplica el principio de proximidad ya que el contrato se regirá, en ese caso, por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (artículo 4). Se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la «prestación característica» tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual. La «prestación característica» es la que permite distinguir un contrato de otro (por ejemplo, la obligación del vendedor de transferir la propiedad en el contrato de venta; la del transportista de transportar un bien o una persona en el contrato de transporte, etc.); así pues, la obligación de pagar una cantidad no constituye, salvo excepciones, la prestación característica en el sentido del artículo 4. El Convenio establece a continuación otras presunciones en materia de derechos reales o transporte de mercancías. Sin embargo, el juez puede descartar estas presunciones «cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país».

Bajo ciertas condiciones, el Convenio de Roma contiene, a semejanza del Convenio de Bruselas, normas especiales en favor de las partes llamadas «débiles» (consumidores y trabajadores, artículos 5 y 6). De este modo, la elección de una ley por las partes del contrato no podrá privar al consumidor o al trabajador de la protección de las disposiciones

---

<sup>6</sup> Artículo 1.

<sup>7</sup> Artículo 2.

<sup>8</sup> A reserva del artículo 14 del Convenio.

imperativas de la ley que les sería normalmente aplicable - tal como se designaría en virtud de las normas generales del Convenio - a falta de elección de ley. En defecto de elección de ley, se aplicará al contrato celebrado por consumidores la ley del país de la residencia habitual del consumidor, mientras que el contrato de trabajo se regirá por la ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo y, a falta de tal lugar, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador.

El Convenio establece normas especiales para determinadas materias (en particular, cesión de crédito y subrogación). Concede a la ley del contrato un amplio ámbito de aplicación puesto que rige tanto la interpretación del contrato como su ejecución o no ejecución, tanto su extinción como su nulidad.

## **1.6 Vínculo con el proyecto «Derecho contractual europeo»**

Hay quien ya se interroga acerca del vínculo entre el proyecto «Roma I» y el conocido bajo la denominación «Derecho contractual europeo»<sup>9</sup>.

El objetivo de la Comunicación del 2 de julio de 2001 era ampliar el debate sobre el futuro del Derecho contractual europeo a escala de la Unión Europea y sobre la necesidad de un cambio de enfoque en cuanto al Derecho material<sup>10</sup>. En dicho documento, la Comisión se interrogaba acerca de la coherencia del acervo comunitario en materia de Derecho contractual y sobre si las divergencias nacionales existentes en este ámbito podrían obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior. Una de las opciones señaladas, en caso de que un nuevo enfoque resultara necesario, era la adopción de un nuevo instrumento comunitario que contribuyera a la aproximación del Derecho contractual material. En consecuencia, algunos ya se interrogaban acerca del interés de seguir ocupándose de normas prescriptoras de la aplicación de este o aquel de los Derechos nacionales.

Estos interrogantes carecen de fundamento. En opinión de la Comisión, el objetivo del proyecto «Derecho contractual europeo» no es, en este estadio, ni la uniformización del Derecho contractual de los Estados miembros ni la creación de un Código civil europeo. La Comisión ya había indicado que presentaría un documento de seguimiento a comienzos del año 2003. Además, aun en la hipótesis de una mayor armonización del Derecho contractual a escala comunitaria en un futuro más lejano, probablemente ésta solo se referiría a determinados aspectos, particularmente importantes, de la materia, de modo que siempre habría que determinar la ley aplicable respecto de los aspectos no armonizados. Las normas de Derecho internacional privado siguen, por lo tanto, conservando toda su importancia para las transacciones transfronterizas comunitarias, hoy y en el futuro.

En consecuencia, la existencia del proyecto «Derecho contractual europeo» no merma en modo alguno el interés de la reflexión en torno a una eventual actualización del Convenio de Roma. Por el contrario, se trata de dos proyectos que se complementan entre sí y cuyos trabajos se desarrollan en paralelo.

---

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (DO n° C 255, 13.9.2001, p.1).

<sup>10</sup> El Derecho material rige cuestiones como la validez, la formación o la ejecución del contrato, por oposición al Derecho contractual internacional, que se refiere exclusivamente a la cuestión de la ley aplicable.

## 1.7 Iniciativas ya adoptadas

Con objeto de preparar los debates sobre una eventual actualización del Convenio, la Comisión financió, en el marco del programa GROTIUS CIVIL 2000, un proyecto presentado por la Academia de Derecho Europeo de Tréveris, consistente en la creación de una base de datos, accesible en línea, relativa a la aplicación del Convenio por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. El sitio web así creado<sup>11</sup> contiene ya numerosas referencias jurisprudenciales.

Por otra parte, en el marco de la preparación del Reglamento CE n° 44/2000 «Bruselas I», la DG JAI organizó, los días 4 y 5 de noviembre de 1999, una reunión relativa al Derecho internacional privado y el comercio electrónico, en la que se recibieron 74 contribuciones escritas procedentes de organismos profesionales, asociaciones de consumidores, instituciones públicas, empresas e investigadores. Una gran parte de los comentarios se refiere a la cuestión de la ley aplicable a los contratos celebrados por Internet.

Por último, los trabajos de la AGRUPACIÓN EUROPEA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, que versaban sobre las posibles mejoras del Convenio, han desembocado en propuestas concretas de modificación del texto actual<sup>12</sup>.

Antes de preguntarse sobre la oportunidad de actualizar las normas de conflicto de leyes que figuran en el Convenio (apartado 3), conviene reflexionar sobre las ventajas que podrían justificar su transformación en instrumento comunitario (apartado 2).

Ante todo, sin embargo, la Comisión desea aprovechar esta ocasión para reunir información detallada sobre el conocimiento efectivo que tienen los agentes económicos - empresas, consumidores y trabajadores - y los profesionales del Derecho de la existencia del Convenio de Roma y sus normas. La Comisión desea igualmente saber si el conocimiento o desconocimiento del Convenio influye en el comportamiento, en la práctica, de estos agentes en sus relaciones contractuales y en los procesos judiciales.

**Cuestión 1: ¿Disponen de información sobre el conocimiento efectivo del Convenio de Roma de 1980 y de sus normas por los agentes económicos y los profesionales del Derecho, incluidos los jueces? ¿Saben las partes de los contratos que pueden elegir libremente la ley que les sea aplicable? En la hipótesis de que lleguen a la conclusión de que existe un conocimiento insuficiente del Convenio de Roma por parte de los agentes económicos, ¿tiene ello una incidencia negativa en el desarrollo de las negociaciones contractuales o los procesos judiciales?**

## 2. SOBRE LA TRANSFORMACIÓN DEL CONVENIO DE ROMA DE 1980 EN INSTRUMENTO COMUNITARIO

El Convenio de Roma es, hoy en día, el único instrumento en materia de Derecho internacional privado a escala comunitaria que reviste aún la forma de un tratado internacional. Esta la razón por la que algunos se interrogan sobre la oportunidad de transformarlo en instrumento comunitario.

---

<sup>11</sup> <http://www.rome-convention.org>.

<sup>12</sup> Los resultados de estos trabajos están disponibles en la siguiente dirección: <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>.

Dicha transformación presentaría una serie de ventajas, empezando por una mayor coherencia de la política legislativa comunitaria en materia de Derecho internacional privado (apartado 2.2), basada en la letra c) del artículo 61 del Tratado (apartado 2.1). Supondría, además, la atribución de una competencia de interpretación al Tribunal de Justicia en óptimas condiciones (apartado 2.3) y facilitaría, por último, la aplicación de normas de conflicto uniformadas en los nuevos Estados miembros (apartado 2.4).

## **2.1 Una nueva base jurídica: la letra c) del artículo 61 del Tratado de Amsterdam ha dado un nuevo impulso al Derecho internacional privado de fuente comunitaria**

Aunque los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado se adoptaron sobre la base del artículo 293 (antiguo 220) del Tratado (caso del Convenio de Bruselas de 1968) o se asimilan a instrumentos adoptados sobre esta base (Convenio de Roma de 1980), desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, este ámbito corresponde al primer pilar de la Unión Europea.

De este modo, la Comunidad ha adoptado, sobre la base de la letra c) del artículo 61 del Tratado, varios Reglamentos nuevos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil («Bruselas II»<sup>13</sup>, «Quiebra»<sup>14</sup>, «Transmisión de actos»<sup>15</sup> y «Obtención de pruebas»<sup>16</sup>) y ha transformado el Convenio de Bruselas de 1968 en Reglamento. Además, la Comisión prepara actualmente un instrumento comunitario sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (proyecto «Roma II»).

El Plan de Acción de Viena<sup>17</sup> del Consejo y de la Comisión, que fue aprobado por el Consejo en 1998, contempla expresamente la compatibilidad de las normas relativas al conflicto de leyes. Su apartado 40 c) invita a *«la revisión, en caso de que sea necesario, de determinadas disposiciones del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, teniendo en cuenta las disposiciones especiales sobre conflicto de leyes de otros instrumentos comunitarios»*. El Proyecto de medidas de reconocimiento mutuo<sup>18</sup> precisa que las medidas relativas a la armonización de las normas de conflicto de leyes constituyen medidas de acompañamiento, que facilitan la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Es oportuno recordar que el ámbito de la cooperación judicial civil, excepto en materia de familia, se regirá, desde la entrada en vigor del Tratado de Niza, por el procedimiento de «codecisión», que asocia estrechamente el Parlamento al proceso legislativo.

---

<sup>13</sup> Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, DO n° L 160 de 30.6.2000, p. 19.

<sup>14</sup> Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, DO n° L 160 de 30.6.2000, p. 1.

<sup>15</sup> Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, DO n° L160 de 30.6.2000, p. 37.

<sup>16</sup> Reglamento (CE) No. ° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DO n° L 174 de 27.6.2001, p. 1.

<sup>17</sup> DO C 19 de 23.1.1999, p. 1, letra c) del apartado 51.

<sup>18</sup> DO C 12 de 15.1.2001, p. 8.

## **2.2 Coherencia de la obra legislativa comunitaria en materia de Derecho internacional privado**

Dado que las normas de competencia judicial internacional y las de conflicto de leyes referentes a las obligaciones contractuales y extracontractuales, de carácter civil o mercantil, constituyen realmente un conjunto único, el que el Convenio de Roma se distinga en cuanto a su forma de los restantes instrumentos de Derecho internacional privado a escala comunitaria no contribuye a la coherencia de dicho conjunto.

Además, puesto que reviste la forma de un tratado internacional, el Convenio de Roma contiene algunas disposiciones que convendrá analizar desde la óptica de la coherencia de la política legislativa comunitaria.

Se trata, en concreto, de los siguientes artículos:

- el derecho de los Estados miembros de formular reservas (relativas al apartado 1 del artículo 7 y a la letra e) del apartado 1 del artículo 10) previsto en el artículo 22
- el derecho de los Estados miembros, previsto en el artículo 23, de adoptar normas nacionales de conflicto de leyes para una categoría específica de contratos;
- el derecho de los Estados miembros, previsto en el artículo 24, de adherirse a convenios multilaterales en materia de conflictos de leyes;
- la duración limitada (aunque renovable) del Convenio (artículo 30).

No es seguro que dichas disposiciones sean compatibles con el objetivo de creación de un auténtico espacio de justicia europeo.

## **2.3 Interpretación uniforme del Convenio por el Tribunal de Justicia**

El análisis de las primeras resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales ya permite constatar que la aplicación uniforme de algunos artículos del Convenio no está garantizada, en particular, porque los órganos jurisdiccionales nacionales tienden a interpretar el Convenio a la luz de las soluciones anteriormente aplicadas, bien para colmar algunas lagunas del Convenio, bien para modificar la interpretación de algunas disposiciones flexibles. Para ilustrar estas divergencias se pueden citar el apartado 1 del artículo 1 (ámbito de aplicación material: definición de la materia contractual, por ejemplo la cuestión si hay que incluir o no los contratos en cadena) o el apartado 1 del artículo 3 (definición de la elección tácita: ¿qué ocurre con la referencia a un concepto jurídico propio de un sistema jurídico dado)<sup>19</sup>.

La coherencia de las normas de conflicto de leyes al nivel comunitario se vería sin duda favorecida por una interpretación uniforme de las normas que figuran en el Convenio de Roma.

---

<sup>19</sup> Otro factor de divergencia de las interpretaciones es que algunos Estados miembros han optado por incorporar las disposiciones del Convenio en su Derecho nacional por vía legislativa, modificando a veces el texto de origen.

Los Estados han expresado, en una Declaración común<sup>20</sup>, su voluntad de examinar la posibilidad de atribuir algunas competencias al Tribunal de Justicia. De este modo, el Convenio se completa por dos Protocolos que atribuyen al Tribunal de Justicia competencia para interpretar el Convenio. Ahora bien, estos dos Protocolos siguen sin haber entrado en vigor<sup>21</sup>.

La transformación del Convenio en instrumento comunitario garantizaría que las competencias del Tribunal de Justicia fueran idénticas para todos los instrumentos de Derecho internacional privado de fuente comunitaria. El Tribunal de Justicia podría asimismo velar por una interpretación coherente de los conceptos jurídicos comunes al Convenio de Roma y al Reglamento «Bruselas I».<sup>22</sup>

En este contexto, convendrá asimismo tener en cuenta que los poderes atribuidos al Tribunal de Justicia en el marco del título IV podrían evolucionar en el futuro.

La ratificación de los dos protocolos del Convenio de Roma por todos los Estados miembros sigue siendo recomendable. En efecto, todos los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de un eventual instrumento «Roma I» seguirán estando sujetos al Convenio de Roma, de modo que la utilidad de sus protocolos se mantiene en idénticos términos para un número no despreciable de contratos.

#### **2.4 Aplicación de normas de conflicto uniformizadas en los nuevos Estados miembros**

El Convenio de Roma de 1980 forma parte del acervo comunitario. Desde la perspectiva de la ampliación de la Unión, la adopción de un instrumento comunitario evitaría que la entrada en vigor de normas de conflicto uniformes en los países candidatos se retrasara por los procedimientos de ratificación.

Para ilustrar esta observación, baste con recordar que los convenios de Funchal<sup>23</sup> y de Roma<sup>24</sup> relativos, respectivamente, a la adhesión de España y Portugal y de Austria, Finlandia y Suecia siguen sin haberse ratificado por todos los Estados miembros. Puesto que el texto inicial se modificó ligeramente con este motivo, hoy en día coexisten en la Unión Europea dos versiones diferentes del Convenio de Roma.<sup>25</sup>

#### **2.5 Elección de instrumento: ¿Reglamento o Directiva?**

Para la elección del tipo de acto que deba adoptarse, Reglamento o Directiva, conviene tener en cuenta que, de acuerdo con el Proyecto de medidas de reconocimiento mutuo, la compatibilidad de las normas de conflicto de leyes contribuye al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en la Unión.

---

<sup>20</sup> Para el texto del Convenio una vez modificado por los distintos convenios de adhesión, las declaraciones y los protocolos anexos, véase la versión consolidada publicada en el DO C 27 de 26.1.1998, p. 34.

<sup>21</sup> Para que el primer protocolo por el que se atribuye competencia al Tribunal de Justicia entre en vigor en los Estados miembros que lo han ratificado hasta la fecha (es decir, todos los Estados miembros a excepción de Bélgica e Irlanda), falta la ratificación del segundo protocolo por Bélgica; véase para conocer el estado de las ratificaciones: <http://ue.eu.int/accords/default.asp>.

<sup>22</sup> El concepto de «consumidor», por ejemplo.

<sup>23</sup> DO n° L 333 de 18.11.1992, p. 1.

<sup>24</sup> DO n° C 15 de 15.1.1997, p. 10.

<sup>25</sup> La modificación introducida por el Convenio de Funchal se refiere esencialmente a la supresión del artículo 27 relativo al ámbito de aplicación en el espacio del Convenio.



Debe asimismo tenerse en cuenta que aquí no se trata de regular tal o cual aspecto de una materia - como ocurre con las directivas sectoriales - sino de armonizar una materia - el Derecho internacional privado de obligaciones - en su conjunto.

Parece que estos objetivos pueden alcanzarse más fácilmente si el eventual instrumento futuro «Roma I» reviste la forma de un reglamento. En efecto, el Reglamento es de aplicación inmediata y su ejecución escapa a las incertidumbres de la incorporación de una Directiva al ordenamiento jurídico nacional.

**Cuestión 2: ¿Consideran que sería oportuno transformar el Convenio de Roma de 1980 en instrumento comunitario? ¿Cuáles son sus argumentos a favor o en contra de dicha transformación?**

### 3. ¿ES NECESARIO ACTUALIZAR EL CONVENIO DE ROMA DE 1980?

Puesto que el Convenio de Roma entró en vigor hace apenas 11 años, contemplar su revisión puede parecer sorprendente. Son varios, sin embargo, los argumentos en favor de tal iniciativa.

En primer lugar, el examen de la cuestión de la oportunidad de una revisión del artículo 5 relativo a la protección de los consumidores constituye una obligación suscrita por los Estados miembros en la adhesión de Austria al Convenio de Roma: en el informe explicativo sobre el Convenio de adhesión se especificaba que este examen debía tener lugar en una fecha próxima, habiéndose adjuntado una declaración en este sentido al acta de la Conferencia de los Gobiernos de los Estados<sup>26</sup>.

Conviene, a continuación, recordar el estrecho vínculo que une el Convenio de Roma con su equivalente en materia de conflicto de órganos jurisdiccionales, que es el Convenio de Bruselas. En la transformación del mismo en Reglamento comunitario se procedió también a una revisión de algunos de sus artículos<sup>27</sup>. Hay quien opina que la coherencia del Derecho internacional privado comunitario exigiría que se tuvieran en cuenta dichas modificaciones en el instrumento relativo a los conflictos de leyes.

Por otra parte, existe *de facto* una jurisprudencia que abarca un período de tiempo superior a aquel durante el cual ha estado en vigor el Convenio. En efecto, varios Estados signatarios ya habían incorporado unilateralmente sus disposiciones en su legislación nacional antes incluso de su entrada en vigor<sup>28</sup>. En otros Estados miembros, los jueces se han inspirado de las normas del Convenio antes incluso de su entrada en vigor.

De esta jurisprudencia se desprende que algunas normas esenciales del Convenio son objeto de críticas, en las que se le censura su insuficiente grado de precisión. Conviene, sin embargo, no perder de vista que la materia no es de las que se prestan a precisiones rigurosas y que debe necesariamente alcanzarse un equilibrio entre, por un lado, normas que otorgaran total libertad a los jueces y, por otro, normas rígidas que no dejaran lugar a ninguna adaptación al supuesto concreto.

---

<sup>26</sup> DO n° C 191 del 23.6.1997 p. 11, 12.

<sup>27</sup> En particular, artículos 5, 15 y apartado 1 del artículo 22.

<sup>28</sup> Dinamarca, Luxemburgo, Alemania y Bélgica.

Por consiguiente, el interés de una eventual revisión en cuanto al fondo no consiste en precisar, con el menor detalle, todos los puntos que pueden ser causa de divergencia de interpretación, sino en corregir los elementos más discutibles. Antes de volver de nuevo sobre estos elementos, artículo a artículo (apartado 3.2), conviene plantearse interrogantes más amplios, referentes al equilibrio general del Convenio (apartado 3.1).

### 3.1 Interrogantes sobre el equilibrio general del Convenio

#### 3.1.1. *Vínculo entre las normas de conflicto generales del Convenio de Roma y las normas con incidencia en la ley aplicable que figuran en instrumentos sectoriales*

##### 3.1.1.1. Multiplicación en instrumentos sectoriales de normas con incidencia en la ley aplicable

La multiplicación de los instrumentos comunitarios sectoriales de Derecho derivado que contienen normas de conflicto de leyes aisladas<sup>29</sup> o normas que determinan el ámbito de aplicación territorial del Derecho comunitario y, por lo tanto, tienen incidencia en la ley aplicable<sup>30</sup> ha hecho correr ríos de tinta. En virtud del artículo 20 del Convenio, así como de los principios generales del Derecho<sup>31</sup>, estas normas especiales, que regulan materias específicas, establecen una excepción a la aplicación de las normas del Convenio, que tienen un alcance general. En la mayoría de los casos, estas normas sectoriales responden al afán de reforzar la protección de las partes consideradas como «débiles»<sup>32</sup>.

Su multiplicación no deja de suscitar interrogantes. En opinión de algunos, puede poner en peligro la coherencia del cuerpo de normas de conflictos de leyes aplicables en la Unión. Como ejemplo, se suelen citar las normas con una incidencia en la ley aplicable que figuran en las directivas dirigidas a mejorar la protección de los consumidores que, por una parte, recurren a un mecanismo diferente del de las normas de conflicto de leyes propiamente dichas<sup>33</sup> y, por otra, contienen fórmulas que varían ligeramente de un instrumento a otro. Además, su incorporación en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros no respeta

---

<sup>29</sup> Se trata, en particular, de los siguientes instrumentos: Directiva relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (1993/7 de 15 de marzo de 1993); Directiva «desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios» (1996/71 de 16 de diciembre de 1996); Por otro lado, existe un conjunto coherente de normas de conflictos de leyes aplicables al sector de los seguros en las siguientes Directivas: Segunda Directiva «seguro distinto del seguro de vida» (1988/357 de 22 de junio de 1988) una vez completada y modificada por las Directivas 1992/49 y 2002/13; Segunda Directiva «seguro de vida» (1990/619 de 8 de noviembre de 1990) una vez completada y modificada por las Directivas 1992/96 y 2002/12.

<sup>30</sup> Algunas directivas contienen, en efecto, una cláusula que, si bien no constituye una norma de conflicto de leyes propiamente dicha, no deja de tener incidencia en la cuestión de la ley aplicable al contrato. Cuando el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de uno o varios Estados miembros, la finalidad de estas cláusulas es garantizar la aplicación del Derecho comunitario si se ha elegido por las partes el Derecho de un tercer país. Cláusulas de este tipo figuran en las siguientes directivas: Directiva «cláusulas abusivas» (1993/13 de 5 de abril de 1993); Directiva «time sharing» (1994/47 de 26 de octubre de 1994); Directiva 97/7 de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 1994/44 de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, Directiva 2002/65, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

<sup>31</sup> «*Generalia specialibus derogant*», lo que significa que las leyes especiales establecen una excepción a la aplicación de leyes que tienen un alcance general.

<sup>32</sup> Las cláusulas relativas al ámbito de aplicación territorial de las directivas «consumo» se explican, sobre todo, por el hecho de que la protección concedida por el artículo 5 del Convenio no siempre se ha considerado adecuada; véase apartado 3.2.7, *infra*.

<sup>33</sup> Véase nota 30 a pie de página, *supra*.

siempre el espíritu de las directivas, en particular, cuando una norma bilateral se convierte en unilateral.<sup>34</sup>

Según otras opiniones, esta dispersión de las normas de conflicto entrañaría una falta de legibilidad en cuanto al texto aplicable, que afectaría, sobre todo, a los profesionales del Derecho, todo ello en el contexto de la reflexión más amplia actualmente en curso en la Unión Europea sobre la codificación del acervo con el fin de mejorar la transparencia.<sup>35</sup>

### 3.1.1.2. Soluciones posibles

Varias soluciones son objeto de estudio en la actualidad, que oscilan desde medidas que faciliten a los profesionales del Derecho el manejo de la multitud de textos existentes hasta una verdadera codificación de las normas de conflictos de leyes de origen comunitario:

- i. Con el fin de mejorar la legibilidad de los textos existentes, se podría prever un anexo al futuro instrumento que recogiera en una lista, que se actualizaría a medida que fueran adoptándose, las referencias de los instrumentos sectoriales de Derecho derivado con normas de conflicto de leyes .
- ii. Las normas especiales podrían recogerse en el texto del futuro instrumento comunitario. La verdadera cuestión sería la de decidir si es preciso un texto global, que abarque el conjunto de las normas de conflicto de leyes de origen comunitario en materia contractual. *De facto*, de este modo se plantea la cuestión de la «codificación» del acervo comunitario en la materia.
- iii. Las normas con una incidencia en la ley aplicable que figuran en los instrumentos sectoriales se proponen, en general, una mejor protección de las partes débiles. Ahora bien, el presente Libro Verde recoge precisamente ciertas reflexiones que actualmente se están desarrollando en los medios doctrinales con el fin de, por un lado, introducir una cláusula general para garantizar la aplicación de un estándar mínimo comunitario (véase apartado 3.1.2, *infra*) y, por otro, actualizar el artículo 5 del Convenio (véase apartado 3.2.7, *infra*). En la hipótesis de que se realizaran dichas modificaciones, ya hay quien ha propuesto derogar las normas que figuran en los instrumentos sectoriales.

**Cuestión 3: ¿Tienen conocimiento de las dificultades derivadas de la multiplicación y dispersión de normas con incidencia en la ley aplicable en varios instrumentos sectoriales de Derecho derivado? En caso afirmativo, ¿cuál sería, en su opinión, la mejor solución para superarlas?**

---

<sup>34</sup> La mayoría de normas de conflicto de leyes son de carácter bilateral, es decir, designan indistintamente una ley extranjera o la ley del juez que conoce del asunto. Como ejemplo, se puede citar la norma francesa según la cual el juez debe, para determinar la filiación del niño, aplicar la ley de la nacionalidad de la madre. Si la madre es francesa, el juez francés aplicará la ley francesa; si es italiana, aplicará la ley italiana. Según el método unilateral, que constituye hoy en día la excepción, al contrario, cada Estado se limita a determinar los casos en los que es aplicable su propia ley. Como ejemplo, puede citarse el tercer párrafo del artículo 3 del Código civil francés: «*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger*» (las leyes relativas al estado y la capacidad de las personas regirán a los franceses, incluso a los residentes en un país extranjero).

<sup>35</sup> Véase. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la codificación del acervo comunitario, COM (2001) 645 final, 21.11.2001.

### 3.1.2. *Prever una cláusula para garantizar la aplicación del estándar mínimo comunitario cuando todos, o algunos, de los elementos del contrato se localizan en la Comunidad*

#### 3.1.2.1. Riesgo de que el Derecho comunitario no se aplique aunque los elementos del supuesto estén situados en el territorio de la Unión

Existen, y existirán siempre, situaciones en las cuales una parte débil no se beneficie de las normas protectoras del Convenio debido a las circunstancias particulares del caso. El juego de la autonomía de la voluntad podrá en ese caso conducir a la aplicación de la ley de un tercer Estado. Cuando todas las partes implicadas son ciudadanos comunitarios, una solución de este tipo podría resultar contraria al espíritu del Convenio y del Derecho comunitario, en general.

Tal como se demostrará más adelante (véase apartado 3.2.7, *infra*), puede ocurrir que el consumidor llamado «móvil» no esté protegido de la aplicación de la ley de un tercer país. Por ejemplo, en el supuesto de que un consumidor portugués se desplace a Bélgica para efectuar una compra, ninguna disposición del Convenio de Roma prohíbe al comerciante someter el contrato a la ley de un país no europeo que no contenga ninguna norma relativa a la protección de los consumidores<sup>36</sup>.

Ciertamente, no conviene perder de vista que la protección de las partes débiles se realiza asimismo, y sobre todo, por las numerosas directivas comunitarias que contienen normas relativas a su ámbito de aplicación, precisamente para evitar que la mera elección de la ley de un tercer país permita a las partes sustraerse a su aplicación (véase apartado 3.1.1, *supra*). Ahora bien, según algunas opiniones, el recurso a tal mecanismo no es suficiente: además de una determinada falta de legibilidad en cuanto a la norma aplicable, las directivas sectoriales - tal como indica su título - no regulan la integralidad del Derecho civil, sino solamente algunos aspectos del Derecho contractual. Por último, el método de las directivas sectoriales es también insuficiente en la medida en que, en caso de no transposición o transposición incorrecta, el consumidor no puede prevalerse de sus disposiciones frente a la otra parte del contrato.<sup>37</sup>

#### 3.1.2.2. Soluciones posibles

La actualización de los artículos 5 y 6, analizada en el apartado 3.2.7 más abajo, ciertamente permitiría colmar algunas lagunas derivadas de su redacción. Conviene, sin embargo, prever otra solución que consistiría en introducir una cláusula por la que se garantizara la aplicación del estándar mínimo comunitario cuando todos los elementos, o incluso algunos elementos particularmente relevantes, del contrato estén localizados en la Comunidad.

Una cláusula de este tipo podría inspirarse en el actual apartado 3 del artículo 3 del Convenio, que especifica que «*cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país*», la elección por las partes de una ley extranjera no puede afectar a disposiciones imperativas de este país.

---

<sup>36</sup> Queda, por supuesto, el dique de contención de las «leyes de policía», es decir, las normas que el juez debe aplicar sea cual fuere la ley aplicable al contrato (véase apartado 3.2.8, *infra*). Este mecanismo presenta, no obstante, inconvenientes: sólo unas pocas normas han sido definidas como tales, de modo que la previsibilidad de las soluciones jurídicas dista de estar asegurada.

<sup>37</sup> Debido a la falta de efecto directo horizontal de las directivas. De este modo, la no incorporación al ordenamiento jurídico nacional por parte de España de la Directiva 85/577, de 20.12.1985, relativa a la venta a domicilio, está en el origen de la jurisprudencia alemana conocida como «Gran Canaria».

De la misma forma, un futuro instrumento «Roma I» podrá especificar que, cuando una directiva exige el respeto de unas normas mínimas, las partes no podrán sustraerse a las mismas por el juego de las normas de conflicto de leyes, eligiendo la ley de un tercer Estado para contratos puramente internos de la Comunidad. Se ha sugerido redactar una cláusula en los siguientes términos: «*La elección por las partes de la ley de un tercer Estado no podrá afectar, cuando todos los elementos de la situación estén localizados en el momento de la celebración del contrato en uno o varios Estados miembros, a la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho comunitario*»<sup>38</sup>.

Asimismo, será preciso evaluar esta propuesta a la luz de la jurisprudencia *Ingmar* del Tribunal de Justicia. En efecto, aunque todos los elementos de este asunto no estaban situados en la Comunidad - el empresario se hallaba establecido en Estados Unidos - , el Tribunal ha partido del hecho de que el agente comercial ejercía su actividad en un Estado miembro para concluir que algunos artículos de la Directiva 86/653 relativa a los agentes comerciales debían aplicarse.<sup>39</sup>

**Cuestión 4: ¿Les parece aconsejable introducir una cláusula de naturaleza general que garantice la aplicación de un estándar mínimo comunitario cuando todos los elementos del contrato, o incluso algunos elementos particularmente relevantes, están localizados en la Comunidad? ¿Responde la redacción propuesta en el apartado 3.1.2.2 al objetivo perseguido?**

### 3.1.3. Relaciones con los convenios internacionales existentes en la materia

Incluso en el marco de un instrumento comunitario sería posible permitir a los Estados miembros seguir aplicando las normas de conflicto de leyes que figuren en convenios internacionales de los que sean actualmente Partes. Esta solución tendría como objetivo evitar un conflicto entre las normas previstas por dichos convenios y las que figuren en un instrumento comunitario. Permitiría, por otra parte, a los Estados miembros que ya sean Parte de estos convenios no denunciarlos.

Esta solución presentaría el inconveniente de permitir a estos Estados aplicar normas que podrían apartarse de las previstas por un instrumento comunitario, afectando de ese modo a la creación de un auténtico espacio de justicia común. No obstante, este riesgo se reduce en la medida en que, por una parte, el contenido de estas normas se conoce perfectamente hoy en día y, por otra, la facultad de los Estados miembros de adherirse con carácter individual a otros convenios cesará a partir de la adopción del instrumento comunitario que ha de proponerse. En efecto, en aplicación de la jurisprudencia «AETR»<sup>40</sup>, la adopción de un instrumento comunitario por el que se uniformizaran las normas de conflicto de leyes en materia contractual, de carácter civil y mercantil, atribuiría una competencia exclusiva a la Comunidad para negociar y adoptar instrumentos internacionales en la materia.

Esta posibilidad podría asimismo acompañarse de la obligación para los Estados miembros de notificar los convenios internacionales afectados por esta disposición de los que sean Partes, con el fin de garantizar la transparencia y la seguridad jurídica. Esta lista podría eventualmente figurar en anexo a un futuro instrumento «Roma I».

---

<sup>38</sup> Para la noción de «disposición imperativa», véase. apartado 3.2.8 *infra*.

<sup>39</sup> TJCE 9.11.2000, *Ingmar GB Ltd/Eaton Loanard Technologies Inc.*, Asunto C-381/98.

<sup>40</sup> TJCE 31.3.1971, *Comisión/Consejo*, asunto 22/70, *Rec . 263*.

**Cuestión 5: ¿Desean formular algún comentario sobre las orientaciones esbozadas más arriba?**

**3.2 Problemas encontrados en la aplicación de los distintos artículos**

*3.2.1. Ámbito de aplicación del Convenio - exclusión de las cláusulas de arbitraje y de elección de foro (letra d) del apartado 2 del artículo 1)*

El Convenio excluye de su ámbito de aplicación las cláusulas de arbitraje - que, en caso de litigio, prevén la designación de un árbitro o de un tribunal arbitral en lugar de un órgano jurisdiccional ordinario - y las cláusulas de elección de foro - es decir, las cláusulas que designan al órgano jurisdiccional ordinario competente en caso de litigio, también llamadas de «sumisión jurisdiccional».

La exclusión de los convenios de arbitraje resulta quizá menos preocupante a causa del gran número de Tratados existentes en la materia. Pero estos Tratados se refieren más a menudo al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral que a la ley aplicable al convenio de arbitraje en sí.

En cuanto a las cláusulas de sumisión jurisdiccional, el artículo 23 del Reglamento «Bruselas I» contiene ciertamente normas materiales, en las que se enuncian directamente algunas condiciones de validez de tales cláusulas, pero el juego de este artículo no permitirá responder a todos los interrogantes.

**Cuestión 6: ¿Consideran que serían útiles unas normas de conflicto relativas a las cláusulas de arbitraje y de elección de foro?**

*3.2.2. Normas aplicables al contrato de seguro (apartado 3 del artículo 1)*

*3.2.2.1. Situación actual*

El Convenio excluye de su ámbito de aplicación los contratos de seguros que cubran riesgos situados en el territorio de la Unión. Esta exclusión se explica por el hecho de que, en paralelo a las negociaciones sobre el Convenio de Roma, se habían iniciado por otro grupo de expertos trabajos referidos precisamente al régimen de Derecho internacional privado y de libre prestación de servicios en materia de seguros. Varias directivas sectoriales<sup>41</sup> articulan este régimen de conflictos de leyes sólo para el sector de seguros.

En consecuencia, hay que distinguir tres hipótesis según que, por una parte, el riesgo esté situado o no en un Estado miembro y, por otra, el asegurador esté o no establecido en la Comunidad:

- a) El riesgo está situado fuera del territorio de la Unión: la ley aplicable se determina por las normas del Convenio, esté o no el asegurador establecido en la Comunidad; en aplicación de las normas generales del Convenio (artículo 4), a falta de elección

---

<sup>41</sup> Se trata de las Directivas ya mencionadas en la nota 29 a pie de página. Conviene señalar que el Consejo aprobó, el 27 de mayo de 2002, una posición común con vistas a la adopción de una versión consolidada de las directivas «seguro de vida» (DO C 170 E/45 de 16.7.2002). Asimismo, se está actualmente trabajando para establecer una versión consolidada de las directivas «seguro distinto del seguro de vida», que ha de estar finalizada en 2003.

de ley, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el que está establecido el asegurador.

- b) El riesgo está situado en la Unión y se asegura por un prestador de servicios allí establecido: la ley aplicable se determina por las normas de las distintas Directivas «seguros», que difieren considerablemente de las soluciones generales del Convenio. La Directiva 90/619 en materia de seguro de vida prevé, como norma de principio, la competencia de la ley del Estado de residencia habitual del tomador de seguro cuando éste es una persona física. Esta solución, que coloca al tomador en una situación similar a la del consumidor, corresponde también a la vigente en la mayoría de los terceros Estados.
- c) El riesgo está situado en la Unión y se asegura por un prestador de servicios no establecido en la Comunidad: la ley aplicable se determina según las normas de conflicto nacionales de cada Estado miembro; no existe solución armonizada al nivel de la Unión.

### 3.2.2.2. Interrogantes en cuanto a la situación actual

La situación actual es objeto de críticas por parte de los especialistas de Derecho internacional privado, por el motivo concreto de que parece poco compatible con el afán de transparencia del Derecho comunitario; aunque los especialistas del Derecho de seguros consiguen determinar las normas aplicables, no ocurre igual con un público más amplio.

A continuación se plantean interrogantes acerca de si la situación a), que lleva a la aplicación de la ley del asegurador, responde a la preocupación general, asimismo formulada en el Reglamento «Bruselas I»<sup>42</sup> de garantizar una elevada protección al tomador de seguro privado.

Por último, podría resultar sorprendente que no existan normas de conflicto armonizadas para la situación c) anteriormente mencionada (riesgo situado en la Unión asegurado por un prestador de servicios que no está establecido allí). No obstante, los especialistas en materia de seguros destacan que no hay razones, en la práctica, para preocuparse de la hipótesis c), ya que las normas relativas a la libre prestación de servicios obligan al prestador de servicios no establecido en la Unión a elegir domicilio en la Unión, sometiéndole de este modo a la normativa europea.

### 3.2.2.3. Soluciones posibles

La reflexión podría articularse en torno a los siguientes elementos:

- i. ¿Tienen las normas generales del Convenio, aplicadas a la hipótesis a) anteriormente mencionada, suficientemente en cuenta la especificidad de los contratos de seguro? ¿No sería preferible prever, tal como ocurre en el Reglamento «Bruselas I», una norma de conflicto de leyes especial en la materia? ¿O debería la Comunidad, tal como ocurre con la mayoría de los terceros Estados, desinteresarse de los riesgos que no estén situados en su territorio?
- ii. Con el fin de mejorar la transparencia de la legislación comunitaria, podría contemplarse la integración de normas especiales en materia de seguro en un futuro

---

<sup>42</sup> El Convenio de Bruselas de 1968 ya contenía, en la sección 3, normas de competencia especiales.

instrumento «Roma I». No obstante, en el supuesto de que éste revistiera la forma de un Reglamento, no es cierto que las normas relativas al seguro fueran compatibles con esta forma: en la elaboración de las directivas «seguros», el legislador comunitario quiso dejar un determinado margen de maniobra a los Estados miembros en cuanto a los criterios de vinculación requeridos para la aplicación de la ley del tomador de seguro, margen de maniobra poco compatible con la forma del Reglamento. Por ello, la mayoría de los Estados miembros, en el marco de los trabajos de la Comisión sobre el tema «Seguro y comercio electrónico», formuló su deseo de no integrar las normas de conflicto de leyes en el Convenio de Roma o el instrumento que lo sustituya.

- iii. La creación de un anexo que fuera objeto de actualización regular, en el que se recogieran las normas de conflicto que figuran en instrumentos sectoriales (véase apartado 3.1.1.2., *supra*) permitiría mejorar la legibilidad y la transparencia de las normas aplicables en la materia.

**Cuestión 7: ¿Cuál es su evaluación de las normas actuales de conflicto de leyes en materia de seguros? ¿Piensan que la solución actual de las hipótesis (a) y (c) es satisfactoria? ¿Qué modos de superar eventuales dificultades preconizan?**

### 3.2.3. *Autonomía de la voluntad (apartado 1 del artículo 3) - Interrogantes en cuanto a la elección de normas no estatales*

Es práctica cada día más corriente en materia de comercio internacional que las partes se refieran no a la ley de tal o cual Estado, sino directamente a las normas de un convenio internacional, como el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, a los usos del comercio internacional, a los principios generales del Derecho, a la *lex mercatoria*, o, incluso, a recientes codificaciones privadas como los Principios UNIDROIT sobre los contratos del comercio internacional.

Parecería que tal elección no es, en el espíritu de los redactores del Convenio, una elección de ley según lo dispuesto en el artículo 3, que sólo contemplaría la elección de una ley estatal: el contrato que estableciera tal elección estaría regido por la ley aplicable a falta de elección (artículo 4), de modo que correspondería a esta ley definir el lugar que concede a las normas no estatales elegidas por las partes.<sup>43</sup> Tradicionalmente, la mayoría de los autores se han pronunciado asimismo en contra de dicha posibilidad de elección de normas no estatales, por la razón de que estas normas todavía no constituyen un cuerpo de normas coherente y completo.

Otras opiniones, al contrario, propugnan que la elección de normas no estatales puede constituir una elección de ley según lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de Roma.<sup>44</sup> Una de las razones alegadas en favor de una solución de este tipo es que no procede denegar esta práctica al juez ordinario cuando, en muchos Estados, se admite para los árbitros.

---

<sup>43</sup> En este sentido, véase P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1991.287.

<sup>44</sup> Véase, en particular, K. BOELE-WOELKI, *Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts*, Uniform Law Review, 1996.652



Por lo que se refiere más específicamente a la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, la jurisprudencia holandesa ha declarado en dos ocasiones que las partes podían designar esta Convención como ley aplicable a su contrato, aunque se trataba en el supuesto de situaciones en las cuales esta Convención no se aplicaba en virtud de sus propias normas<sup>45</sup>. Siguen pendientes de determinarse los efectos de una designación de este tipo. Parece imponerse una distinción entre los contratos de carácter interno, por una parte, y los contratos internacionales, por otra. Respecto de éstos últimos, el Tribunal Supremo holandés admitió que la elección de la Convención descartaba las normas imperativas de la ley aplicable a falta de elección.<sup>46</sup> Parece, pues, que la elección de las partes constituye ciertamente, a los ojos del «Hooge Rad», una elección de ley en el sentido del artículo 3.

**Cuestión 8: En su opinión, ¿deben las partes poder elegir directamente un convenio internacional o, incluso, los principios generales del Derecho? ¿Cuáles son los argumentos a favor o en contra de esta solución?**

### 3.2.4. Autonomía de la voluntad – definición de la elección tácita (apartado 1 del artículo 3)

#### 3.2.4.1. Intención del legislador

Una vez admitido el principio de autonomía de la voluntad, queda por asegurarse de que las partes efectivamente han ejercido este derecho a elegir la ley aplicable a su contrato. Según la segunda frase del apartado 1 del artículo 3, «esta elección debe resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso». Conviene señalar que algunas traducciones del Convenio parecen más flexibles que otras<sup>47</sup> y es posible que esta diferencia esté en el origen de interpretaciones divergentes.

La intención del legislador era admitir una elección cierta, aunque fuera tácita. Además de la frecuente inserción en el contrato de una cláusula expresa, la elección de la ley podrá, por lo tanto, resultar de otras disposiciones del contrato o de los elementos del contexto contractual: a la primera situación responderá, por ejemplo, la aceptación de un contrato-tipo o un contrato de adhesión regido por un sistema jurídico particular, incluso a falta de cualquier especificación expresa sobre la ley aplicable, cuando el texto deje al juez el cuidado de comprobar que la elección, aunque tácita, es real o, igualmente, la referencia a artículos de una ley determinada sin que se haya designado esta ley en su integridad. En cuanto a las «circunstancias del caso», se puede pensar en un contrato estrechamente vinculado a un contrato previo, respecto del cual se hubiera efectuado una elección de ley, o, asimismo, un contrato que forme parte de un conjunto de operaciones, cuando solo se haya elegido la ley para el contrato de base en el que reposa toda la operación.<sup>48</sup>

El apartado 1 del artículo 3 excluye, en cambio, la elección puramente hipotética deducida a partir de cláusulas contractuales demasiado ambiguas: nos encontramos entonces con la

---

<sup>45</sup> El apartado 1 del artículo 1 de la Convención precisa que se aplicará «a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante».

<sup>46</sup> *Hooge Rad*, 26.5.1989, NJ 1992.105 y 5.1.2001, NJ 2001.391.

<sup>47</sup> En lugar de la expresión «*de façon certaine*», las versiones inglesa y alemana hablan de «*with reasonable certainty*» y «*mit hinreichender Sicherheit*».

<sup>48</sup> Véanse los ejemplos dados por el informe explicativo del Convenio, redactado por los Sres. Guiliano y Lagarde, DOCE n° C 282, 31.10.1980.

hipótesis de la falta de elección por las partes, de modo que el juez aplicará las presunciones del artículo 4.

#### 3.2.4.2. Dificultades encontradas en la aplicación de este artículo

La frontera entre voluntad tácita y voluntad puramente hipotética, es frágil. El análisis de la jurisprudencia revela una gran divergencia de soluciones en este punto: los tribunales alemanes e ingleses, quizá impulsados por una redacción ligeramente más flexible, y bajo la influencia de sus soluciones previas, son menos estrictos a la hora de descubrir una elección tácita que sus homólogos europeos.

Una de las cuestiones recurrentes es la saber en qué medida una cláusula de elección de foro o de arbitraje puede constituir una elección implícita en favor de la ley del país cuyo órgano jurisdiccional o tribunal de arbitraje se designa. La cuestión se plantea, en particular, cuando el juez se encuentra enfrentado a una cláusula de este tipo sin ningún otro argumento en favor de esta elección. Aparece asimismo una divergencia en cuanto al papel que debe darse a la referencia de las partes a normas técnicas o conceptos jurídicos pertenecientes al Derecho de un país determinado.

#### 3.2.4.3. Soluciones posibles

Puesto que la intención del legislador ha sido dejar un amplio margen de apreciación al juez en la interpretación de la voluntad de las partes, el artículo 3 - que es una disposición clave del Convenio - está deliberadamente redactado en términos generales. Conviene, por lo tanto, analizar con especial prudencia la cuestión de la posible revisión del mismo:

- i. Con la transformación del Convenio en instrumento comunitario, se atribuiría automáticamente competencia al Tribunal de Justicia para interpretar el texto. Ciertamente, tratándose entonces de decisiones caso a caso, el hecho de dar competencia al Tribunal de Justicia, que es juez en Derecho y no en cuanto a hechos, no permitiría conocer de antemano la solución concreta adoptada. No obstante, parece razonable pensar que el Tribunal de Justicia determinaría, al menos, las grandes líneas de interpretación del apartado 1 del artículo 3, reduciendo con ello así las incertidumbres más flagrantes.<sup>49</sup>
- ii. El propio futuro instrumento podría dar indicaciones más precisas en cuanto a la definición y las exigencias mínimas requeridas para estar en presencia de una elección tácita.
- iii. Para facilitar la aplicación uniforme del Convenio, parece preferible alinear las distintas versiones lingüísticas.

**Cuestión 9: ¿Piensan que un futuro instrumento «Roma I» debería contener indicaciones más precisas en cuanto a la definición de elección tácita de la ley aplicable o basta el hecho de que, en la hipótesis de una transformación en instrumento comunitario, se atribuya eventualmente competencia al Tribunal de Justicia para garantizar la seguridad jurídica?**

---

<sup>49</sup> Así pues, es posible imaginar, por ejemplo, que el Tribunal de Justicia precise que el simple hecho de designar los tribunales de un país no constituye una elección de ley si esta elección no viene corroborada por ningún otro elemento.

### 3.2.5. ¿Cuál es la fuerza de la presunción general establecida en el apartado 2 del artículo 4?

#### 3.2.5.1. Situación actual

¿Qué ley debe aplicarse cuando las partes no han hecho ninguna elección, ni expresa ni tácita, en cuanto a la ley aplicable a su contrato? El Convenio opta por el principio de proximidad: según el apartado 1 del artículo 4, el contrato se rige por la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos. La fórmula es deliberadamente vaga: conduce a analizar los elementos que permitan determinar el «centro de gravedad» del contrato. He aquí una tarea difícil para el juez y un riesgo de incertidumbre en cuanto a la solución adoptada.

Para incrementar la seguridad jurídica y facilitar al juez la determinación de la ley aplicable, el apartado 2 del artículo 4 establece a continuación una presunción general según la cual «*el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual*».<sup>50</sup> La «*prestación característica*» es la que constituye el centro de gravedad del contrato, en principio aquella por la que se debe el pago, es decir, según las distintas categorías de contratos, la obligación de transferir la propiedad en el contrato de venta, la de prestar un servicio en el contrato de servicios, la de transportar en el contrato de transporte, la de asegurar en el contrato de seguros, etc. así pues, el artículo 4 comporta, en principio, aplicación de la ley del vendedor o del prestador de servicios.

Sin embargo, el juez puede descartar esta presunción «*cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país*» (apartado 5 del artículo 4). El juez se remite entonces a la norma general, que consiste en la búsqueda de la ley con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Este mecanismo que permite remitirse a la norma general se designa bajo el término «cláusula de excepción».

#### 3.2.5.2. Dificultades encontradas

En el espíritu de numerosos comentaristas del Convenio, la cláusula de excepción del apartado 5 del artículo 4 sólo debía emplearse en el momento oportuno y utilizarse muy raramente ya que su frecuente aplicación conduce a reintroducir imprevisibilidad en cuanto a la ley aplicable, imprevisibilidad que las presunciones del artículo 4 se proponían precisamente reducir.

Asimismo, el análisis de la jurisprudencia revela que, en varias resoluciones, el juez ha aplicado la cláusula de excepción *ab initio*, buscando inmediatamente la ley que correspondía mejor al criterio de proximidad, sin pasar previamente por la presunción del apartado 2.

#### 3.2.5.3. Solución posible

La solución depende estrechamente del objetivo que se desee asignar a la norma de conflicto: ¿debe ésta garantizar la mayor proximidad posible – objetivo que prefiere una cláusula flexible como el apartado 5 del artículo 4 –, o una mejor seguridad jurídica – que requiere la rigurosa aplicación de la presunción prevista en el apartado 2 del artículo 4?

---

<sup>50</sup> Para algunos tipos de contrato (inmuebles, contrato de transporte de mercancías), el Convenio establece a continuación presunciones especiales (apartados 3 y 4 del artículo 4).

Habida cuenta del texto y del espíritu del Convenio, parece razonable pensar que el juez debería, en un primer momento y provisionalmente, aplicar la presunción del apartado 2 del artículo 4. Solamente en caso de que resultara que la ley así designada no fuera adecuada ya que otras circunstancias abogan claramente en favor de otra ley, el juez podría entonces aplicar la «cláusula de excepción». Esto es precisamente la norma planteada en una resolución del «Hoge Raad» holandés, por la que se obliga al juez a aplicar, en primer lugar, la presunción del apartado 2 del artículo 4 y a descartar la ley así obtenida sólo si es manifiestamente inadecuada para regir el caso particular.<sup>51</sup>

Con el fin de precisar el texto en este sentido, sería posible revisar la redacción del artículo 4. Una posibilidad sería la supresión pura y simple del apartado 1, para subrayar el carácter excepcional del apartado 5. Otra solución consistiría en modificar el mismo apartado 5. Asimismo, el futuro instrumento Roma I podría inspirarse en el anteproyecto de propuesta de Reglamento del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (proyecto «Roma II») cuya «cláusula de excepción» del apartado 3 del artículo 3 introduce dos condiciones nuevas con relación al Convenio de Roma: se exige que, por una parte, el delito tenga vínculos «*substancialmente*» más estrechos con otra ley y, por otra, que «*no existe un vínculo significativo entre este delito y el país cuya ley sería aplicable en virtud de los apartados 1 y 2*».

**Cuestión 10: En su opinión, ¿conviene precisar la redacción del artículo 4 para obligar al juez a aplicar en primer lugar la presunción del apartado 2, de modo que solo descarte la ley así obtenida si es manifiestamente inadecuada para regir el caso particular? En caso afirmativo, ¿qué redacción le parece la más adecuada?**

### 3.2.6. *Aplicación de la presunción especial en materia inmobiliaria a los contratos de arrendamiento de vacaciones (apartado 3 del artículo 4)*

#### 3.2.6.1. Solución actual

Cuando el contrato tiene por objeto un derecho real o un derecho de utilización del inmueble (contrato de venta, de promesa de venta o de arrendamiento de un apartamento, por ejemplo), se presume que presenta los vínculos más estrechos con la ley del país en que esté situado el inmueble (apartado 3 del artículo 4). Esta norma se explica por la tradicional voluntad de los Estados de que los edificios situados en su territorio se rijan por su propia ley, en particular, debido a la importancia de los bienes inmuebles para la organización social y económica del país.

#### 3.2.6.2. Dificultades encontradas en la aplicación de este artículo

La presunción especial en materia inmobiliaria se refiere también a contratos de muy corta duración en caso de alojamiento temporal de vacaciones. Es posible, pues, imaginar que un residente alemán, particular o agencia de viaje, propietario de una casa en el Sur de España, cede ésta en alquiler a un particular alemán. No estando satisfecho del estado de la casa, el arrendatario desea posteriormente recuperar una parte del alquiler. En aplicación del apartado

---

<sup>51</sup> *Nouvelles des Papeteries de l' Aa/BV Machinenfabriek BOA, Hoge Raad, 25 de septiembre de 1992: «When the characteristic performance could be ascertained, § 2 contained the main rule and the exception to that rule contained in § 5 should therefore be interpreted restrictively. In other words, § 2 should be disappplied only if, in the light of special factors, the country of habitual residence of the party carrying out the characteristic performance had «no real value as a connecting factor».*

3 del artículo 4, este contrato celebrado entre dos residentes alemanes se regiría por el Derecho español.<sup>52</sup>

Ya se sugirió en el informe explicativo del Convenio que el juez podía, en este caso, hacer valer la cláusula prevista en el apartado 5 del artículo 4, como así ha ocurrido efectivamente en diversas resoluciones<sup>53</sup>.

Ahora bien, ya se ha señalado más arriba que diversos autores critican el recurso demasiado frecuente a la cláusula del apartado 5 del artículo 4 por la razón de que presentaría cierto grado de inseguridad y no previsibilidad en cuanto a la solución aplicable.

Por otra parte, no es cierto que esta solución esté en línea con el Reglamento «Bruselas I», que, al contrario que el Convenio de Bruselas de 1968, se refiere específicamente a los «*contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos*» (segundo párrafo del apartado 1 del artículo 22). En esta hipótesis, y en determinadas circunstancias, las partes pueden exceptuar la competencia exclusiva de los tribunales del lugar de situación del inmueble y acudir a los tribunales del Estado miembro en el que el propietario y el arrendatario tienen su domicilio.

### 3.2.6.3. Solución posible

La AGRUPACIÓN EUROPEA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO sugiere insertar en el apartado 3 del artículo 4 una disposición relativa a los contratos de arrendamiento de vacaciones inspirada en la que figura en el apartado 1 del artículo 22 del Reglamento «Bruselas I» y que podría ser la siguiente: «*No obstante, los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos se regirán por la ley del Estado donde el propietario tuviere su residencia habitual o su establecimiento, siempre que el arrendatario fuere una persona física y que tuviere su residencia habitual en ese mismo Estado*»<sup>54</sup> Si se inserta una cláusula de este tipo en el apartado 3 del artículo 4, el juez siempre podría recurrir al apartado 5 del artículo 4 para paliar la rigidez de una norma de este tipo.

<p><b>Cuestión 11: En su opinión, ¿conviene crear una norma expresa para los contratos de arrendamiento de vacaciones de corta duración o es suficiente el mecanismo actual?</b></p>
--

---

<sup>52</sup> Si el propietario es, él mismo, un particular, el artículo 5 relativo a la protección del consumidor es inaplicable. Cuando el propietario es un profesional, es la letra b) del apartado 4 del artículo 5 - que especifica que «*cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual*» - la que excluye, en principio, la aplicación de la ley de la residencia habitual.

<sup>53</sup> *BGH*, 12 de octubre de 1998, IPRAX 1990.318: aplicación de la ley alemana a un contrato en el que una agencia de viajes alemana ponía a disposición de su clientela alemana alojamientos de vacaciones situados en Francia.

<sup>54</sup> Convendrá, sin embargo, velar por la coherencia de la terminología jurídica de los dos instrumentos, ya que el artículo 22 del Reglamento «Bruselas I» introduce el concepto de «persona física», concepto que podría resultar menos restrictivo que el de «consumidor».

### 3.2.7. Interrogantes relativos a la protección del consumidor (artículo 5)

#### 3.2.7.1. Recordatorio del contenido y del ámbito de las normas protectoras del artículo 5

Desde los años 70, se ha desarrollado considerablemente un nuevo Derecho especial, el del consumo, en el que se tiene en cuenta el desequilibrio entre consumidores y profesionales. Así normas especiales - como la nulidad de las cláusulas abusivas o la facultad de resolver unilateralmente un contrato en un determinado plazo - tienen ahora por objeto proteger al consumidor de compromisos desproporcionados.

Ahora bien, las normas protectoras vigentes en el país de la residencia habitual del consumidor, es decir, aquellas con cuya protección éste en principio cuenta, quedarían en la práctica privadas de alcance en el comercio internacional o intracomunitario si fuera posible oponerse a las mismas por la mera elección de una ley extranjera. Para tranquilizar a los consumidores, que desempeñan un papel clave en el mercado interior, cuyo éxito depende de su participación activa, el Convenio de Roma prevé normas de conflicto especiales.

Pero el artículo 5 tiene por objeto también preservar un cierto equilibrio entre las partes. Esta es la razón por la que enuncia precisamente las condiciones de su aplicación.

El artículo 5 establece una norma doble: por una parte, a falta de elección, el contrato se rige por la ley del país en el que el consumidor tiene su residencia habitual (apartado 3 del artículo 5). Por otra parte, *«la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual»* (apartado 2 del artículo 5). La aplicación de esta última disposición conduce a una situación que se ha designado por la expresión «fraccionamiento legislativo», es decir, los diferentes elementos de un mismo contrato pueden estar regidos por dos o varias leyes. Así el contrato celebrado entre un consumidor residente en el país A y un profesional establecido en el país B contendrá muy a menudo una cláusula en favor de la aplicación de la ley del país B; si se cumplen las condiciones del artículo 5, el juez deberá, sin embargo, aplicar algunas disposiciones de la ley del país A, las que son de orden público y protegen al consumidor<sup>55</sup>. El juez deberá en consecuencia aplicar dos leyes distintas al mismo contrato.

En cuanto a las condiciones de aplicación del artículo 5, el ámbito de aplicación de las normas protectoras se limita a algunos tipos de contratos<sup>56</sup>, celebrados con consumidores, concepto definido estrictamente, y en circunstancias muy precisas. Estas circunstancias son tres y se pueden resumir, diciendo que, en principio, y con excepción de las excursiones transfronterizas organizadas por el vendedor, el «consumidor móvil», es decir, el que se desplaza a otro país distinto del de su residencia habitual para efectuar en el mismo una compra o solicitar un servicio, no está protegido.<sup>57</sup> Al consumidor móvil se le aplican las

---

<sup>55</sup> Se trata, en particular, del derecho del consumidor a retractarse del contrato y de la protección contra las cláusulas llamadas «abusivas», como, por ejemplo, la cláusula exoneradora de responsabilidad del profesional en caso de daños.

<sup>56</sup> Los contratos a los que se aplica el artículo 5 son los que tienen por objeto el suministro de objetos muebles corporales o de servicios, así como los destinados a la financiación de tales suministros.

<sup>57</sup> Más concretamente, se trata de las tres siguientes hipótesis: en primer lugar, en caso de que la celebración del contrato ha sido precedida, en el país de la residencia habitual del consumidor, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida (por ejemplo, el envío de un catálogo o de una oferta de contrato) o por publicidad (en radio, televisión, prensa escrita, carteles, no importa) si el consumidor ha realizado en este país los actos necesarios para la celebración del contrato. La segunda hipótesis es

normas de conflicto generales de los artículos 3 y 4, que, en general, conducen a la aplicación de la ley del domicilio del vendedor o del prestador de servicio.

### 3.2.7.2. Dificultades encontradas

La solución del artículo 5, que se redactó en un momento en que el Derecho de los consumidores y las técnicas de comercialización a distancia daban sus primeros pasos, es objeto de numerosas críticas. Por ejemplo, Austria ha hecho de la reflexión sobre la revisión de este artículo una condición de su adhesión al Convenio de Roma.<sup>58</sup>

Una parte de la doctrina considera que el artículo 5 no concede una protección adecuada al consumidor llamado «móvil». El análisis de la jurisprudencia revela efectivamente que, puesto que el contrato no encaja en ninguna de las situaciones contempladas por este artículo, el consumidor puede encontrarse con que su contrato se rige por una ley extranjera que no contiene ninguna disposición relativa a su protección. Su situación empeora aún más si la jurisprudencia le rechaza también el beneficio de las leyes de policía, como ha ocurrido en un importante contencioso alemán.<sup>59</sup>

Ciertamente, gracias a numerosas directivas comunitarias, todos los consumidores residentes en la Unión Europea disfrutan hoy en día de un estándar mínimo comunitario de protección<sup>60</sup>. Conviene, no obstante, tener presente que estas directivas no abarcan todas las normas de Derecho que garantizan la protección del consumidor. Además, pueden seguir existiendo diferencias de un país a otro, en particular, en caso de no transposición de una Directiva por un Estado miembro: debido a la falta de efecto directo horizontal de las directivas, el consumidor no puede alegar, en sus relaciones con la otra parte contratante el beneficio de una disposición no incorporada al ordenamiento jurídico nacional.<sup>61</sup> Por último, diversas

---

aquella en que el profesional ha recibido el pedido en el país de la residencia habitual del consumidor. La tercera, más particular, es aquella en la que el comerciante ha organizado una «excursión transfronteriza» con el fin de incitar al consumidor a comprar.

<sup>58</sup> Véase nota 26 a pie de página, *supra*.

<sup>59</sup> Véase la sentencia del *BGH* alemán de 19.3.1997, citada en la nota 61 a pie de página. En cambio, el Tribunal de Casación francés ha calificado recientemente de ley de policía determinadas disposiciones del Código de consumo francés en materia de endeudamiento excesivo (Civ.I. 10.7.2001, Bull.nº 210. N°000-04-104).

<sup>60</sup> Véase apartado 3.1.2, *supra*.

<sup>61</sup> La no transposición de una Directiva comunitaria estaba precisamente en el origen de dos series de asuntos «Gran Canaria» de los tribunales alemanes, que terminaron con una resolución del *Bundesgerichtshof*. En la primera serie de asuntos, turistas alemanes de vacaciones en la isla española de Gran Canaria fueron víctimas de una empresa alemana fabricante de artículos de cama. Ésta se había puesto de acuerdo con una empresa española que, *in situ*, organizaba excursiones gratuitas en autobús para visitar una reserva de aves. Durante el viaje hacía publicidad de los productos de la empresa alemana y entregaba a los turistas un formulario de «contrato de compraventa» que éstos firmaban sin pagar nada inmediatamente. Se indicaba que el cliente recibiría a su vuelta en Alemania una confirmación de pedido de la sociedad alemana. Los litigios surgieron cuando, de vuelta en Alemania, algunos de estos turistas se negaron a pagar el precio que les era reclamado por la empresa alemana y pretendieron ejercer su derecho de retractación previsto por el Derecho alemán, en aplicación de la Directiva nº 85/577. La cuestión jurídica consistía en saber si la ley aplicable a estos litigios era la ley alemana, favorable a los clientes, o la ley española, estipulada aplicable por el contrato, que, a falta de transposición en España de dicha Directiva en el momento de los hechos, ignoraba el derecho de retractación. En la segunda serie de asuntos, consumidores alemanes de viaje por las Islas Canarias fueron objeto de intensas sesiones de persuasión para suscribir un contrato de adquisición de un derecho de utilización a tiempo parcial de un apartamento de vacaciones. Los contratos - algunos sujetos a la ley de la Isla de Man, otros a la ley española - contenían una cláusula por la que se prohibía al comprador cualquier retractación de consentimiento, retractación que hubiera sido posible según el Derecho alemán y el Derecho comunitario. La cuestión consistía entonces en saber si los consumidores podían

directivas comunitarias sólo introducen un estándar mínimo de protección que se queda por debajo de la protección concedida al consumidor en algunos Estados miembros.

El artículo 5 es asimismo criticado por las condiciones que establece para distinguir los consumidores que merecen una protección particular de los sujetos al régimen general de los artículos 3 y 4. Se trata aquí de las condiciones de aplicación del artículo 5.<sup>62</sup> Los criterios elegidos parece que ya no se adaptan al desarrollo de las nuevas técnicas de comercialización a distancia. En efecto, para determinar si un contrato cae dentro del ámbito del artículo 5, siempre hay que proceder a una localización en el espacio de actos como una publicidad, la firma de un contrato, la recepción de un pedido (apartado 2 del artículo 5). Además, esta solución ya no está en armonía con la del artículo 15 del Reglamento conocido como «Bruselas I» que exige, para que se apliquen las disposiciones protectoras del consumidor, que una empresa haya dirigido sus actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades, sea cual fuere el modo de comercialización a distancia<sup>63</sup>.

Por último, el recurso al mecanismo del fraccionamiento legislativo suscita interrogantes para algunos. Al tiempo que surgen cuestiones de carácter teórico<sup>64</sup>, es preciso analizar si su aplicación por el juez plantea también dificultades en la práctica.

### 3.2.7.3. Soluciones posibles

En la reflexión sobre la revisión del artículo 5, conviene tener presente las preocupaciones generales que son, por un lado, la mejora de la protección del consumidor móvil, sobre todo si todos los elementos del caso se localizan en el territorio de la Unión, así como, por otro, la preocupación de preservar el equilibrio de los intereses de las partes. Sería, en fin, preferible que las futuras normas fueran claras, generales y lo más amplias posible para que las partes pudieran conocer con certeza de antemano la legislación aplicable a su relación contractual.

La reflexión se referirá tanto a la naturaleza de la protección concedida al consumidor (aplicación de esta o aquella ley) como a los criterios que permiten determinar los consumidores que efectivamente deban beneficiarse de las disposiciones protectoras, es decir, las condiciones de aplicación de éstas.

El debate podría sustentarse en los siguientes elementos:

- i. Mantenimiento de la solución actual, junto con una cláusula general por la que se garantice la aplicación del estándar de protección mínimo comunitario (véase apartado 3.1.1, *supra*). Esta solución permitiría poner remedio a las situaciones en las que la falta de protección de un consumidor comunitario es más escandalosa. No obstante, una cláusula de este tipo, si bien declara que debe respetarse el contenido

---

prevalerse de la ley alemana frente a la ley elegida en el contrato. El BGH condenó cualquier tentativa de justificar la aplicación de la ley alemana protectora, incluso como ley de policía del foro.

<sup>62</sup> Véase nota 57 a pie de página, *supra*.

<sup>63</sup> Véase la Declaración conjunta de la Comisión y del Consejo relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento «Bruselas I», disponible en: [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/civil\\_es.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_es.htm).

<sup>64</sup> Una de las cuestiones planteadas por el mecanismo del fraccionamiento legislativo es precisamente la siguiente: ¿qué ocurre cuando las disposiciones protectoras del consumidor son más favorables en el país B que en el país A? Responder a esta cuestión obliga a pronunciarse sobre la naturaleza de la protección del consumidor: ¿consiste ésta en la aplicación de una ley conocida del consumidor?, es decir, ¿se trata de tener en cuenta sus legítimas aspiraciones? o ¿consiste en la aplicación de una ley que es objetivamente la más favorable para él en cuanto al fondo?.



de algunas disposiciones de Derecho comunitario, no por ello se pronuncia sobre la ley aplicable. Esta solución respondería a un mecanismo muy diferente del de las normas de conflicto de leyes, por lo que puede imaginarse que debería revestir un carácter excepcional. Sobre todo, las directivas comunitarias no cubren aún todos los aspectos del Derecho del consumo, de modo que la protección *mediante* el Derecho nacional sigue siendo importante.

- ii. Mantenimiento de la solución actual, modificando sus condiciones de aplicación para incluir al consumidor móvil, así como eventualmente los tipos de contratos actualmente excluidos: se podría considerar que la solución actual es satisfactoria en cuanto a su principio y que bastaría con ampliar su ámbito de aplicación (véase inciso vi, *infra* ).
- iii. Generalización de los artículos 3 y 4 del Convenio, lo que llevaría a la aplicación a la ley del país en el que el profesional está establecido, como contrapartida a una aplicación generalizada de las normas imperativas del Estado del domicilio del consumidor : la AGRUPACIÓN EUROPEA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO propone aplicar los artículos 3 y 4 del Convenio a los contratos de consumo, en combinación con una ampliación de la norma actualmente prevista en el apartado 2 del artículo 5. En la práctica, esto significaría que el contrato de consumo se regiría por la ley del país en el que el profesional está establecido, hayan las partes o no elegido esta ley, aunque el juez aplicaría siempre las normas imperativas de protección de la ley del domicilio del consumidor. Esta solución presentaría la ventaja de facilitar al proveedor la previsión de la legislación aplicable. Para aumentar aún su capacidad de previsión, esta solución podría completarse por una disposición que estableciera que la aplicación de las normas imperativas de la ley del domicilio del consumidor se produciría a reserva de que el proveedor haya estado efectivamente en condiciones de conocer dicho domicilio (véase solución vii), *infra*). En cambio, esta solución aumentaría los casos de fraccionamiento legislativo, por lo que habría que analizar las dificultades que este método podría causar en la práctica.
- iv. Las soluciones ii) y iii) requieren la identificación de las «disposiciones imperativas» de la ley de la residencia habitual del consumidor. Se ha propuesto que, en las materias armonizadas al nivel comunitario, deberían aplicarse las normas protectoras del consumidor vigentes en la ley elegida por las partes (en general, la del país de establecimiento del profesional); las «disposiciones imperativas» de la ley de la residencia habitual del consumidor descartarían la ley elegida únicamente cuando no exista armonización comunitaria.
- v. Aplicación sistemática de la ley de la residencia habitual del consumidor: Esta solución se caracterizaría por su claridad y evitaría el recurso al fraccionamiento legislativo del contrato. Aportaría una mayor seguridad jurídica y agilizaría, acelerándolos, los eventuales procedimientos judiciales, así como facilitaría la disminución de sus costes; en este aspecto presentaría ventajas para las dos partes. No obstante, habría de nuevo que interrogarse acerca de las condiciones de aplicación de una norma de este tipo (véase apartado vi, *infra* )
- vi. En el marco de las opciones ii), iii) y v), siempre será necesario interrogarse sobre sus condiciones de aplicación para distinguir aquellos consumidores que se benefician de una protección particular en las transacciones transfronterizas de los

que se están excluidos de la misma<sup>65</sup>. El enfoque tradicional, seguido en el Convenio de Bruselas de 1968 y el Convenio de Roma, consistía en situarse en el punto de vista del consumidor, negando la protección a quienes hubieren corrido deliberadamente el «riesgo del comercio exterior». Ahora bien, ya se ha mencionado anteriormente que este criterio, que requiere la localización en el espacio de los actos cometidos por las partes, se adapta mal a la era de las nuevas técnicas de comercialización a distancia (*Pay-TV*, Internet). Otra solución podría consistir en analizar el comportamiento del profesional. Por eso, el futuro instrumento «Roma I» podría inspirarse en el artículo 15 del Reglamento «Bruselas I» que, para decidir si un consumidor se beneficia de las normas protectoras, exige, por una parte, que el profesional haya dirigido sus actividades al Estado del domicilio del consumidor y, por otra, que se haya celebrado un contrato, a distancia, en el marco de estas actividades<sup>66</sup>. En la misma ocasión, se podría igualmente reflexionar sobre la oportunidad de introducir una definición de la expresión «*dirigir sus actividades*» a otro Estado, definición que podría consistir, por ejemplo, en un conjunto de indicios.

- vii. La introducción de elementos de la teoría de la apariencia podría formar parte integrante de la solución vi), siempre con el objetivo de precisar las condiciones de aplicación de las disposiciones protectoras del consumidor. Así, un futuro instrumento podría prever que el factor del lugar de residencia del consumidor sólo fuera pertinente en la medida en que fuera conocido del proveedor, o debiera ser conocido por éste habida cuenta de la actitud del consumidor. De este modo, se protegería al proveedor de la aplicación de una ley extranjera si el consumidor no le ha proporcionado ningún dato que le permita conocer el país – no necesariamente la dirección exacta – de su residencia, entendiéndose que corresponde al proveedor ofrecer al consumidor la posibilidad de hacerlo<sup>67</sup>.
- viii. Otro enfoque consistiría en no interrogarse en torno a si un consumidor merece o no una protección particular, sino disponer de una norma única para todos los consumidores. Así, se podría contemplar la posibilidad de admitir, para todos los contratos de consumo, la elección de una ley distinta de la de la residencia del consumidor. En contrapartida, la opción sería muy reducida ya que estaría limitada a la ley del país donde el profesional está establecido. La validez de esta elección estaría sometida a la condición de que el profesional aporte la prueba de que el

---

<sup>65</sup> Existen, en efecto, hipótesis en las que la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor no puede razonablemente contemplarse, por ejemplo cuando un turista belga, de viaje por Portugal, entra en un almacén local para adquirir una casete vídeo, que resulta defectuosa.

<sup>66</sup> Véase la Declaración de la Comisión y el Consejo relativa al artículo 15 del Reglamento «Bruselas I», (disponible en: [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/civil/justciv\\_conseil/justciv\\_es.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_conseil/justciv_es.pdf)) que precisa que para que las disposiciones protectoras del consumidor sean aplicables, no basta que una empresa dirija sus actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor; es necesario también que haya celebrado un contrato en el marco de sus actividades. «*El mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, puesto que se exige además que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente*». Los sitios a los que se refiere esta Declaración no son necesariamente sitios conocidos como «interactivos»: así pues, un sitio que invite al envío de un pedido por fax tiene por objeto celebrar contratos a distancia. En cambio, no se propone la celebración de un contrato a distancia el sitio que, si bien se dirige a los consumidores de todo el mundo con la intención de proporcionar información sobre un producto, les remite a continuación a un distribuidor o agente local para la celebración del contrato.

<sup>67</sup> En un contrato celebrado por Internet, por ejemplo, corresponde al profesional asegurarse de que su formulario estándar le permite identificar el lugar de residencia del consumidor.

consumidor ha efectuado una elección juiciosa después de haber sido previamente informado de todos los derechos y obligaciones que se derivan para él de la aplicación de esta ley (derecho de retractación, cambio del producto, duración y condiciones de la garantía, etc). Si no se aporta esta prueba, el juez aplicaría bien la ley del consumidor, bien las disposiciones imperativas de esta ley. Esta solución, en la medida en que se justificaría por la existencia de un estándar mínimo comunitario de protección del consumidor, sólo podría obviamente aplicarse si el profesional está domiciliado en un Estado miembro. Al profesional no comunitario, como contrapartida de la elección de una ley distinta de la del consumidor, se le seguirían aplicándose las disposiciones imperativas de ésta y debería aceptar la fragmentación del contrato.

Cualquiera que sea la solución adoptada, conviene tener presente que raramente se sustancian ante los tribunales pleitos de consumidores debido al escaso importe de los mismos. Por ello conviene analizar la cuestión de la ley aplicable al contrato de consumo en el contexto de los esfuerzos que, tanto en los Estados miembros como por parte de la Comisión Europea, se están realizando en la actualidad para impulsar procedimientos alternativos de solución de conflictos, incluidos los electrónicos.<sup>68</sup>

#### **Cuestión 12: Evaluación de las normas relativas a la protección del consumidor**

- A. ¿Qué evaluación hacen de las actuales normas sobre la protección del consumidor? ¿Siguen siendo adecuadas, en particular, a la luz del desarrollo del comercio electrónico?**
- B. ¿Disponen de información sobre el impacto de la norma actual en a) las empresas en general; b) las pequeñas y medianas empresas; c) los consumidores?**
- C. De las soluciones propuestas, ¿cuál prefieren y por qué razones? ¿Son posibles otras soluciones?**
- D. En su opinión, ¿cuál sería el impacto de las distintas soluciones posibles en a) las empresas en general; b) las pequeñas y medianas empresas; c) los consumidores?**

#### *3.2.8. Interrogantes en cuanto a la definición del término «disposiciones imperativas»*

##### *3.2.8.1. El concepto «disposición imperativa» abarca una realidad múltiple*

El Convenio menciona la aplicabilidad de «disposiciones imperativas» en el apartado 3 del artículo 3 y en los artículos 5, 6, 7 y 9. ¿De qué se trata? En Derecho interno, existen numerosas disposiciones imperativas cuyo objetivo consiste en garantizar el orden social y económico de un país, llamadas también «normas de orden público». Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden exceptuar por contrato, en particular, las destinadas a proteger una parte débil (consumidor, trabajador, autor en contratos de edición, menor, agente comercial).<sup>69</sup> Sin embargo, en un contrato sujeto a un Derecho extranjero, una parte débil no puede automáticamente esperar que se apliquen las disposiciones de orden público de su

<sup>68</sup> Véase: Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, COM (2002) 196 (01).

<sup>69</sup> Por ejemplo, en Derecho del trabajo, las normas relativas a la seguridad y la higiene en el lugar de trabajo, al salario mínimo, a las vacaciones pagadas o a la baja por enfermedad.

propio país - a menos que las normas especiales del Convenio (artículos 5 y 6) así lo establezcan.

Las disposiciones imperativas del artículo 7, también designadas por el término «leyes de policía», revisten otro carácter y sólo entran en juego en un contexto internacional: se trata de normas a las que un Estado concede tal importancia que exige su aplicación en cuanto la situación jurídica presenta un vínculo con su territorio, cualquiera que sea, por otra parte, la ley aplicable al contrato. Las leyes de policía tienen esto de particular, que el juez ni siquiera aplica sus normas de conflicto de leyes para ver cuál sería la ley aplicable y para evaluar si el contenido de ésta sería chocaría eventualmente con los valores del foro<sup>70</sup>, sino que aplica de oficio su propia norma de Derecho. El artículo 7 no enumera las leyes de policía; cada juez deberá acudir a su propio sistema jurídico para saber si tal o cual disposición es o no una ley de policía, por lo que la respuesta no es siempre evidente.

Para ilustrar la diferencia entre normas de orden público interno y leyes de policía, se puede citar el ejemplo del Derecho francés de despido. No hay duda de que se trata de una ley de orden público interno, lo que significa que cualquier contrato entre patrono y asalariado por el que el asalariado renunciara a la indemnización de despido o aceptara la reducción de su período de preaviso sin indemnización, sería nulo. En cambio, la jurisprudencia francesa ha decidido que no se trata de una ley de policía, aplicable cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato.<sup>71</sup> En consecuencia, un asalariado francés cuyo contrato de trabajo esté válidamente sujeto a un Derecho extranjero (sobre este punto véase apartado 3.2.9, *infra*) no puede esperar que la legislación francesa en materia de despido se aplique de oficio.

### 3.2.8.2. Dificultades encontradas

Para algunos<sup>72</sup>, existirían dudas sobre la combinación que debe efectuarse entre las disposiciones imperativas del artículo 5 y las del artículo 7: el artículo 5 sería una aplicación especial del artículo 7 ya que ambos tienen por objeto descartar la ley normalmente aplicable. En consecuencia, cuando no se reúnen las condiciones del artículo 5, tampoco puede jugar el artículo 7. Esta interpretación tendría por consecuencia privar al consumidor móvil, ya desprovisto de la protección de las normas del artículo 5, de la válvula de seguridad que suponen las leyes de policía. Aunque la jurisprudencia alemana la haya defendido<sup>73</sup>, esta posición es muy criticada por la mayor parte de la doctrina.

---

<sup>70</sup> Se trata aquí del mecanismo conocido como excepción de orden público, previsto en el artículo 16 del Convenio.

<sup>71</sup> Tribunal de Apelación de París, 22.3.1990, D. 1990, Somm., p. 176.

<sup>72</sup> P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1980.287.

<sup>73</sup> *BGH*, 19 de marzo de 1997 (asunto VIII ZR 316/96): en este supuesto, turistas alemanes en España habían firmado en dicho país, en condiciones dudosas, contratos referentes a un derecho de utilización a tiempo parcial de alojamientos de vacaciones. Los contratos estaban sujetos a la ley de la Isla de Man o a la ley española y contenían una cláusula por la cual se prohibía al comprador cualquier retractación del consentimiento. De vuelta en Alemania, algunos turistas desearon sin embargo, ejercer el derecho de retractación previsto por el Derecho alemán. Ya que no podían beneficiarse, como consumidores «móviles», de las disposiciones protectoras del artículo 5, los Tribunales inferiores alegaron que el derecho de retractación del Derecho alemán era una ley de policía en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Convenio. El Tribunal Supremo rechazó esta argumentación porque la ley alemana sólo podría aplicarse sobre la base del artículo 7 si se cumplían las condiciones de vínculo con el territorio previstas por el apartado 2 del artículo 5 para los contratos regidos por este artículo. Conviene señalar que, en la actualidad, la protección de los consumidores en un caso de este tipo está garantizada por directivas comunitarias sectoriales.

En general, parece que el empleo de una misma expresión para conceptos absolutamente diferentes siembra cierta confusión en cuanto a la interpretación del Convenio.

### 3.2.8.3. Soluciones posibles

Un futuro instrumento podría precisar que los ámbitos de aplicación de estos dos artículos no son idénticos. El artículo 5 designa una ley objetivamente aplicable (en las circunstancias que define) cuyas disposiciones protectoras imperativas en el sentido del Derecho interno deben cumplirse. Pero este artículo no interfiere en el juego de eventuales leyes de policía, previsto en el artículo 7 en favor de leyes que consideran sus disposiciones internacionalmente imperativas y que pueden de este modo aportar una protección complementaria si se satisfacen sus condiciones de aplicación en el espacio.

El futuro instrumento «Roma I» podría, pues, proponer una definición del concepto de leyes de policía, definición que podría inspirarse en la jurisprudencia *Arblade* del Tribunal de Justicia<sup>74</sup>, según la cual la ley de policía es «una disposición nacional cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él».

Como reacción a la jurisprudencia *Ingmar GB Ltd contra Eaton Loenard Tecnologías Inc.* del Tribunal de Justicia<sup>75</sup>, algunos proponen también precisar en el futuro instrumento que no puede tratarse de ley de policía si la norma contempla únicamente la protección de intereses puramente privados, por oposición a las leyes que protegen el orden político, económico o social de un Estado.

La jurisprudencia *Ingmar* precisa asimismo que determinadas disposiciones del Derecho comunitario pueden presentar, ellas también, carácter imperativo. Podría ser útil recordar esto en un futuro instrumento «Roma I», a semejanza del apartado 3 del artículo 11 del Anteproyecto de propuesta de Reglamento del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)<sup>76</sup>

**Cuestión 13: ¿Conviene precisar el sentido respectivo de las «disposiciones imperativas» que figuran en los artículos 3, 5, 6 y 9, por una parte, y en el artículo 7, por otra?**

### 3.2.9. Incertidumbres relativas a la interpretación del término «desplazamiento temporal» del asalariado (artículo 6)

#### 3.2.9.1. Ley aplicable al contrato de trabajo

Como en el caso del consumidor, el afán de protección del trabajador condujo a los autores del Convenio a establecer una excepción a la aplicación de las normas generales de los artículos 3 y 4. El apartado 1 del artículo 6 está concebido sobre el mismo modelo que el primer párrafo del apartado 2 del artículo 5: la autonomía de la voluntad no se suprime, lo que no es nada desdeñable en los contratos negociados por los cuadros superiores. Esta autonomía está, no obstante, limitada, en el sentido de que la elección de otra ley que la que sería

<sup>74</sup> TJCE, 23.11.1999, asuntos C-369/96 y C-374/96.

<sup>75</sup> TJCE, 9.11.2000, asunto. C-381/98.

<sup>76</sup> Véase nota 5 a pie de página.

objetivamente aplicable a falta de elección no puede tener como efecto privar al trabajador de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable.

La determinación de la ley objetivamente aplicable (apartado 2 del artículo 6) procede en cambio de un espíritu diferente del del artículo 5: mientras que para éste la ley aplicable es la del domicilio del consumidor - ley que el consumidor, en general, conoce y con cuya protección cuenta -, el apartado 2 del artículo 6 trata de determinar la ley con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Distingue según que el trabajador, en ejecución del contrato, realice o no habitualmente su trabajo en un mismo país.

En el primer caso, la ley aplicable es la ley del país en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo. El texto precisa que así ocurre también cuando el trabajador *«con carácter temporal haya sido enviado a otro país»*: a un trabajador enviado al extranjero por un período de tiempo determinado o por las exigencias de un trabajo específico no se le modifica la ley aplicable a su contrato, mientras que el envío definitivo al extranjero implica la aplicación de la ley del país de traslado, que se ha convertido en aquel en el que en adelante el trabajador realiza habitualmente su trabajo.

Cuando, al contrario, el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país,<sup>77</sup> la ley aplicable es la del país *«en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador»*.

En uno y otro caso, realice o no el trabajador habitualmente su trabajo en un mismo país, la vinculación objetiva definida por el convenio puede descartarse por medio de una cláusula de excepción (final del apartado 2 del artículo), que permite así evitar las consecuencias perjudiciales para el trabajador de una vinculación rígida del contrato a la ley del lugar de ejecución.<sup>78</sup>

### 3.2.9.2. Dificultades encontradas

Los expertos y la doctrina parecen considerar, en general, que las normas del artículo 6 están bien formuladas. Por ello, el análisis de la jurisprudencia se refiere sobre todo a las circunstancias de especie, a menudo complejas y sujetas a interpretación. Algunas dificultades deben, sin embargo, señalarse. Se trata, en primer lugar, de las ya mencionadas en relación con los artículos 3, 4 y 5, relativas, en particular, a la determinación de la elección tácita, al recurso frecuente a la cláusula de excepción, así como a la interacción entre las disposiciones imperativas previstas en el artículo 6 y las leyes de policía del artículo 7, de las que no volveremos a tratar aquí.

Conviene, en cambio, interesarse de cerca por la expresión «desplazamiento temporal». No solamente el análisis de la jurisprudencia revela que la definición del carácter «temporal» de un desplazamiento suscita interrogantes desde el punto de vista del Derecho internacional privado, sino que es necesario tener en cuenta también la definición del término «desplazamiento» en la Directiva 1996/71 de 16 de diciembre de 1996.

---

<sup>77</sup> Es el caso, por ejemplo, del trabajador en una obra itinerante o del representante de comercio que desarrolle su trabajo en varios Estados.

<sup>78</sup> Así pues, se podrá considerar, por ejemplo, que un contrato celebrado en Francia entre un empresario francés y un asalariado francés para un trabajo de dos años en un país africano, con una promesa, en su caso, de un nuevo empleo en Francia al expirar el contrato, se regirá, no por la ley del país africano del lugar de ejecución sino por la ley francesa, con la que existen los vínculos más estrechos.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, en primer lugar, el Convenio deja en manos del juez la tarea de determinar a partir de qué duración el desplazamiento deja de ser temporal. Las soluciones son así poco previsibles y pueden variar de un país al otro. No obstante, esta ausencia de rigidez en cuanto a la ley aplicable permite asimismo al juez tener mejor en cuenta los hechos del supuesto, puesto que efectivamente el término «desplazamiento» abarca situaciones muy diversas. Así pues, el desplazamiento que plantea interrogantes es, por ejemplo, el efectuado dentro de un grupo de sociedades. ¿Qué ocurre si se envía al trabajador a una sociedad del mismo grupo, con la que celebra un contrato de trabajo local? A veces, las sociedades de un grupo gozan de verdadera autonomía y probablemente el traslado responde realmente a un nuevo contrato. En otras situaciones, al contrario, la dirección del grupo contrata al trabajador antes de ser trasladado por decisión de la misma dirección; la celebración de un nuevo contrato sólo responde a exigencias administrativas (necesidad de obtención de un permiso de trabajo, por ejemplo).

Por lo que se refiere, en segundo lugar, al vínculo con la Directiva «desplazamiento de trabajadores»<sup>79</sup>, el artículo 6 obliga a tratar de nuevo la cuestión de la interacción entre las normas de conflicto generales del Convenio de Roma y las normas con incidencia en la ley aplicable que figuran en las directivas sectoriales. Además de una cierta falta de legibilidad para los expertos en cuanto a las normas aplicables, los dos instrumentos no tienen la misma comprensión del término «desplazamiento».

El objetivo de la Directiva 96/71 consiste en garantizar, en el caso de desplazamiento de un asalariado, la aplicación de algunas disposiciones imperativas del Estado miembro de desplazamiento: se trata, en particular, de la regulación del salario mínimo del Estado de acogida, pero también de las normas de seguridad o higiene. Una lectura demasiado rápida podría, pues, dar a entender que la Directiva no sigue la misma lógica que el Convenio cuyo artículo 6 prevé, al contrario, que el estatuto del asalariado no debe modificarse por causa de un desplazamiento temporal. Un análisis más profundo revela, sin embargo, que los dos instrumentos cohabitan perfectamente. En efecto, en caso de desplazamiento, la Directiva no tiene por objeto de ninguna manera modificar la ley aplicable al contrato de trabajo, sino que fija un «núcleo duro» de normas imperativas que deben respetarse durante el período de «desplazamiento» en el Estado miembro de acogida, *«cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral»*. La Directiva debe, pues, considerarse como una prolongación del artículo 7 del Convenio, relativo a las leyes de policía. El objeto del instrumento comunitario es establecer una competencia leal, garantizando al mismo tiempo el respeto del derecho de los trabajadores en el mercado de trabajo de la Unión.<sup>80</sup>

Podría, no obstante, derivarse cierta confusión del hecho de que los dos instrumentos no contienen la misma definición del término «desplazamiento».

La Directiva 96/71 especifica, en el apartado 3 del artículo 1, que sus normas se aplican siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador

---

<sup>79</sup> Directiva 1996/71 de 16 de diciembre 1996, DO n° L 018 de 21.1.1997, p. 1.

<sup>80</sup> Conviene recordar que las normas de la Directiva se aplican asimismo a los trabajadores o empresarios no comunitarios, de modo que no hay trato diferenciado en función de que la empresa de procedencia esté o no establecida en un Estado miembro. El texto especifica, en efecto, que las empresas establecidas en un Estado no miembro no pueden obtener un tratamiento más favorable que las empresas establecidas en un Estado miembro. En consecuencia, las disposiciones por las que los Estados miembros incorporen en su ordenamiento jurídico la Directiva se aplican indistintamente a los trabajadores desplazados a su territorio, cualquiera que sea el país de origen del trabajador o del empresario.

desplazado. En cuanto se celebra un nuevo contrato de trabajo con la empresa de acogida, deja de haber desplazamiento en el sentido de la Directiva. Al contrario, en el marco del Convenio, se puede estar en presencia de desplazamiento aunque el asalariado celebre un nuevo contrato de trabajo en el país de acogida, por ejemplo en el marco de un grupo de sociedades. En el sentido del Convenio, es sobre todo la duración la que permite calificar un envío al extranjero de «desplazamiento temporal», mientras que el criterio de la duración no es pertinente en el marco de la Directiva.

Al tratarse de dos textos con finalidades diferentes, es perfectamente imaginable que cada uno conserve su propia definición del término «desplazamiento». Sin embargo, esta situación no aumenta la legibilidad de la legislación comunitaria.

### 3.2.9.3. Soluciones posibles

Para evitar que, a los efectos del artículo 6 del Convenio de Roma, la duración del desplazamiento se examine caso a caso exclusivamente, llegándose con ellos a una solución no previsible, pueden contemplarse varias soluciones:

- i. Examen del carácter temporal del desplazamiento a la luz de la intención de las partes, de modo que sería temporal un desplazamiento previsto por un período delimitado de tiempo o para una misión determinada. Esta solución, que significaría que la duración del desplazamiento se examinaría *a priori*, fue la propuesta por la AGRUPACIÓN EUROPEA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
- ii. Otra solución sería que el juez apreciara la duración del desplazamiento *a posteriori*, es decir, en función de la duración efectiva del desplazamiento una vez realizado, caso a caso, eventualmente según un plazo fijado en el Convenio. LA AGRUPACIÓN EUROPEA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO destaca, sin embargo, que el fijar un plazo preciso, aunque presenta la ventaja de la previsión, sería necesariamente arbitrario y corre peligro de revelarse de una rigidez excesiva, habida cuenta de la diversidad de las situaciones.
- iii. El Convenio podría, por otro lado, precisar que la celebración de un nuevo contrato con un empresario del mismo grupo no excluye el desplazamiento.

<b>Cuestión 14: ¿Conviene aportar precisiones al artículo 6 relativas a la definición del concepto de «desplazamiento temporal»? En caso afirmativo, ¿cuáles?</b>
---

### 3.2.10. Otras interrogantes relativas al artículo 6

El Convenio no especifica cuál es la situación de los asalariados que realizan su trabajo en lugares no sujetos a una soberanía nacional (marineros en alta mar, pilotos del aire). La jurisprudencia, más que de localizar de manera un tanto artificial el lugar en el que se realiza el trabajo en uno u otro país, tiende a aplicarles la ley del lugar donde se haya contratado al asalariado.

Algunos Estados miembros tienen normas especiales, a veces de carácter unilateral, que dificultan la uniformidad de las soluciones (por ejemplo, una norma de conflicto por la que se designa la ley del lugar del pabellón, para los marinos a bordo del buque).

Por último, en cuanto al teletrabajo internacional, cabe interrogarse sobre la pertinencia de la vinculación al lugar de ejecución habitual del contrato de trabajo, ya que la vinculación al



lugar de concentración de intereses de la empresa o de recepción del trabajo puede ser, en determinadas circunstancias, más protector<sup>81</sup> para el asalariado. El último párrafo del artículo 6 parece autorizar este tipo de vinculación, aunque según algunas opiniones, convendría aquí precisar el concepto de «vínculos más estrechos» para aludir expresamente a la situación del teletrabajo internacional.

**Cuestión 15: ¿Consideran que deberían introducirse otras modificaciones en el artículo 6?**

### *3.2.11. Aplicación de las leyes de policía extranjeras (apartado 1 del artículo 7)*

Además de la aplicación de sus propias leyes de policía, llamadas leyes de policía del foro (véase apartado 3.2.8, *supra*), el Convenio autoriza, bajo determinadas condiciones, al juez competente a dar eficacia a leyes de policía de otros países con los que la situación presente vínculos estrechos, incluso a la de Estados que no sean miembros de la Unión Europea. En el momento de la negociación del Convenio de Roma se trataba de una disposición muy innovadora, que reflejaba la preocupación de los Estados miembros por respetar en cierta medida la política legislativa de otros Estados, incluidos terceros Estados. Las leyes de policía extranjeras pueden intervenir en situaciones muy variadas. A título de ejemplo, se puede citar una decisión de la Cámara de los Lores de 1958 que tuvo en cuenta la ley india que prohibía las exportaciones de yute a Sudáfrica a propósito de un contrato sujeto, por otra parte, al Derecho inglés.<sup>82</sup>

Hasta ahora, la jurisprudencia relativa al apartado 1 del artículo 7 es aún muy rara.

El apartado 1 del artículo 22 del Convenio prevé que el apartado 1 del artículo 7 relativo a las leyes de policía extranjeras puede ser objeto de una reserva por parte de los Estados miembros que no deseen adoptarlo y el Reino Unido, Luxemburgo y Alemania ejercieron efectivamente esta opción. Esto no significa que los jueces de estos Estados no puedan tener en cuenta eventualmente una ley de policía extranjera, pero en ese caso ello sería fuera del marco del Convenio y de las precisiones suplementarias que contiene.

En la hipótesis de que el Convenio de Roma se transforme en instrumento comunitario, incluso en reglamento, no compatible con la existencia de reservas, convendrá plantearse la cuestión del futuro de este artículo.

**Cuestión 16: ¿Les parece necesaria una norma relativa a las leyes de policía extranjeras? ¿Sería oportuno dar indicaciones más precisas en cuanto a las condiciones de aplicación de las leyes de policía extranjeras?**

---

<sup>81</sup> Por ejemplo, tratándose de la aplicación de la legislación nacional sobre despido colectivo, en cuanto al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transferencia de empresas o a la insolvencia del empresario.

<sup>82</sup> Asunto *Ragazzoni/Sethia*, 1958 [A.C.] 301. No parece tratarse de una resolución en la que el juez inglés haya efectivamente recurrido al concepto de ley de policía extranjera, ya que el supuesto se sitúa en un contexto muy anterior a la entrada en vigor del Convenio de Roma, pero se trata precisamente de una situación como la contemplada en el apartado 1 del artículo 7.

### 3.2.12. *Ley aplicable a la forma del contrato (artículo 9)*

#### 3.2.12.1. Solución actual

La forma del contrato es cualquier comportamiento exterior impuesto por la ley al autor de un acto jurídico, como, por ejemplo, la exigencia de un escrito, una mención manuscrita o un acta notarial. Para facilitar la validez del contrato en cuanto a la forma, el Convenio establece una norma alternativa: basta que el acto sea válido según una de las dos leyes que son la ley aplicable en cuanto al fondo, determinada según las normas generales del Convenio, y la ley del lugar donde se haya celebrado el contrato. Cuando se trata de un contrato celebrado a distancia (por fax, correo, correo electrónico, por ejemplo), existe un lugar de conclusión para cada parte del contrato, lo que multiplica aún más las oportunidades de que el contrato sea válido en cuanto a la forma. Esta solución ha permitido no tomar partido sobre la localización más o menos artificial del contrato entre ausentes.

#### 3.2.12.2. Dificultades encontradas

El artículo 9 se concibió antes de la generalización de los contratos celebrados por correo electrónico. Ahora bien, ¿cómo determinar para cada parte el lugar de celebración del acto, que constituye una de las ramas de la alternativa propuesta, cuando la oferta o la aceptación se realiza por un simple intercambio de mensajes de correo electrónico?

#### 3.2.12.3. Soluciones posibles

Puede considerarse prever una norma subsidiaria en caso de que no fuera posible determinar el lugar de emisión de la voluntad. Asimismo, la norma alternativa prevista en el artículo 9 podría contener una rama suplementaria por la que se añadiera la ley de la residencia habitual del autor de la declaración de voluntad a la ley que la rige en cuanto al fondo y a la ley del lugar de su emisión. Bastará, pues, que la declaración reúna las condiciones de forma de una de las tres leyes para ser válida en cuanto a la forma. Esta norma se aplicará indistintamente a los contratos celebrados por correo electrónico y a otros contratos celebrados a distancia.

<b>Cuestión 17: ¿Conviene actualizar la norma de conflicto en materia de forma de los contratos?</b>
--

### 3.2.13. *Ley aplicable a la oponibilidad de la cesión de crédito a terceros (artículo 12)*

#### 3.2.13.1. Solución actual

La cesión de crédito es un mecanismo muy utilizado, en particular, en la práctica bancaria, para realizar distintas operaciones de crédito u operaciones de factoring. Se trata de un acuerdo por el cual un acreedor, llamado cedente, transfiere el crédito que tiene contra su deudor, llamado deudor cedido, a un contratante, llamado cesionario. Así, es posible imaginar el ejemplo de un proveedor de repuestos («cedente») titular de créditos frente a sus propios clientes, fabricantes de automóvil («deudores cedidos»). En vez de esperar a que los fabricantes le paguen, el proveedor cede estos créditos a su banco («cesionario») con el fin de obtener inmediatamente el dinero correspondiente a los importes de las facturas.

Como cualquier operación en la que intervienen tres personas, la cesión de crédito plantea numerosas interrogantes en Derecho internacional privado porque se está en presencia de tres relaciones jurídicas diferentes, cada una de las cuales puede estar sujeta a su ley propia. En el ejemplo arriba mencionado, el primer vínculo contractual en el tiempo es el existente entre el

proveedor y los fabricantes de automóviles. A este crédito, también llamado «crédito originario» se referirá, ulteriormente, la operación de cesión. Está sometido a su ley propia, determinada de conformidad con los artículos 3 (autonomía de la voluntad) y 4 (vínculos más estrechos) del Convenio.

Se produce a continuación el «contrato de cesión» o «contrato de transferencia» entre el cedente, en el ejemplo arriba mencionado el proveedor de repuestos, y el cesionario, aquí el banco. Según el apartado 1 del artículo 12 del Convenio, la ley aplicable se determina de nuevo según las normas generales del Convenio (artículo 3 y 4). A falta de elección<sup>83</sup>, la ley aplicable suele, pues, ser la del cesionario, que proporciona la prestación característica.<sup>84</sup> El tercer vínculo jurídico, por su parte, es el que nace entre el deudor cedido, en nuestro ejemplo uno de los fabricantes de automóviles, y el banco cesionario. Según el Convenio, este contrato se rige por la misma ley que el crédito originario. El Convenio, así pues, tiene por objeto proteger al deudor cedido, garantizando que sus obligaciones se rigen siempre por la misma ley, la única que debía razonablemente esperar, y que no debe al banco más que debía al proveedor.

### 3.2.13.2. Dificultades encontradas

El Convenio de Roma no trata explícitamente la cuestión de la oponibilidad de la cesión de crédito a los terceros. Se trata de una cuestión esencial ya que determina la eficacia de la cesión y la transferencia de la propiedad. Puede ser, por ejemplo, que el proveedor de repuestos no haya pagado a su propio acreedor y que éste opere un embargo sobre sus bienes y créditos, incluso sobre los créditos que fueron objeto de cesión en favor del banquero. Conviene entonces determinar quién, este nuevo acreedor o el banquero, es propietario de los créditos controvertidos. Puede también imaginarse que el proveedor haya sucesivamente cedido sus créditos a dos bancos diferentes, para obtener fraudulentamente un crédito más elevado. Se trata entonces de determinar cuál de los dos bancos es propietario de los créditos.<sup>85</sup> Puesto que todos los Estados miembros no responden de la misma forma a estas cuestiones, sería preferible que aplicaran la misma ley para no incitar a las partes al *forum shopping*.

Ahora bien, en la medida en que ni el Convenio ni el Reglamento «Quiebra»<sup>86</sup> establecen normas de conflicto de leyes que se refieran de una manera explícita a la cuestión de la

---

<sup>83</sup> Según algunos autores, un contrato de cesión contendría, en principio, una elección tácita en favor de la ley del crédito cedido. Esta solución presenta la ventaja de someter a la misma ley el crédito cedido y el contrato de transferencia. En cambio, en caso de cesión de créditos múltiples, esta solución corre peligro de someter a leyes diferentes los contratos de transferencia entre cedente y cesionario, que, desde un punto de vista económico, constituyen una operación única.

<sup>84</sup> En algunas operaciones complejas, por ejemplo una operación de crédito de gran envergadura, la prestación característica podría también ser la del cesionario. El Convenio deja, pues, un cierto margen de maniobra al juez para tener en cuenta situaciones particulares.

<sup>85</sup> En términos más técnicos, esta interrogante equivale a plantear la cuestión si el Convenio sólo abarca los aspectos de Derecho contractual o si incluye también los aspectos de Derecho de la propiedad (qué ley determina la cuestión de si las medidas de información del deudor sirven exclusivamente para proteger a éste o también para dar eficacia a la transferencia de propiedad).

<sup>86</sup> Reglamento (CE) n° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, que entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Si bien este Reglamento no contiene ninguna norma de conflicto, su artículo 5 establece, sin embargo, que la apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado miembro no afecta a los derechos reales sobre los bienes que se encuentren en otros Estados miembros. Entre estos derechos reales figura «el derecho exclusivo a cobrar un crédito» (letra b) del apartado 2 del artículo 5). Hay que señalar que, según la letra g) del artículo 2 de dicho Reglamento, un crédito se

oponibilidad de la cesión de crédito a terceros, cada Estado miembro aplica en esta materia sus propias normas, de modo que la solución varía considerablemente en función del tribunal que conoce del caso. Estas disparidades son tanto más señaladas cuanto que los tribunales de determinados Estados miembros consideran que, si bien esta cuestión no se trata explícitamente por el Convenio, éste contendría sin embargo normas implícitas.

### 3.2.13.3. Soluciones posibles

Sería posible precisar la ley aplicable a la oponibilidad de la cesión a terceros. Se presentan varias opciones:

- i. Aplicación del apartado 1 del artículo 12 (aplicación de la misma ley que la aplicable al contrato de transferencia): esta solución ha sido adoptada por la jurisprudencia holandesa.<sup>87</sup> Presenta claras ventajas en sistemas jurídicos que no tienen por costumbre distinguir las cuestiones de validez del contrato de transferencia y eficacia de la transferencia de la propiedad del crédito.
- ii. Aplicación del apartado 2 del artículo 12 (aplicación de la misma ley que la aplicable al crédito originario): es la solución elegida por el anteproyecto del Convenio, que finalmente no se recogió en el texto definitivo. Es también la elegida por la jurisprudencia alemana.<sup>88</sup> Esta posición equivale a considerar que no es razonable disociar la suerte de los terceros en general, como un acreedor del cedente o un segundo cesionario del mismo crédito, de la del deudor cedido; la ley aplicable a la oponibilidad del contrato sería la misma en ambos casos, lo que garantizaría una determinada coherencia en el tratamiento de la operación de cesión en su conjunto.
- iii. Aplicación de la ley del domicilio de deudor cedido: puesto que los acreedores del cedente no están siempre en condiciones de conocer la ley aplicable al crédito originario, algunos proponen someter la oponibilidad de la cesión a la ley del domicilio del deudor cedido. Si bien esta ley presenta la ventaja de ser fácilmente conocida por los terceros, esta solución haría más problemática la cesión de créditos profesionales múltiples cuando los deudores estén domiciliados en el extranjero, al estar sometida una operación única desde el punto de vista económico a varias leyes.
- iv. Aplicación de la ley del domicilio del cedente: se trata de la solución más adecuada para satisfacer el criterio de previsibilidad de los terceros. Por ello, esta solución ha sido la adoptada por la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional.<sup>89</sup>
- v. Todas las soluciones, excepto la enunciada en el inciso ii), presentan el inconveniente de someter a leyes diferentes la oponibilidad al deudor cedido, por una parte, y la oponibilidad a los otros terceros, por otra, lo que podrá conducir, en algunas circunstancias, a un callejón sin salida. Por este motivo, se ha sugerido prever una norma material por la que se dé prioridad al que actúa en primer lugar,

---

encuentra en «el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de los intereses principales de su deudor».

<sup>87</sup> *Hoge Raad*, 16 de mayo de 1997, *Nederlands International Privatrecht* 1997, n° 209.

<sup>88</sup> *Bundesgerichtshof*, 8 de diciembre de 1998, XI ZR 302/97, *IPRAX*, 2000, p. 124.

<sup>89</sup> Adoptada por la Asamblea General el 31 de enero de 2002. Esta Convención no se ha firmado ni ratificado hasta la fecha por ningún Estado miembro. No prevé, en efecto, ningún mecanismo de «opt-out» para el artículo 22 relativo a la oponibilidad de la cesión a terceros, contrariamente a las otras normas de conflicto de leyes contenidas en este texto.

teniendo al mismo tiempo en cuenta la buena o mala fe de los acreedores en competencia.

**Cuestión 18: ¿Les parece conveniente precisar en un futuro instrumento cuál es ley aplicable a la oponibilidad de la cesión de crédito? En caso afirmativo, ¿qué norma de conflicto preconizan?**

### *3.2.14. Ámbito de aplicación respectivo de los artículos 12 y 13 relativos a la cesión de crédito y la subrogación*

#### 3.2.14.1. El mecanismo de subrogación en el Convenio de Roma

Se trata de un mecanismo que no existe en todos los Estados miembros. Como en la cesión de crédito, se trata de una operación en la que participan tres personas, por la que se efectúa la transferencia de una obligación. Hay subrogación cuando aquel que paga a un acreedor, le substituye en sus derechos, se convierte en acreedor del deudor en su lugar. Puede resultar bien de un contrato entre las partes, bien de una disposición legal que la vincula de pleno derecho a determinados actos. El Convenio de Roma no cubre las liberalidades, sino los pagos subrogatorios que un tercero ha efectuado en virtud de una obligación. La cuestión de si este tercero se subroga a continuación en los derechos del acreedor se rige, en principio, por la misma ley que esta obligación (artículo 13).<sup>90</sup>

#### 3.2.14.2. Dificultades encontradas

Existe un mecanismo jurídico muy importante en el tráfico mercantil, el factoring, cualificado de subrogación convencional en algunos países y de cesión de crédito en otros. Debido a un conflicto de calificación podría no ser uniforme la aplicación del Convenio. Además, según algunos autores, el artículo 13 sólo se aplicaría a la subrogación prevista por la ley, mientras que la subrogación convencional entraría en el ámbito de aplicación del artículo 12.

Puesto que las normas del artículo 12 y las del artículo 13 son muy próximas, no es seguro que este conflicto de calificación tenga una incidencia práctica real. Sin embargo, es legítimo preguntarse si se trata de una norma transparente y fácil de aplicar por los profesionales del Derecho.

Por último, algunos desean la inclusión de los pagos subrogatorios efectuados sin obligación en el ámbito de aplicación del Convenio.

#### 3.2.14.3. Soluciones posibles

El ámbito de aplicación respectivo de los artículos 12 y 13 podría precisarse. Otra solución sería una fusión de los artículos 12 y 13. A falta de precisión, esta cuestión se dilucidará por el Tribunal de Justicia.

**Cuestión 19: ¿Sería útil precisar el ámbito de aplicación respectivo de los artículos 12 y 13? En su opinión, ¿conviene prever una norma de conflicto para los pagos subrogatorios efectuados sin obligación?**

---

<sup>90</sup> El pago efectuado como fianza constituye un caso típico de pago subrogatorio y es, pues, la ley del contrato de fianza la que rige la subrogación.

### 3.2.15. Ausencia de norma de conflicto relativa a la compensación legal

#### 3.2.15.1. Presentación del mecanismo de la compensación

Cuando dos partes son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, gracias al mecanismo de la compensación legal, sus deudas se extinguen en la cantidad concurrente. Por ejemplo, si Pablo debe a Pedro 20 € y Pedro debe a Pablo 10 €, el mecanismo de la compensación juega automáticamente de modo que Pedro se libera de su deuda y Pablo debe aún 10 € a Pedro. Se trata, así pues, de un mecanismo de extinción de las obligaciones, de gran importancia en el tráfico mercantil diario.

La compensación puede producirse por efecto de la ley (compensación legal), si de reúnen determinadas condiciones, o por la voluntad de las partes (compensación convencional)<sup>91</sup>.

#### 3.2.15.2. Dificultades encontradas

Se desprende de la letra d) del artículo 10 del Convenio que los distintos modos de extinción de las obligaciones, entre los cuales figura la compensación, se rigen por la misma ley que la obligación en cuestión. Ahora bien, este texto no da cuenta de las dificultades inherentes al mecanismo de la compensación legal aplicada a dos obligaciones sujetas a leyes diferentes. En una hipótesis de este tipo, cada Estado miembro estaría abocado a aplicar su propia norma de conflicto. Dado que estas normas difieren, existe inseguridad jurídica en la materia.

#### 3.2.15.3. Soluciones posibles

La ley aplicable a la compensación legal podría precisarse:

- i. Aplicación acumulativa de las dos leyes en juego: si bien protege los intereses de las partes, esta norma es, sin embargo, muy restrictiva.
- ii. Aplicación de la ley que rige el crédito al que se opone la compensación.

El Reglamento «Quiebra»,<sup>92</sup> que entró en vigor el 31 de mayo de 2002, aunque no contiene ninguna norma de conflicto de ley relativa a la compensación propiamente dicha, no deja de tener incidencia en esta cuestión. Su artículo 6 da a la compensación un tratamiento similar al que prevé el artículo 5 para las cesiones de créditos: cuando, en virtud de las normas de conflicto normalmente aplicables, el derecho a la compensación se deriva de una ley nacional diferente de la ley aplicable al procedimiento de insolvencia, el artículo 6 permite al acreedor conservar esta facultad como derecho adquirido frente al procedimiento de insolvencia. No obstante, el Convenio sólo concede esta posibilidad en la hipótesis de que «la ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación» (crédito pasivo), optando de este modo por la solución ii) mencionada más arriba.

Estas normas sólo se aplican, obviamente, en caso de compensaciones alegadas en el marco de un procedimiento de insolvencia y dejan abierta la cuestión de la ley aplicable en otras circunstancias.

---

<sup>91</sup> Respecto de la compensación convencional, tratándose de un contrato, la ley aplicable se determina según las normas generales del Convenio (artículo 3 y 4).

<sup>92</sup> Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia.

**Cuestión 20: En su opinión, ¿conviene precisar la ley aplicable a la compensación legal?  
En caso afirmativo, ¿qué norma de conflicto preconizan?**

## Anexo 1

### Glosario de Derecho internacional privado

<b>Autonomía de la voluntad:</b>	En Derecho internacional privado, este concepto designa el derecho que tienen las personas privadas de designar la ley aplicable a sus relaciones jurídicas.
<b>Competencia judicial internacional:</b>	Cuando un litigio presenta carácter internacional (por ejemplo, porque las partes tienen diferente nacionalidad o no residen en el mismo país), varios tribunales podrían ser competentes para juzgar el asunto. Las normas de competencia judicial internacional fijan criterios para determinar el país cuyos tribunales son competentes para conocer de tal o cual litigio.
<b>Fraccionamiento legislativo:</b>	Situación en la cual los diferentes elementos de un contrato de carácter internacional se rigen por las leyes de Estados diferentes (por ejemplo, ocurre en la práctica que un contrato de venta está sometido al Derecho alemán, excepto por lo que se refiere a la cláusula de garantía, que se sujeta al Derecho inglés).
<b>Disposición imperativa:</b>	En el Convenio de Roma, la expresión «disposición imperativa» abarca una realidad múltiple: designa a la vez las leyes de policía*, concepto característico del Derecho internacional privado, y las normas de orden público interno*.
<b>Derecho material:</b>	El Derecho material se opone al Derecho internacional privado. Se trata de todas las normas por las que se determinan los derechos y obligaciones de una persona en una situación jurídica dada (por ejemplo, la norma según la cual un contrato es nulo cuando está viciado el consentimiento de una de las partes).
<b>Foro/tribunal del foro:</b>	Se trata del tribunal que conoce de un litigio internacional.
<b><i>Forum shopping</i> (Búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso):</b>	Este término designa la actitud de la persona implicada en un litigio internacional, que acude al tribunal de este o aquel país no porque se trate del tribunal que se encuentra en mejores condiciones para conocer del litigio, sino solamente porque este tribunal, en aplicación de sus normas de conflicto de leyes*, aplicaría la ley que conduciría al resultado más ventajoso para esta persona.
<b>Ley aplicable/<i>lex causae</i>:</b>	Cuando una relación jurídica entre personas privadas presenta carácter internacional (por ejemplo, porque tienen diferente nacionalidad, no residen en el mismo país, participan en una transacción comercial internacional, etc), conviene determinar cuál de las leyes en juego rige la situación. La ley aplicable se determina según las normas



llamadas de conflicto de leyes\*.

- Ley de policía:** Concepto de Derecho internacional privado que designa las normas a las que un Estado concede tal importancia que exige su aplicación en cuanto la situación jurídica presenta un vínculo con su territorio, cualquiera que sea, por otra parte, la ley aplicable a la situación. Contrariamente al mecanismo de la excepción de orden público internacional\*, el juez no descarta la ley designada por sus normas de conflicto\* por ser contraria al orden público, sino que aplica de oficio sus propias normas.
- Orden público interno:** Conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato, por ejemplo las destinadas a proteger una parte considerada «débil» (consumidor, trabajador, menor, etc).
- Orden público internacional:** después de haber determinado la ley aplicable\* a una situación jurídica dada, de acuerdo con sus normas de conflicto de leyes,\* sucede que el juez considera que la aplicación concreta de esta ley entraña un resultado poco compatible con el sistema de valores del foro. En consecuencia, descarta la ley extranjera normalmente aplicable y aplica su propia ley. Tradicionalmente, cada Estado miembro dispone de su propio cuerpo de normas de orden público internacional, pero con la multiplicación de disposiciones imperativas\* de origen comunitario, asistimos hoy en día al nacimiento de un «orden público europeo»
- Norma de conflicto de leyes:** cuando una relación jurídica entre personas privadas presenta carácter internacional, las leyes de varios países pueden entrar en competencia para regir dicha situación. Para decidir cuál de las leyes en juego se aplica a dicha situación, el juez aplica las normas conocidas como de conflicto de leyes.
- Norma de conflicto bilateral:** la mayoría de las normas de conflicto de leyes son de carácter bilateral, es decir, pueden designar indiferentemente una ley extranjera o la ley del foro. Como ejemplo, se puede citar la norma francesa según la cual el juez debe, para determinar la filiación del niño, aplicar la ley de la nacionalidad de la madre. Si la madre es francesa, el juez francés aplicará la ley francesa; si es italiana, aplicará la ley italiana. Las normas de conflicto bilaterales se oponen a las de carácter unilateral.
- Norma de conflicto unilateral:** según el método unilateral, cada Estado se limita a determinar los casos en los que es aplicable su propia ley. Tales normas revisten hoy un carácter excepcional. A

título de ejemplo, puede citarse el párrafo 3 del artículo 3 del Código civil francés: «*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger*» (las leyes relativas al estado y a la capacidad de las personas regirán a los franceses, incluso a los residentes en un país extranjero) (norma, sin embargo, «bilateralizada» por la jurisprudencia).

## Anexo 2

### Normas de conflicto de leyes

#### y normas con incidencia en la ley aplicable en materia contractual<sup>93</sup>

#### que figuran en instrumentos sectoriales de Derecho derivado

- Directiva relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (1993/7 de 15 de marzo de 1993)
- Directiva «cláusulas abusivas» (1993/13 de 5 de abril de 1993)
- Directiva «*time sharing*» (1994/47 de 26 de octubre de 1994)
- Directiva «desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios» (1996/71 de 16 de diciembre de 1996)
- Directiva 97/7 de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia
- Directiva 1994/44 de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo
- Segunda Directiva «seguro distinto del seguro de vida» (1988/357 de 22 de junio de 1988) una vez completada y modificada por las Directivas 1992/49 y 2002/13
- Segunda Directiva «seguro de vida» (1990/619 de 8 de noviembre de 1990) una vez completada y modificada por las Directivas 1992/96 y 2002/12.
- Directiva 2002/65, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

---

<sup>93</sup> Se trata de normas de conflicto de leyes propiamente dichas y de normas por las que se define el ámbito de aplicación territorial del Derecho comunitario. Véanse igualmente las notas 31 y 32 a pie de página.