

LA DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE  
A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN UN MERCADO  
GLOBALIZADO: LA EXPERIENCIA EUROPEA

Andrés RODRÍGUEZ BENOT\*  
Alfonso YBARRA BORES\*\*

SUMARIO: I. *La determinación del ordenamiento aplicable a los contratos internacionales en la Unión Europea: el Convenio de Roma de 1980.* II. *Perspectivas de futuro del Convenio de Roma de 1980 en un mercado globalizado.*

I. LA DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE  
A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN LA UNIÓN  
EUROPEA: EL CONVENIO DE ROMA DE 1980

Originariamente nacido en el ámbito de la economía, el término globalización se ha expandido a otras ramas de las ciencias sociales. La globalización es una realidad económica, pero también lo es social, jurídica e ideológica. En palabras de José Eduardo Faria, el actual panorama conformado por la globalización se caracteriza por los siguientes datos:

la pérdida de la autonomía de la decisión de los gobiernos, la unificación de los mercados en un único sistema económico de extensión mundial, la superación de las barreras geográficas, la merma de las prácticas políticas democráticas convencionales, la aparición de nuevos órdenes normativos al lado del tradicionalmente regido por el derecho positivo y el agotamiento paradigmático del re-

\* Profesor titular de Derecho internacional privado, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

\*\* Profesor de Derecho internacional privado, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

ptorio de categorías, conceptos, procedimientos y teorías constituido a la luz del Estado-nación y del principio de soberanía.<sup>1</sup>

En el campo del derecho la invocación a la globalización, en apelación a un fenómeno susceptible de influir en la elaboración de un sistema jurídico, así como en su aplicación e interpretación, se ha generalizado.<sup>2</sup> La globalización, decíamos, se vincula *ab initio* a la idea de mercado: recogido por vez primera en el *Diccionario de la Lengua Española*,<sup>3</sup> el vocablo *globalización* es definido como la “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”. El mercado, empero, es un concepto complejo; su significado como objeto del derecho —explica Ulrico Immenga— resulta especialmente notorio desde finales del siglo XX gracias a las tendencias liberalizadoras y privatizadoras, a la vez que es fruto de un desarrollo aún no concluido que, desde la perspectiva del derecho privado, se caracteriza por dos rasgos: un aumento de la efectividad de la autonomía privada y de la libertad contractual, y una imparable internacionalización que ha provocado que “el derecho del mercado ha(ya) entrado de lleno en el terreno del conflicto de Leyes”,<sup>4</sup> esto es, del derecho internacional privado.

El 19 de mayo de 1980 se firmó en Roma el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, un instrumento europeo innovador por la justificación de su elaboración, por el sistema de soluciones consagradas y por el ámbito territorial de aplicación<sup>5</sup>. Veinticinco años después de esa fecha, el Convenio sigue siendo un referente normativo esencial en la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales con elemento extranjero, hasta el punto de que ha inspirado la elabora-

<sup>1</sup> *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 44 y 45.

<sup>2</sup> Sobre este particular véase la interesante obra de Loquin, E. y Kessedjian, C. (dirs.) *La mondialisation du Droit*, París, Litec, 2000.

<sup>3</sup> 22a. ed., Madrid, Real Academia Española, 2001.

<sup>4</sup> Immenga, Ulrich, *El mercado y el derecho (estudios de derecho de la competencia)*, ed. y trad. de José Miguel Embid Irujo et al., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 19, 20 y 33.

<sup>5</sup> La versión codificada, que reúne en un solo texto las modificaciones introducidas por los sucesivos convenios de adhesión, puede verse en el *Diario Oficial de la Comunidad Europea* C 27, del 26 de enero de 1998. La entrada en vigor del Convenio para los países signatarios originales se produjo el 1o. de abril de 1991 y para España (que se incorporó junto con Portugal mediante el Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992, *Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 333, del 18 de noviembre de 1992) el 1o. de septiembre de 1993.

ción de instrumentos similares,<sup>6</sup> del mismo modo que ha pasado a constituir una suerte de *ius commune* conflictual en el territorio europeo al haber desplazado, por la eficacia *erga omnes* que le atribuye su artículo 2, las normas de conflicto consagradas en este ámbito en los distintos sistemas nacionales de derecho internacional privado de los Estados parte en él.<sup>7</sup>

1. La elaboración del Convenio de Roma vino justificada por la puesta en marcha previa de otro exitoso instrumento europeo, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (sustituido desde el 1o. de marzo de 2002 —salvo para Dinamarca— por el Reglamento [CE] 44/2001 del Con-

<sup>6</sup> Es el caso de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994 en el marco de la CIDIP-V. Sobre ella véanse, entre otros, Garro, Alejandro, “Legal Framework for Regional Integration in the Americas: Inter-American Conventions and Beyond”, en Ferrari, Franco (ed.), *The Unification of International Commercial Law (Tilburg Lectures)*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 85 y ss.; Juenger, Fiederich, “Contract Choice of Law in the Americas”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, octubre de 1997, pp. 3 y ss.; Noodt Taquela, María Blanca, “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 89 y ss.; y Pereznieta Castro, Leonel, “Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1994, núm. 4, pp. 765 y ss.

<sup>7</sup> Se ha planteado si la conversión del Convenio de Roma en un futuro instrumento comunitario implicará mantener este carácter en el texto resultante: según resaltan Jayme, Erik y Kohler, Christian (“Europäisches Kollisionsrecht 2003: der Verfassungskonvent und das Internationale Privat- und Verfahrensrecht”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2003, p. 486), de estar vigente el artículo III-170 de la Constitución Europea no habría duda en dar una respuesta positiva pues dicha norma, a diferencia en este punto del difuso artículo 65 del TCE, no exigiría regular supuestos desarrollados en el ámbito del mercado único sino que, al contrario, permitiría someter a los órganos judiciales de los países de la Unión supuestos aun no conectados con ellos. Es esta misma solución, además, la que avanza el artículo 2o. de la propuesta de Reglamento del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales de 22 de julio de 2003, COM(2003) 427 final; conocido como Roma II: “Carácter universal: La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque sea la de un Estado no miembro”; solución que Andrea Bonomi apoya con la máxima amplitud posible dado que permite solventar la consagración de una dualidad de regímenes conflictuales —uno para los contratos puramente comunitarios y otro para los vinculados con terceros Estados— lo que, a la postre, aporta simplicidad a los sistemas de derecho internacional privado (“Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission”, *Yearbook of Private International Law*, 2003, p. 60).

sejo, del 22 de diciembre de 2000),<sup>8</sup> del que se considera un *complemento lógico o prolongación natural* en palabras de Miguel Virgos Soriano.<sup>9</sup> El Convenio de Bruselas de 1968 nació de la conveniencia de los Estados comunitarios de entablar negociaciones entre sí con vistas a simplificar el reconocimiento y la ejecución de sentencias, al que aludía el entonces artículo 220 (hoy 293) del TCE,<sup>10</sup> lo que permitiría completar el mercado interior comunitario con una quinta libertad: la de circulación de resoluciones judiciales en materia de derecho privado.<sup>11</sup>

En efecto, como ha explicado el citado autor, la firma del Convenio de Bruselas dio pie en algunos Estados de la Comunidad a poner en marcha una iniciativa tendente a unificar y codificar en el seno de ésta las normas sobre conflictos de Leyes (tomando como punto de partida el proyecto de Ley Uniforme del Benelux sobre Derecho Internacional Privado). Con ello se pretendía elevar el grado de confianza en la estabilidad de las relaciones jurídicas y contribuir a la tarea de crear dentro de la Comunidad condiciones jurídicas semejantes a las que caracterizan un mercado interior.<sup>12</sup>

Fue precisamente el temor al *forum shopping* derivado del sistema del Convenio de Bruselas (pluralidad de foros alternativos y relevancia de la autonomía de la voluntad) lo que forzó a asegurar el objetivo de aplicación de un mismo derecho a la misma causa por cualquier órgano judicial de un

<sup>8</sup> *Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 12, del 16 de enero de 2001. Téngase en cuenta, no obstante, que en septiembre de 2005 el Consejo aprobó la firma de dos acuerdos entre la Unión Europea y Dinamarca que extienden la aplicación a este Estado miembro de las disposiciones del Reglamento 1348/2000 relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil y del citado Reglamento 44/2001.

<sup>9</sup> "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales", en García de Enterría, Eduardo *et al.* (dirs.), *Tratado de derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el derecho español*, Madrid, Civitas, 1986, vol. III, p. 758.

<sup>10</sup> Una detallada exposición de la fase histórica previa a la elaboración del Convenio puede verse en el informe oficial de Giuliano, Mario y Lagarde, Paul, *Journal Officiel des Communautés Européennes* C 282, del 31 de octubre de 1980, pp. 4-9.

<sup>11</sup> Iglesias Buigues, José Luis y Desantes Real, Manuel, "La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea", en García de Enterría, E. *et al.* (dirs.), *Tratado de derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el derecho español*, *op. cit.*, nota 9, pp. 711 y ss.

<sup>12</sup> "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales", *op. cit.*, nota 9, p. 757.

Estado miembro, máxime cuando la uniformización de las normas sustantivas nacionales en la materia era y es más que lejana.<sup>13</sup>

2. El carácter innovador del Convenio de Roma obedece asimismo al sistema de soluciones consagradas en su texto.

a) En primer lugar se define de manera flexible el ámbito de aplicación sustancial de este Tratado al pretender regular las obligaciones contractuales con elemento extranjero evitando el odioso conflicto calificadorio (artículo 1o., apartado 1), del mismo modo que se excluye de forma precisa la regulación de determinadas materias que implican un conflicto de Leyes por razones diversas de orden técnico, lógico o estratégico (artículo 1o., apartado 2).

b) En segundo término, y atento a la debilidad estructural de la que adolecen determinadas personas en el tráfico jurídico, el Convenio consagra soluciones *ad hoc* a los fines de determinar el ordenamiento aplicable a los contratos concluidos por consumidores (artículo 5o.) y a los contratos individuales de trabajo (artículo 6o.) reequilibrando *ope legis* las posiciones de las partes en el tráfico externo.

c) En tercer lugar, y para el resto de obligaciones contractuales, el Convenio de Roma distingue a la hora de determinarles el ordenamiento aplicable si ha habido elección de Ley (respetando de ese modo como primer criterio tradicional de solución en este ámbito la autonomía de la voluntad, artículo 3o.) o si no ha habido un acuerdo entre las partes (disponiendo en tal caso un sistema de soluciones erigido sobre la base de la flexibilidad en torno a la cláusula de los vínculos más estrechos —artículo 4o.— distinguiéndose para su concreción tanto presunciones específicas como una

<sup>13</sup> Sobre esta figura véanse, entre otros, Baron Van Lynden, C. J., *Forum shopping*, Londres, 1998; Checa Martínez, Miguel, "Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1998, núm. 3, pp. 521 y ss.; Ferrari, Franco, "Forum Shopping et Droit matériel uniforme", 2002, *Journal de Droit International*, núm. 2, pp. 383 y ss.; Jasper, Dieter, *Forum Shopping in England und in Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990; Mercarelli, Giuseppe, "A propos du caractère inévitable du *forum shopping* dans la vente internationale de marchandises", *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal*, núm. 8, 2003, pp. 935 y ss.; Rodríguez Benot, Andrés, "Forum shopping", *Enciclopedia Mexicana de Derecho Internacional Privado* (en prensa); y Siehr, Kurt, "Forum Shopping im internationalen Rechtsverkehr", 1984, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, pp. 133 y ss.

presunción general). Esta última fórmula, que sin duda pudo suscitar recepciones judiciales y doctrinales en los países adscritos al llamado sistema continental —no así en los de *common law*, habituados al *judicial approach*— ha demostrado con los años sus ventajas operativas (*infra*).

La posibilidad de la toma en consideración de leyes de policía de terceros Estados, aun no comunitarios, si el contrato presenta vínculos estrechos con ellos (artículo 7o., apartado 1, del Convenio) es otra de las disposiciones que en su momento resultó altamente novedosa en el panorama legislativo de la época, no así en el jurisprudencial, donde alguna resolución nacional ya había avanzado esta posibilidad.<sup>14</sup>

3. El ámbito territorial de aplicación del Convenio de Roma es de igual modo uno de los aspectos en que se apreció su naturaleza innovadora hace 25 años.<sup>15</sup> Se trató, en efecto, del primer instrumento de orden verdaderamente europeo en que se abordó desde la perspectiva conflictual la figura de las obligaciones contractuales, de manera que su conjunción con el Convenio de Bruselas dio pie a la creación de un auténtico espacio europeo de regulación uniforme de la competencia

<sup>14</sup> Nos referimos a la decisión de la Cámara de los Lores en el asunto *Ragazzon c. Sudafrica*, 1958 [A.C.] 301, 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. Como se indica en el 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, COM(2002), 654 final, del 14 de enero de 2003, nota 82, p. 41, aunque no se trate 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, sí que se trata de una situación como la contemplada en el apartado 1 del artículo 7o.

<sup>15</sup> Hallándose vigente el Convenio entre los quince Estados miembros de la Unión anteriores a la ampliación de mayo de 2004 (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia), el 14 de abril de 2005 se firmó en Luxemburgo el Convenio relativo a la adhesión de Chequia, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia al Convenio de Roma de 1980, así como a los dos protocolos relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (*Diario Oficial de la Unión Europea* C 169, del 8 de julio de 2005, pp. 1 y ss.). De conformidad con lo establecido en su artículo 5o., el Convenio de Adhesión entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se haya realizado el depósito del segundo instrumento de ratificación (apartado 1) y, ulteriormente, para cada Estado signatario que lo ratifique con posterioridad, el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se haya realizado el depósito de su instrumento de ratificación; en el momento de elaboración de estas líneas aún no se había depositado instrumento de adhesión y/o ratificación alguno.

judicial internacional, de la determinación del ordenamiento aplicable, así como del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales para los contratos internacionales. La aludida eficacia universal del Convenio de Roma provoca, además, la aplicación en territorio comunitario de cualquier ordenamiento nacional designado por el sistema de conexiones de sus artículos 3o. a 6o., aunque se trate de un Estado no parte en el propio Convenio; en otros términos, se opera una suerte de importación continua de ordenamientos extracomunitarios por los órganos judiciales de los países de la Unión Europea que pone de manifiesto el carácter abierto de esta misma.<sup>16</sup>

La garantía de la disciplina conflictual uniforme de las obligaciones contractuales debe apoyarse, en el plano de la práctica, en una exégesis igualmente uniforme u homogénea de la normativa convencional. Para asegurarla se precisan dos aspectos, indicados en el artículo 11 del propio Convenio:<sup>17</sup> por una parte, la consagración de criterios hermenéuticos al efecto<sup>18</sup> y, por otra, la fijación de un único órgano competente a tal fin que, por razones históricas y técnicas, es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.<sup>19</sup>

En definitiva, el Convenio de Roma de 1980 incorpora una equilibrada presencia de tres de los principios rectores de la regulación del tráfico externo: el de proximidad (por cuya virtud se tiende a someter los hechos al

<sup>16</sup> Sometida, no obstante, al filtro de la manifiesta contrariedad de tales ordenamientos con el orden público del Estado del foro, es decir, del Estado sede de la autoridad judicial que debe aplicar el derecho extranjero en cuestión (artículo 16).

<sup>17</sup> "Para la interpretación y la aplicación de las reglas uniformes que preceden, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la conveniencia de conseguir que se interpreten y apliquen de manera uniforme".

<sup>18</sup> El Informe Giuliano-Lagarde, *cit.*, nota 10, goza de un valor incuestionable en orden a la interpretación histórica (razones y circunstancias de la elaboración), comparada (soluciones existentes en otros instrumentos supraestatales o estatales) y finalista (objetivos perseguidos) del Convenio.

<sup>19</sup> El 10 de diciembre de 1988 se firmaron en Bruselas dos protocolos relativos a la interpretación del Convenio por dicho Tribunal, que entraron en vigor el 1o. de agosto de 2004 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, del 8 de octubre de 2004); la demora excesiva para esto último ha obedecido a la tardanza en el proceso de ratificación de aquéllos por los 15 socios comunitarios que son parte en el Convenio. Sobre esta cuestión véase, entre otros, Virgos Soriano, Miguel, "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Noticias/CEE*, núm. 61, febrero de 1990, pp. 83 y ss.

ordenamiento jurídico que mantenga los vínculos más estrechos con el mismo), el de autonomía de la voluntad (que permite a las partes elegir ellas mismas, la Ley que regirá sus relaciones) y el de protección de la parte débil (por el que el legislador reequilibra las desiguales posiciones de las partes en la contratación internacional cuando una de ellas es, por ejemplo, un consumidor o un trabajador).<sup>20</sup> Los 25 años de existencia del Convenio, y los casi 15 de vigencia, han puesto de manifiesto el beneficio de un instrumento como el que estamos analizando, si bien no han faltado a lo largo de estos años algunos puntos negros que convendría superar.<sup>21</sup>

## II. PERSPECTIVAS DE FUTURO DEL CONVENIO DE ROMA DE 1980 EN UN MERCADO GLOBALIZADO

### 1. La conveniente transformación del Convenio de Roma en instrumento comunitario

El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 es en la actualidad el único instrumento en materia de derecho internacional privado a escala comunitaria que reviste aún la forma de un tratado internacional.<sup>22</sup> La transformación del mismo en un instrumento comunitario implicaría las siguientes ventajas o atendería a las siguientes necesidades.

1. Desde una perspectiva de la técnica normativa se otorgaría una mayor coherencia a la política legislativa comunitaria en materia de derecho internacional privado.<sup>23</sup> Más concretamente, algunos preceptos con-

<sup>20</sup> Libro Verde, *cit.*, nota 14, p. 10.

<sup>21</sup> Sobre ello véase Rodríguez Benot, Andrés, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro", en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex (en prensa).

<sup>22</sup> Excepción hecha del Convenio de Bruselas de 1968 en las relaciones con Dinamarca y del Convenio de Lugano de 1988 en las relaciones con Islandia, Liechtenstein, Noruega, Polonia y Suiza.

<sup>23</sup> En efecto, como se expone en el Libro Verde sobre transformación del Convenio de Roma, *cit.*, nota 14, p. 15, "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 internacio-

tenidos en el Convenio de Roma suscitan serios reparos de compatibilidad con el objetivo de creación de un auténtico espacio de justicia europeo, como son:

- el derecho de todo Estado miembro de formular reservas (artículo 22) a la aplicación del apartado uno del artículo 7o. (toma en consideración de las leyes de policía de terceros Estados) y de la letra e) del apartado 1o. del artículo 10 (extensión de la *lex contractus* a las consecuencias de la nulidad de éste);
- el derecho de todo Estado miembro de adoptar normas de conflicto nacionales para una categoría específica de contratos una vez entrado en vigor para él el Convenio de Roma (artículo 23);<sup>24</sup>
- el derecho todo Estado miembro, previsto en el artículo 24, de adherirse, una vez entrado en vigor para él el Convenio de Roma, a convenios multilaterales en materia de conflictos de Leyes cuyo objeto principal (o, al menos, uno de ellos) sea una regulación de derecho internacional privado en una de las materias regidas por el Convenio de Roma; y
- la duración limitada por diez años (aunque renovable cada cinco) del Convenio (artículo 30).

2. Desde la perspectiva de la homogeneidad hermenéutica, la transformación del Convenio de Roma en instrumento comunitario tendría asimismo como ventaja la atribución de una competencia exegética automática al Tribunal de Luxemburgo en óptimas condiciones para proscribir de este ámbito la inseguridad y favorecer la coherencia así como la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas convencionales. A mayor abundamiento, y como acertadamente se indica en el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma, se garantizaría con esta operación que las competencias del Tribunal de Justicia fueran idénticas para todos los instrumentos de

nao privado a escala comunitaria no contribuye a la coherencia de dicho conjunto" (la cursiva es nuestra).

<sup>24</sup> En esta línea, el Anexo del Convenio de Adhesión al Convenio de Roma de Austria, Finlandia y Suecia, firmado en Roma el 29 de noviembre de 1996 (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* C 15, del 15 de enero de 1997), autoriza a Dinamarca, Suecia y Finlandia a mantener sus disposiciones nacionales en relación con la ley aplicable a los asuntos relacionados con el transporte de mercancías por vía marítima sin seguir el procedimiento previsto en el artículo 23 del Convenio de Roma.

derecho internacional privado de fuente comunitaria, de manera que ello podría asimismo velar por una interpretación coherente de los conceptos jurídicos comunes al Convenio de Roma y al Reglamento 44/2001, que en algunos puntos se consideran especialmente sensible, como ocurre con la noción de consumidor.<sup>25</sup>

3. La transformación a la que venimos aludiendo facilitaría la aplicación de normas de conflicto uniformadas en los nuevos Estados miembros, quienes se incorporarían de inmediato a este instrumento evitando la dificultad política, jurídica y técnica de los procesos de adhesión a un Convenio ya existente (*supra*). Al formar parte del acervo comunitario, el nuevo instrumento se aplicaría automáticamente a los nuevos Estados miembros evitándose así el retraso provocado por los procesos de adhesión.

## 2. La revisión del contenido del Convenio de Roma de 1980

El estado actual de trabajos acerca de la conversión del Convenio de Roma en un instrumento comunitario es la ocasión ideal para suscitar la conveniencia de una revisión del mismo en cuanto al fondo,<sup>26</sup> al igual que ocurriera con la transformación del Convenio de Bruselas de 1968 en Reglamento.<sup>27</sup> Dicha revisión, que afectaría tanto a cuestiones generales

<sup>25</sup> *Cit.*, nota 15, p. 16.

<sup>26</sup> Andrea Bonomi entiende que la transformación de este exitoso Convenio, 25 años después de su firma, es una buena ocasión para profundizar en su funcionalidad así como para erigir sobre ello un sistema de derecho internacional privado europeo ("Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *op. cit.* nota 6, pp. 58 y 96).

<sup>27</sup> Acerca de la misma véanse Aguilar Benítez de Lugo, Mariano y Rodríguez Benot Andrés, "La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, núm. 2, 1998, pp. 35 ss.; Biavati, Paolo, "Le prospettive di riforma della Convenzione di Bruxelles", *Revue Trimestrielle de Droit Privé et Comparé*, diciembre de 1999, pp. 1201 y ss.; Borrás Rodríguez, Alegría (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española (Seminar celebrado en Tarragona. 30-31 de mayo de 1997)*, Madrid, Marcial Pons, 1998; *id.*, "La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano", *Revista Española de Derecho Internacional*, *cit.*, nota 27, pp. 300 y 301; Jametti Greimer, Monica, "Die Revision des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens", *Aktuelle Juristische Praxis*, 9/99, pp. 1135 y ss.; Salerno, Francesco, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua*

como a cuestiones particulares, será analizada a partir de este punto teniendo presentes distintos materiales: el Libro Verde de 2003 sobre transformación del Convenio de Roma,<sup>28</sup> el dictamen acerca del mismo elaborado por el Comité Económico y Social Europeo en enero de 2004,<sup>29</sup> los trabajos acometidos por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP),<sup>30</sup> los diversos estudios doctrinales publicados sobre el particular,<sup>31</sup> la dispersa jurisprudencia de los órganos judiciales nacionales sobre este texto convencional,<sup>32</sup> y la reciente propuesta de Reglamento sobre el Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales presentada en diciembre de 2005 por la Comisión Europea.<sup>33</sup>

### A. Cuestiones generales

Tres son las cuestiones generales acerca de las cuales conviene reflexionar con ocasión de la transformación del Convenio de Roma en Reglamento:

<sup>28</sup> *Revisione*, Padua, Cedam, 2000; y Wagner, Rolf, "Die geplante Reform des Brüsseler und des Lugano Übereinkommens", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, núm. 4, pp. 241 y ss.

<sup>29</sup> Las respuestas al mismo, que pudieron presentarse hasta el 15 de septiembre de 2003, pudieron ser analizadas el 27 de enero de 2004 en audiencia pública.

<sup>30</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea* C 108, del 30 de abril de 2004.

<sup>31</sup> Trabajos que, versando sobre las posibles mejoras del Convenio, han desembocado en propuestas concretas de modificación del texto actual *cfr.*: [www.drt.ucl.ac.be/gedip](http://www.drt.ucl.ac.be/gedip).

<sup>32</sup> En particular los de Bonomi, Andrea, "Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *op. cit.*, nota 6; Boschiero, Nerina, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della convenzione di Roma: problemi generali", en Picone, Paolo (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto europeo*, Padua, Cedam, 2004, pp. 319 y ss.; Handig, Christian, "Grünbuch über Rom I", *Ecolex*, 2003, pp. 290 y ss.; Jayme, Erik y Kohler, Christian, "Europäisches Kollisionsrecht 2003: der Verfassungskonvent und das Internationale Privat- und Verfahrensrecht", *op. cit.*, nota 6, pp. 485 y ss.; y la Ponencia de Christian Kohler, referida en González Campos, Julio Diego y Borrás Rodríguez, Alegría, en "Reunión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (Oslo, 10-12 de septiembre de 1999)", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 1999, núm. 2, pp. 801-803.

<sup>33</sup> Téngase presente que existe jurisprudencia aun anterior a la entrada en vigor del Convenio habida cuenta de que, como se afirmó, varios Estados signatarios incorporaron unilateralmente sus disposiciones en su legislación nacional incluso antes de tal hecho, del mismo modo que en otros Estados miembros los jueces se han inspirado en la normativa convencional en cuanto modelo de regulación para resolver supuestos de hecho aun no hallándose aquella vigente en sus propios ordenamientos: *cfr.* Libro Verde, *cit.*, nota 14, p. 16.

<sup>34</sup> COM(2005), del 15 de diciembre de 2005. Puede verse en [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005\\_0650en01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf).

por una parte, las relaciones que han de darse entre las normas de conflicto generales contenidas en él y las normas con incidencia en la determinación de la Ley aplicable que figuran en instrumentos sectoriales; por otra parte la eventual conveniencia de inclusión de una cláusula para garantizar la aplicación del estándar mínimo comunitario cuando todos —o algunos— de los elementos de un contrato se localicen en la Unión Europea; y por último las relaciones del futuro instrumento comunitario con otros instrumentos internacionales existentes en la materia.

Tales cuestiones pueden ser resumidas, si se desea, en un planteamiento más global: ¿qué posición ha de corresponder a este texto normativo en el proceso de comunitarización del derecho internacional privado? A esta respuesta dedicamos las líneas que siguen no sin antes reiterar que el resultado que se produzca con la transformación del Convenio de Roma en instrumento comunitario, que por lógica implicará una revisión sustancial de su normativa, ha de coordinarse con el resultado de la revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 (en particular en relación con sus artículos 5o., 15 y 22, apartado 1) en aras de la coherencia en el seno del derecho internacional privado comunitario.

a. El sistema de relaciones entre las normas de conflicto generales del Convenio de Roma y las normas con incidencia en la ley aplicable que figuran en instrumentos sectoriales

El fenómeno de la comunitarización del derecho internacional privado al que se acaba de aludir se ha caracterizado en los últimos tiempos por la multiplicación de instrumentos comunitarios sectoriales de derecho derivado en los que se contienen ora normas sobre conflicto de leyes aisladas.

<sup>34</sup> Es el caso de la Directiva 1993/7, del 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 74, de 27 de marzo de 1993) así como de la Directiva 1996/71, del 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 18, del 21 de enero de 1997). En el sector de los seguros utilizan la misma técnica tanto la Segunda Directiva 1988/357, del 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 172, del 4 de julio de 1988, cuyo texto ha sido completado y modificado por las directivas 1992/49, del 18 de junio de 1992, y 2002/13, del 5 de marzo de 2002, DOCE L 311, del 14 de noviembre de 1997 y *Diario Oficial de la Unión*

ora normas que determinan el ámbito de aplicación territorial del derecho comunitario (y que, en consecuencia, tienen asimismo incidencia en la determinación de la ley aplicable).<sup>35</sup>

Dado que se trata de instrumentos comunitarios cuyo ámbito de aplicación material coincide, aun tangencialmente, con el del Convenio de Roma de 1980, se ha suscitado la cuestión relativa a las relaciones entre aquéllos y éste. A fin de afrontarla se han de tener presentes dos datos. En primer lugar, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del Convenio, que consagra el principio de que lo particular deroga lo general, estas normas especiales representan cada una de ellas una excepción a la aplicación de las normas —de alcance general— del Convenio de Roma. En segundo término que, como se habrá apreciado, en la mayoría de los casos estas normas sectoriales responden al *animus* superior de reforzar la protección de partes consideradas estructuralmente débiles en la contratación.

Acceptada la justificación de la promulgación de este tipo de normas por el interés tuitivo material que con ellas se pretende, la multiplicación de las

(*Diario Oficial de la Unión Europea* L 77, del 20 de marzo de 2002, respectivamente) como la Segunda Directiva 1990/619, del 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 330, del 29 de noviembre de 1990, igualmente completada y modificada, esta vez por las directivas 1992/96, del 10 de noviembre de 2002, y 2002/12, del 5 de marzo de 2002, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 311, del 14 de noviembre de 1997 y L 77, del 20 de marzo de 1997, respectivamente).

<sup>35</sup> Son igualmente diversas las directivas que incluyen una cláusula por cuya virtud si el supuesto contractual que regulan presenta un vínculo estrecho con el territorio de uno o varios Estados miembros de la Unión, se garantiza la aplicación del derecho comunitario si se las partes en el contrato de que se trate han elegido el ordenamiento de un tercer país. Se trata de la Directiva 1993/13, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 95, del 21 de abril de 1993); de la Directiva 1994/47, del 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 280, del 29 de octubre de 1994); de la Directiva 97/7, del 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 144, del 4 de junio de 1997); de la Directiva 1999/44, del 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* L 171, del 7 de julio de 1999); y de la Directiva 2002/65, del 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican la Directiva 1990/619/CEE del Consejo y las Directivas 1997/7 y 1998/27 (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 271, del 9 de octubre de 2002).

mismas suscita no obstante algunos problemas desde la perspectiva de la técnica legislativa empleada. Como sintetiza, el Libro Verde sobre transformación del Convenio de Roma, dichos problemas se resumen en dos:

- La incoherencia del cuerpo de normas de conflictos de leyes aplicables en la Unión Europea derivada tanto de la redacción propiamente dicha de estas directivas, como de su incorrecta transposición a los ordenamientos nacionales.
- La ausencia de *legibilidad* (entendiendo por tal claridad y sistematicidad) en cuanto al texto aplicable a un contrato, que afectaría, sobre todo, a los profesionales del derecho (y no digamos a los legos ciudadanos).<sup>37</sup>

Los inconvenientes expuestos merecen una solución particular en el ámbito de la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales que vaya de la mano de la solución general a la codificación del derecho internacional privado en la Unión Europea. El Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma en instrumento comunitario se refiere a varias posibles soluciones que oscilan entre las medidas que faciliten a los profesionales del derecho el manejo de la multitud de textos existentes (la más elemental) hasta una verdadera codificación de las normas de conflictos de Leyes de origen comunitario (la más ambiciosa).<sup>38</sup>

1. Añadir un anexo al futuro instrumento que recogiera en una lista, actualizable a medida que fueran adoptándose, las referencias de los instrumentos sectoriales de derecho derivado con normas de conflicto de leyes; ello permitiría mejorar la legibilidad de los textos existentes.
2. Integrar las normas especiales en el texto del futuro instrumento comunitario, siendo la verdadera cuestión la de decidir si es preciso un texto global, que abarcara el conjunto de las normas de conflicto de origen comunitario en materia contractual; lo cual, *de facto*, nos con-

<sup>36</sup> *Cit.*, nota 14, pp. 18 y 19.

<sup>37</sup> 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: véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la codificación del acervo comunitario, COM (2001) 645 final, del 21 de noviembre de 2001.

<sup>38</sup> *Cit.*, nota 14, p. 19.

duce a la cuestión más amplia de la codificación del acervo comunitario en la materia.

3. Derogar las normas especiales de los instrumentos sectoriales. Teniendo en cuenta que tales normas se proponen, en general, una mejor protección de las partes débiles, en la hipótesis en la que se decidiera introducir una cláusula general para garantizar la aplicación de un estándar mínimo comunitario (sobre lo que a continuación nos detendremos) y/o actualizar el artículo 5o. del Convenio (*infra*), podría llevarse a cabo dicha derogación.

La solución por la que se ha decantado la propuesta de Reglamento de diciembre de 2005 ha consistido en salvar la aplicación o adopción de actos legislativos comunitarios que: a) en relación con materias especiales, incluyan reglas sobre elección de ley aplicable en el ámbito de las obligaciones contractuales (incluyéndose en un anexo I un listado actual de tal tipo de actos);<sup>39</sup> b) regulen obligaciones contractuales y que, por voluntad de las partes, se apliquen en situaciones que impliquen un conflicto de Leyes; o c) incluyan reglas para promover el correcto y fluido funcionamiento del mercado interior, siempre que tales reglas no puedan ser aplicadas al mismo tiempo como ley señalada por las normas de derecho internacional privado.

- b. La garantía de la aplicación del estándar mínimo comunitario en el supuesto en el que todos —o algunos— de los elementos de un contrato se localizasen en la Unión Europea

El diseño de soluciones consagrado por el Convenio de Roma de 1980 puede dar pie a que las partes en un contrato decidan la aplicación al fondo del mismo de un ordenamiento extracomunitario. Si ambas fuesen ciudadanas de la Unión Europea y si una de ellas fuera parte débil, se correría el riesgo de que el derecho comunitario no se aplicase con la desprotección que para ésta se derivaría.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Se trata de las directivas citadas en la nota 34.

<sup>40</sup> Ello ocurriría con el llamado "consumidor móvil", ejemplificándolo el Libro Verde, *cit.*, nota 14, p. 20 con el siguiente caso: si un consumidor portugués se desplaza a Bélgica para efectuar una compra, ninguna disposición del Convenio de Roma prohibiría al comerciante local someter el contrato al ordenamiento de un país no europeo que no contuviera normas relativas a la protección de los consumidores. Y si bien este supuesto podría quedar

La solución a este problema podría venir dada bien de forma directa por la actualización de los artículos 5o. y 6o. del Convenio (*infra*), bien de forma indirecta introduciendo en el nuevo instrumento que lo sustituyera una cláusula por la que se garantizara la aplicación del estándar mínimo comunitario cuando todos los elementos del contrato (o incluso algunos elementos particularmente relevantes del mismo) estuviesen localizados en la Unión Europea.<sup>41</sup> Como se explica en el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma, una cláusula de este tenor podría inspirarse en el actual apartado 3 de su artículo 3o. Haciéndose eco de estos planteamientos, la propuesta de Reglamento de diciembre de 2005 ha incluido en los apartados 4 y 5 del artículo 3o. (que regula la libertad de elección del ordenamiento aplicable) una solución en evitación del fraude al ordenamiento comunitario por cuya virtud cuando las partes elijan como aplicable el derecho de un Estado extracomunitario, dicha elección no podrá afectar cuando todos los elementos de la situación estén localizados en el momento de la celebración del contrato en un Estado miembro, a la aplicación de las disposiciones imperativas del derecho comunitario.

c. Las relaciones del futuro instrumento comunitario con los restantes convenios internacionales existentes en la materia

El carácter forzosamente limitado del Convenio de Roma pone sobre la mesa las a veces problemáticas relaciones entre él y otros instrumentos internacionales.<sup>42</sup> Esta circunstancia no sólo obliga a un difícil equilibrio de

cubierto por el recurso a las leyes de policía que el juez debe aplicar sea cual fuere el ordenamiento aplicable al contrato, lo cierto es que este mecanismo ofrece a su vez inconvenientes puesto que sólo unas pocas normas han sido definidas como tales, de modo que la previsibilidad de las soluciones jurídicas dista de estar asegurada.

<sup>41</sup> En su sentencia en el asunto C-381/98, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Loanard Technologies Inc.*, del 9 de noviembre de 2000, aunque los elementos del asunto estaban situados fuera de la Comunidad —así, el empresario se hallaba establecido en Estados Unidos— el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea partió 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 al caso; sobre dicha resolución véanse las notas de Idot, L., *Revue Critique de Droit International Privé*, París, 2001, núm. 1, p. 107, y de Jacques, J. M., *Journal de Droit International*, París, 2001, pp. 511 y ss.

<sup>42</sup> Una muestra de ello puede verse en Rémy, Jean-Pierre, "Les relations de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles avec

los Estados parte en uno y otros, por los eventuales conflictos que pudieran producirse, sino que afectaría negativamente a la creación de un auténtico espacio europeo de justicia común.

Este estado de cosas, no obstante, podría superarse con la proyección en este ámbito de la jurisprudencia *AETR*, por cuya virtud la adopción de un instrumento comunitario por el que se uniformizaran las normas de conflicto en materia contractual, de carácter civil y mercantil, atribuiría una competencia exclusiva a la Comunidad para negociar y adoptar instrumentos internacionales en la materia, de lo que se derivaría el cese de la facultad de los Estados miembros de adherirse con carácter individual a otros Convenios a partir de la adopción del instrumento comunitario que sustituyera el de Roma de 1980.<sup>43</sup> Según se indica en el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma, esta posibilidad podría asimismo acompañarse de la obligación para los Estados miembros de notificar los convenios internacionales afectados por esta disposición de los que fuese parte con el fin de garantizar la transparencia y la seguridad jurídica (pudiendo incorporarse dicha información en una lista que podría, incluso, figurar en anexo a un futuro instrumento Roma I).<sup>44</sup>

Estas sugerencias han sido parcialmente tenidas en cuenta en el complejo artículo 23 de la propuesta de Reglamento de diciembre de 2005, que contiene tres reglas diferentes. Por una parte, y en aras de la transparencia, obliga a los Estados de la Unión a notificar a la Comisión la lista de convenios multilaterales que regulen la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales en los que sean parte (o en los que dejen de serlo en lo sucesivo mediante denuncia) para ser publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (apartado 1). Por otra parte, prevé que cuando un contrato que entre en el ámbito de aplicación del futuro Reglamento y cuyos aspectos materiales estén situados en uno o más Estados miembros, dicho Reglamento prevalecerá sobre los Convenios de La Haya del 15 de junio de 1995 sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercancías y del 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable al Contrato de Agencia (apartado 2). Finalmente el artículo 23 también con-

les autres Conventions (l'exemple de la vente internationale)", *Gaz. du Pal.*, núms. 143-144, 22 y 23 de mayo de 1992, pp. 8 y ss.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto 22/70, *Comisión c. Consejo*, del 31 de marzo de 1970.

<sup>44</sup> *Cit.*, nota 14, p. 21.

sagra su preferencia sobre los convenios bilaterales concluidos por los Estados miembros de conformidad con lo previsto en un anexo II al propio Reglamento (apartado 3).

### B. Cuestiones particulares

Realizar un estudio detallado de las cuestiones particulares que un futuro instrumento comunitario debería abordar para adaptar el Convenio de Roma a las nuevas exigencias jurídicas y sociales excede de la finalidad de estas líneas.<sup>45</sup> De entre ellas nos vamos a limitar a analizar en las páginas que siguen dos grandes bloques: el relativo al ámbito de aplicación material de Roma I y el concerniente a las soluciones generales para la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales

- a. El ámbito de aplicación material del Convenio: la eventual inclusión de una norma sobre la determinación del ordenamiento aplicable a diversos requisitos de los acuerdos de arbitraje y de elección de foro

La letra d) del apartado 2 del artículo 1o. del Convenio de Roma de 1980 excluye de su ámbito de aplicación material las cláusulas de arbitraje y las de elección de foro, lo cual se explica por la existencia de diversos instru-

<sup>45</sup> Habida cuenta del carácter deliberadamente flexible de la normativa convencional, advierte el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma, *cit.*, nota 14, p. 18, que el interés de una eventual revisión del mismo 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. Andrea Bonomi ("Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *op. cit.*, nota 6, pp. 96 y 97) matiza, no obstante, que no todas las cuestiones indicadas en el Libro Verde como susceptibles de reforma tienen el mismo grado de relevancia: serían del máximo grado las relativas al ámbito de aplicación del futuro instrumento Roma I, a la admisión de la elección tácita de ley aplicable, y a las normas sobre contratos de trabajo y cesión del crédito (siendo para él la salvaguarda del estándar mínimo comunitario y los demás aspectos relacionados con la protección de los consumidores cuestiones meramente técnicas o de detalle); en su opinión, el futuro instrumento Roma I triunfaría si solucionase adecuadamente su carácter *erga omnes*, la posibilidad de elegir como aplicable un sistema no estatal, la incertidumbre derivada del mecanismo de determinación de la ley aplicable en defecto de elección, la consagración de normas *ad hoc* para el comercio electrónico más allá de la simple protección del consumidor, y la introducción de un *test* de proporcionalidad para las normas imperativas de carácter internacional del ordenamiento del foro.

mentos internacionales que disciplinan ambos tipos de acuerdos. En el caso de las cláusulas de arbitraje, los convenios existentes suelen regular la cuestión atinente al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral antes que la de la determinación del ordenamiento aplicable a la cláusula compromisoria.<sup>46</sup> En el supuesto de los acuerdos de elección de foro, la cuestión resulta más compleja por cuanto el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 y el 23 del Reglamento 44/2001 regulan los requisitos de validez sustancial y formal de tales acuerdos, dejando fuera de tal regulación algunos aspectos—en esencia la válida emisión del consentimiento—que han de ser sometidos a un ordenamiento nacional mediante la técnica de atribución.<sup>47</sup>

La inclusión en el futuro instrumento Roma I de una fórmula para determinar el ordenamiento aplicable a esos requisitos no cubiertos por los convenios sobre arbitraje o por los instrumentos comunitarios sobre competencia judicial internacional aportaría la ventaja de garantizar una solución conflictual uniforme para los países comunitarios a esta materia. La cuestión clave estriba en qué fórmula utilizar a tal fin; en palabras de Andrea Bonomi, tres hipótesis cabrían.<sup>48</sup>

- 01 — Aplicar las reglas conflictuales del Convenio a estos aspectos, lo que no parece adecuado pues estos acuerdos carecen de prestación característica a la vez que resultaría difícil vincularlos estrechamente a uno de los ordenamientos en presencia.
- 20 — Aplicar la *lex fori*, lo que no aportaría precisamente una uniformidad en la respuesta a esta cuestión.
- 31 — Aplicar la *lex causae*, esto es, el ordenamiento declarado aplicable al contrato litigioso en cuestión, si bien ello presentaría el inconvenien-

<sup>46</sup> Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 164, del 11 de julio de 1977) y Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 238, del 4 de octubre de 1975).

<sup>47</sup> *Cfr.* Rodríguez Benot, Andrés, *Los acuerdos de atribución de competencia judicial internacional en derecho comunitario europeo*, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 165 y ss. El nuevo Convenio de La Haya sobre los acuerdos de elección de foro, abierto a la firma el 30 de junio de 2005, tampoco aborda esta materia.

<sup>48</sup> De las que se inclina por la tercera por, al menos, ofrecer uniformidad en las respuestas: "Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *op. cit.*, nota 6, p. 63.

te de conducir a un eventual círculo vicioso porque el juez debería previamente identificar el ordenamiento aplicable para saber si, conforme a dicho ordenamiento, se ha realizado una válida elección del mismo por las partes.

Lo cierto es que, frente a estas eventuales fórmulas de carácter indirecto en nuestra opinión la inclusión en el futuro instrumento comunitario de una regulación material de las cuestiones no reguladas representaría la mejor de las opciones posibles. La propuesta de Reglamento de diciembre de 2005, empero, no contiene solución alguna indirecta o directa a esta cuestión.

*b. Las soluciones generales para la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales*

*1) El criterio preferente: la autonomía de la voluntad*

Dos son las cuestiones que han atraído la atención a los redactores del Libro Verde en relación con la actualización de las soluciones contenidas en el apartado 1 del artículo 3o. del Convenio de Roma de 1980: la designación como aplicable de normas que no correspondan a un ordenamiento nacional y la definición de la elección tácita.<sup>49</sup>

1. La primera de ellas resulta especialmente interesante desde una perspectiva tanto teórica como práctica. En efecto, en la mentalidad de los redactores del Convenio de Roma de 1980, la elección de ley prevista en el artículo 3 se limita a una ley estatal, de tal manera que si el cuerpo normativo declarado aplicable por las partes al contrato no fuera un ordenamiento nacional, se entendería que no habría habido válida designación de ley y se acudiría, en consecuencia, al sistema de solu-

<sup>49</sup> Sobre la norma del artículo 3, del Convenio de Roma, véanse Bouza Vidal, Nuria "Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales", *Cursos de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004*, pp. 43 y 44, y Wilmowsky, Peter von, "EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit", *RebelsZ*, 1998, pp. 1 y ss.

ciones previsto en el artículo 4o. del Convenio.<sup>50</sup> Este planteamiento ignora la práctica negocial del comercio internacional que, cada vez con mayor frecuencia, designa como aplicable a un contrato las normas de un convenio internacional como el de Viena del 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, los usos del comercio internacional, los principios generales del derecho, la *lex mercatoria*, o, incluso, recientes codificaciones privadas como los Principios de Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales<sup>51</sup> o los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.<sup>52</sup>

Un análisis actual de esta situación ha de efectuarse, a nuestro entender, desde una amplitud de miras doctrinal, jurisprudencial y normativa.

— Desde el primero de los ángulos aludidos debe tenerse presente que, pese a la existencia de autores partidarios de la tesis tradicional que aducen que esas reglas aún no constituyen un cuerpo de normas coherente y completo, otro sector sostiene más modernamente que la elección de normas no estatales puede constituir una elección de ley, según lo dispuesto por el artículo 3o. del Convenio de Roma alegando a tal efecto que una solución de este tipo debe ser admisible para los jueces ordinarios por cuanto la misma es admitida en muchos Estados en sede arbitral.<sup>53</sup>

— En el plano jurisprudencial, existe ya algún interesante precedente consistente en considerar que la designación como aplicable del

<sup>50</sup> En el estado actual de cosas, la referencia por las partes en el contrato a los principios generales en la materia o a la *lex mercatoria* tendría el único valor que le atribuyeran el ordenamiento nacional declarado aplicable a aquél por el propio Convenio.

<sup>51</sup> Libro Verde, *cit.*, nota 14, p. 24; el texto de los mismos puede verse en [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org). De hecho no es rara la aplicación arbitral de los citados Principios en este ámbito: es el caso, por ejemplo, del laudo 117/1999, de 2001, del Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, citado por Carrillo Pozo, Luis Francisco, "La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia", *Revista del Poder Judicial*, núm. 74, 2004, p. 21, nota 18.

<sup>52</sup> También llamados Principios Lando; sobre ellos consúltese la página [www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/index.html](http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html).

<sup>53</sup> En esta última línea véase, por todos, Boele-Woelki, Katharina, "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, pp. 652 y ss.

Convenio de Viena de 1980 a un contrato resulta una elección válida ex artículo 3o. del Convenio de Roma del mismo año.<sup>54</sup>

— En el ámbito normativo, el recurso al ejemplo ofrecido por la Convención de México de 1994 (*supra*) ratifica la factibilidad de acometer una modificación de la citada regla: su artículo 10, en una llamada a la modernidad y al realismo, establece que

se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y las prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.<sup>55</sup>

A la vista de todo lo que precede no podríamos estar más de acuerdo con Andrea Bonomi cuando sostiene que "(t)he future regulation should put an end to such inconsistencies by expressly admitting the choice of non-State

<sup>54</sup> Se trata de las sentencias del Hoge Rad neerlandés del 26 de mayo de 1989 (NJ, 1992, pp. 105 y ss.) y del 5 de enero de 2001 (NJ, 2001, pp. 391 y ss.), que se refieren a supuestos en los cuales este Convenio no se aplicaba en virtud de sus propias normas según lo dispuesto en el apartado 1 de su artículo 1o. Sobre esta cuestión, véanse Calvo Caravaca, Alfonso Luis, "Consideraciones en torno al artículo 1o. de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco)*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1329 y ss.; *id.*, "La Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional: algunos problemas de aplicación", *Estudios de derecho bancario y bursátil (Homenaje a Evelio Verdura Tuells)*, Madrid, Civitas, 1994, t. 1, pp. 381 y ss., y Campuzano Díaz, Beatriz, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercancías: estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la nueva lex mercatoria*, Universidad de Sevilla, 2000.

<sup>55</sup> Álvarez Rubio, Juan José, "Pautas básicas para un análisis de compatibilidad entre los convenios de Roma de 1980 y de México de 1994 sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales", *Iberoamérica ante los procesos de integración*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, pp. 217 y ss.; Dutrey Guanter, Yolanda, "Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Algunas reflexiones acerca de las diferencias con respecto del Convenio comunitario", *Iberoamérica ante los procesos de integración*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, pp. 229 y ss.; Fernández Arroyo, Diego, "La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome", *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995, núm. 1, pp. 178 y ss.; Juenger, Fiederich, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons", *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, núm. 2, pp. 381 y ss.

rules. This result could be achieved by simply stating that *a contract shall be governed by the rules of law chosen by the parties*".<sup>56</sup>

Afortunadamente, el apartado 2 del artículo 3o. de la propuesta de Reglamento de diciembre de 2005 ha acogido estas reflexiones consagrando una norma del siguiente tenor:

Las partes pueden asimismo designar, como ley aplicable, los principios y reglas contractuales de derecho sustantivo reconocidos bien internacionalmente, bien en la Comunidad Europea.

No obstante, los aspectos relativos a las materias reguladas por tales principios o reglas que no estén expresamente resueltos en ellos se dirimirán de conformidad con los principios generales que subyacen bajo aquéllos o, a falta de tales principios generales, según el ordenamiento aplicable en defecto de elección de ley conforme lo establecido en el presente Reglamento.<sup>57</sup>

2. La segunda de las cuestiones relevantes que afectan a la revisión del artículo 3o. del Convenio de Roma de 1980 concierne a la conveniencia de la definición de la elección tácita a la que se refiere su apartado uno al permitir que dicha elección resulte "de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso". Mediante esta fórmula el legislador comunitario quiso admitir una cierta flexibilidad en este ámbito siempre que la elección del ordenamiento en cues-

<sup>56</sup> Fórmula ésta que, para mayor claridad, debería completarse con las siguientes previsiones: el tipo de normas no estatales que podrían ser elegidas; la obligatoriedad para el juez de aceptar tal elección sólo si pudiera determinar el contenido de dichas normas; y la aplicación sustitutiva del ordenamiento designado por los criterios de conexión objetivos para los casos de no poder determinar tal contenido o de lagunas ("Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *op. cit.*, nota 6, p. 66).

<sup>57</sup> La traducción es nuestra. El informe explicativo que acompaña la propuesta de Reglamento aclara que la primera parte de esta norma habilita la aplicación de los Principios de Unidroit, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos o un eventual instrumento comunitario opcional en este campo, en tanto que excluye la aplicación tanto de la *lex mercatoria* (por carecer aún de un grado suficiente de precisión) como de codificaciones privadas que no se hallan adecuadamente reconocidas por la comunidad internacional; y que la segunda parte de la norma transcrita, siguiendo el modelo del artículo 7o., apartado 2, de la Convención de Viena del 11 de abril de 1980, indica la solución que ha de aplicarse en caso de insuficiente regulación por parte de los citados Principios.

ción resultara cierta; en otros términos, el Convenio no acepta una elección hipotética o presunta.<sup>58</sup>

Como se podrá fácilmente deducir, una tal fórmula es motivo de frecuente litigiosidad por lo difuso de la frontera entre lo tácito y lo hipotético, siendo así que no existe una homogeneidad en la jurisprudencia de los órganos judiciales nacionales en orden a la exégesis de este precepto; concretamente, el campo de batalla lo ha ocupado el valor atribuido a los efectos de la designación del ordenamiento aplicable, bien a una cláusula de elección de foro o de arbitraje (en particular cuando la cláusula en cuestión no se halle rodeada de ningún otro argumento a favor de esta elección),<sup>59</sup> bien a una referencia efectuada por las partes a normas técnicas o conceptos jurídicos pertenecientes al derecho de un país determinado.<sup>60</sup>

La conveniencia de definir más claramente qué se entienda por elección tácita en un futuro instrumento comunitario no debe ignorar, en cualquier caso, que la disposición controvertida ha sido deliberadamente redactada dejando un amplio margen de maniobra a los jueces nacionales en la aplicación del artículo 3o., pues tal es el tenor general de la normativa convencional. A la espera de una exégesis auténtica del precepto controvertido por

<sup>58</sup> El Informe Giuliano-Lagarde ejemplifica diversos supuestos en que la elección resultaría tácita y cierta a la vez (*cit.*, nota 10, p. 17). El grado de la flexibilidad aludida, empero, parece variar en función de las diferentes versiones lingüísticas del precepto: en tanto que la francesa —más cercana de la española— se refiere de forma más estricta a una elección *de façon certaine* (al igual que la portuguesa, que lo hace a una elección *de modo inequívoco*). Las versiones inglesa, alemana e italiana, más flexibles, aluden a una elección *with reasonable certainty, mit hinreichender Sicherheit e in modo ragionevolmente certo*, respectivamente.

<sup>59</sup> En algunos sectores altamente especializados, como el de los seguros, la adhesión a un modelo de póliza o la aceptación de las cláusulas típicas de un mercado son interpretadas por la jurisprudencia si no como una elección de Ley sí al menos como un fuerte vínculo con un ordenamiento nacional: *cf.* Carrillo Pozo, Luis Francisco, "La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia", *op. cit.*, nota 51, p. 25 y las resoluciones inglesas citadas en nota 32. La precitada Convención de México de 1994 ha zanjado la cuestión consagrando en el párrafo 2 de su artículo 7o. la siguiente regla: "La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable".

<sup>60</sup> Libro Verde, *cit.*, nota 14, p. 26. Como ha puesto de manifiesto Carrillo Pozo, Luis Francisco, *op. cit.*, nota 51, p. 22, la jurisprudencia arbitral ha entendido las expectativas de las partes deduciendo de los clausulados de los contratos una elección negativa de ciertos ordenamientos estatales en orden a averiguar el ordenamiento que guarda los vínculos más estrechos con un contrato: es el caso de los laudos de la Cámara de Comercio Internacional núm. 7110 de 1995 y 7375 de 1996.

el TJCE que reduzca las incertidumbres más notables, la ocasión proporcionada por la transformación del Convenio de Roma aconseja, cuando menos, homogeneizar las diferentes versiones lingüísticas del mismo así como incluir en él indicaciones más precisas en cuanto a la definición y las exigencias mínimas requeridas para estar en presencia de una elección tácita.<sup>61</sup>

El párrafo 2 del apartado 1 del artículo 3o. ("Libertad de elección") de la propuesta de Reglamento de diciembre de 2005 se ha inclinado por mantener la elección tácita en el seno de este futuro instrumento si bien sometiendo a diversas precisiones que aporten previsibilidad en la determinación del derecho aplicable, esto es, que refuercen la seguridad jurídica en este ámbito.

— Por una parte esta norma incide en la necesidad de verificar que, aun tácita, la elección sea auténtica y no hipotética al establecer que dicha elección "debe ser demostrada con una certeza razonable de los términos del contrato, del comportamiento de las partes o de las circunstancias del caso".<sup>62</sup>

— Por otra parte, la misma norma consagra expresamente la presunción por cuya virtud la atribución por las partes de competencia internacional a los órganos judiciales de un Estado comunitario para que conozcan de los litigios surgidos o por surgir del contrato implica la elección, como aplicable, del ordenamiento de dicho Estado. Se trata de una fórmula que no resulta del todo precisa, pues no aclara si la presunción es *iuris et de iure* o *iuris tantum* (si bien la lógica del pre-

<sup>61</sup> Libro Verde, *cit.*, nota 14, p. 26, *loc. cit.*; entre ellas habría de constar la propuesta del GEDIP por cuya virtud una cláusula de elección de foro no debería equivaler a la elección del ordenamiento del Estado cuyos órganos judiciales hubiesen sido designados competentes. Y ello por no aludir a tesis más extremas como la de la supresión de la posibilidad de elección tácita que defiende Andrea Bonomi alegando, por una parte, que dicha regla no aporta la simplicidad y uniformidad de soluciones que el futuro instrumento comunitario debe perseguir y, por otra parte, que no se homologa con los detallados requisitos de validez de los acuerdos de elección de foro regulados por el artículo 23 del Reglamento 44/2001 ("Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *op. cit.*, nota 6, p. 68).

<sup>62</sup> La traducción es nuestra.

cepto aconseja esto último)<sup>63</sup> y que se aparta de la solución consagrada en derecho comparado (como es el precitado caso del artículo 40 de la Convención de México de 1994).

2) *El criterio subsidiario: la cláusula de los vínculos más estrechos y las presunciones del artículo 4o.*

Sobre la base del principio de proximidad, el Convenio de Roma de 1980 declara aplicable al contrato, en defecto de elección de ley, el ordenamiento con el que aquél presente los vínculos más estrechos; fórmula esta deliberadamente vaga que obliga al juez estatal a determinar *in casu* el centro de gravedad del contrato en un ejercicio que puede sumirle en el riesgo de la incertidumbre —por no decir de la inseguridad— en cuanto a la solución adoptada.<sup>64</sup> Se comprenderá, pues, que sea éste el precepto del Convenio objeto de un mayor número de resoluciones judiciales nacionales.<sup>65</sup> No obstante, y a fin de incrementar la seguridad jurídica, el propio artículo 4o del Convenio de Roma consagra, para facilitar la determinación del ordenamiento aplicable, tanto diversas presunciones especiales *ratione materiae* como una presunción general.<sup>66</sup> Tanto en la presunción especial concerniente a los contratos sobre bienes inmuebles como en la presunción

<sup>63</sup> Por ello no estaría de más que se hiciera constar que el acuerdo de atribución de competencia judicial es un indicio de la existencia del acuerdo de elección de ley aplicable que ha de ser valorado en el conjunto de las circunstancias del contrato.

<sup>64</sup> Y es que, como ha apuntado Carrillo Pozo, Luis Francisco (“La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia”, *op. cit.*, nota 51, p. 11), parece que se sigue sin saber a ciencia cierta si el método para determinar el ordenamiento aplicable al contrato en defecto de elección ha de sustentarse en la rigidez o en la flexibilidad.

<sup>65</sup> Kessedjian, Catherine, “La Convention de Rome du 10 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Vingt ans après”, en Basedow, Jürgen *et al.* (eds.), *Private Law in the International Arena. From National Conflicts of Rules towards Harmonization and Unification*. Liber Amicorum Kurt Siehr. La Haya, TMC Asser Instituté, 2000, p. 336.

<sup>66</sup> En opinión de Jolanta Kren Kostkiewicz, dichas presunciones desplazan la regla general contenida en el apartado 1 del artículo de referencia: “Das Verhältnis zwischen dem engsten Zusammenhang und der charakteristischen Leistung (art. 117 Abs. 1 und 2 IPRG) dargestellt anhand ausgewählter Innominatverträge”, en Basedow, Jürgen *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 65, p. 367. En algunos supuestos, la jurisprudencia no ha sabido distinguir ambos tipos de reglas confundiendo los apartados 1 y 2 del artículo 4o.: es el caso de las sentencias de la Cour d’Appel de Mons del 4 de mayo de 1987, del Tribunal de Primera Instancia de Hasselt del 24 de febrero de 1992 y de la Cour d’Appel de Amberes del 3 de enero de 1995 (citadas por Carrillo Pozo, Luis Francisco, “La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia”, *op. cit.*, nota 51, p. 19).

general se han apreciado disfunciones que podrían ser superadas con ocasión de la adopción de un futuro instrumento comunitario Roma I.<sup>67</sup>

1. En lo que concierne a la presunción especial que afecta a los contratos sobre inmuebles (artículo 4o., apartado 3, del Convenio), la dificultad existente se ha centrado en su aplicación a los contratos de arrendamiento de vacaciones de corta duración (alojamiento temporal por vacaciones):<sup>68</sup> en efecto, la aplicación de la presunción de que un tal contrato tendría los vínculos más estrechos con el ordenamiento del Estado en que radicara implicaría que si se tratase, por ejemplo, del supuesto en el que un residente alemán, particular o agencia de viaje, propietario de una casa en el sur de España, la cediese en alquiler a un particular alemán y éste se decidiese a demandar al arrendador por no estar satisfecho, por ejemplo, con el estado de la vivienda, dicho contrato celebrado entre dos residentes alemanes se regiría por el derecho español. Ciertamente para superar este sinsentido, el juez que conociese del asunto podría recurrir a la cláusula de excepción del apartado 5 del artículo 4o. del Convenio para aplicar al contrato el ordena-

<sup>67</sup> Alguna jurisprudencia, por ejemplo, se ha limitado a aplicar el apartado 1 del artículo 4o. ignorando el juego de las presunciones: es el caso de las sentencias de la *Corte di cassazione* italiana del 20 de julio de 2001 en el asunto *Kraus Maffei Verfahrenstechnik GmbH, Kraus Maffei AG c. Bristol Myers Squibb S.p.A.* (que en un *obiter dictum* no hace más referencia a los fines de la determinación de la ley que al artículo 4o., apartado 1, del Convenio) y del 10 de marzo de 2000, o de la *High Court (Chancery Division)* de Inglaterra y Gales del 14 de marzo de 2003 en el asunto *Paul Staines c. Martin Richard Walsh and Justin Howard* (citadas por Carrillo Pozo, Luis Francisco, *op. cit.*, nota 5, p. 14). Como el aludido autor sintetiza (p. 18), a la hora de definir la fortaleza o debilidad de las presunciones las jurisprudencias alemana, belga, francesa o neerlandesa, se inclinan por la primera opción en tanto que lo hacen por la segunda los jueces ingleses o italianos, siendo así que la práctica española es imprecisa por escasa: sentencias de las audiencias provinciales de Almería del 1o. de julio de 2002, de Santa Cruz de Tenerife del 15 de noviembre de 2002, de Barcelona del 19 de noviembre de 2002 y del 21 de marzo de 2003, o de Vizcaya del 5 de noviembre de 2003.

<sup>68</sup> Ahora bien, incluso en la propia configuración de la presunción para los inmuebles hay variaciones jurisprudenciales: en tanto que alguna resolución española ha considerado absolutamente determinante el lugar de ubicación del inmueble prescindiendo de otros elementos del contrato (sentencia de la Audiencia Provincial de Almería del 1o. de julio de 2002), los órganos judiciales de otros países han considerado que dicha ubicación no es suficiente *per se*: así, la sentencia de la High Court (Administrative Court) inglesa del 23 de abril de 1998 en el asunto *Lightning and Another c. Lightning Electrical Contractors Ltd and Others*, o la sentencia del Bundesgerichtshof alemán del 25 de febrero de 1999, todas ellas citadas por Carrillo Pozo, Luis Francisco, “La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia”, *op. cit.*, nota 51, p. 27.

miento alemán por ser el que presentase una mayor vinculación con él;<sup>69</sup> pero no lo es menos que el carácter controvertido que ha adquirido el uso excesivamente frecuente de esta posibilidad (en la que después nos detendremos) mantiene la disfunción en la aplicación de este precepto.<sup>70</sup>

La solución a tal cortapisa podría venir dada por la incorporación a este precepto de una fórmula similar a la contenida en el artículo 22, apartado 1 del Reglamento 44/2001 en relación con el mismo apartado del artículo 16 del Convenio de Bruselas de 1968 para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, por cuya virtud se faculta a las partes exceptuar la competencia exclusiva de los tribunales del lugar de situación del inmueble y acudir a los del Estado miembro en el que el propietario y el arrendatario tienen su domicilio.<sup>71</sup> El resultado de ello sería, en la propuesta realizada por el GEDIP, el siguiente:

No obstante, los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos se registrarán 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>72</sup>

<sup>69</sup> Y así lo han hecho diversos órganos judiciales: es el caso, por ejemplo, de la sentencia del Bundesgerichtshof del 12 de octubre de 1998 (I Prax, 1990, p. 318), en la que los magistrados alemanes declararon la 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. Nótese que si el propietario del inmueble en alquiler fuese un particular, el artículo 5o. relativo a la protección del consumidor resultaría inaplicable, cuando el propietario fuese un profesional, sería la letra b) del apartado 4 del artículo 5o.—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 excluiría, en principio, la aplicación de la ley de la residencia habitual: *cfr.* Libro Verde, *cit.*, nota 14, p. 29.

<sup>70</sup> Un interesante análisis de este mecanismo puede verse en Remy-Corlay, Pauline “Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2003, núm. 1, pp. 37 y ss.

<sup>71</sup> *Cfr.* Fernández Arroyo, Diego, *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1998, y Lagarde, Paul, “Les locations de vacances dans les Conventions européennes de Droit international privé”, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 281 y ss.

La propuesta de Reglamento de diciembre de 2005 acomete una sensible reforma en el planteamiento de este precepto pues, en aras de la certeza y previsibilidad jurídicas, por una parte convierte las presunciones en reglas fijas y, por otra, suprime la cláusula de excepción que se contiene en el apartado 5 del artículo 4o. del Convenio de Roma de 1980. En lo que concierne a los contratos relativos a un derecho real inmobiliario o al derecho de uso de un inmueble, la letra d) del apartado 1 del artículo 4o. de la propuesta de Reglamento de diciembre de 2005 establece que a falta de elección de ley por las partes el contrato se regirá por el ordenamiento del Estado de su ubicación, si bien la letra e) de dicha norma, acogiendo las propuestas doctrinales realizadas en este sentido (*supra*) excepciona el supuesto del contrato de arrendamiento temporal —no más de seis meses consecutivos— de un inmueble para un uso personal, que se regirá por el ordenamiento del Estado de la residencia habitual del propietario siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en el mismo país.

2. En lo que atañe a la presunción general establecida en el artículo 4o. del Convenio de Roma se consagra una fórmula para la determinación del ordenamiento aplicable al contrato por cuya virtud se entiende que éste 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>73</sup> Esta presunción, erigida sobre la base de que la prestación característica

<sup>73</sup> Schnitzer, Adolf, preconizó esta solución conjugando las exigencias de la seguridad jurídica, por un lado, con la conveniencia de individualización de las conexiones en materia contractual por otro: *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4a. ed., Basilea, F. Recht und Gesellschaft, 1958, t. II, pp. 637 y ss; “La loi applicable aux contrats”, *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3, 1955, pp. 459 y ss.; “Les contrats internationaux en Droit international privé suisse”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 123, 1968, pp. 541 y ss. El criterio de la prestación característica, desarrollado por el citado autor y respaldado inicialmente por la jurisprudencia helvética (sentencia del Tribunal Federal suizo en el asunto *Chevalley c. Genimportex*, del 12 de febrero de 1952, ATF 78, II, p. 74), se ha ido implantando en la doctrina y en la jurisprudencia de otros países hasta su definitiva consagración por el Convenio de Roma del 19 de junio de 1980.

constituye el centro de gravedad del contrato,<sup>74</sup> comporta, en principio, la aplicación de la ley del vendedor o del prestador de servicios.

El principal inconveniente de esta formulación ha venido consistiendo en que, salvedad hecha de la indicación contenida en el Informe Giuliano-Lagarde según la cual dicha prestación es la contraria al pago, no existen otros criterios exegéticos en los apartados 1 y 2 del artículo 4o. del Convenio; de ahí que, como han sugerido algunos autores e incluso el GEDIP en sus respuestas al cuestionario del Libro Verde sobre transformación de aquél, resultaría de interés en pro de la previsibilidad y de la seguridad jurídica incluir en el futuro instrumento comunitario un catálogo especifican-

<sup>74</sup> En sentido crítico véase Carrillo Pozo, Luis Francisco, "La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia", *op. cit.*, nota 50, pp. 33 y 34, para quien no debe darse por irrefutable la aseveración por cuya virtud la entrega de dinero no caracteriza nada, quien cita en su favor a cierta doctrina (en particular Forsyth, Christopher y Moser, Philip, "The Impact of the Applicable Law of Contract on the Law of Jurisdiction under the European Convention, International and Comparative Law Quarterly, 1996, p. 194), las respuestas del *Bar Council of England and Wales* al cuestionario del Libro Verde sobre transformación del Convenio de Roma, y algunas resoluciones judiciales de órganos de los Países Bajos, de Inglaterra e incluso de España: es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya del 5 de noviembre de 2003, dictada en una compraventa desarrollada entre un comprador establecido en España y un vendedor con establecimiento en Inglaterra, que descartó que la obligación de entrega sea la característica, "porque siendo el contrato de compraventa sinalagmático, bilateral y generador de obligaciones mutuas, tanto la obligación de entrega de la cosa vendida como la de abono del precio son correlativas y de igual rango, no pudiendo mantenerse válidamente, como sostiene la parte apelante, que la ley aplicable será la inglesa por ser la obligación de entrega la característica de la compraventa, cuando equivalente a la misma es el abono del precio, presentando la obligación vínculos más estrechos con España, toda vez que desde este país se solicitaron las mercancías y en España se entregaron a la parte apelante".

<sup>75</sup> Críticas de orden político y de carácter interno al hecho de que la presunción general conduzca a aplicar el ordenamiento del país en el que tenga su residencia habitual, en el momento de la celebración del contrato, la persona que deba realizar la prestación característica, pueden verse en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado*, 6a. ed., Granada, Comares, 2005, vol. II, pp. 341 y 342, y en Villani Ugo, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1993, pp. 513 ss. A fin de evitar la inseguridad en este campo, el derecho comparado pone de manifiesto algunos esfuerzos por identificar los criterios que permitirían acreditar la existencia de los vínculos más estrechos: es el caso de la Ley del Estado de Oregón del 1o. de enero de 2002 (glosada por Symeonides, Symeon, "Codifying Choice of Law for Contracts: The Oregon Experience", *RebelsZ*, 2003, pp. 744 y 745).

do la prestación característica de los tipos contractuales más comunes,<sup>76</sup> al igual de lo que se ha hecho recientemente en algunas codificaciones nacionales del derecho internacional privado siguiendo la estela del artículo 117, apartado 3, de la Ley Federal suiza sobre derecho internacional privado de 1987.<sup>77</sup> Esta ha sido la precisamente la fórmula consagrada por el artículo 4o. de la propuesta de Reglamento de diciembre de 2005, según se ha indicado, fórmula que se explica —aclara el Informe explicativo que la acompaña— ante el hecho de que, siendo la piedra angular de este instrumento la autonomía de la voluntad de las partes, el derecho aplicable en defecto de elección debe ser lo más preciso y predecible posible de manera que las partes puedan decidir ejercer o no su autonomía.

Ahora bien, si del conjunto de circunstancias resultare para el juez que el contrato presentara "vínculos más estrechos con otro país" (apartado 5 del artículo 4o. del Convenio de Roma de 1980), se retornaría a la regla general consistente en la búsqueda del ordenamiento nacional con el que el contrato presentase los vínculos más estrechos.<sup>78</sup>

Este último mecanismo consagra una cláusula de excepción que, por su propia naturaleza, debería ser utilizada ocasionalmente y como última fórmula del sistema erigido por el artículo 4o. del Convenio; asimismo, tal mecanismo ha topado con dos inconvenientes en su aplicación judicial

<sup>76</sup> Bonomi, Andrea, "Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *op. cit.*, nota 6; p. 72; un ejemplo de lo expuesto lo ofrece el artículo 5o., apartado 1o., del Reglamento 44/2001 que incluye una descripción de la prestación característica en los casos de compraventa de mercaderías (el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas) y de prestación de servicios (el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados).

<sup>77</sup> Es el caso del artículo 1211 del Código Civil ruso, modificado en 2001 (el texto puede verse en *YPIL*, vol. 4 [2002], p. 358, y un comentario sobre él en la misma revista, pp. 130-132 a cargo de Lebedev, Sergei *et al.* titulado "New Russian Legislation on Private International Law") y del artículo 26, apartado 2, de la ley surcoreana sobre derecho internacional privado modificada en 2001 (también publicada en inglés en *YPIL*, vol. 5 [2003], con el comentario de Suk, Kwang Hyun, "The New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea", pp. 99-141).

<sup>78</sup> Cfr. sobre el particular Borrás Rodríguez, Alegría, "La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXIV, 1995, pp. 274 y 275, y Plender, Richard y Wilderspin, Michael, *The European Contracts Convention*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2001, p. 122 ss.

práctica:<sup>79</sup> por una parte se viene recurriendo a ella de forma generalizada con lo que pierde su carácter excepcional<sup>80</sup> y, por otra, se ha recurrido a ella *ab initio*, esto es, buscando de inmediato la ley que correspondía mejor al criterio de proximidad sin acudir previamente a la presunción del apartado 2.<sup>81</sup>

A fin de solventar estos dos problemas, las respuestas que se plantean han de hallar un equilibrio entre la garantía de la mayor flexibilidad posible en la determinación del ordenamiento aplicable al contrato (lo que implicaría realzar la cláusula de excepción citada) y el ofrecimiento de una mayor seguridad jurídica (lo que implicaría una rigurosa o restrictiva aplicación de la presunción general estudiada).<sup>82</sup>

— Un primer nivel de respuesta podría consistir en recalcar la necesidad de una aplicación correcta del artículo 4o. del Convenio de Roma de 1980. En el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma se considera razonable pensar que el juez nacional debería, en un primer momento y provisionalmente, aplicar la presunción del apartado 2 del artículo 4o., y sólo en el caso de que resultara que la ley así designada no fuera adecuada porque otras circunstancias abogarían

<sup>79</sup> Libro Verde *cit.*, nota 14, p. 27.

<sup>80</sup> Claramente en contra de esta tendencia *cf.* Mankowski, P., "Rechtssicherheit, Einzelfallgerechtigkeit und Systemgerechtigkeit bei der objektiven Anknüpfung im Internationalen Schuldvertragsrecht – Zur Reichweite des Artikel 4 Absatz 5 EVÜ", *ZEuP*, 2002, pp. 804 y ss., y Bonomi, Andrea, "Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *op. cit.*, nota 6, pp. 73 y 74, quien alude como ejemplo de inseguridad al resultado alcanzado por la sentencia de la Cour de Cassation francesa de 4 de marzo de 2003, que terminó declarando aplicable a un contrato de transporte el ordenamiento del Estado de destino de la mercancía (*Revue Critique de Droit International Privé*, 2003, p. 285, con nota crítica de Paul Lagarde).

<sup>81</sup> En ocasiones ese proceder resulta incluso forzado por la ausencia de criterios hermenéuticos en el artículo 4o. a fin de que los jueces puedan discernir cuál es la prestación característica: es el caso de la sentencia de la Corte di Cassazione italiana de 10 de marzo de 2000 (*Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2000, p. 773), en la que, en un supuesto de ejecución de una compraventa que no sólo incluía la entrega de la mercancía sino también su montaje, los magistrados italianos ignoraron la presunción de la prestación característica (que eventualmente hubiera implicado aplicar al contrato litigioso el ordenamiento alemán por ser el del país del establecimiento del vendedor) y recurrieron directamente al ordenamiento italiano por ser a su entender el más estrechamente vinculado con el asunto.

<sup>82</sup> Véanse Bonomi, Andrea, "The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation 'Rome I' on the Law Applicable to Contractual Obligations", *DeCITA*, núm. 3, julio de 2005, pp. 332 y ss., y Vischer, Frank, "The Concept of the Characteristic Performance Reviewed", *op. cit.*, nota 72.

claramente en favor de otra ley, podría entonces aplicar la cláusula de excepción.<sup>83</sup>

— Un segundo nivel de respuesta podría consistir en la necesidad de precisar el texto revisando la redacción del artículo 4o. A tal fin cabría, por ejemplo, bien la supresión pura y simple de su apartado 1o. para subrayar el carácter excepcional del apartado 5, bien modificar el mismo apartado 5 con la misma finalidad.<sup>84</sup>

A este último respecto, en el Libro Verde sobre transformación del Convenio se refiere asimismo a la posibilidad de que el futuro instrumento Roma I pudiera inspirarse en el anteproyecto de propuesta de Reglamento del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) cuya cláusula de excepción del apartado 3 del artículo 3o. introduce dos condiciones nuevas con relación al Convenio de Roma de 1980: se exige que, por una parte, el delito tenga vínculos *sustancialmente* más estrechos con otra ley y, por otra, que no exista "un vínculo significativo entre este delito y el país cuya ley sería aplicable en virtud de los apartados 1 y 2".<sup>85</sup> A ello sugiere añadir Andrea Bonomi, siguiendo el modelo del artículo 15 de la Ley Federal suiza sobre derecho internacional privado de 1987, la necesidad de que se haga constar el carácter estrictamente excepcional de esta fórmula de tal manera que, por ejemplo, cabría entender que nos hallaríamos ante una tal situación cuando el lugar de residencia de la parte que hubiera de realizar la prestación característica no fuese signifi-

<sup>83</sup> *Cit.*, nota 13, p. 28. Ésta es precisamente la solución planteada en una resolución del Hoge Raad holandés en el asunto *Nouvelles des Papeteries de l' Aa c. BV Maschinenfabriek BOA*, 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 disapplied 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"; sobre ella véanse las notas de Hudig van Lennep, W., en *Netherlands International Law Review*, 1995, p. 259 y de Struycken, A.V.M., en *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1996, pp. 18 y ss.

<sup>84</sup> Carrillo Pozo, Luis Francisco ("La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia", *op. cit.*, nota 50, p. 40) apunta que no se trata de fórmulas inconciliables.

<sup>85</sup> *Cit.*, nota 13, p. 28.

cante por tratarse, por ejemplo, de una residencia artificial por motivos fiscales, o cuando ese lugar fuese desconocido por el cocontratante.<sup>86</sup>

La propuesta de Reglamento de diciembre de 2005 se inclina directamente por suprimir la cláusula de excepción en este punto, como se ha señalado más arriba. El planteamiento de su artículo 4o. parte de la fijación de ocho reglas fijas que sustituyen a las concreciones de otras tantas presunciones en supuestos especiales (apartado 1) y continúa con la consagración de la regla de la aplicación del ordenamiento del Estado en que tenga la residencia habitual en el momento de la celebración del contrato la parte que realice la prestación característica para aquellos supuestos que no tengan una regla especial, puntualizándose que cuando dicha prestación no pueda ser identificada se recurrirá al derecho del Estado más estrechamente conectado con el contrato en cuestión (apartado 2).<sup>87</sup>

<sup>86</sup> "Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *op.cit.*, nota 6, pp. 75 y 76.

<sup>87</sup> Se refiere esta última eventualidad a los contratos que carecen de una prestación característica (tradicionalmente citado en este sentido, por ejemplo, el de permuta) o a los contratos complejos en que la determinación de aquella resulta imposible.