

D. CZERNICH y H. HEISS (Hrsg.): EVÜ. Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen. Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Kommentar, Viena, Orac, 1999, 355 páginas.

Con arreglo al Acta de Adhesión a la Unión Europea de Austria, Finlandia y Suecia, estos Estados debieron negociar, con el resto de los Estados miembros, su incorporación al llamado “Derecho comunitario complementario”, constituido por los convenios internacionales celebrados entre los Estados miembros de la Unión al margen de los cauces propiamente comunitarios. La adhesión de estos países al convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, (en adelante CR) se produjo por virtud del convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1996. En la actualidad (octubre de 2000), este convenio está pendiente de ratificación por parte del Reino Unido, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Italia y Francia, si bien conviene recordar que el carácter universal de las disposiciones uniformes del convenio de Roma relativiza la necesidad de un seguimiento del estado de las ratificaciones, una vez que el CR haya pasado a formar parte del ordenamiento interno de los Estados que se han adherido a la Unión Europea en último lugar. La entrada en vigor para Austria del CR, que ha tenido lugar el 1 de diciembre de 1998, proporciona un magnífico pretexto para el lanzamiento, por la editorial Orac, de este comentario al CR. Se trata de un trabajo dirigido por Dietmar Czernich y Helmut Heiss, en cuya redacción también han intervenido Monika Halmberg, Kristin Nemeth y Bernhard Rudisch, de las universidades de Innsbruck y Salzburgo.

La obra se estructura en comentarios independientes a los artículos del CR, que van precedidos por una selección bibliográfica, bastante extensa, en su mayor parte de monografías y artículos especializados del círculo jurídico de habla alemana. La individualidad de cada comentario no ha impedido a los autores incorporar, en el lugar correspondiente, las relaciones estructurales entre las diversas normas del convenio, lo cual constituye una tónica constante en el conjunto de la obra. E igualmente, la diversa autoría de los comentarios no impide descubrir la común inspiración de todos ellos, cualidad que es preciso atribuir al buen quehacer de los directores. La redacción del trabajo se caracteriza por la concisión, brevedad y rigor en la exposición de las ideas, y de las diferentes posiciones doctrinales o jurisprudenciales. El desglose y explicación de cada párrafo, de cada frase y de cada concepto utilizado por el CR es constante, lo cual, unido a la ilustración con ejemplos de la práctica de la contratación internacional, incrementa las cualidades didácticas de esta obra. Igualmente, la utilización mesurada de la letra negrita y la existencia, en las páginas finales, de un índice analítico muy completo, no sólo facilita notablemente su lectura, sino también la búsqueda de respuestas para cuestiones particulares, constituyendo así un trabajo de gran utilidad para el operador jurídico. La oportunidad de la aparición de esta obra en este momento resulta clara pues, a casi diez años de la entrada en vigor del CR, quizás es el mejor momento para organizar y sistematizar los estudios elaborados hasta el momento, para incorporar las soluciones que la jurisprudencia de los Estados miembros de la Unión Europea ha proporcionado al aplicar e interpretar las normas del CR, y para tener en cuenta el nuevo panorama legislativo abierto en los últimos años mediante la aparición de Actos normativos institucionales en el ámbito del Derecho internacional privado de contratos, especialmente en el sector de la protección contractual de los consumidores.

Aunque el interés del libro que anotamos desborda el círculo jurídico austríaco, uno de sus objetivos principales es precisar el significado y trascendencia que posee la entrada en vigor del CR sobre el sistema austríaco de Derecho internacional privado de contratos, contenido hasta entonces en la Ley austríaca de Derecho internacional privado de 1978. En la introducción al comentario, así como al hilo del realizado a cada artículo, los autores se ocupan, muy especialmente, de poner de relieve el cambio jurídico que cada disposición del CR ha supuesto respecto al sistema vigente con anterioridad. Entre las innovaciones principales se cuentan la flexibilización de las conexiones utilizadas para la localización objetiva del contrato internacional, la supresión de la determinación de ley aplicable por referencia a una suerte de voluntad hipotética de las partes (*Geltungsannahme*), o el establecimiento de una cláusula abierta, como la establecida en el art. 7.1 CR, para la aplicación de las normas de intervención de un tercer Estado. Por el contrario, el sistema austríaco conocía ya, aun con terminología diversa (el CR utiliza “engste Verbindung” frente a la expresión “stärksten Beziehung” utilizada por la ley austríaca), la regla de los vínculos más estrechos.

Formalmente, el CR ha sido incorporado al Derecho austríaco como tal convenio internacional, esto es, sin insertarlo, mediante el “método de la copia”, en la ley de Derecho internacional privado, lo cual posee la ventaja, como indican los autores, de desvincular el CR de las interpretaciones y terminología de la ley austríaca de Derecho internacional privado. Sin perjuicio de la responsabilidad internacional en la cual, en su caso, cabría incurrir, el rango convencional del texto no garantiza en Austria, al igual que ocurre en otros sistemas europeos, la aplicación preferente de tales disposiciones frente a la ley estatal posterior, factor que escasamente sintoniza con el principio de confianza y de cooperación entre los Estados miembros de la Unión. La existencia de sistemas de este tipo hace ver la conveniencia, como indican Czernich y Heiss, de acelerar la conversión del CR en Reglamento comunitario, posibilidad abierta por la redacción dada al nuevo Título IV del TCE (Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas), y de la cual ha tomado nota la Comisión en los planes legislativos para el bienio 1999-2001. Con ocasión de la entrada en vigor del CR, el legislador austríaco ha derogado los párrafos 36 a 45 de la ley austríaca de Derecho internacional privado y ha dado nueva redacción al párrafo 35, donde se indica que las relaciones obligacionales (*Schuldverhältnisse*) que no queden comprendidas en el ámbito de aplicación del CR, se regirán por el Derecho elegido por las partes de forma expresa o tácita. De acuerdo con el párrafo segundo del art. 50, la nueva redacción del párrafo 35, la derogación de los párrafos 36 a 45 y la redacción del apartado segundo del párrafo 53 rigen a partir del 1 de diciembre de 1998, y son de aplicación a los contratos celebrados después del 30 de noviembre de 1998.

Por su propio propósito, realizar un comentario al conjunto de las disposiciones del CR, son gran variedad los temas por los que discurre el libro. Del comentario al art. 1 se ocupa Nemeth quien es favorable a una aplicación analógica de las disposiciones del CR en caso de laguna de regulación en el sistema austríaco de Derecho internacional de contratos, afirmando la imposibilidad de interpretar las exclusiones como prohibición a dicho recurso analógico. No obstante, el recurso a la analogía no resultará necesario, por ejemplo, para decidir sobre la ley aplicable las relaciones obligacionales no incluidas en el ámbito de

aplicación del CR, para las cuales no exista una norma especial, dada la existencia del nuevo parágrafo 35 de la ley austríaca de Derecho internacional privado. En el examen de las materias excluidas del ámbito de aplicación material del CR, el lector podrá encontrar, en forma sumaria, las principales líneas interpretativas seguidas por jurisprudencia y doctrina en torno a la interpretación de tales exclusiones. Resulta de especial interés, por ejemplo, el examen de la jurisprudencia alemana dictada en aplicación de la exclusión relativa a las obligaciones derivadas de instrumentos negociables, cuando tales obligaciones deriven del carácter negociable del instrumento. Frente a la posición más estricta, que excluye del CR únicamente las obligaciones que derivan del carácter transmisible del instrumento, tales como la adquisición de un no titular o la responsabilidad como consecuencia de la apariencia, el Tribunal Supremo alemán ha seguido una interpretación amplia, subsumiendo en la exclusión todas las obligaciones que derivan de la transmisión del título, incluyendo la cláusula de elección de ley y de jurisdicción, las pretensiones de indemnización y la acción de devolución, esgrimiendo en favor de este entendimiento amplio de la exclusión la posibilidad de excluir, de este modo, un fraccionamiento en el estatuto del crédito incorporado al título. Al CR quedarían sometidas, únicamente, las reclamaciones de las que se deja constancia en el título pero no derivan de su transmisibilidad (ad. ex. declaración de fianza o de garantía). Respecto a la exclusión de las cuestiones relativas al Derecho de sociedades, se propone la relevancia externa o interna de la sociedad como criterio determinante de la aplicación del CR o de las normas de DIPr de sociedades, apartándose así la autora del criterio, seguido por la doctrina alemana, suiza y austríaca, de la organización, según el cual únicamente las sociedades que carecen de organización quedan sometidas al DIPr de contratos. En estas mismas páginas el lector podrá encontrar indicaciones sobre los problemas de delimitación normativa que genera el CR en el DIPr austríaco.

Los problemas de delimitación entre los apartados primero y cuarto constituyen una de las cuestiones más interesantes del comentario que lleva a cabo H. Heiss al art. 3 CR. Se trataría de saber, por ejemplo, si una mera apariencia de elección de ley basta para pasar a verificar su existencia y eficacia de acuerdo con las reglas de ley aplicable que establece el art. 3.4; o si, por el contrario, el convenio impone ciertos requisitos al acuerdo de elección de ley, como requisitos mínimos, sin cuya presencia no procede dicho control de existencia y de validez. La problemática aparece con claridad a la vista de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo alemán, que no ha tenido reparo en aplicar el art. 3.4 CR a una cláusula de elección de ley formulada de forma unilateral, pasando a verificar su existencia y su validez con arreglo al art. 3.4. Esta temática adquiere también una especial significación en el ámbito del control de incorporación de las cláusulas de elección de ley incluidas en clausulados generales de la contratación. Tras exponer las diversas soluciones propuestas por la doctrina, el autor propone seguir una vía de solución en paralelismo con el art. 17 del convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, precepto en donde ya se regulan cuestiones relacionadas con la existencia y validez del pacto de jurisdicción, siendo preciso acudir al Derecho estatal únicamente para decidir las cuestiones no reguladas. En la medida en que del art. 3.1 CR se puedan extraer criterios para valorar la existencia y la eficacia del pacto de elección de ley, la remisión al art. 3.4 estaría excluida. Y dicha exigencia mínima vendría constituida por la presencia de un *consenso*, expreso o tácito, en torno a dicho pacto. Mayores problemas advierte el autor a la hora de llenar de contenido a las exigencias mínimas del pacto de elección de ley. En efecto, si el control de

incorporación al contrato de clausulados generales de la contratación que contengan un pacto de ley aplicable puede ser valorado en el ámbito del art. 3.1 CR, sin ser precisa la remisión a la *lex causae*, por el contrario el autor no encuentra posibilidad de realizar esa misma valoración autónoma respecto a otras cuestiones, como la ausencia de consentimiento, habida cuenta de la falta de pautas de valoración que puedan ser extraídas del art. 3.1 CR. En este mismo comentario resultan del mayor interés las páginas dedicadas a la admisibilidad del control de contenido del pacto de elección de ley que esté incluido en un clausulado general de la contratación. En opinión del autor, el art. 3.1 únicamente indicaría el ámbito de la autonomía de las partes (*Rahmen der Parteiautonomie*), lo cual no cerraría la posibilidad de realizar un control de contenido respecto a cuestiones no reguladas en el dicho precepto, tal y como ocurre, por ejemplo, respecto a la valoración como abusiva de la cláusula de elección de ley. En el resto, el comentario al art. 3 recoge los más habituales lugares comunes: elección de ley para una parte del contrato, congelación o petrificación del derecho elegido, elección sucesiva o posterior, etc, siguiendo la doctrina dominante respecto al valor material que corresponde a una elección de ley por referencia a materiales de la *lex mercatoria*. Se advierte también sobre el cuidado que es preciso adoptar a la hora de seguir la jurisprudencia alemana en torno a los factores indicativos de una elección tácita de ley aplicable, dada la inclinación de los tribunales alemanes a dar continuidad, a través de esa clase de elección, al sistema vigente con anterioridad en Alemania basado en la determinación de la voluntad hipotética de las partes.

Tras la exposición de la filosofía general que informa al art. 4 CR, y de la construcción sistemática de este precepto, el comentario de Czernich se detiene en la delimitación del ámbito de aplicación de dicho artículo y en la operatividad del apartado quinto, indicando también en qué situaciones ha de actuar dicho apartado por inexistencia de una prestación característica. Es de valorar que el comentario, lejos de incurrir en cualquier tipo de abstracción, descienda a los casos concretos para realizar la valoración del vigor localizador o intensidad de la conexiones en diferentes situaciones. El funcionamiento del sistema convencional queda perfectamente ilustrado con un elenco de principios o situaciones (residencia efímera, sociedades off-shore, conexión accesorio, favor *validitatis*, etc), que justifican o no justifican la operatividad del art. 4.5 como correctivo a la regla general del convenio. Se insiste también en el peligro de incurrir en aplicaciones distintas del art. 4.5, como consecuencia del carácter abierto del sistema, y de la inercia de la jurisprudencia en la aplicación de las soluciones anteriores a la entrada en vigor del CR. La parte más extensa del comentario al art. 4 se ocupa de la presunción basada en la aplicación de la ley del prestador característico, ofreciéndose en este punto una guía, de suma utilidad, para la aplicación del precepto, que se detiene en la explicación de cada término. A efectos prácticos, el comentario se detiene en aportar ejemplos de actividades que pueden ser consideradas como profesionales, o de dar significado al concepto de residencia habitual, proponiendo una interpretación autónoma de tal concepto, donde no sea precisa la intención de permanecer. También se ofrecen propuestas de concreción de los “otros establecimientos” a que se refiere el art. 4.2 CR, donde quedarían incluidas las sucursales, las agencias, las oficinas de representación, las oficinas externas, o los segundos despachos de una sociedad de abogados. Se propone, en este ámbito, una interpretación del concepto “sucursal” con arreglo a los criterios establecidos por el TJCE cuando ha interpretado el art. 5.5 CB.

Las soluciones de ley aplicable que recoge el art. 4.2 CR son verificadas en una pluralidad de tipos de contratos entre los que se encuentran el de mandato, el de giro, algunos contratos bancarios, el de construcción, los contratos en el sector de la industria hotelera, el contrato de asesoramiento jurídico, los contratos bursátiles, el de franchising, los contratos de cesión de uso, el contrato aleatorio, los contratos de compra de empresa, el contrato de leasing, los contratos de licencia de propiedad industrial, los contratos de viaje, los contratos de donación, los contratos de garantía, los contratos de comisión de transportes, los contratos de cambio, los contratos de compra de empresa, los contratos de edición, los contratos de seguro, los contratos de distribución y los contratos de custodia o depósito. Una atención especial se dedica al contrato de compraventa, donde no faltan referencias al Derecho uniforme en vigor así como a los usos y pactos del comercio internacional tales como los INCOTERMS. Tampoco faltan referencias a la problemática de las relaciones entre el Derecho uniforme y el Derecho conflictual, sobre todo en relación con el problema de la integración de lagunas. Y se abordan también los problemas de delimitación normativa que pueden surgir entre las diferentes presunciones del art. 4, quedando ilustrados estos problemas con el contrato de timesharing.

Tras analizar el contexto de la protección de los consumidores en la Unión Europea, H. Heiss delimita el ámbito de aplicación personal y material del art. 5, precisando también las situaciones en las que, según dicho precepto, el consumidor es merecedor de protección. Como consecuencia del ámbito de aplicación limitado que posee el art. 5 CR, donde no están comprendidos todos los contratos de consumo, se ha abierto en la doctrina cierto debate en torno a la aplicación analógica del art. 5 CR, vía de solución que se postula desde el libro que anotamos. El trabajo también muestra las diferentes vías de solución que cabría arbitrar para resolver el problema que se produce cuando un Estado miembro de la Unión Europea no ha transpuesto una directiva comunitaria, apareciendo aquí los célebres casos de Gran Canaria. En el ámbito del DIPr de protección de los consumidores, la nota de actualidad viene dada por las nuevas normas dictadas por el legislador austríaco para la transposición de las diferentes directivas comunitarias elaboradas en ese ámbito, echándose en falta alguna referencia a los problemas de coordinación con las normas que puedan dictar o hayan sido dictadas por otros países de la Unión para proceder a la correspondiente transposición. No falta, al contrario, una exposición sintética del estado de la cuestión en torno al carácter abierto o cerrado del art. 5 CR, y de la posibilidad de aplicar normas de protección de consumidores por la vía del art. 7 CR, del mismo modo que se mencionan, aunque a nivel de apunte y sin un desarrollo más detenido, los problemas de incompatibilidad entre las normas de DIPr de protección de consumidores, ya sean estatales o convencionales, y las libertades comunitarias de circulación.

Partiendo de un concepto autónomo de “contrato individual de trabajo”, en el comentario al art. 6 se contiene un elenco muy completo de casos en los que la calificación del contrato como laboral puede revestir cierta dificultad, como ocurre en los casos de relaciones de trabajo familiares, de relaciones de trabajo de formación, de servidores contractuales en los entes públicos o en las organizaciones internacionales, de relaciones laborales de cesión (Leiharbeitsverhältnisse), en los supuestos de teletrabajo, o en los casos de colaboradores libres. La intensidad del vínculo de dependencia y la concreta necesidad de protección en el caso concreto son parámetros propuestos para decidir, en el caso

concreto, sobre la inclusión del contrato en el ámbito de aplicación del art. 6. También resultan de interés las páginas dedicadas a concretar la operatividad de la cláusula de excepción que contiene el art. 6 siendo relevante, a tales efectos, por ejemplo, los lugares de trabajo acordados, de hecho o futuros, la sede o nacionalidad de las partes, el idioma del contrato o la moneda de pago del salario, así como el lugar de celebración. En cambio, no parece que tal cláusula de excepción pueda venir informada por un principio de aplicación del Derecho que más favorece al trabajador. Al igual que ocurre con el comentario al art. 6, el realizado por H. Heiss al art. 7 presenta como aspecto destacable la labor de identificación de supuestos de normas de intervención que podrán ser aplicadas a pesar de no pertenecer a la ley del contrato.

Para garantizar la aplicación uniforme del CR, Helmberg propone una interpretación autónoma de los términos “existencia y eficacia del contrato” que utiliza el art. 8.1. Pero sin duda presenta más interés el discurso que realiza la autora acerca del apartado segundo del art. 8, que regula el derecho de veto, al ofrecer a cada parte la posibilidad de referirse a la ley del país de su residencia habitual para determinar que no ha prestado su consentimiento. Este problema cobra especial relieve en presencia de contratos sometidos a leyes que atribuyen cierta eficacia jurídica al silencio de una de las partes, como ocurre con el parágrafo 1081 del Código Civil austríaco. Pero también cuando se trata de decidir sobre la incorporación al contrato de un clausulado general de la contratación. Ante legislaciones de este tipo, la legitimidad del derecho de veto habrá de ser valorada teniendo en cuenta los usos establecidos entre las partes, la costumbre existente en un determinado sector de la contratación y, en general, el hecho de que la parte no haya podido presumir la orientación de su contrato hacia la *lex causae*. Este último parámetro de valoración podrá adquirir especial significación en relación con los contratos de consumidores que no queden comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 5 CR. Del resto de los comentarios, que siguen respondiendo a la misma filosofía que los anteriores, quizás destaca el amplísimo estudio que sobre la cesión de crédito realiza Lorenz, y el relativo a la regla de interpretación del CR que contiene el art. 18, que ha sido elaborado por Rudish. En este último se valora la posibilidad del recurso a los criterios elaborados por el TJCE, cuando entre en vigor el protocolo interpretativo que acompaña al CR, y especialmente a los parámetros de interpretación acuñados por dicho tribunal al interpretar el convenio de Bruselas.

En suma, se trata de un trabajo de suma utilidad para el operador jurídico y para el investigador y docente. La obra, sin embargo, peca en alguna medida de regionalismo, al quedar enfocada casi en exclusividad en la visión propia del Derecho y jurisprudencia austríacos y alemanes. En cualquier caso, parece claro que un comentario más ambicioso al CR exigiría también una labor de cooperación entre expertos de universidades de distintos países de la Unión. Por otra parte, en una visión global del DIPr de contratos en la Unión Europea, no debe perderse de vista ni la relativización que el problema de ley aplicable está experimentando entre los países de la Unión Europea en los tiempos más recientes, ni tampoco la creciente descodificación que se está produciendo en este ámbito por virtud de las nuevas normas estatales de DIPr surgidas al amparo de Actos normativos del Derecho institucional, elaboradas para dar respuestas específicas a las necesidades del funcionamiento correcto del mercado interior. La variedad y descoordinación de estas nuevas normas, que están restando protagonismo a las disposiciones uniformes del CR, sin

duda sugieren la oportunidad de pensar en un nuevo sistema de DIPr de contratos aplicable, exclusivamente, a las situaciones vinculadas con el mercado interior.

Fernando Esteban de la Rosa