

LA UNIFICACIÓN JURÍDICA EUROPEA Y EL CONVENIO DE ROMA SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Sixto Sánchez Lorenzo

Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ALCANCE DEL CONVENIO DE ROMA.—III. ASPECTOS SUSTANTIVOS MÁS RELEVANTES: 1. *Libre elección de la ley aplicable*. 2. *Ley aplicable en defecto de elección*. 3. *Aplicación de normas imperativas*.

I. Introducción

1. El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales constituye, tal vez, el ejemplo más significativo y acabado de la unificación del Derecho privado europeo. Refleja, en particular, la tensión que lo necesario y lo posible mantienen en el proceso de unificación jurídica europea en el ámbito del Derecho privado europeo. En efecto, cuando se aborda la cuestión de la unificación jurídica europea, conviene poner de relieve el distinto alcance de este proceso, según que se trate de una exigencia institucional (ámbito de lo necesario), o no (ámbito de lo posible). El desarrollo del mercado único establece exigencias directas de armonización o unificación en ámbitos muy variados del Derecho procesal, civil y mercantil: competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones, crédito al consumo, condiciones generales de la contratación, sociedades, transportes, etc. Frutos de esta necesidad, aparecen diversas directivas, reglamentos y convenios vinculados directa o indirectamente al artículo 220 del TCEE. Al margen de esta unificación imperativa, impuesta por las necesidades técnicas en la consecución de los objetivos del Mercado Único, coexiste un proceso de unificación que no se sitúa en el ámbito de las necesidades institucionales, sino más bien de la conveniencia política o, si se quiere, de la política de cooperación internacional entre Estados miembros. En el primer ámbito, cualquiera que sea la técnica legislativa —incluso si se utiliza la alternativa del Derecho convencional frente al institucional (Con-

venios de Bruselas y Roma)—, la unificación responde a las necesidades funcionales del proceso de integración, predominando el elemento institucional. En contrapartida, en el ámbito de la cooperación, encarnado en el antiguo artículo K del Tratado de Maastricht y en el denominado tercer pilar, los logros de la unificación no responden a las necesidades de la integración económica, y sólo los dictados de lo posible y de lo conveniente deben ser tenidos en cuenta. Constituye un acierto, en este sentido, no haber vinculado al artículo 220 del TCEE el Convenio de Bruselas II, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, adoptando el artículo K.3 como base jurídica. En otro caso, habría resultado sumamente peligroso incluir el Convenio de Bruselas bajo la acción de principios generales como el previsto en el artículo 6 TCEE, que impide la discriminación por razón de nacionalidad (1). Con carácter general, por ejemplo, trasladar este principio al ámbito personal y familiar plantearía, más aún en el ámbito del Derecho aplicable, serias dudas sobre la supervivencia de criterios tan arraigados como la conexión «nacionalidad». Es preciso tener en cuenta, además, que la unificación institucional plantea límites *ratione materiae*, que tienen que ver con el principio comunitario de respeto a la identidad nacional expresado, en particular, en el propio artículo F del TUE. Integrando el Derecho como un elemento más de tal identidad nacional, dicho precepto ha permitido a algunos autores mantener la inconveniencia de una extensión de la unificación jurídica, por vía institucional, a sectores sensibles como el Derecho de familia o sucesiones, cuya unificación, en el ámbito europeo, sólo sería concebible por la vía de la cooperación, en concreto, a través del artículo K (2). Este principio justifica, además, las reticencias que suscita la viabilidad de

(1) Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros*, «Revista de la Corte Española de Arbitraje», 1996, pp. 61-81; ID., *Incidencia del Derecho comunitario en la interpretación de las normas del Derecho internacional privado estatal a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, «Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles. Cuadernos de Derecho Judicial», 1997, pp. 339-375.

(2) Vid. En este sentido A. V. M. STRUYCKEN, *Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé*, «R. des C.», t. 232 (1992-1), pp. 278-282. En contra K. F. KREUZER, *Lex communis europaea de collisione legum: utopie ou nécessité*, «España y la codificación internacional del Derecho internacional privado», Madrid, CESSJ Ramón Carande, 1993, pp. 243-

un proyecto tan ambicioso como la elaboración de un Código Civil europeo. No existe, realmente, un sistema de Derecho privado europeo, ni tampoco parece que el grado de unificación jurídica europea permita abordar semejante tarea a corto plazo. Hoy por hoy únicamente encontramos normas comunitarias susceptibles de afectar y alterar el Derecho privado de los Estados miembros, pero cuya función no es crear un sistema institucional de Derecho privado, sino responder puntualmente a ciertas exigencias impuestas por la integración económica, las libertades de circulación y las políticas específicas de la Unión Europea (art. 67 T. Amsterdam).

2. El hecho de que no exista en el ámbito europeo un sistema de Derecho privado, ni siquiera un sistema de Derecho de obligaciones, no empuja la posibilidad de que, en el ámbito de la unificación del Derecho internacional privado, sí se haya llegado a semejante grado de unificación. Ciertamente, la unificación de las normas de Derecho aplicable siempre es una alternativa menos costosa que unificar los Derechos materiales. Es relativamente más sencillo que doce o quince Estados convengan sobre una norma de conflicto de leyes que acuerden todo un sistema de obligaciones, decidiendo cuestiones tan principales como la abstracción o causalidad del sistema. El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 es la prueba palpable de ello. Pero aunque, como veremos, este texto diseña un auténtico sistema general uniforme sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, su función o, al menos, su objetivo inicial, no fue éste. El Convenio de Roma nació como un elemento correctivo o de equilibrio del espacio judicial europeo, vinculándose indirectamente, a través de su conexión con el Convenio de Bruselas, al propio artículo 220 TCEE. Una vez creadas unas reglas comunes sobre competencia judicial internacional en materia de obligaciones contractuales, donde la sumisión expresa y tácita, el domicilio del demandado y el lugar de ejecución de la obligación se retuvieron como criterios atributivos, la disparidad de normas sobre Derecho aplicable dejaba abierta la vía del *forum shopping*, esto es, a la elección fraudulenta del Tribunal predeterminada por la conveniencia de su norma de Derecho aplicable. Para evitarlo se decidió negociar un texto convencional que regulara la ley aplicable a las obligaciones tanto contractuales como extracontractuales, si bien el

244; I. SCHWARTZ, *Artículo 235*, «Kommentar zum EWG-Vertrag», 4.ª ed., Baden-Baden, 1991, pp. 5517-5569.

texto final se limitó a las primeras. En suma, el origen del Convenio de Roma revela que su adopción se debió más a la necesidad que a la posibilidad y que, funcionalmente, el Convenio de Roma se integra como un texto orientado a la consecución directa de los fines del Mercado Único, hecho que no obsta a la naturaleza estrictamente convencional —no institucional— como fuente del Derecho.

3. El Convenio de Roma, sin embargo, no es un texto que haya limitado su incidencia al ámbito estrictamente comunitario. Además de inspirar la reforma de diversas legislaciones estatales, e influido notablemente en el Convenio interamericano sobre la ley aplicable a los contratos internacionales hecho en México el 17 de marzo de 1994, se ha convertido, en cierto modo, en una especie de *ratio scripta*. El ejemplo más significativo es su incidencia en el ámbito de la *Lex Mercatoria*, entendiéndose por ella no sólo los instrumentos jurídicos y prácticas contractuales utilizadas por los operadores económicos en el ámbito del comercio internacional, sino también, y sobre todo, los criterios jurídicos con los que los árbitros resuelven sus controversias. A título de ejemplo, la referencia contenida en el artículo 23.3.º del Contrato Modelo de la Cámara de Comercio Internacional sobre Agencia Comercial a la aplicación de las normas imperativas del Estado de establecimiento del agente es un trasunto del principio general contenido en el artículo 7.1.º del Convenio de Roma. Por otra parte, el Convenio de Roma resulta un texto de gran utilidad en el arbitraje, por varias razones: contempla un análisis minucioso de la elección de la ley aplicable y de sus consecuencias; la determinación de la ley aplicable en defecto de elección trata de garantizar la previsibilidad de las partes y la eficiencia del contrato, principios ambos exigibles al árbitro a la hora de determinar la ley aplicable; finalmente, responde a la tradición común de un grupo de Estados particularmente significativos, y a principios generales del Derecho internacional privado de los contratos (3).

(3) Vid. en este sentido P. LALIVE, *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant à Suisse*, «L'arbitrage international privé et la Suisse», Ginebra, 1987, pp. 57 ss.; F. RIGAUX, *Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, «Cahiers de droit européen», núm. 24, 1988, pp. 310-318.

II. Alcance del Convenio de Roma

4. El Convenio de Roma no contiene más que una respuesta uniforme conflictual; unifica las reglas de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, excluyendo cualquier aspecto material. El hecho de omitir toda reglamentación de aspectos sustantivos no implica, ciertamente, que carezca de determinadas orientaciones materiales. Como es bien sabido, toda norma de Derecho aplicable responde a un interés de política legislativa, y el Convenio de Roma no es una excepción.

Ni siquiera el Convenio de Roma agota la reglamentación conflictual, pues expresamente excluye de su ámbito de aplicación los conflictos de leyes internos (art. 19), lo que provoca la aplicabilidad del artículo 10.5.º del Código Civil a los eventuales conflictos de leyes internos que puedan suscitar los diferentes Derechos civiles que coexisten en España, con la consiguiente disparidad de regímenes que habría hecho en este punto más aconsejable una extensión unilateral de las reglas del Convenio de Roma por parte del legislador español (4). Además, el artículo 10.5.º del Código Civil sigue siendo la norma aplicable a los conflictos de leyes internacionales que susciten los contratos celebrados con anterioridad al 1 de septiembre de 1993, fecha de entrada en vigor del Convenio para España, según la regla de aplicación temporal prevista en el artículo 17.

5. El ámbito de aplicación espacial y material, junto a las cláusulas de compatibilidad, son la clave para entender que el Convenio de Roma de 1980 constituye el sistema general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales de los Estados parte y, en cierto modo, por tanto, del Derecho de la Unión Europea. Por una parte, el Convenio tiene una aplicación universal, resultando aplicable con independencia de que la ley designada sea o no la de un Estado parte y cualquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídica (art. 2). Aparentemente, la universalidad es una característica predicable asimismo del Convenio de Bruselas, pero en la práctica el domicilio del demandado en el territorio de los Estados parte limita el ámbito de aplicación espacial del Convenio de Bruselas, ya que

(4) Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española*, «REDI», vol. XLV, 1993-1, pp. 131-148.

las normas de competencia estatales resultan aplicables, con carácter general, en otro caso, aunque sea por propio mandato o remisión del Convenio de Bruselas. A diferencia de éste, el Convenio de Roma establece un sistema general de Derecho aplicable a las obligaciones no previsto específicamente para relaciones intracomunitarias, esto es, espacialmente vinculadas al comercio entre Estados miembros, sino que se extiende a cualquier otra operación internacional extracomunitaria, que únicamente vincule a un Estado parte con terceros Estados, incluso cuando no quede afectado el mercado único. La diferencia, por ejemplo, con el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia es palpable. En este sentido, el Convenio de Roma va mucho más allá de lo que exigirían las demandas institucionales, las necesidades derivadas de la construcción del Mercado Único. Se movería, asimismo, en el terreno de la unificación posible o conveniente desde un punto de vista de la política de cooperación. Si ponemos en relación el Convenio de Roma con sus presuntos orígenes, llegaremos a la conclusión de que los Tribunales de los Estados parte van a aplicar el mismo régimen de Derecho aplicable, aun cuando deban decidir su competencia judicial internacional de conformidad con sus normas nacionales de competencia judicial internacional, hecho que tampoco debe extrañar, si se tiene en cuenta que las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones contenidas en el Convenio de Bruselas tienen, también, carácter universal.

6. El carácter del Convenio de Roma como régimen general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales no sólo viene dado por su ámbito de aplicación espacial, sino también por la extensión de su ámbito de aplicación material y el juego de las cláusulas de compatibilidad, extremos ambos muy vinculados.

El hecho de que se trate de un régimen general justifica la amplia compatibilidad del Convenio, orientada a facilitar la especialización de las soluciones y su eventual sectorialización. De un lado, los artículos 21, 24 y 25 contemplan dicha compatibilidad con otros textos convencionales que contengan una regulación atinente al Derecho rector de los contratos internacionales. Lo propio lleva a cabo el artículo 23 respecto de los Derechos nacionales internos. Por su parte, el artículo 20 se apresura a establecer la primacía de las normas de Derecho internacional privado institucional (Directivas y Reglamentos) sobre el propio Convenio de Roma. Esta última solución no sólo es coherente desde la

perspectiva del sistema de fuentes, sino desde un punto de vista funcional: la generalidad del Convenio de Roma es incapaz de absorber las exigencias particulares del Mercado Único respecto del régimen de Derecho privado y, por ende, de Derecho internacional privado, en sectores concretos de la contratación. Por ello es comprensible que las incoherencias de reglamentación que se han producido entre el Convenio de Roma y el Derecho derivado comunitario se incardinan precisamente en aquellos sectores de la contratación que cuentan en el propio Convenio de Roma con una reglamentación especial, en particular en el ámbito de los contratos celebrados por los consumidores. El ejemplo característico es la contradicción producida entre el artículo 5 del Convenio de Roma y la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores. Ambos textos pretenden la protección del consumidor mediante una restricción en la posibilidad de elección por las partes del Derecho aplicable. Sin embargo, la protección de la Directiva se extiende a un mayor número de contratos de consumo y, sobre todo, difiere a la hora de establecer el Derecho estatal que sirve como marco o estándar mínimo de protección. Mientras en el Convenio de Roma dicha Ley es la del Estado de la residencia del consumidor, en la Directiva se emplea una referencia mucho más flexible a la ley que presente vínculos estrechos. La regla de compatibilidad hace prevalecer el criterio de la Directiva, pero esta solución no oculta la necesidad de tender a un principio de coherencia interna que defienda la necesidad de una interpretación congruente, de una presunción de conformidad entre las reglas especiales del Derecho derivado y las generales del sistema convencional. En otros términos, la interpretación de las disposiciones del Derecho derivado habría de inspirarse en un principio de conciliación de tales normas con las disposiciones convencionales, minimizando los conflictos potenciales entre el Convenio de Roma y las disposiciones nacionales de desarrollo de las Directivas (5). Así, en el caso señalado, se ha propuesto que para los contratos que se inscriban en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma, la residencia habitual vendría a ser la conexión de protección en que se concretaría la ley estrechamente vinculada propuesta por la Directiva. Para los contratos cubier-

(5) Vid. E. JAYME y Ch. KOHLER, *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome*, «Rev. crit. dr. int. pr.», 1995-1, pp. 1-40.

tos por la Directiva, pero excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5 del Convenio de Roma, se propone una aplicación de las disposiciones protectoras de la ley aplicable en defecto de pacto, a partir del propio artículo 7 del Convenio de Roma.

7. Junto a las cláusulas de compatibilidad propiamente dichas, la delimitación del ámbito de aplicación material del Convenio contenida en su artículo 1 responde en muchos casos, de forma implícita, a razones de compatibilidad. De hecho, los descartes que se contienen en los apartados 2.º a 4.º de dicho precepto pueden clasificarse en dos grupos: en primer término, aquellas materias cuya exclusión responden a razones de compatibilidad con otros textos; en segundo lugar, aquellas otras que no se incluyen por razones de calificación contractual o de vinculación con sectores del ordenamiento jurídico alejados de los intercambios patrimoniales. Dicha clasificación no es pura, ya que en algunos casos se acumulan ambos motivos.

La compatibilidad con el Derecho derivado comunitario es la razón de ser de los puntos 3.º y 4.º del artículo 1. Quedan excluidos del convenio de Roma los contratos de seguros que cubran riesgos situados en territorio comunitario, si bien sí se incluyen los reaseguros aun en tal caso. La razón de esta exclusión es el régimen especial de Derecho aplicable a tales contratos de seguro contenido en las Directivas 88/357/CEE y 90/619/CEE, adaptado en los artículos 107-109 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro. Conviene insistir en que tales normas excluyen al reaseguro, lo que justifica la excepción del artículo 1.4.º. La compatibilidad está presente, asimismo, en las exclusiones relativas a las obligaciones cambiarias [art. 1.1.º, apartado *c*)], y a los convenios de arbitraje y de elección del foro [art. 1.1.º, apartado *d*)]. La exclusión facilita la convivencia del Convenio de Roma con el Derecho uniforme ginebrino en materia cambiaria, que rige en una parte considerable de Estados miembros de la Unión Europea, si bien la propia especificidad del régimen de circulación de los títulos-valor aconsejaba igualmente tal exclusión. Lo mismo cabe decir de los acuerdos de elección de fuero y de sumisión a arbitraje. Los primeros cuentan con una reglamentación sustancial en el propio artículo 17 del Convenio de Bruselas, y en cuanto al arbitraje los Estados parte ya participaban prácticamente en bloque de los Convenios de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958 y de Ginebra de 21 de abril de

1961 sobre arbitraje comercial internacional. En cualquier caso, este mismo hecho también demuestra una tendencia clara en el Derecho comunitario hacia una calificación procesal de tales acuerdos, que por sí misma haría aconsejable su exclusión (6). Idéntica combinación de razones avala el régimen de la constitución de los *trusts* y sus relaciones jurídicas derivadas [art. 1.1.º, apartado *g*)], que no encaja fácilmente en un régimen simple de obligaciones contractuales, y cuenta con un texto convencional específico elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento.

El resto de exclusiones obedece más estrictamente a problemas calificadorios. Se excluyen los negocios jurídicos y obligaciones vinculados al Derecho de la persona, familia o sucesiones [art. 1.1.º, apartado *b*)]. Se trata de no deslocalizar de su propio ámbito aquellas relaciones jurídicas obligacionales que derivan o traen causa de un vínculo personal, familiar o sucesorio. Quedan fuera, pues, la sucesión contractual, los pactos sucesorios, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio, los alimentos entre parientes, etc. Sin embargo, es importante determinar la causa concreta del negocio u obligación. El Convenio no excluye las donaciones entre cónyuges, ni la obligación alimentaria en general, sino sólo en cuanto vienen determinadas por razón del matrimonio o parentesco. En otro caso, son consideradas obligaciones contractuales sujetas al propio Convenio, circunstancia que no está exenta de problemas, pues suscita ciertas cuestiones previas de difícil solución, como puede ser la propia licitud de las donaciones y pactos entre cónyuges desligados del vínculo matrimonial (7). Tampoco resulta pacífica la tradicional exclusión de las cuestiones de estado civil y de capacidad que realiza el artículo 1.1.º en su apartado *a*). La contemplación excepcional de la excepción de interés nacional (art. 11) avala la vetustez de este planteamiento, y la disposición favorable a considerar, de una vez por todas, a la capacidad de obrar o para contratar como una cuestión de validez del contrato

(6) Sobre la trascendencia de esta calificación, *vid.* E. JAYME, *Narrative Normen im internationalen Privat-und Verfahrensrecht*, «Tübinger Universitätsreden: Neue Folge 10», Band 5, Tübinga, 1993, pp. 19-22, 25-32.

(7) *Vid.* Como muestra de este problema concreto el reciente análisis de P. JIMÉNEZ BLANCO, *El Derecho aplicable a las donaciones*, «REDI», vol. XLIX, 1997, pp. 63-89.

que debe someterse a la *vis atractiva* de la *lex contractus*. Esta consideración objetiva del requisito de capacidad evitaría, además, los problemas derivados de la aplicación de la ley nacional, conexión retenida por buena parte de sistemas jurídicos —entre ellos el español— en materia de capacidad, y que se muestra poco apropiada, si no ilícita, en el ámbito de la Unión Europea, al establecer regímenes de validez distintos, basados en el solo hecho de la diversidad de nacionalidades (art. 6 TUE). También resulta discutible la exclusión genérica del Derecho de sociedades del artículo 1.1.º, apartado e). Es indudable que el Convenio de Roma debe ser compatible, en este punto, con las propias normas comunitarias relativas a la política de sociedades, y que este sector del ordenamiento tiene una dimensión institucional que escapa razonablemente de un régimen de obligaciones contractuales. El problema, sin embargo, estriba en determinar el alcance de las expresiones «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades» y de la relación ejemplificativa de aspectos que se contiene en el propio precepto. Hoy en día, se detecta una tendencia contractualista, que permitiría apoyar la inclusión en el Convenio de Roma no sólo de los contratos celebrados por las sociedades, sino de las propias obligaciones entre la sociedad y los socios y las de éstos entre sí, quedando reducido el ámbito de la exclusión al conjunto de disposiciones que afectan al interés público en la tutela de los terceros, de los socios minoritarios y de otros intereses sociales (8). Menores reservas suscita la exclusión de la representación y sus efectos, que no del contrato de agencia o mandato [art. 1.1.º, apartado f)], y la de los aspectos procesales y probatorios, secularmente sujetos a la *lex fori*. En este último caso, conviene recordar que las presunciones legales (art. 14.1.º), la *forma ad probationem* (arts. 9 y 14.2.º), la prescripción y la caducidad [art. 10.1.º, apartado d)] tienen una calificación sustantiva que implica su sujeción a las reglas previstas en el Convenio de Roma.

8. El alcance del Convenio de Roma no puede prescindir, finalmente, de la solución al problema crucial de la interpretación uniforme del texto. Tratándose de Derecho convencional, sus normas no quedan sujetas directamente a la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Para

(8) *Vid.* En este sentido el completo planteamiento del debate por F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La ley aplicable a la *joint venture* en el Derecho internacional privado español», Granada, 1997, tesis microfilmada, pp. 220-247.

dicha sumisión, se redactaron los dos protocolos de interpretación. El primero, habilita a los órganos jurisdiccionales de apelación y casación para someter al TJCE cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación del Convenio, pero en su artículo 6 difiere su entrada en vigor a la del segundo protocolo. Dado que aún no se han cumplido las condiciones previstas en el artículo 3 de este último para que entre en vigor, tampoco lo ha hecho el primero. En conclusión, aunque en un futuro próximo el TJCE llevará a cabo una imprescindible tarea interpretativa que garantice la solución uniforme en la aplicación del Convenio de Roma, al igual que lo ha hecho con el Convenio de Bruselas, hoy por hoy, tras más de siete años de vigencia del Convenio de Roma para algunos Estados (sólo cinco para España), las jurisdicciones nacionales deben aplicar el Convenio de Roma sin poder contar con la inestimable ayuda de la cuestión prejudicial. Semejante orfandad interpretativa no garantiza en modo alguno una aplicación uniforme de reglas por naturaleza principales y enormemente flexibles, y esta dificultad no viene facilitada por la doctrina científica, que en las muchas páginas que ha dedicado al Convenio de Roma ha mantenido posiciones muy diversas sobre la interpretación, sentido, origen y alcance de sus normas más relevantes. A algunas de estas normas fundamentales nos referiremos a continuación.

III. Aspectos sustantivos más relevantes

1. LIBRE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE

9. El artículo 3 del Convenio de Roma establece la libre elección de la ley aplicable como criterio preferente. Dicho precepto articula la autonomía conflictual con base en determinados postulados expresos: la elección puede ser tanto expresa como tácita, implicando esta última la existencia de una auténtica voluntad de elección, no una presunción; no es precisa la vinculación del contrato con la ley designada, si bien se reduce a simple autonomía material cuando se trata de contratos vinculados con la legislación de un único Estado; se establece la autonomía del *pacto de lege utenda* en la determinación de su ley aplicable; se admite el fraccionamiento o «*dépeçage*» del contrato, es decir, la sujeción de una única parte del contrato a la ley elegida o la designación

de leyes distintas para las distintas partes de un contrato. La claridad de estos principios no excluye serios problemas de interpretación; en particular, nos interesa destacar los siguientes: el alcance u objeto de la elección y los criterios de determinación de la sumisión tácita.

10. Existe unanimidad en la doctrina científica a la hora de determinar que sólo la ley de un Estado puede ser objeto de elección por las partes, en el sentido del artículo 3 del Convenio de Roma (autonomía conflictual). Las referencias genéricas o expresas a la *Lex Mercatoria*, usos comerciales, reglamentaciones profesionales, contratos y términos tipo, leyes modelo, contratos internacionales no en vigor, *soft law*, etc., vendrían a tener la consideración de pactos privados entre las partes (autonomía material), cuya validez última habría de dictaminar la ley aplicable al contrato. A título de ejemplo, la reciente *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1997* califica como acuerdos privados los INCOTERMS (9).

La unanimidad de esta consideración ha convertido la distinción entre autonomía conflictual y autonomía material en un lugar común. Sin embargo, no deja de resultar discutible en qué medida determinadas prácticas comerciales, incluso de alcance estrictamente internacional, no acaban integrándose como normas jurídicas dentro de los distintos ordenamientos nacionales. La discusión nos lleva a plantear el alcance de la costumbre y de los usos jurídicos como fuentes del Derecho nacional. La consolidación de determinados usos y la convicción de su obligatoriedad, su elevación al rango de costumbre y la distinción de los meros usos interpretativos, son cuestiones que merecen un análisis más detenido y distinto al de la mera referencia, escasamente eficaz, a los usos generales del comercio internacional. Es cierto que, en cualquier caso, la discusión adquiere tintes más teóricos que prácticos. Desde este último punto de vista, la referencia en un contrato internacional a cualquier manifestación de la *Lex Mercatoria* va a reducirse, al igual que ocurre con el papel del uso o la costumbre en el Derecho interno, a su compatibilidad con las normas imperativas tanto de la ley que rige el contrato, como incluso de las normas imperativas de la *lex fori* o de la ley de un tercer Estado. Frente a la ley del contrato, la validez de la *Lex Mercatoria* va a depender, en cualquier caso, del respeto a sus

normas imperativas, ya sean simplemente imperativas o internacionalmente imperativas. Y ello es así, tanto si consideramos tal referencia como un mero pacto entre las partes, como si pretendemos conferirle el alcance de una auténtica costumbre. La diferencia estriba, finalmente, en el distinto alcance que en el sistema de fuentes puede tener el uso o costumbre, frente a la Ley. Si el Derecho aplicable es el español, la referencia por las partes a una práctica o disposición de *Lex Mercatoria* deberá respetar el diseño imperativo del sistema español de obligaciones. Si no lo hace, caben dos interpretaciones: o bien se trata de un pacto entre las partes contrario a la Ley en el sentido del artículo 1.255 del CC, o bien de un uso jurídico o costumbre contrario a la Ley, que decae en virtud de nuestro sistema de fuentes. El verdadero problema nace cuando la *lex contractus* se localiza en un sistema jurídico que equipara, en su sistema de fuentes, la ley a la costumbre. En tal caso, considerar una práctica comercial internacional como un mero pacto o como una auténtica costumbre puede variar la solución del supuesto. En el primer caso, no habría duda de la preeminencia de la ley del contrato sobre la cláusula contractual, con las consecuencias que dicha ley prevea sobre la eficacia de dicha cláusula y del contrato en general. Más delicada se presenta la cuestión cuando el propio sistema de la *lex contractus* permita elevar a rango normativo el uso o la costumbre, y le otorgue un régimen jerárquico equivalente a la ley, aun con limitaciones. En este caso, la integración de la *Lex Mercatoria* obliga a una interpretación más precisa de la *lex causae*. La referencia a la ley de un Estado no se limita a la ley en sentido formal, sino al Derecho extranjero en su totalidad. Si éste incorpora como parte y fuente del mismo a determinadas prácticas comerciales que cumplan una serie de condiciones, incluidas las que se refieren a su relación con las leyes, dichas disposiciones habrán de integrarse como parte de la *lex contractus*. Ciertamente, con ello no se altera el principio básico de que todo contrato internacional debe estar referido a la ley de un Estado, pero introduce un matiz relevante sobre la consideración jurídica de determinadas disposiciones de la *Lex Mercatoria*.

11. La elección tácita de la ley aplicable plantea verdaderos problemas de interpretación en el comercio internacional. De hecho, no ayuda mucho la tan reiterada precisión de que se trata de una voluntad real —no presunta— inferida no sólo de los términos del contrato, sino de las propias circunstancias que lo

(9) «RAJ», núm. 1638.

rodean. La voluntad real de someterse a una determinada ley sólo es inconclusa cuando media un *pacto de lege utenda*. La inducción de una voluntad real tácita juega en todo caso con indicios, y lo más que ofrece son algunos supuestos de certeza razonable. Parece justificado que en ciertos supuestos de acumulación de indicios contractuales (cláusulas interpretativas, idioma de redacción, sumisión a tribunales, anejo de las estructuras jurídicas de un determinado sistema jurídico...) y/o derivado de la conducta de las partes (prácticas comerciales anteriores de las partes, conducta procesal, etc.) el intérprete obtenga un convencimiento sólido de la existencia de una voluntad real de sujeción a una determinada ley; igualmente, en el supuesto contrario, de escasez de tales indicios (inexistencia de relaciones contractuales anteriores, oposición procesal de una parte, debilidad de las referencias contractuales a un sistema extranjero...) parece asimismo razonable el descarte de tal voluntad real. Pero, en muchos casos, las circunstancias descritas no facilitan situarse en uno u otro extremo de la certeza. A título de ejemplo, una de las cuestiones de más difícil solución en torno a la sumisión tácita es el alcance que debe darse a la utilización de contratos tipo. La elaboración de contratos tipo en el comercio internacional es particularmente relevante en ciertos sectores, de forma particular en el ámbito de los contratos de financiación, en sentido amplio, en los que intervienen entidades de crédito, compañías de seguros y otros intermediarios. Estos contratos tipo, por más que emanen de organizaciones privadas o profesionales, encuentran un acomodo cierto en los conceptos y estructuras de determinados sistemas jurídicos y, de hecho, suelen incorporar la opción de cláusulas de sumisión expresa a dichos sistemas. Así, en el sector del reaseguro, tienen una incidencia conocida los modelos contractuales elaborados en el seno de *Lloyd's*, cuya vinculación al Derecho inglés resulta evidente. La utilización de semejante póliza, ¿debe interpretarse como un indicio real de sujeción tácita a la Ley inglesa? La pregunta es especialmente delicada, ya que el problema se suscita cuando la propias partes excluyen en el contrato la cláusula facultativa de sujeción a un determinado Derecho. En el propio informe explicativo del convenio, se utiliza el ejemplo de una póliza de seguro marítimo de *Lloyd's* como ejemplo de una indudable sumisión tácita al Derecho inglés, como sistema jurídico especial (10). No es tan claro, sin embargo, que ésta sea la inter-

pretación correcta, como demuestra la propia jurisprudencia británica (11). En primer lugar, la divulgación de semejantes contratos-tipo y su consolidación impide, de hecho, una alternativa real para las partes contratantes; en muchos casos, además, una de las partes actúa como auténtico adherente o parte débil de la relación, pudiendo considerarse como un consumidor profesional o industrial, por lo que no parece razonable extraer una voluntad real de someterse a una determinada ley a partir de una voluntad mediatizada en la elección de un contrato-tipo, a menos que medie un acuerdo expreso. Este principio no actúa tan claramente cuando las partes optan por un contrato tipo entre un abanico real de posibilidades. Un ejemplo muy significativo lo encontramos en los modelos diferentes de contrato de «swap», dependientes en gran medida del tipo de moneda o divisa en que está denominada una deuda. Estos contratos suelen incluir una cláusula de elección de la ley aplicable de la organización o mercado en que se inserta el modelo, pero en el caso de no cumplimentarse dicha cláusula sí parece existir una inclinación razonable a considerar como ley aplicable la determinada por el modelo empleado. Sin embargo, la opción intuitiva por dicha ley admite diversas justificaciones: de un lado, ciertamente, si entendemos que expresa tácitamente una voluntad real, interpretación que chocaría con la omisión voluntaria por las partes del *pacto de lege utenda* recomendado por la organización; de otro, considerar que la aplicación de dicha ley viene dada, en defecto de elección expresa, por aplicación del artículo 4 del Convenio de Roma (vínculos más estrechos), habida cuenta de que la elección del contrato modelo viene dada, en cierta medida, por el tipo de divisa en que está denominada la deuda. Esta última opción plantearía, ciertamente, muchos más problemas, pues la presencia de un intermediario permitiría otras opciones en el marco del artículo 4. Este ejemplo, sin embargo, sirve para poner de relieve una de las cuestiones más interesantes del Convenio de Roma: las relaciones entre la sumisión tácita del artículo 3 y el principio de los vínculos más estrechos del artículo 4.

(11) Frente al parecer general de la jurisprudencia británica, la *Queen's Bench Division* de Londres, en su decisión de 30 de marzo de 1982, declaró que la utilización de la póliza de seguros estándar de *Lloyd's*, redactada en inglés, no podía interpretarse en el sentido de que las partes habían elegido el Derecho inglés, dada la divulgación del uso de tales pólizas. Vid. al respecto J. SIEGER, *Zur Anwendbarkeit englischen Rechts auf internationale Versicherungsverträge*, «Versicherungswirtschaft», 1982, pp. 502-503.

(10) «DOCE» núm. C 327, de 11-12-1992, p. 15.

2. LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

12. Como señalábamos en el apartado anterior, al margen de la elección expresa del Derecho aplicable, tanto el criterio de sumisión tácita (art. 3) como el de los vínculos más estrechos (art. 4) juegan con indicios de proximidad, en sentido lato. La sumisión tácita queda referida a los indicios de proximidad subjetiva (voluntad real, pero implícita de las partes), en tanto que el artículo 4 se circunscribe a los criterios de proximidad objetiva. Aunque a primera vista tal distinción pueda parecer clara, en la práctica, tal vez por la herencia de planteamientos doctrinales tales como la construcción del concepto de «Ley de la autonomía» en el sistema francés, se producen confusiones notables. Uno de los debates más característicos de esta confusión es el que se refiere a la imperatividad del artículo 4. Se ha discutido, en tal caso, el alcance procesal del precepto; si el juez debe aplicar de oficio la ley determinada por la presunción del artículo 4.2.º, si debe actuar directamente la cláusula de excepción, o si corresponde a las partes la carga de alegación del Derecho que deriva de tales preceptos. Se plantea, a título de ejemplo, cuál debe ser la actitud de un juez cuando las partes en el proceso articulan su debate en torno a un Derecho distinto al aplicable según el artículo 4.2.º, o, en especial, cuando sitúan tal debate, precisamente, en la ley designada por el artículo 4.2.º en aquellos casos en que la cláusula de excepción resulta de clara aplicación, y cuál debe ser la conducta del juez en tal caso. Tales debates reflejan en muchos casos una confusión palpable del alcance de la elección tácita de la ley aplicable. La conducta procesal de las partes, máxime teniendo en cuenta la liberalidad con que el artículo 3 contempla el momento de elección, es un criterio de proximidad subjetiva implícito o, lo que es lo mismo, de sumisión tácita. Cualquiera que fuere la ley aplicable en defecto de elección, si las partes articulan su debate procesal en torno a una determinada ley, sea ajena o coincidente con el artículo 4, lo hagan por desconocimiento o por convicción, manifiestan una voluntad real de someterse a los dictados de dicha ley, que será aplicable en virtud del artículo 3, no del artículo 4 (12). Si esta

(12) No compartimos, pues, la crítica de A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ a esta solución asumida por la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 12 de diciembre de 1990 (cf. «Derecho internacional privado», volumen II, Granada, Comares, 1998, p. 375). No se concibe una conducta de las partes contratantes más cierta y significativa de una elección real de la ley aplicable

conducta procesal no es clara o, incluso, es inexistente, como puede ocurrir en un procedimiento en rebeldía del demandado, es evidente que no concurre el criterio del artículo 3, por lo que el juez está obligado a determinar, de oficio, la ley aplicable, de conformidad con los criterios de proximidad objetiva del artículo 4, esto es, haciendo valer la presunción general o, en su caso, lo que es más dudoso, motivando el recurso a la cláusula de excepción. Plantearse el problema de la carga de la prueba del Derecho aplicable según el artículo 4 sólo tiene sentido cuando en el litigio ambas partes mantienen criterios distintos acerca de la ley más vinculada y, en todo caso, es erróneo y conduce a confusión utilizar aquí el concepto de prueba y de carga de la prueba, cuando tal cuestión suscita un problema de interpretación legal, no de prueba, ni de carga de la prueba (13). Es más, en caso de desacuerdo, es el juez quien debe determinar la ley aplicable conforme al artículo 4, incluso cuando no coincida con ninguna de las tesis mantenidas por las partes (14). Cosa distinta es la carga de la prueba, que corresponde a las partes, de los hechos que constituyen vínculos relevantes con el contrato, que en nada empece la obligación del juez de valorarlos libremente para determinar la ley aplicable (15).

que litigar sobre el contrato partiendo de la aplicabilidad de una misma ley, sin ponerla en duda.

(13) Así lo plantean A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.cit.*, pp. 402-404.

(14) En la doctrina española, P. DE MIGUEL ASENSIO, alineándose con parte de la doctrina alemana, aporta una comprensión acertada de la imperatividad del artículo 4, que en nada obsta a la consideración fáctica de los hechos que pueden resultar importantes a la hora de hallar la ley más vinculada, si bien opta, a diferencia de otros autores, por mantener la imperatividad de la propia cláusula de excepción, esto es, por considerar la impropiedad de entender el término «presunción» utilizado en el artículo 4.2.º en clave estrictamente procesal (entre la abundante doctrina comparada, puede verse el reciente análisis de U. VILLANI, «La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti», Bari, 1997, pp. 97-100). Ello no tiene nada de absurdo ni obsta a la posibilidad de que las partes elijan tácitamente la ley aplicable durante el proceso, sólo que entonces la ley aplicada no viene determinada por el artículo 4, sino por el artículo 3. De ahí que no compartamos la crítica de A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 403-404) que, por otra parte, contradice su propio planteamiento sobre la imposibilidad de una elección tácita derivada de la conducta procesal de las partes, según indicamos en la nota 12.ª.

(15) No creemos que el planteamiento de M. VIRGÓS SORIANO sea exponente de una comprensión del artículo 4 como «regla de reparto de la carga de la prueba», sino que incorpora una comprensión del alcance de la presunción del artículo 4.2.º, perfectamente compatible con la posibilidad de admitir la aplica-

13. No vamos a entrar aquí en el alcance del concepto de la prestación característica o en el alcance de la cláusula de excepción, cuestiones sobre las que se han escrito cientos de páginas, pero sí interesa resaltar, en el ámbito del artículo 4 del Convenio de Roma, cuál debe ser el sentido de los indicios de proximidad objetiva, o, dicho de otro modo, cuál es la naturaleza de los vínculos entre la ley y el contrato a que se refiere el Convenio de Roma. Se trata de vínculos «objetivos», pero no circunstanciales. Se trata de localizadores geográficos, pero no exentos de consideraciones materiales. En efecto, al igual que ocurre con las discusiones en torno a la cláusula de excepción, los vínculos que determinan la proximidad en que se fundamenta el artículo 4 no son simples hechos objetivos, desprovistos de consideraciones materiales. El lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución o prestación o la residencia de las partes no deben contemplarse estrictamente como vínculos de hecho, sino condicionados por el alcance o trascendencia económico-jurídica de la propia conexión. La alternativa entre considerar a los vínculos como conexiones fácticas o jurídicas responde, en el fondo, a concepciones muy distintas sobre los fundamentos racionales del Derecho internacional privado. La herencia de los planteamientos savi-gnyanos acerca del método de localización justifica cierta tendencia doctrinal a considerar los vínculos desde una perspectiva formal o geográfica, de forma apriorística. De este modo, cada vínculo vendría a ser un simple hecho cuyo valor difícilmente podría apreciarse de forma flexible, si no es en relación con la adición a otros vínculos fácticos igualmente valorados. A nuestro juicio, esta consideración del principio de proximidad geográfica o formal choca no sólo con el sentido de la cláusula de excepción entendida como mecanismo de reducción funcional, sino con el propio sentido de la residencia habitual del prestador característico como criterio de conexión. En efecto, la configuración de la presunción general del artículo 4.2.º no se fundamenta en la bondad racional de ese criterio como determinante *a priori* de la sede de una relación jurídica, sino en un criterio fundamental de eficiencia económica, que puede ser o no compartido. Básica-

ción de la ley elegida tácitamente por las partes en el curso de un proceso, si bien, a diferencia de lo expuesto por P. DE MIGUEL ASENSIO, con una idea contraria a la imperatividad en la aplicación del artículo 4.5.º (vid. M. VIRGÓS SORIANO en AA.VV., «Derecho internacional privado. Parte Especial», 6.ª ed. revisada, Madrid, 1995, 161-163).

mente, la elección de ese criterio facilita los intercambios y beneficia a las partes, porque reduce los costes jurídicos de la operación. El prestador característico (vendedor, constructor, suministrador, etc.) es la parte activa de la relación jurídica, por oposición a quien satisface el precio, que se mantiene en una cómoda pasividad. Los costes de producción recaen en el prestador característico, y la sujeción de sus contratos a leyes distintas añadirían costes de información jurídica que, finalmente, repercutiría en el precio, encareciendo el producto y los intercambios. Sometiendo a una única ley el conjunto de contratos de la parte activa, se reducen los costes de información jurídica y se abarata el producto, beneficiándose de ello tanto la otra parte contractual, que pagará menos, como el prestador característico, que tendrá la posibilidad de ofrecer un producto más competitivo y con mayores márgenes comerciales. Cada conexión, por tanto, y cada vínculo, adquiere valor en la medida en que responde u obedece a un plan material de reglamentación, y garantiza la previsibilidad de las partes, la seguridad jurídica, el dinamismo y menor coste de los intercambios, etc. El valor de los contactos no es, pues, puramente geográfico, sino que existe en la medida en que encuentre tal justificación material. En nada obsta tal planteamiento al hecho de que la selección de la ley aplicable no pueda orientarse según el contenido de las leyes en presencia, designadas por el localizador geográfico. La elección de la ley más vinculada se realiza a partir de la acumulación de contactos, valorando cada uno de ellos según su alcance material, no valorando el alcance material de la ley que designaría cada contacto.

Esta perspectiva axiológica de las conexiones o vínculos en la elección de la ley del contrato se demuestra a las claras a la luz de la cláusula de excepción del artículo 4.5.º, considerada como mecanismo de reducción funcional. Las cláusulas de excepción obedecen a un principio de «justicia conflictual», expresión que utilizamos con todas las reservas. Quiere decirse que la corrección de la norma general no puede fundamentarse en la consecución de un resultado material más ajustado o convincente, sino en la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material (16). No han faltado, sin embargo, autores que defiendan una

(16) Vid. C. E. DUBLER, «Les clauses d'exception en droit international privé», Ginebra, 1983, *passim*; K. F. KREUZER, *Zur Funktion von kollisionsrechtlichen Berichtigungsnormen*, «Z. f. Revgl.», 1992-3, pp. 172-173 y 183-187; A. E.

concepción de la cláusula de excepción como mecanismo de materialización de soluciones o como simple vía para una reducción teleológica de la norma general conforme al juego de intereses en presencia (17). Indudablemente, la cláusula de excepción, como la calificación, el reenvío, el orden público, etc., siempre puede utilizarse tendenciosamente como *escape device* para conseguir la aplicación de la ley del foro o de otra ley materialmente más deseable, pero no parece que su concepción teórica ni su aplicación práctica se deban a esa intención (18).

Sin embargo, aunque el principio de proximidad justifique las cláusulas de excepción, no significa que ésta no tenga una significación sustancial o no se trate de un medio para alcanzar una solución justa (19). Esto sólo es así si se comparte una visión formalista y neutral del principio de proximidad y de la técnica conflictual. La proximidad es sólo una imagen. Cuando se habla de la conexión más estrecha, de otra ley más vinculada, de la agrupación de contactos, no se hace referencia a una medición puramente cuantitativa de los elementos de conexión. Unos valen más que otros. En el ámbito de los contratos, el propio legislador nos dice que la residencia habitual del prestador característico es la conexión más valiosa (pongámosle un 10). Seguramente, detrás de ella se encuentra el lugar de ejecución (démósele un 8), y podríamos proponer también la *lex loci celebrationis* (5), la ley de la

VON OVERBECK, *Le projet suisse sur le droit international privé: une codification nationale d'inspiration internationaliste*, «Liber Memorialis François Laurent», Bruselas, 1989, pp. 1190-1193; *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents*, «R. des C.», t. 176 (1982-III), pp. 189 ss.

(17) *Vid.* sobre estas posturas S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa*, «ADC», t. XLVI, 1993, pp. 1131 y nota 57.; F. VISCHER, *General Course on Private International Law*, «R. des C.», t. 232 (1992-I), p. 109; y A. FLEISSNER, «Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», Tubinga, 1990, pp. 93-94.

(18) *Vid.* *Sentencia del Tribunal Federal suizo de 28 de noviembre de 1991* («Rev. crit. dr. int. pr.», 1992-3, pp. 484-488 y nota de F. KONEPFLER, *ibid.*, pp. 488-495); C. CAMPLIGLIO, *Prima applicazioni della clausola d'eccezione in materia contrattuale*, «Riv. dir. int. pr. proc.», 1992, pp. 241-254; P. GANNAGÉ, *Les limites à l'application de la loi du for dans le droit international privé contemporain*, «Mélanges offerts à Albert Chavanne», París, 1990, pp. 5-7. Al contrario, como pone de relieve K. F. KREUZER, la cláusula de excepción evita los «gimmicks» o «escape devices» al someter a la norma de conflicto general a la posibilidad de una excepción, legalizando lo que ya se hacía, de hecho, y por vías más vergonzantes (cf. *Zur Funktion...*, *loc. cit.*, pp. 191-192).

(19) *Vid.* en este sentido S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, p. 1131.

residencia de la otra parte contratante (3), la de su respectiva nacionalidad (1), el lugar de situación de la mercancía (3). Podríamos luego jugar con estas puntuaciones y buscar la ley más conectada; evidentemente es una propuesta poco realista y aleatoria: no se puede cuantificar la relevancia de cada conexión, ni menos acumularlas o sumarlas, sin tener en cuenta las circunstancias del caso. Pero sabemos que unas conexiones valen, por lo general, más que otras. ¿De dónde proviene esa valoración? Evidentemente de consideraciones materiales; no se trata de un capricho: no es geografía, sino justicia. En el ámbito patrimonial, las conexiones o las presunciones suelen llevarnos a la ley del mercado afectado, a la que mejor proteja la seguridad del tráfico internacional, a la que genere menores costes de transacción, a la más eficiente. De ahí que, sólo excepcionalmente, una configuración muy especial de las circunstancias de un caso concreto puedan privar de justificación a la conexión. Decimos que dicha conexión pierde «proximidad», pero podríamos decir que, dadas las circunstancias del caso, no se cumple el objetivo material que refleja la conexión.

Veamos un ejemplo: en el verano de 1994, la prensa nos ofrecía un caso muy ilustrativo que, a nuestro conocimiento, aún no ha sido conocido por los Tribunales españoles. Un grupo de médicos y técnicos sanitarios de nacionalidad y residencia rusa se embarcaron en un buque-hospital de pabellón ruso poniendo proa hacia puertos españoles. Su objetivo era ofrecer a los españoles un servicio oftalmológico basado, fundamentalmente, en la reducción definitiva de la miopía a través de intervenciones quirúrgicas con alta tecnología, a un precio más reducido que el que ofrecían los hospitales españoles. Por motivos económicos y administrativos, y también ante los recelos de las autoridades españolas, el buque atracó en el puerto de Gibraltar, desde donde desplegaban su actividad publicitaria. Los pacientes fueron en su inmensa mayoría ciudadanos españoles residentes en España, y al poco tiempo comenzaron las reclamaciones de indemnización por daños. La existencia de una operación contractual previa de arrendamiento de servicios, que afectaba a consumidores, altera el planteamiento del problema. Pero si limpiamos el caso precindiendo del elemento de consumo, vemos que las conexiones más fuertes (residencia del prestador característico, autor del daño, ley del lugar de ejecución del contrato y donde se produce el hecho dañoso) se sitúan fuera de

España. Éste sólo es el lugar de residencia de la parte contratante-víctima y, con muchas dudas, el lugar de manifestación del daño en algunos casos. Sin embargo, la aplicación de la ley española es, sin duda, inevitable, porque refleja una proximidad infinitamente mayor que la ley inglesa o la rusa. Evidentemente, se trata de una conclusión que no podemos extraer sólo dando puntuaciones a las conexiones, sino valorando las particularidades del caso. Sus circunstancias son las que llevan a negar toda proximidad o justicia en la aplicación de una ley que no sea la española. Este resultado se facilita gracias a cláusulas de excepción de reglas generales que no están pensadas para supuestos como éste. El elemento de justicia (proximidad) de conexiones como *la lex loci executionis, lex loci delicti, lex loci celebrationis, lex rei sitae* no se realiza por igual cuando se precisan sobre un territorio nacional, un buque o aeronave o en Gibraltar.

En conclusión, si la localización y la proximidad se entienden en clave material, la cláusula de excepción aparece con normalidad, efectivamente, como un mecanismo de reducción teleológica tras el que reposan objetivos materiales, aunque ello no pueda llevarse hasta el extremo de considerarla un simple expediente de orientación material o de búsqueda de la *better law*. Se trata de un mecanismo de justicia material, pero basado en las conexiones como vehículo de contenidos materiales, principios y valores. En este sentido apunta el análisis funcional de K. F. KREUZER: la norma de conflicto general es ilimitada, provoca un vacío legal de excepciones, que se cubre mediante reducción teleológica. Hechos desiguales deben ser tratados de forma desigual. La norma de conflicto general no asume dichas diferencias, provoca lagunas ocultas que no se compadecen con el principio de proximidad que subyace en toda norma de conflicto. Aquí interviene la cláusula de excepción, como mecanismo de implantación del objetivo legal en casos atípicos, excepcionales, ya sea por una omisión del legislador en el tratamiento de un «grupo de casos», o por las especialísimas circunstancias con que aparece un supuesto inicialmente contemplado (20). Pero en esa sustitución de la conexión, en esa reducción teleológica, lo verdaderamente importante no son los contactos, sino la traición al «plan de reglamentación», a los «objetivos materiales» que tales contactos representaban.

(20) *Vid. Zur Funktion...*, *loc. cit.*, pp. 183-185.

3. APLICACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS

14. Conviene, finalmente, hacer una referencia al doble concepto de normas imperativas que emplea el Convenio de Roma. En algunos preceptos (arts. 3, 5 ó 6), el Convenio salvaguarda la aplicación de las normas imperativas de un determinado sistema jurídico, bien con el que se conectan todos los elementos de un contrato (art. 3), bien las de la residencia habitual del consumidor (art. 5), o, finalmente, las de la ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección (art. 6). En los tres casos, la aplicación de las normas imperativas tiene como función servir de límite a la ley elegida por las partes, y se refiere a todas aquellas disposiciones materiales no derogables por voluntad de las partes, esto es, dentro del marco de autonomía material que designa, en el sistema español, el artículo 1.255 del Código Civil.

El concepto de normas imperativas a que se refieren los artículos 7 y 9 es muy distinto. No se trata de disposiciones simplemente imperativas, en el sentido que acabamos de exponer, sino de normas imperativas de Derecho internacional privado, o normas de orden público internacional, si se quiere. Son aquellas normas que, siendo imperativas, no ceden siquiera cuando resulta aplicable un Derecho extranjero («son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato»). Se trata de normas de imperatividad reforzada por razones ordopolíticas o de protección económica (*ad ex.*, las que regulan la libre competencia o establecen prohibiciones motivadas por circunstancias políticas), o inspiradas en criterios más «privados», buscando el equilibrio de la posición contractual de las partes (reglas sobre condiciones generales de contratación, protección del consumidor, etc.).

El propio tenor literal del precepto permite comprender la complejidad de la aplicación de las normas imperativas extranjeras. En el marco de esta exposición, nos interesa simplemente destacar tres problemas concretos de su interpretación.

15. En primer lugar, es preciso adelantar que tales normas imperativas no son necesariamente normas de Derecho nacional o autónomo. En el marco de la Unión Europea, encontramos con facilidad normas ordopolíticas (libre competencia, nulidad de contratos por falta de autorización de establecimiento de una de las partes) y normas de protección (validez formal de un contrato de agencia aun cuando el agente no esté registrado según el Dere-

cho nacional, protección del consumidor frente a cláusulas abusivas, etc.), cuya consideración, habida cuenta de su ámbito de aplicación, normalmente circunscrito a supuestos intracomunitarios, no sólo es factible como parece dar a entender el artículo 7, sino obligatoria.

En el ámbito del artículo 7.2.º (normas imperativas del foro) es preciso convenir que el juez nacional se encuentra ante la necesidad de utilizar una doble *lex fori* (21). Resulta ilustrativa, a este respecto, la *Sentencia OLG Celle de 28 de agosto de 1990* (22). El Tribunal, debiendo aplicar la *lex contractus* española, se encontró con que el legislador español no había adoptado la Directiva 85/577, que protegía al consumidor en el tipo de operación en cuestión. Dada la aplicabilidad directa de la Directiva, el Tribunal optó por considerar que el Derecho español era contrario al orden público alemán, pero podía haber optado por considerar las disposiciones de la Directiva como Derecho alemán imperativo (23).

Pero el Derecho comunitario incide igualmente en el ámbito del artículo 7.1.º (aplicación de las normas imperativas de terceros Estados), obligando al juez a inaplicar tales normas si su objeto o las consecuencias de su aplicación atentan contra los principios comunitarios o, más habitualmente, suponen una restricción injustificada a las libertades comunitarias. Este supuesto presenta especial interés si se trata de normas pertenecientes a un Estado miembro que impiden la circulación de mercancías o servicios a otro Estado miembro. La legitimidad de tales normas materiales imperativas, cuando pertenecen a un Estado cuya ley no es aplicable al contrato u operación, viene determinada, en primer término, conforme a pautas de valoración que no expresan intereses generales del comercio internacional, sino exigencias específicas de la realización del mercado único: la medida debe responder a exigencias de interés general admitidas por el Derecho comunitario (24). Pero incluso en la aplicación de estas medidas por el Estado de destino de la mercancía o servicio exige

(21) Vid. A. V. M. STRUYCKEN, *loc. cit.*, p. 324.

(22) «Iprax», 1991, p. 334.

(23) Vid. E. JAYME, «Ein internationales Privatrecht für Europa», Heidelberg, 1991, p. 22; Id., *Rechtsspaltung deutscher Urlauber in Spanien: Horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht*, «IPRax», 1990, pp. 662-663.

(24) Vid. W. H. VON ROTH, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht*, «Rabels Z.», 1991-4, pp. 623-273.

tomar en consideración las normas imperativas del Estado de origen, pues la evicción de la intervención de las mismas está indicada cuando por su contenido implican una duplicidad innecesaria en la exigencia o control público. Este supuesto es relativamente habitual en las actividades referidas a mercados específicos, como el financiero o asegurador; donde la autorización estatal suele establecerse como causa de nulidad de los contratos. En muchos casos, además, el establecimiento de un sistema de licencia única para todo el territorio de la Unión Europea evita de raíz la posibilidad de doble autorización.

16. Otra de las cuestiones más discutidas en torno al artículo 7 del Convenio de Roma se refiere al régimen de aplicación de la *lex contractus*. El silencio del artículo 7, que sólo se refiere a las disposiciones imperativas de la *lex fori* o de la ley de un tercer Estado, llevan a pensar que tales normas son de aplicación en la medida en que forman parte de la ley que rige el contrato. Sin embargo, no han faltado autores que han defendido una aplicación analógica del artículo 7 al juego de tales normas cuando se trata de normas de intervención económica, ordopolíticas o de interés público. La justificación de esta solución se busca en el sentido que tienen las normas de conflicto contenidas en los artículos 3 y 4. La remisión al Derecho extranjero se efectúa partiendo de la premisa del carácter privado de los conflictos y disposiciones en juego, de forma que la remisión no debería abarcar normas de marcado carácter público, que encuentran mejor acomodo y justificación en una fórmula como la del artículo 7.1.º, aplicada analógicamente. Sólo las normas de protección, o normas imperativas de alcance privado, serían de aplicación directamente, como una parte más de la *lex causae* (25).

Este planteamiento resulta, a nuestro juicio, contrario al propio tenor del Convenio de Roma, complejo e innecesario. En efecto, la imperatividad reforzada de estas normas deriva de su interés público, y resulta más que difícil distinguir, según los casos, si tal imperatividad deriva del carácter ordopolítico de la regla o del exclusivo interés de protección del equilibrio contractual. Por otra parte, los recelos que justifican su propuesta encuentran fácil solución a través de dos correctivos: de un lado, las normas de intervención suelen contar con una expresa

(25) Vid. M. VIRGÓS, *op. cit.*, p. 182; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Contratación internacional y medidas de coerción económica», Madrid, 1993, pp. 129-130.

referencia a su ámbito de aplicación espacial, señalando los casos en los que deben ser aplicadas, en virtud de la vinculación estrecha del supuesto con dicha ley «Anwendungswille». Si el supuesto no entra en ese ámbito de aplicación espacial diseñado por la *lex contractus*, no ha lugar a su aplicación. Por otra parte, un ámbito de aplicación desorbitado o injustificado, o un contenido discriminatorio, proteccionista o contrario a los principios y valores del sistema del foro siempre puede ser defendido a través de la exclusión de la aplicación de dichas normas en virtud de la reserva general de orden público (art. 16).

17. Finalmente, merece una aclaración el régimen de las denominadas «sanciones internacionales» o «medidas de coerción económica», siempre de especial actualidad, por los condicionantes políticos que las justifican. Los conflictos derivados, especialmente, de las relaciones de los EE.UU. con países como la extinta URSS, Irak o Cuba, han dado lugar a conocidas normas de bloqueo o sanción, que han afectado en ocasiones a los intereses comerciales de empresas occidentales en los países afectados. Al margen de la eventual contrariedad de la aplicación extraterritorial de estas normas con normas básicas de Derecho internacional económico, su aplicabilidad por otros Estados se realizará de conformidad con lo previsto en el artículo 7.1.º del Convenio de Roma. Sin embargo, interesa puntualizar que ello será así siempre que se trate de aplicar normas dictadas con carácter general. Dicho de otro modo, cuando de lo que se trata es de valorar el efecto extraterritorial de una sanción o medida de coerción ya adoptada (acto singular), bien sea con carácter especial, bien como consecuencia de la aplicación de una norma general de coerción económica (*ad ex.*, una orden de congelación de activos de una determinada sociedad, o una disposición decretando la expropiación de unos determinados bienes), no nos encontramos ante un problema de Derecho aplicable, ni, por tanto, el Convenio de Roma resulta de interés. Tales supuestos nos enfrentan con problemas de reconocimiento extraterritorial de actos públicos extranjeros, una dimensión harto diferente en presupuestos, fuentes, métodos de análisis y soluciones. La confusión común de ambos problemas (aplicación de leyes extranjeras de coerción y reconocimiento de actos públicos extranjeros coercitivos) justifican esta precisión.