

DESAFÍOS Y TENDENCIAS EN EL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Huelva*

Recibido: 20.07.2012 / Aceptado: 29.07.2012

Resumen: Detrás de la regulación del Reglamento «Roma I» se detectan diversas tendencias o voluntades, entre las que destacaríamos las siguientes. Por un lado, la de conciliar o coordinar el susodicho texto legal con otros instrumentos jurídicos de la Unión Europea; incluso a costa de limitar, en cierta medida, el alcance de la autonomía conflictual de las partes de la relación contractual. Por otra parte, la de reforzar la seguridad jurídica, esto es, potenciar la previsibilidad de sus respuestas jurídicas; y ello aun a costa de renunciar a un cierto grado de flexibilidad en sus soluciones. Dicha tendencia a la previsibilidad del resultado, a la certeza jurídica, conlleva una destacable especificidad en sus soluciones conflictuales. Y, por último, detrás de la regulación del Reglamento, al igual que acontece con otros instrumentos de la Unión Europea, también subyace una tímida e incipiente materialización. Dichas tendencias constituyen auténticos desafíos para el futuro de la Ciencia jurídica y del Derecho internacional privado, en su conjunto, y del Derecho Internacional Privado contractual de la Unión Europea en particular.

Palabras clave: Unión Europea, Derecho Internacional Privado, cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, contratos internacionales, tendencias y principios subyacentes a la regulación del Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Abstract: The rules enshrined in the Rome I Regulation reveal certain trends or inclinations, the most prominent of which are the following: on the one hand, the shift towards harmonizing this set of rules with other legal instruments used by the European Union, even at the expense of limiting the scope of the freedom of parties in conflict when involved in a contractual relationship; on the other hand, there is a desire to strengthen the certainty of the law, that is, to raise the predictability of its judicial outcomes, by renouncing a certain degree of flexibility within these solutions. This trend towards the predictability of judicial responses lends a significant specificity to conflict resolution. The substance of the Rome I Regulation, as with other legal instruments used by the European Union, amounts to a timid and insipid response. Such tendencies are real challenges for the future of Legal Science and Private International Law in general, and Private International and Contract Law in the European Union in particular.

Key words: European Union, Private International Law, European judicial cooperation in civil matters with cross-border repercussions, international agreements, «Rome I» Regulation regarding the law applicable to contractual obligations purposes and trends.

Sumario: I. Planteamiento general: contexto e identificación de los principios subyacentes a la regulación del Reglamento «Roma I» II. Conciliación del Reglamento «Roma I» con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. 1. Bases del problema. 2. Conciliación del Reglamento «Roma I» con las Directivas sectoriales de la Unión Europea protectoras del mercado interior. 3. Conciliación del Reglamento «Roma I» con otros instrumentos de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. III. Previsibilidad *versus* flexibilidad en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos. IV. Especificidad *versus* generalidad en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos. V. Algunas manifestaciones de materialización en el actual Derecho Internacional Privado europeo de los contratos.

I. Planteamiento general: contexto e identificación de los principios subyacentes a la regulación del Reglamento «Roma I»

1. Uno de los objetivos prioritarios perseguidos por la Unión Europea en los últimos años consiste en alcanzar, de un modo progresivo, un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en dicho ámbito. La consecución del referido fin implica la adopción por el Consejo de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, siempre y cuando ello sea necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior. Dichas medidas están fundamentalmente encaminadas a garantizar la plena consecución de un objetivo esencial para las instituciones europeas desde el Consejo Europeo de Tampere del año 1999: del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, en materia civil y mercantil, en el espacio europeo. Dicho principio, que constituye la piedra angular de la cooperación judicial internacional en materia civil, aspira a conseguir una ambiciosa finalidad: en concreto, la supresión generalizada del *exequátur*, en materia tanto civil como mercantil, en el seno de la Unión Europea¹.

Una de las medidas más relevantes, a efectos de alcanzar la ansiada libre circulación de resoluciones judiciales en el marco de la Unión Europea y en última instancia la consolidación de un espacio judicial europeo, consiste en unificar las normas de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.), de los Estados miembros de la Unión, relativas a los «conflictos de leyes» y a los «conflictos de jurisdicción». En la práctica, con independencia de la imprecisión del término utilizado por el apartado 2 c) del art. 65 del Tratado de Lisboa («garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción»)², la medida a adoptar, por el Parlamento Europeo y el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario cuando ello resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, no consiste en aproximar o en armonizar, sino en unificar, las normas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable de los Estados miembros de la Unión³. Dicha medida, que está afectando tanto al ámbito del Derecho patrimonial como al del Derecho de familia y de sucesiones, ha sido considerada como una medida complementaria al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones, ya que la unificación de los sistemas de DIPr. de la Unión Europea es un paso previo imprescindible para poder prescindir, en el ámbito europeo, del procedimiento intermedio del *exequátur* y de los motivos de denegación del mismo⁴.

2. En materia contractual, la unificación de las normas de competencia judicial internacional y de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, de los Estados miembros de la Unión Europea, se ha llevado a cabo a través del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento «Bruselas I»)⁵; mientras que la de las normas de conflicto se ha realizado

¹ En relación con dicho principio, materializado en diversos Reglamentos de la Unión Europea adoptados con arreglo a la base jurídica competencial introducida por el Tratado de Ámsterdam, *vid.* el apartado 2a) del art. 65 del Tratado de Lisboa.

² Apartado 2c) del art. 81 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Pese a que el anteriormente vigente art. 65 b) del TCE, establecido por el Tratado de Ámsterdam, utilizaba una expresión algo menos contundente que la contenida en el Tratado de Lisboa («fomentar la compatibilidad»), en la práctica se interpretaba del mismo modo. Como es sabido, fue precisamente el Tratado de Ámsterdam el que instauró la referida medida y con arreglo al cual se han elaborado, en un corto espacio de tiempo, una multitud de Reglamentos de la Unión Europea en sectores jurídicos materiales muy diversos. Un análisis de los referidos Reglamentos puede encontrarse en AAVV, *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, bajo la coordinación de A. BORRÁS, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009.

³ *Vid.* los Considerandos 1-6 del referido Reglamento. Por lo que se refiere a la relación del Reglamento «Roma I» con su antecesor, el Convenio de Roma, *vid.* el art. 24 del Reglamento.

⁴ En relación con la progresiva unificación del Derecho conflictual a nivel europeo, *vid.*, por ejemplo, AAVV, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie «Derecho», núm. 114, 2008.

⁵ *DOUE*, de 16 de enero de 2001, núm. L 12. Corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2001, núm. L 307; *DOUE*, de 5 de julio de 2002, núm. L 176. *Vid.*, igualmente, la Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reco-

por la vía del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento «Roma I»)⁶.

En la actualidad, los referidos Reglamentos de la Unión Europea constituyen los pilares fundamentales o básicos del DIPr. europeo, esto es, los ejes centrales del espacio judicial europeo⁷.

3. La elaboración del Reglamento «Roma I», por el legislador de la Unión Europea, ha estado guiada, en última instancia, por la consecución de un doble objetivo o finalidad.

Por un lado, por la necesidad de convertir, de transformar, como ya se había hecho en otros ámbitos del DIPr, un Convenio internacional comunitario multilateral cuyos Estados parte eran los Estados miembros de la Comunidad Europea, el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Convenio de Roma)⁸, en un acto normativo de la Unión Europea, en concreto, en un Reglamento adoptado sobre la en aquellos momentos novedosa base jurídica competencial prevista en los anteriormente vigentes arts. 61 c) y 65 b) del TCE tras su redacción por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 (cuya entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 1999)⁹.

Y, por otro lado, por la necesidad o conveniencia de corregir algunos defectos relevantes detectados con ocasión del funcionamiento del Convenio de Roma durante el tiempo de su vigencia¹⁰, así como por la de actualizar o modernizar algunas de sus disposiciones, adaptándolas a la actual realidad social y, muy especialmente, al comercio electrónico. Este segundo objetivo conllevaba la imperiosa necesidad de una modificación sustancial de algunos de los preceptos del Convenio de Roma. Dichas modificaciones se habían venido demandando tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial. Con independencia de los resultados finalmente alcanzados, la norma del referido texto convencional

nocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el cual persigue extender a Dinamarca las disposiciones del Reglamento «Bruselas I» (*DOUE*, de 5 de mayo de 2006, núm. L 120/22). En la actualidad, el Reglamento «Bruselas I» está siendo objeto de revisión: *vid.* el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, presentado en Bruselas el 21 de abril de 2009 por la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2009) 175 final (el cual se plantea, entre otras cuestiones, la supresión de todas las medidas intermedias necesarias para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en el extranjero); así como la Decisión del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro (*DOUE*, de 29 de mayo de 2009, núm. L 133/1).

⁶ *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6. Corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2009, núm. L 309/87. Al igual que su antecesor, el Reglamento «Roma I», que vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea con la excepción de Dinamarca, trata de evitar las negativas consecuencias que, en materia de obligaciones contractuales, la posibilidad de *forum shopping* lleva aparejadas.

⁷ Para un exhaustivo análisis de la evolución del DIPr. de la Unión Europea y del alcance de las novedades incorporadas por el actualmente vigente Tratado de Lisboa, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *CDT*, 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 301-331.

⁸ *DOCE*, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266; *BOE*, de 19 de julio de 1993, núm. 171. Corrección de errores: *BOE*, de 9 de agosto de 1993, núm. 189. La adhesión al Convenio de Roma, el 14 de abril de 2005, por los diez Estados miembros incorporados a la UE el 1 de mayo de 2004, hizo imprescindible elaborar una versión consolidada de dicho texto convencional (*DOUE*, de 30 de diciembre de 2005, núm. C 334). *Vid.* el Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la adhesión de los referidos diez Estados miembros de la UE al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como a los Protocolos Primero y Segundo referentes a su interpretación por el TJCE, hecho en Luxemburgo el 14 de abril de 2005 (*BOE*, de 13 de agosto de 2007, núm. 193); así como la Decisión del Consejo, de 8 de noviembre de 2007, sobre la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (*DOUE*, de 29 de diciembre de 2007, núm. L 347/1). Desde que se produjo la sustitución del Convenio de Roma por el Reglamento «Roma I», es decir, desde el 17 de diciembre de 2009 (art. 29), habrá que entender que toda remisión al Convenio de Roma se refiere al mentado Reglamento (art. 24.2).

⁹ *DOCE*, de 10 de noviembre de 1997, núm. C 430. El apartado 4º del art. 2 del Tratado de Ámsterdam consagró como nuevo objetivo de la Unión Europea «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que está garantizada la libre circulación de las personas».

¹⁰ Un balance de la práctica española originada por dicho Convenio internacional multilateral, que entró en vigor con carácter general el 1 de abril de 1991 y para España el 1 de septiembre de 1993, puede encontrarse en E. CASTELLANOS RUIZ, «El Convenio de Roma de 1980 ante los Tribunales españoles: balance de 15 años de vigencia», en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (DIRS.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 121-188.

que en mayor medida demandaba una reforma sustancial era la relativa a los contratos celebrados por los consumidores (esto es, su art. 5)¹¹.

4. A nuestro modo de ver, dentro del último objetivo mencionado, esto es, del objetivo global o genérico de corregir sustancialmente los déficits más relevantes del Convenio de Roma, cabe distinguir diversos objetivos más específicos o concretos. En particular, consideramos que detrás de las disposiciones o regulación del Reglamento «Roma I» se detecten las siguientes tendencias o voluntades.

Por una parte, detrás del Reglamento «Roma I» subyace, claramente, la voluntad de las instituciones de la Unión de conciliar o coordinar el susodicho texto legal con otros instrumentos de la Unión Europea, tanto con textos legales de Derecho internacional privado (de Derecho procesal civil internacional y de Derecho aplicable) como con el Derecho material elaborado por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación; incluso a costa de limitar, en cierta medida como posteriormente analizaremos, el alcance de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes de la relación contractual¹².

Por otra parte, detrás de la regulación del Reglamento «Roma I» también subyace, en última instancia, la voluntad de reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ley aplicable a los contratos internacionales, en el marco de la Unión Europea, en aras de alcanzar una mayor uniformidad de soluciones entre los Estados miembros. Ello conlleva la preocupación de las instituciones europeas de potenciar, en la medida de lo posible, la previsibilidad de las respuestas jurídicas contempladas en su articulado, de sus soluciones conflictuales; y ello aun a costa de renunciar a un cierto grado de flexibilidad en sus disposiciones con respecto a su antecesor, el Convenio de Roma. La señalada tendencia a la previsibilidad del resultado, a la certeza jurídica, claramente apreciable en la regulación del Reglamento «Roma I» y expresamente manifestada por el mismo, lleva intrínseca una destacable especificidad en sus soluciones; lo cual contrasta con la acusada generalidad de las respuestas jurídicas contenidas en el Convenio de Roma¹³.

Y, por último, detrás de la regulación del Reglamento «Roma I», al igual que acontece con otros instrumentos de la Unión Europea, también subyace una tímida e incipiente materialización¹⁴.

En suma, de la regulación contenida en el Reglamento «Roma I» se desprende, fundamentalmente, una progresiva tendencia a la especialización y materialización de las normas en el actual DIPr. europeo de los contratos, así como a la conciliación del conjunto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Dichas tendencias constituyen auténticos desafíos o retos para el futuro de la Ciencia jurídica en su conjunto y del Derecho internacional privado, en general, y del Derecho internacional privado contractual de la Unión Europea, en particular.

¹¹ Vid. 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 (pp. 13-18), presentado por la Comisión el 14 de enero de 2003, COM (2002) 654 final; el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el señalado Libro Verde, pp. 1-3 (DOUE, de 30 de abril de 2004, núm. C 108/1); la Propuesta de Reglamento «Roma I», del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (pp. 2-3), presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 650 final; así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la susodicha Propuesta, pp. 56 y 57 (DOUE, de 23 de diciembre de 2006, núm. C 318/56). Al igual que las instituciones europeas y que los Estados miembros, la doctrina también incidió en la imperiosa necesidad de revisar el referido precepto: *vid.*, por todos, J.I. PAREDES PÉREZ, «La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo. Propuesta *de lege ferenda*», *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 87-114. En relación con el sector de los contratos de consumo, *vid.*, igualmente, el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (DOUE, de 15 de marzo de 2007, núm. C 61/1), presentado por la Comisión el 8 de febrero de 2007, COM (2006) 744 final; así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el referido Libro Verde (DOUE, de 27 de octubre de 2007, núm. C 256/27). Dicho Libro Verde, cuyo objetivo global «es instaurar un auténtico mercado interior para los consumidores, estableciendo el equilibrio adecuado entre el alto nivel de protección de éstos y la competitividad de las empresas, al tiempo que se garantiza el estricto respeto del principio de subsidiariedad» (p. 3), especifica que «la revisión no afectará a las normas comunitarias sobre el Derecho aplicable» (p. 5).

¹² En relación con dicha tendencia, *vid.* el apartado II del presente trabajo de investigación.

¹³ Por lo que a las aludidas tendencias se refiere, las cuales como posteriormente veremos están estrechamente interrelacionadas entre sí, *vid.* los apartados III y IV del presente artículo.

¹⁴ Dado el alcance y la repercusión de los dos anteriores objetivos mencionados, nuestro análisis se va a centrar fundamentalmente en los mismos; con independencia de hacer, al final del trabajo, algunas alusiones a la tendencia a la materialización de las normas en el actual D.I.Pr. europeo de los contratos.

II. Conciliación del Reglamento «Roma I» con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

1. Bases del problema

5. Un análisis del articulado del Reglamento «Roma I» nos muestra que el mismo persigue alcanzar la compatibilidad con otros textos legales aplicables en materia de obligaciones contractuales. En concreto, el señalado Reglamento se refiere en su articulado a sus relaciones con otros instrumentos normativos de la Unión Europea, con el Convenio de Roma (art. 24) y con otros Convenios internacionales referentes a la misma materia (art. 25). Dentro de la compleja problemática relativa a la relación del Reglamento (CE) núm. 593/2008 con los Convenios internacionales sobre ley aplicable en materia contractual, cabe distinguir diversos tipos de situaciones¹⁵.

En primer lugar, en aras del reconocido principio del respeto de los compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea, el Reglamento «Roma I» no impide la aplicación de los Convenios internacionales, celebrados con Estados que no sean miembros de la Unión con anterioridad a la adopción del mentado Reglamento, que contengan normas de conflicto en materia contractual¹⁶. No obstante, con la finalidad de hacer las normas más accesibles a sus destinatarios y en última instancia de potenciar una mayor transparencia en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el art. 26 del Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales impone una doble obligación: una a los Estados miembros de la Unión y otra a la Comisión. Por un lado, a los Estados miembros les impone la obligación de notificar a la Comisión los aludidos Convenios y las eventuales denuncias de los mismos. Y, por otro lado, a la Comisión le impone la obligación de publicar, en el Diario Oficial de la Unión Europea, una lista de los Convenios y de las denuncias que le hayan sido notificadas por los Estados miembros de la Unión Europea.

En segundo término, siempre y cuando se trate de una materia incluida dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) núm. 593/2008, el mismo tendrá primacía sobre los Convenios internacionales bilaterales y multilaterales, existentes en el momento de la adopción del susodicho Reglamento, que hayan sido celebrados exclusivamente entre Estados miembros de la Unión Europea¹⁷.

Y, en último lugar, ha de tenerse en cuenta que, tras la adopción del Reglamento «Roma I», la materia por el mismo regulada pasa a ser competencia comunitaria; lo cual implica que, a partir de dicho momento, sea a la Comunidad a la que corresponda negociar y celebrar los Convenios internacionales relativos a la referida materia¹⁸.

6. A nuestro modo de ver, uno de los principales objetivos perseguidos por el legislador de la Unión Europea, al elaborar el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ha sido alcanzar una mayor conciliación o coordinación con el resto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

La conciliación o coherencia valorativa que ha de existir en el plano de los ordenamientos jurídicos estatales (entre su sistema de DIPr. y el Derecho privado interno del Estado en cuestión) ha de proyectarse, igualmente, en el ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión Europea¹⁹. De este modo,

¹⁵ Un exhaustivo y acertado estudio de esta interesante y trascendente problemática puede encontrarse en P. FRANZINA, «Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los Convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual», *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 92-101.

¹⁶ *Vid.* el art. 25.1, así como el Considerando 41, del Reglamento núm. 593/2008.

¹⁷ *Vid.* el art. 25.2 del Reglamento «Roma I».

¹⁸ *Vid.*, sin embargo, el Considerando 42 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, de conformidad con el cual, en casos particulares y excepcionales, los Estados miembros estarán autorizados a negociar y celebrar, en nombre propio, acuerdos con terceros países relativos a materias sectoriales, que incluyan normas sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Por lo que se refiere a los procedimientos y condiciones de dicha autorización, *vid.* el Reglamento (CE) núm. 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, el cual establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (*DOUE*, de 31 de julio de 2009, núm. L 200/25).

¹⁹ El principio de conciliación del DIPr. comunitario con el Derecho comunitario material fue preconizado por dos reconocidos profesores alemanes: *vid.* E. JAYME/C. KOHLER, «Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Span-

habrá de existir una coherencia de valores o armonía en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ya que, al igual que acontece con el sistema de DIPr. de los Estados (que forma parte integrante del ordenamiento jurídico del correspondiente Estado), el DIPr. de la Unión Europea constituye una parte esencial, básica, del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

En efecto, el DIPr. de la Unión Europea no es un compartimento estanco, es decir, no es un Derecho hermético, en definitiva, no es un cuerpo extraño al resto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, del cual forma parte. El DIPr. de la Unión Europea responde a los mismos criterios o parámetros de justicia que las restantes ramas del ordenamiento jurídico del cual forma parte, es decir, del ordenamiento jurídico de la Unión Europea; y esos criterios los proyecta en sus soluciones, en sus respuestas jurídicas. Al igual que ocurre en el ámbito puramente interno (esto es, el estatal), todas las parcelas que están integradas dentro de un mismo ordenamiento jurídico, en este caso del ordenamiento jurídico de la Unión, incluso el DIPr., participan de unos mismos principios, valores e intereses, que son los del sistema al cual pertenecen, esto es, los del sistema de la Unión Europea. De este modo, se impone una correspondencia o coherencia de valores entre el DIPr. y el Derecho derivado de la Unión Europea, ya que ambos forman parte integrante de un mismo ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de lo señalado, los textos europeos de DIPr. (tanto los de Derecho procesal civil internacional como los que determinan la ley aplicable en las materias jurídicas que quedan incluidas dentro de su ámbito de aplicación material) y las disposiciones materiales, de carácter imperativo, de las Directivas y Reglamentos elaborados por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación habrán de concebirse, no como textos individualmente considerados e independientes entre sí, sino como un todo unitario, como un conjunto normativo coherente, es decir, como instrumentos complementarios²⁰. Por un lado, el principio de conciliación o de coherencia valorativa del ordenamiento jurídico de la Unión presupone que los instrumentos europeos de DIPr. hayan de estar al servicio de los principios del mercado interior, de sus finalidades, entre las cuales destaca la de homogeneizar las condiciones de competencia en el marco del espacio europeo. Pero, por otro lado, consideramos que la plena consecución del principio de conciliación, en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, está condicionada a la existencia de una correlación *forum-ius* en la proyección de la regulación imperativa contenida en el Derecho europeo derivado.

Y, más específicamente, como a continuación analizaremos, detrás del Reglamento «Roma I» subyace la voluntad de conciliar o armonizar el susodicho texto legal, tanto con el Derecho derivado de

nungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien», *IPRax*, 1993, núm. 6, pp. 357-371; *Id.*, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, vol. 84, núm. 1, pp. 1-40. Dichos autores propugnaban resolver los eventuales conflictos, entre las disposiciones del Derecho comunitario derivado (Reglamentos y Directivas) y las de los Convenios internacionales comunitarios (Convenio de Roma y Convenio de Bruselas), partiendo del principio de conciliación. Y, más específicamente, en relación con las normas pertenecientes al sector del Derecho aplicable, la exigencia de la consecución de compatibilidad o de conciliación, en el seno del sistema jurídico comunitario, fue expresamente puesta de manifiesto por el apartado 51c) del llamado Plan de Acción de Viena del Consejo y la Comisión, el cual fue aprobado por el Consejo en el año 1998 (*DOCE*, de 23 de enero de 1999, núm. C 19, p. 1).

²⁰ En relación con la necesidad de conciliar o armonizar los referidos instrumentos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, *vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, «La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento 'Roma I'», en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (DIRS.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60, especialmente pp. 45-53. Un análisis más sectorial, relativo a las vías de coordinación del en aquellos momentos vigente Convenio de Roma con la regulación material imperativa elaborada por las instituciones comunitarias para el sector jurídico de la agencia comercial (contenida en la controvertida Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes [*DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382]), puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Colección «El Derecho de la Globalización», núm. 14, Madrid, 2007. En relación con la influencia que ha tenido el Reglamento «Roma I» sobre la relevante problemática relativa a la ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios» y «extracomunitarios», *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, «El impacto del Reglamento 'Roma I' en el contrato internacional de agencia», *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46. Por lo que se refiere al impacto del Reglamento «Roma I» sobre otros dos contratos también muy habituales en la práctica del comercio internacional, como son los contratos de concesión mercantil y los de franquicia, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, «Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento 'Roma I'», *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 19-35. Es preciso poner de relieve que estos dos últimos tipos contractuales no son tan complejos desde el punto de vista del DIPr., ya que los mismos, al menos en la actualidad, no son objeto de regulación por ninguna Directiva de la Unión Europea, a diferencia de lo que acontece con los contratos de agencia comercial.

la Unión Europea (y, muy especialmente, con las Directivas sectoriales elaboradas por las instituciones europeas para determinados tipos contractuales habituales en la práctica internacional), como con otros instrumentos europeos de DIPr. (fundamentalmente, con un Reglamento de la Unión Europea, de alcance general, que también se aplica, aunque en el marco de la esfera procesal y no del Derecho aplicable, a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, esto es, con el Reglamento «Bruselas I»).

2. Conciliación del Reglamento «Roma I» con las Directivas sectoriales de la Unión Europea protectoras del mercado interior

7. Como acabamos de adelantar, uno de los principales objetivos del Reglamento «Roma I», que no estaba presente en su antecedente directo, esto es, en el Convenio de Roma, es hacerse eco y potenciar el referido principio de conciliación en el seno del sistema jurídico de la Unión Europea. La manifestación básica de dicha ansiada conciliación se traduce en la voluntad del legislador de la Unión Europea de establecer, en el articulado del Reglamento «Roma I», vías o mecanismos que permitan la coordinación o coherencia entre sus normas de conflicto y las Directivas elaboradas por las instituciones europeas con la finalidad de adaptarse a las peculiares necesidades del mercado interior en sectores concretos de la contratación.

Con independencia de la efectividad de dichos mecanismos, que serán objeto de análisis en las líneas siguientes, es preciso poner de manifiesto que el Reglamento «Roma I», tanto en sus Considerandos²¹ como en su articulado²², cuando recurre a conceptos empleados por Directivas europeas, remite el significado de los mismos a la definición contenida en la correspondiente Directiva; lo cual constituye ya de por sí una prueba inequívoca de la voluntad del legislador de la Unión Europea de conciliar o armonizar ambos cuerpos normativos.

Las señaladas Directivas contienen, fundamentalmente, una regulación material que afecta a aspectos básicos de los contratos de consumo²³, de trabajo²⁴, de agencia comercial y de seguro. En relación con esta última categoría contractual, hay que señalar que, a diferencia de lo que ocurría con su antecesor, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 incorpora a los contratos de seguro dentro de su ámbito de aplicación material, aunque tratando de incluir en el propio articulado del Reglamento, en concreto, en su art. 7, el contenido de las Directivas comunitarias de seguros; lo cual constituye, a nuestro modo de ver, una manifestación más de la voluntad de conciliar las Directivas sectoriales con los textos generales de DIPr.²⁵

Las Directivas que han sido elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores específicos de la contratación, que tienden a proliferar en el marco europeo, persiguen una doble finalidad. Por un lado, adecuarse a las peculiares necesidades del mercado interior en aras de favorecer su correcto funcionamiento. Ello presupone la necesidad de homogeneizar las condiciones de compe-

²¹ *Vid.*, por ejemplo, los Considerandos 18, 26, 27 y 30 del Reglamento.

²² *Vid.*, por ejemplo, los apartados 4 b) y c) del art. 6 del Reglamento.

²³ Dicha materia es, sin duda alguna, la más afectada por la proliferación de Directivas sectoriales. Tales Directivas, que conforman lo que se ha denominado como «Derecho privado comunitario de consumo», se han configurado como «Directivas de mínimos», ya que las mismas, tal como se desprende de sus Considerandos y de su articulado, consagran una base mínima de normas comunes de protección del consumidor en el marco del espacio europeo. De este modo, las señaladas Directivas otorgan al consumidor unos derechos mínimos básicos, al permitir que los Estados miembros de la Unión, dentro del respeto de los Tratados y en el ámbito de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, puedan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección mediante disposiciones más estrictas de las contempladas en las correspondientes Directivas. En palabras de la profesora M.J. LUNAS DÍAZ, las «Directivas de mínimos» imponen «un nivel de protección determinado (estándar mínimo), pero permiten a los Estados la imposición, en el acto de transposición o cualquier otro, de requisitos más gravosos, es decir, de un nivel de protección más elevado» (M.J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado», *RDCE*, 1998, julio-diciembre, núm. 4, pp. 473-499, p. 489, núm. 14).

²⁴ Tal como ha puesto de relieve el Considerando 34 del Reglamento «Roma I», la norma de conflicto, relativa al contrato individual de trabajo, no debe ir en detrimento de la aplicación de las disposiciones imperativas, del país de desplazamiento del trabajador, a las que hace referencia la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DOCE*, de 21 de enero de 1997, núm. L 18).

²⁵ Un análisis más pormenorizado de las referidas Directivas comunitarias sectoriales puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 47-53.

tencia en el marco del espacio europeo; siendo éste uno de los principales objetivos perseguidos por las instituciones europeas. Y, por otro lado, la protección de la parte débil de la relación litigiosa, esto es, del consumidor, del trabajador, del agente comercial y del asegurado (en los contratos de consumo, de trabajo, de agencia comercial y de seguros respectivamente). De hecho, tales Directivas garantizan un estándar mínimo europeo y, más específicamente, el respeto de un grado o nivel mínimo de protección jurídica de la parte económicamente más debilitada de la relación contractual, de la que tiene una posición negocial menos fuerte, en aquellas situaciones de tráfico jurídico externo que, como consecuencia de presentar una vinculación estrecha con el territorio de la Unión Europea, quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación espacial de las señaladas Directivas. De lo señalado se desprende que las referidas Directivas persiguen tanto objetivos político-económicos como una clara finalidad tuitiva. En suma, detrás de las Directivas europeas sectoriales subyacen tanto intereses públicos o comunitarios (la protección del mercado interior, del juego de una competencia no falseada en dicho mercado) como privados (la protección de la parte débil de la relación litigiosa); sin que haya indicios sólidos para defender la existencia de una relación de jerarquía entre los susodichos fines²⁶.

Aunque algunas Directivas sectoriales elaboradas por las instituciones europeas, probablemente por el temprano momento en el cual fueron elaboradas, guardan absoluto silencio sobre el concreto ámbito de aplicación espacial de la regulación material imperativa en las mismas contenida²⁷; la mayoría de las mismas delimitan el susodicho ámbito por medio, o bien, de normas de conflicto en sentido estricto²⁸, o bien, de las denominadas «normas con incidencia en la ley aplicable», las cuales tienden a proliferar y a adquirir un creciente protagonismo en el espacio europeo, muy especialmente en el sector del consumo²⁹.

Esta última categoría normativa, que presenta un *modus operandi* muy similar al de las normas de extensión, no suele especificar cuándo se entiende que existe una vinculación o conexión estrecha con el área o territorio de la Unión Europea ni, por consiguiente, en qué supuestos deben necesariamente hacerse valer los derechos reconocidos a los consumidores, por las Directivas europeas de consumo, con independencia de cuál sea la ley elegida por «las partes» para regular el correspondiente contrato. Un

²⁶ *Vid.*, por ejemplo, el apartado 1º del art. 1 de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (*DOUE*, de 3 de febrero de 2009, núm. L 33/10): el «objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y lograr un elevado nivel de protección de los consumidores (...)». *Vid.*, igualmente, los Considerandos 17 y 23 de la Directiva, de los cuales se desprende la importancia que tiene la finalidad tuitiva que la misma persigue, esto es, garantizar que el consumidor no se vea privado del nivel de protección que consagra.

²⁷ Tal es el caso, muy especialmente, de la anteriormente citada Directiva de agencia, la cual, al igual que otras muchas Directivas europeas sectoriales, tiene la consideración de una «Directiva de mínimos». La situación caótica creada por el silencio de la Directiva, relativa a los agentes comerciales independientes, motivó que algunas legislaciones nacionales de agencia de los Estados miembros delimitasen el ámbito de aplicación territorial de sus normas; lo cual generó una notable disparidad entre las mismas: *vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 65-69.

²⁸ Tal es el caso de algunas Directivas comunitarias sectoriales existentes en el sector de los seguros y de la anteriormente citada Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Por virtud del art. 3 de la susodicha Directiva (relativo a las condiciones de trabajo y empleo), que al igual que las existentes en el sector del consumo también tiene la consideración de «Directiva de mínimos» (*vid.* los Considerandos 13 y 17, así como el apartado 7º del art. 3), los trabajadores que hayan sido desplazados temporalmente, en los términos previstos en la Directiva, habrán de gozar de determinados «derechos laborales mínimos» (en relación con los aspectos en dicho precepto contemplados, tales como la cuantía del salario mínimo, la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, etc.) fijados por la legislación del Estado miembro al cual el trabajador haya sido trasladado temporalmente, y ello con independencia de cuál sea la ley rectora del contrato de trabajo; lo cual conlleva una fragmentación de la ley aplicable.

²⁹ La problemática relativa a la coordinación, entre el Convenio de Roma y las «normas con incidencia en la ley aplicable» contenidas en las Directivas comunitarias relativas a sectores concretos de la contratación, ha sido objeto de múltiples estudios doctrinales: *vid.*, por ejemplo, S. LEIBLE, «Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien», en H. SCHULTE-NÖLKE / R. SCHULZE (HRSG.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Europäisches Privatrecht*, Band 9, 1ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 353-392; así como J. BASEDOW, «Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea», *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 141-159. La importancia de esta problemática, que es objeto de una creciente preocupación por las instituciones europeas, quedó directamente reflejada en las cuestiones 3ª y 4ª del anteriormente citado Libro Verde (pp. 18-21).

ejemplo paradigmático de «norma con incidencia en la ley aplicable» lo encontramos en el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores³⁰, según el cual los «Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad»³¹. Dicha situación de indeterminación propicia que la parte «más poderosa» o «menos débil» de la relación contractual se vea tentada a impedir la aplicación de la regulación material imperativa de la correspondiente Directiva europea sectorial, defraudando de este modo el Derecho derivado material de la Unión, por medio de la elección de la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea como ley rectora del contrato internacional en cuestión.

Por ello, y con independencia de la idoneidad o no del criterio adoptado, nos parece digno de alabanza que la anteriormente citada Directiva 2008/122/CE se haya expresado en términos mucho más restrictivos, más concretos, que las restantes Directivas europeas de consumo³². Dicha Directiva otorga al consumidor el derecho de desistir del contrato, en un plazo de 14 días naturales, sin necesidad de justificación; y, durante el plazo de desistimiento, prohíbe todo pago de anticipos por el consumidor. Tal como se desprende del art. 12 de la actual Directiva 2008/122/CE (relativo al carácter imperativo de la misma y a su aplicación en casos internacionales), que sustituye al antiguo art. 9 de la Directiva 94/47/CE³³, el consumidor quedará amparado por la protección conferida por la señalada Directiva cuando concorra cualquiera de los dos supuestos siguientes. En primer lugar, cuando la legislación aplicable al contrato sea la de un Estado miembro de la Unión Europea. Y, en segundo término, si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado no miembro de la Unión, el consumidor no quedará privado de la protección conferida por la mentada Directiva, «tal como la aplique el Estado miembro del foro: —si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o— en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades»³⁴. De lo señalado se desprende que la actual Directiva (al igual que la derogada), a diferencia de lo que acontece con las restantes Directivas europeas en el sector del consumo, no condiciona la señalada protección a que las partes hayan ejercitado su autonomía de la voluntad conflictual por la vía de una cláusula de elec-

³⁰ DOCE, de 21 de abril de 1993, núm. L95/29.

³¹ Las «normas con incidencia en la ley aplicable», contenidas en las Directivas europeas de consumo, suelen expresarse en términos prácticamente idénticos: *vid.*, por ejemplo, la contenida en el art. 12.2 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE, de 4 de junio de 1997, núm. L 144/19).

³² Tal como pone de manifiesto el art. 18 de la susodicha Directiva, la misma deroga a la controvertida Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 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; habitualmente conocidos como contratos de *time-sharing* (DOCE, de 29 de octubre de 1994, núm. L 280/83). La transposición de la nueva Directiva, a través del Real Decreto-Ley 8/2012, conlleva el establecimiento de un marco mucho más flexible, que el impuesto por la actualmente derogada Ley 42/1998, en aras de coadyuvar al desarrollo de este sector: *vid.* F. PÉREZ DE LA SOTA, «La nueva regulación del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (vulgo multipropiedad)», *La Ley*, de 28 de mayo de 2012.

³³ Por virtud del art. 9 de la Directiva derogada, los «Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, *sea cual fuere la normativa aplicable*, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro» (la cursiva no es original del precepto derogado). De lo señalado se desprende, claramente, que la referida norma presentaba la peculiaridad de concretar cuál era el criterio de aplicación espacial de la Directiva derogada: situación del bien inmueble en cuestión en el área o espacio europeo. El criterio de aplicación espacial adoptado por la anterior Directiva pecaba de excesivamente restrictivo, ya que, con arreglo al mismo, no eran objeto de protección los adquirentes de multipropiedad inmobiliaria en los casos en los cuales el bien inmueble se encontraba en un país que no fuese miembro de la Unión, con independencia de que el supuesto contractual en cuestión estuviese estrechamente vinculado con el territorio o esfera de la Unión Europea.

³⁴ *Vid.*, igualmente, el Considerando 17 de la susodicha Directiva; así como el art. 17 («Normas de Derecho Internacional Privado») de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE, de 7 de julio de 2012, núm. 162).

ción de ley. En el ámbito del Convenio de Roma, en este tipo de contratos, ello carecía de trascendencia, ya que la ley aplicable en defecto de elección, salvo en los escasos supuestos en los que resultaba operativa la cláusula de excepción (art. 4.5), era la ley del país en el cual se hallaba sito el bien inmueble en cuestión (art. 4.3) y, por consiguiente, la ley de un Estado miembro de la Unión; lo cual implicaba que la misma respetase el nivel de protección mínimo conferido al adquirente por la Directiva. Sin embargo, en el marco del Reglamento «Roma I», la cuestión es diferente, ya que los contratos de multipropiedad no quedan sometidos al régimen general de Derecho aplicable, sino que quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación espacial del régimen especial protector contenido en el art. 6 del Reglamento (relativo a los contratos de consumo)³⁵, el cual consagra como ley aplicable, en defecto de elección, a la ley del país en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, la cual no tiene que ser necesariamente la ley de un Estado miembro de la Unión Europea.

8. El Reglamento «Roma I» prevé distintos instrumentos o mecanismos tendentes a compatibilizar o coordinar las normas conflictuales contenidas en el susodicho texto legal con el Derecho europeo derivado para determinados contratos específicos. El recurso a uno u otro mecanismo de conciliación estará condicionado, al menos parcialmente, por cuál haya sido la actitud del legislador europeo a la hora de delimitar el ámbito de aplicación espacial de la correspondiente Directiva sectorial.

En relación con aquellas Directivas sectoriales que delimitan su ámbito de aplicación territorial por medio de normas de conflicto en sentido estricto, es preciso poner de relieve que el art. 23 del Reglamento «Roma I» (bajo el título de «Relaciones con otras disposiciones de Derecho comunitario») prevé una cláusula que fomenta la compatibilidad entre los instrumentos de la Unión Europea que contengan normas de conflicto en materia contractual. Por virtud de dicha cláusula, el Reglamento «Roma I» no impedirá la aplicación de otros textos de la Unión Europea que, en relación con materias específicas, contengan normas conflictuales relativas a las obligaciones contractuales; las cuales tendrían, pues, primacía sobre las normas de conflicto contenidas en el Reglamento³⁶. En cualquier caso, de la referida regla general, proclamada por el art. 23 del Reglamento, quedan exceptuados los contratos de seguro, ya que el contenido de las Directivas relativas a dicho sector jurídico ha sido incluido en el propio articulado del Reglamento, concretamente en su art. 7³⁷.

Al margen de lo señalado, desde nuestro punto de vista, el Reglamento consagra dos vías adecuadas, una novedosa y otra más tradicional, para conseguir alcanzar la ansiada conciliación o coordinación entre sus normas de conflicto y la regulación material imperativa contenida en el Derecho derivado de la Unión Europea y, muy especialmente, en las mentadas Directivas elaboradas por las instituciones europeas para concretos sectores de la contratación que, o bien, no delimitan su ámbito de aplicación espacial (como ocurre, por ejemplo, con la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes³⁸),

³⁵ Vid. el apartado 1c) del art. 4, así como el apartado 4c) del art. 6, del Reglamento (CE) núm. 593/2008.

³⁶ Vid. el Considerando 40 del Reglamento «Roma I», el cual, pese a hacer alusión a la señalada primacía, recomienda hacer un uso moderado de la referida posibilidad («deben evitarse situaciones en que haya dispersión de las normas de conflicto de leyes entre varios instrumentos, así como las diferencias entre esas normas»).

³⁷ Como posteriormente expondremos, la cláusula contenida en el art. 23 del Reglamento «Roma I» constituye una clara manifestación de la tendencia a la especialización de las soluciones que late detrás de la regulación contenida en el Reglamento.

³⁸ La elevada inseguridad jurídica, propiciada por el silencio del legislador europeo en relación con el ámbito de aplicación territorial de la mentada Directiva, se ha tratado de mitigar tomando como base la célebre y controvertida sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*). Dicha sentencia, debido al alcance de sus conclusiones, ha suscitado numerosos comentarios por parte de la doctrina española y extranjera, la cual ha adoptado posiciones muy dispares entre sí en relación con las cuestiones por ella sugeridas o resueltas: *vid.*, muy especialmente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 67-80; A. FONT I SEGURA, «Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar Gb Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, vol. 5, núm. 9, pp. 259-279; L. BERNARDEAU, «Droit communautaire et lois de police. À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar, aff. C-381/98*», *JCP, G*, 2001, I, 328; R. FREITAG Y S. LEIBLE, „Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie - Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?«, *RIW*, 2001, vol. 47, pp. 287-295; E. JAYME, „Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich«, *IPRax*, 2001, núm. 3, pp. 190-191; P. KINDLER, „Rechtswahlfestigkeit des Handelsvertreterausgleichs bei Tätigkeitsausübung in Mitgliedstaat, aber Sitz des Unternehmens in Drittstaat«, *Betriebs-Berater*, 2001, vol. 56, núm. 1, pp. 10-13; R. MICHAELS Y H.G. KAMANN, „Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts - ‚Amerikanisierung‘ des Gemeinschafts-IPR?«, *EWS*, 2001, vol. 12, núm. 7,

o bien, lo hacen por medio de las denominadas «normas con incidencia en la ley aplicable». Dichas vías son las siguientes. Por un lado, la denominada cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Y, por otro lado, las llamadas por el propio Reglamento como «leyes de policía» (art. 9) y habitualmente conocidas como normas de aplicación inmediata o necesaria o como normas materiales internacionalmente imperativas. La cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, al igual que las normas materiales internacionalmente imperativas, constituyen importantes limitaciones a la amplia autonomía conflictual de las partes reconocida por el art. 3 del Reglamento «Roma I». Así como la mentada cláusula general no aparecía contemplada en el Convenio de Roma, las «leyes de policía» sí, aunque en el marco del Reglamento estas últimas intervienen de un modo más restrictivo que en el Convenio de Roma. En este trabajo vamos a tratar de analizar el alcance e idoneidad de estas dos importantes vías o instrumentos de armonización o conciliación contemplados en el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

9. En aras de alcanzar la mentada conciliación con el resto del sistema jurídico de la Unión Europea, el Reglamento «Roma I» recurre, en el apartado 4º de su art. 3, a la comúnmente llamada cláusula general de protección del Derecho comunitario (que algún autor ha denominado como «cláusula del Mercado Interior»³⁹). De conformidad con el señalado apartado, «cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo».

A nuestro modo de ver, dicha cláusula constituye una de las novedades más importantes introducidas por el Reglamento (CE) núm. 593/2008 con respecto a su antecesor, el Convenio de Roma, que no la contemplaba. En efecto, en el marco de este Convenio internacional comunitario, partiendo de la premisa de que los contratos «intracomunitarios» tienen la consideración de internos desde el punto de vista de la Comunidad, la doctrina defendía la aplicación, por la vía analógica, del apartado 3º del art. 3 del susodicho texto convencional a los referidos contratos⁴⁰. Ello impedía que la autonomía conflictual de las partes pudiese dejar sin aplicación a las disposiciones imperativas contenidas en el Derecho comunitario⁴¹.

El concreto alcance de la referida cláusula ha sido objeto de una viva controversia en el proceso de elaboración del Reglamento. De hecho, como a continuación vamos pasar a examinar, la regulación de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión, contenida en el texto definitivo del Reglamento, difiere sustancialmente de la contemplada en la Propuesta de Reglamento «Roma I» (la cual se caracterizaba por su elevada imprecisión)⁴².

pp. 301-311; N. REICH, „EuGH: Handelsvertreterrichtlinie unabdingbar gegenüber Drittlandprinzipial«, *EuZW*, 2001, vol. 12, núm. 2, pp. 50-52; A. STAUDINGER, «Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs- und Produkthaftungs-richtlinie», *NJW*, 2001, vol. 54, 2.1, pp. 1974-1978; O. LANDO, „The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents«, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhaes Collaço*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 249-261; así como H.L.E. VERHAGEN, «The tension between party autonomy and European union law: some observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*», *ICLQ*, 2002, vol. 51, pp. 135-154.

³⁹ S. LEIBLE, «La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)», *AEDIPr*, 2006, tomo VI, pp. 541-568, pp. 553-556.

⁴⁰ Por virtud del art. 3.3 del Convenio de Roma, la «elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’».

⁴¹ *Vid.*, por ejemplo, O. LANDO, «The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations», *CMLRev*, 1987, vol. 24, pp. 159-214, pp. 181-182; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1997, p. 274; así como S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1999, p. 73, núm. 99. En relación con las implicaciones que para el contrato internacional de agencia comercial tenía la referida aplicación analógica, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 94-98.

⁴² Por virtud del apartado 5º del art. 3 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», la «elección por las partes de la ley de un Estado no miembro no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean

La elaboración por las instituciones europeas de dicha cláusula general responde a la necesidad de garantizar la aplicación de un estándar mínimo europeo, esto es, la protección mínima uniforme consagrada por las Directivas para determinados sectores de la contratación. En suma, la finalidad de la analizada cláusula general es garantizar la aplicación de las disposiciones imperativas que aparezcan contenidas en el Derecho de la Unión Europea y, en última instancia, la protección del mercado interior, de su correcto funcionamiento, así como de la parte débil de la relación contractual.

10. A nuestro modo de ver, el alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, consagrada por el Reglamento «Roma I», es excesivamente limitado en un doble sentido.

Por un lado, consideramos que la cláusula general del Reglamento presenta un déficit muy importante, que consiste en abarcar exclusivamente a los contratos cuyos elementos aparecen únicamente vinculados (en el momento de la elección de la ley de un Estado que no pertenezca a la Unión) al área o territorio europeo, a Estados miembros de la Unión Europea (incluyendo como Estado miembro, a estos efectos, a Dinamarca)⁴³, es decir, a los comúnmente denominados contratos «intracomunitarios»⁴⁴. Ello supone un claro retroceso con respecto al anteriormente transcrito art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», que no se limitaba a las situaciones contractuales «intracomunitarias»⁴⁵. Desde nuestro punto de vista, «para este viaje no eran necesarias tantas alforjas», al legislador europeo le hubiese sido suficiente con extender lo previsto en el apartado 3^a del art. 3 del Reglamento⁴⁶ a los contratos «intracomunitarios» (ya que no hay que olvidar que estos contratos tienen la consideración de internos desde la perspectiva de la Unión Europea), sin necesidad de prever una cláusula independiente para ello. De este modo, el resultado hubiese sido muy similar al alcanzado, en el ámbito del Convenio de Roma, por medio de la aludida aplicación analógica del apartado 3^o de su art. 3; la cual, al igual que acontece con la cláusula general actualmente vigente, únicamente afectaba a las situaciones contractuales «intracomunitarias».

A nuestro modo de ver, la actual regulación impide u obstaculiza que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea cumpla la finalidad principal para la cual ha sido prevista: la protección de la parte débil de la relación litigiosa y del mercado interior. En efecto, la consecución de unas condiciones homogéneas de competencia, en el seno del mercado interior, constituye un presupuesto indispensable para su adecuado funcionamiento. La limitación de la aludida cláusula general a las situaciones contractuales «intracomunitarias» conlleva que las condiciones de acceso al mercado único puedan ser tan dispares que se vulnere el juego de una competencia no falseada en el mercado interior; lo cual supone, sin lugar a dudas, un grave perjuicio a su correcto funcionamiento. De hecho, no hay que olvidar que la famosa sentencia *Ingmar* versaba sobre una relación de agencia comercial «extracomunitaria», ya que el empresario o principal estaba establecido en un Estado no miembro de la Unión Europea.

aplicables al caso particular». En relación con el origen y alcance de la cláusula general de protección del Derecho comunitario consagrada por el susodicho apartado de la Propuesta, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 54-60.

⁴³ *Vid.* el apartado 4^o del art. 1 del Reglamento.

⁴⁴ Salvo que el término «elementos pertinentes» de la situación jurídica, que utiliza la actual redacción de la cláusula general, se refiera a «elementos relevantes», en cuyo caso también podrían verse afectadas por la referida cláusula general algunas situaciones privadas internacionales extracomunitarias (cuando los elementos de la misma no conectados con el territorio de la Unión Europea fuesen «no relevantes»); las cuales podrían considerarse, pues, como situaciones privadas «relativamente intracomunitarias». En relación con esta cuestión, es interesante tener en cuenta que, en la cláusula que aparece consagrada en el art. 3.3 del Reglamento «Roma I», el legislador de la Unión ha utilizado el término «elementos pertinentes», mientras que el Considerando 15 del mencionado cuerpo legal, que se refiere a la señalada cláusula, emplea el de «elementos relevantes» de la situación. A nuestro modo de ver, ello induce a pensar que se trata de conceptos equivalentes.

⁴⁵ *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 56-57.

⁴⁶ Por virtud de dicho apartado, cuando «todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo». Dicho apartado está pensado para contratos puramente internos (no desde el punto de vista europeo, sino del puramente estatal); tratando de evitar la internacionalización de los mismos por medio de una mera cláusula de elección de ley. Es preciso tener en cuenta que, dentro del concepto de disposiciones «que no puedan excluirse mediante acuerdo», quedarían incluidas tanto las normas materiales internacionalmente imperativas como las simple o internamente imperativas (esto es, todas las normas materiales del correspondiente ordenamiento jurídico que gocen de carácter imperativo).

Al margen de lo señalado, estimamos que la cláusula consagrada por el texto definitivo del Reglamento no sintoniza con las «normas con incidencia en la ley aplicable» previstas por las Directivas europeas para determinados sectores contractuales, ya que las mismas, como anteriormente analizamos, tan sólo requieren para la aplicación de sus disposiciones imperativas que exista una vinculación estrecha entre la situación contractual y el territorio de la Unión Europea. Además, con la excepción de la anteriormente mentada Directiva sobre los contratos de multipropiedad inmobiliaria, las Directivas europeas sectoriales, que delimitan su ámbito de aplicación espacial por medio de las «normas con incidencia en la ley aplicable», exigen que la vinculación con el área europea sea estrecha, pero no especifican cuándo se considera que existe tal conexión. De este modo, muchos contratos (mixtos) que tienen elementos vinculados a Estados miembros de la Unión y otros que no lo están, que quedarían englobados dentro de los comúnmente denominados contratos «extracomunitarios», también deberían de quedar sometidos, de conformidad con la generalidad de las «normas con incidencia en la ley aplicable», a la regulación material imperativa contenida en las correspondientes Directivas europeas sectoriales. De lo señalado se desprende claramente que no se ha conseguido la ansiada conciliación en el seno del sistema jurídico de la Unión Europea, ya que este resultado no se produciría aplicando la cláusula general contemplada en el art. 3.4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008.

Por otro lado, estimamos que es criticable que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea únicamente haya de intervenir en los supuestos de elección de ley, en concreto, en aquellos en los cuales la ley de un Estado que no forme parte de la Unión Europea haya sido elegida por las partes para regir el contrato que les une⁴⁷. Tal vez la justificación de dicha actitud pueda encontrarse en que el legislador europeo se ha inspirado excesivamente en la redacción de las «normas con incidencia en la ley aplicable» de las Directivas sectoriales en aras de sintonizar con las mismas; y, como anteriormente recalcamos, con carácter general, dichas normas únicamente hacen alusión a la referida posibilidad.

En cualquier caso, a nuestro modo de ver, dicha actitud del legislador europeo no está en sintonía con la finalidad de la cláusula general objeto de análisis. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, consideramos que la finalidad por la misma perseguida ha de ser la protección del Derecho de la Unión Europea, y no únicamente impedir o evitar el fraude de las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión⁴⁸. En el supuesto de haber perseguido el legislador europeo exclusivamente un objetivo tan específico como este último, sí que hubiese tenido sentido su actitud, ya que, en muchos casos, la elección de ley esconde una «elección unilateral» por la parte más fuerte de la relación contractual y está encaminada a defraudar determinadas disposiciones imperativas del Derecho derivado de la Unión Europea. Desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta la dualidad de intereses (tanto públicos como privados) que subyacen detrás de las Directivas europeas sectoriales, la protección del Derecho europeo, conferida por la cláusula general que aparece prevista en el art. 3.4 del Reglamento, no debe estar condicionada a que las partes hayan ejercitado o no su autonomía conflictual⁴⁹. Como consecuencia de lo señalado, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la aludida cláusula general habría de intervenir, igualmente, en los supuestos en los cuales, como consecuencia de no haber elección de ley por las partes, entrase en juego la ley objetivamente aplicable, es decir, en aquellos casos en los cuales la ley rectora del contrato internacional se determinase de conformidad con lo previsto en el art. 4 del Reglamento. De conformidad con lo señalado, no creemos que ni el art. 3 (relativo a la libertad de elección) ni el art. 4 (referente a la ley aplicable a falta de elección) del Reglamento sea el marco normativo más propicio o adecuado para contener una cláusula general de protección del Derecho europeo.

En cualquier caso, desde una perspectiva *de lege lata*, la referida limitación carece de trascendencia dada la actual redacción de la cláusula general contenida en el Reglamento «Roma I», la cual

⁴⁷ En relación con esta cuestión, no existe ninguna diferencia entre el texto definitivo y la Propuesta de Reglamento «Roma I», ya que también el art. 3.5 de esta última únicamente otorgaba protección en aquellos casos en los cuales la ley de un Estado no miembro había sido elegida por las partes.

⁴⁸ En un sentido diferente, *vid.* P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 2, pp. 331-349, p. 337, núm. 10, el cual estimaba que el objetivo de la cláusula general de protección del Derecho comunitario consagrada por el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», con la cual se mostraba muy crítico, era prevenir el fraude al Derecho comunitario.

⁴⁹ *Vid.*, por ejemplo, el Considerando 23, así como el art. 1, de la anteriormente citada Directiva 2008/122/CE.

incluye dentro de su ámbito de protección exclusivamente a las situaciones contractuales «intracomunitarias» (siendo éste, como anteriormente recalcamos, el déficit más importante de la misma). Ello implica que en el supuesto de entrar en juego el art. 4 del Reglamento por no haber ejercitado las partes su autonomía conflictual, la ley objetivamente aplicable al contrato haya de ser necesariamente la ley de un Estado miembro de la Unión Europea; por lo que no se produciría la intervención de la mentada cláusula general (cuya finalidad es la protección del Derecho de la Unión Europea).

Sin embargo, nos merece una opinión positiva el hecho de que la cláusula general, consagrada por el Reglamento en su art. 3.4, no discrimine entre las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea. De este modo, a diferencia de lo que parecía dar a entender la redacción del art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento («no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario *cuando sean aplicables al caso particular*»)⁵⁰, todas las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea quedan incluidas dentro del ámbito de protección del art. 3.4 del Reglamento «Roma I», sin que sea necesario justificar su aplicación en cada caso; siempre y cuando, evidentemente, el supuesto contractual planteado quede dentro del ámbito de aplicación espacial de la Directiva que contenga la disposición imperativa en cuestión. En nuestra opinión, la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión mitiga, aunque no evita por completo, la inseguridad jurídica existente al amparo de la regulación de la cláusula contenida en la Propuesta de Reglamento «Roma I», ya que la indeterminación sólo persiste en relación con el ámbito de aplicación espacial de las Directivas europeas sectoriales (derivada de la anteriormente mencionada imprecisión de las «normas con incidencia en la ley aplicable» en las mismas contenidas), pero no se extiende a las disposiciones imperativas que las mismas contienen. De este modo, la aplicación de una Directiva europea sectorial conlleva la de todas sus disposiciones expresa e implícitamente imperativas.

Consideramos que ello está en sintonía con los «Considerandos» y con las normas de delimitación espaciales contenidas en las Directivas europeas sectoriales, de las cuales se desprende que detrás de todas las disposiciones imperativas de las Directivas laten importantes intereses, tanto privados (de protección de la parte débil de la relación contractual), como públicos o generales (homogeneizar las condiciones de competencia en el mercado interior en aras del juego de una competencia no falseada en el área de la Unión Europea y, en última instancia, la consecución del objetivo de un mercado único en el seno de la Unión)⁵¹. En suma, desde nuestro punto de vista, los objetivos perseguidos por las susodichas Directivas justifican que todas sus disposiciones imperativas tengan cabida dentro de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Además, dicha solución del Reglamento sintoniza perfectamente con la célebre sentencia *Ingmar* de 9 de noviembre de 2000, ya que las razones alegadas por el TJCE para defender la imperatividad internacional de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia son extrapolables, tanto a las demás disposiciones imperativas de la susodicha Directiva, como a las disposiciones imperativas de las restantes Directivas elaboradas por las instituciones europeas para adaptarse a las necesidades del mercado interior en determinados sectores de la contratación.

Al margen de lo señalado, estimamos que, en aras de subsanar la indefinición que caracteriza a las Directivas europeas sectoriales que contienen normas de delimitación de su ámbito de aplicación espacial y el consiguiente alto grado de imprevisibilidad de las soluciones jurídicas que tal indeterminación conlleva, hubiese sido deseable que el legislador de la Unión Europea hubiese precisado (en la referida cláusula general o en cualquier otro artículo del Reglamento) cuándo se entiende, a los efectos señalados, que existe una vinculación estrecha con el territorio europeo⁵²: así, por ejemplo, en relación con la Directiva 86/653/CE, cuando el agente comercial ejerza su actividad profesional para el principal dentro de la Unión Europea (el criterio del mercado afectado ha sido consagrado por la sentencia *Ingmar*

⁵⁰ La cursiva no es original del aludido apartado.

⁵¹ *Vid.*, por todos, el art. 1 de la Directiva 2008/122/CE.

⁵² Por otro lado, también hubiese resultado conveniente, en aras del objetivo de la transparencia del Derecho de la Unión Europea, que el Reglamento «Roma I» incorporase un Anexo con una lista detallada, susceptible de una actualización periódica, de las «normas con incidencia en la ley aplicable» contenidas en las Directivas europeas sectoriales. En un sentido similar, *vid.* el ya citado Libro Verde, p. 19.

como criterio de delimitación espacial, en relación con los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia⁵³, incluso para aquellos supuestos en los cuales el principal esté establecido en un Estado no miembro [en concreto, en California] y las partes hayan elegido como ley aplicable al contrato la ley de ese país⁵⁴. De este modo, no habrían de ser los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión los que concretasen, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, cuándo existe una vinculación del contrato internacional con el espacio europeo que justifique la aplicación de las normas internas que hayan transpuesto las susodichas Directivas. Entendemos que esta propuesta *de lege ferenda* sintoniza mejor con uno de los objetivos principales perseguidos por el Reglamento «Roma I»: potenciar la seguridad jurídica en el ámbito de la ley aplicable a los contratos internacionales en el marco de la Unión Europea; valor que el Reglamento hace primar sobre el de la flexibilidad⁵⁵.

En relación con la consecuencia jurídica de la referida cláusula general, es preciso poner de relieve que, de conformidad con el art. 3.4 del Reglamento «Roma I», las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea habrán de recibir aplicación «tal como se apliquen en el Estado miembro del foro». La precisión del ordenamiento jurídico estatal cuyas normas internas se han de aplicar, extremo éste sobre el cual guardaba silencio el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento, nos merece una valoración muy positiva en cuanto que reduce notablemente la inseguridad jurídica, ya que, como es sabido, las Directivas carecen de efecto directo horizontal, lo cual implica que hayan de ser transpuestas por los Estados miembros de la Unión Europea a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Sin embargo, nos parece criticable que el Reglamento «Roma I» se haya decantado finalmente por las normas de *ius cogens* del ordenamiento jurídico del foro y no por las de la ley objetivamente aplicable al contrato internacional en cuestión (es decir, por las del ordenamiento jurídico estatal designado de conformidad con el art. 4 del Reglamento), ya que esta última solución sintoniza mejor con el funcionamiento general o *modus operandi* del Reglamento «Roma I» y con el propio sentido de la cláusula general; evitando que se utilice la autonomía conflictual con la intención de defraudar el Derecho material estatal normalmente competente, el rector del contrato en defecto de elección de ley, es decir, el designado de conformidad con lo previsto en el art. 4 del Reglamento⁵⁶. En efecto, la susodicha postura defendida por el legislador de la Unión, si bien es cierto que es la más cómoda para el órgano jurisdiccional y que respeta el nivel de protección mínimo uniforme consagrado por las Directivas europeas sectoriales (y, consiguientemente, los objetivos por las mismas perseguidos), fomenta de un modo innecesario el *forum shopping* «residual» a favor de la aplicación de la ley de un determinado Estado miembro⁵⁷, ya que puede inducir a la parte fuerte de la relación litigiosa (por ejemplo, al principal) a incluir, en el correspondiente contrato «intracomunitario» que celebre, una cláusula de elección de ley a favor de un país que no sea miembro de la Unión Europea con la mera intención de que, por la vía de la cláusula de protección del Derecho de la Unión, resulten aplicables las normas internas del ordenamiento jurídico del foro.

⁵³ Dichos preceptos, que constituyen el núcleo duro de la susodicha Directiva, regulan la indemnización a la que tiene derecho el agente comercial con motivo de la ruptura unilateral del contrato de agencia por el principal.

⁵⁴ Pese a reconocer las virtudes de la susodicha sentencia, consideramos que es al legislador de la Unión Europea, y no al TJUE, al que corresponde determinar, a través de la vía de una norma de delimitación expresa, el concreto alcance de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia.

⁵⁵ Vid. el apartado III del presente trabajo.

⁵⁶ Aunque en un contexto diferente y en el marco del Convenio de Roma, en relación con el contrato internacional de agencia comercial, vid. H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 96-101, monografía en la cual defiende que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros debían de aplicar las normas de *ius cogens* de la ley objetivamente aplicable al contrato en cuestión por ser ello consecuente con el funcionamiento general del Convenio de Roma, así como con el propio sentido y tenor literal del art. 3.3 del susodicho cuerpo convencional (el cual se aplicaba analógicamente a los contratos de agencia comercial «intracomunitarios» para impedir la operatividad de las cláusulas de elección de una ley estatal no comunitaria que no respetase el nivel mínimo de protección conferido al agente comercial por el Derecho comunitario de agencia).

⁵⁷ Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 4, pp. 727-780, pp. 737-738, núm. 10; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Colección «El Derecho de la Globalización», núm. 17, Madrid, 2009, pp. 151-152, núm. 112, según el cual al «legislador comunitario le resulta indiferente qué concreta Ley de un Estado miembro resulta aplicable al contrato (= es la llamada ‘indiferencia conflictual del Derecho comunitario’)»; así como A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2011, 12ª ed., pp. 587-764, p. 653, núm. 128, los cuales recalcan que el espacio para un *forum shopping* residual, permitido por la referida cláusula general, «es muy limitado y de escaso alcance».

En definitiva, pese a que consideramos un acierto el hecho de haber incorporado el legislador europeo, en el articulado del Reglamento «Roma I», una cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea y a reconocer que la misma reduce la inseguridad jurídica que generaba la cláusula general que aparecía contenida en el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento (en cuanto que como hemos puesto de manifiesto en las líneas anteriores, a diferencia de esta última, precisa determinadas cuestiones de importancia). No obstante, por las razones anteriormente alegadas, estimamos que el alcance de la actual cláusula general es extremadamente reducido, que la misma es insuficiente, es decir, que no colma las expectativas de los operadores jurídicos. A nuestro modo de ver, su reducido alcance la convierte en una apuesta o intento de conciliación parcialmente frustrado, por lo que resultaría conveniente una futura modificación de la cláusula general actualmente vigente en los términos anteriormente señalados.

11. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, las normas materiales internacionalmente imperativas presentan un acusado «potencial conciliador», esto es, constituyen una vía de conciliación idónea del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ya que las mismas, además de alcanzar tanto al régimen general como al régimen especial de determinación de la ley aplicable, son susceptibles de intervenir tanto en situaciones contractuales «intracomunitarias» como «extracomunitarias». Al margen de lo señalado, esta categoría normativa opera con independencia de que las partes ejerciten o no su autonomía conflictual.

Sin embargo, desde una perspectiva *de lege lata*, la intervención de las «leyes de policía» se ha visto excesivamente restringida en el marco del Reglamento «Roma I» como consecuencia de la definición tan restrictiva que hace el mismo de esta categoría normativa: una «ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento» (art. 9.1)⁵⁸. Esta situación contrasta con la existente al amparo del Convenio de Roma, el cual no definía dicha categoría normativa.

Este cambio de actitud del legislador europeo nos parece criticable, ya que las normas de aplicación inmediata deberían de proteger, tanto intereses generales o públicos, como a la parte débil de la relación litigiosa⁵⁹. Sin embargo, de conformidad con la definición tan restrictiva contenida en el apartado 1º del art. 9 del Reglamento «Roma I», las normas materiales internacionalmente imperativas no pueden intervenir, en el marco del Reglamento, para proteger a la parte débil de la relación contractual, sino únicamente para proteger intereses generales o públicos⁶⁰. En efecto, el art. 9.1 del Reglamento parece referirse únicamente a las llamadas «normas ordopolíticas» o «de dirección»; quedando excluidas, pues, las denominadas «normas de protección»⁶¹. Las disposiciones imperativas, contenidas en las Directivas europeas sectoriales, ponen de manifiesto, de un modo patente, el carácter extremadamente artificial que presenta la aludida delimitación, ya que, como anteriormente hemos puesto de relieve, las mismas responden a razones no sólo tuitivas, sino también económico-políticas.

En definitiva, teniendo en cuenta lo señalado, consideramos que las normas internas de los Estados miembros de la Unión Europea, que hayan transpuesto a su respectivo ordenamiento jurídico

⁵⁸ En relación con el concepto de «leyes de policía» utilizado por el señalado apartado y con su origen jurisprudencial, *vid.*, muy especialmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 229-232, núm. 191.

⁵⁹ Por lo que a la necesidad de paralelismo de la función protectora, de la parte débil de la relación litigiosa, en el Derecho material y en el DIPr., *vid.* F. POCAR, «La protection de la partie faible en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1984, V, tomo 188, pp. 339-417, pp. 353-357. Tal como en su día pusieron de manifiesto los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, existen sectores, entre los cuales se encuentra el contrato de agencia comercial, en los que «es necesario proteger, mediante normas internacionalmente imperativas, a sujetos situados en posiciones contractuales débiles», como es el caso del agente (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», en A.L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA [DIRECTORES], *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, p. 116, núm. 93).

⁶⁰ *Vid.* el Considerando 37 del Reglamento «Roma I», según el cual «consideraciones *de interés público* justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía» (la cursiva no es original del Considerando).

⁶¹ *Vid.*, por todos, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, así como las referencias doctrinales por el mismo citadas.

interno las disposiciones expresa e implícitamente imperativas, de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, son susceptibles de quedar encuadradas dentro de la definición de «leyes de policía» que aparece contenida en el apartado 1º del art. 9 del Reglamento «Roma I»; siempre y cuando el supuesto litigioso de que se trate entre dentro del ámbito de aplicación espacial de las referidas Directivas⁶². En última instancia, consideramos que la consideración de dichas normas como internacionalmente imperativas es un instrumento al servicio de la realización de los principios y objetivos del Derecho de la Unión Europea, de las necesidades del mercado interior; las cuales han propiciado, al igual que las mentadas razones tuitivas, la elaboración de las referidas Directivas europeas sectoriales.

3. Conciliación del Reglamento «Roma I» con otros instrumentos de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea

12. Al margen de lo señalado en relación con el Derecho europeo derivado y muy especialmente con las Directivas sectoriales elaboradas por las instituciones europeas con la finalidad de adaptarse a las peculiares necesidades del mercado interior en sectores concretos de la contratación, el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea también se proyecta entre los propios instrumentos europeos de DIPr. Y, más en concreto, el legislador de la Unión ha tratado de conciliar o coordinar el Reglamento «Roma I», en la esfera procesal, con el Reglamento «Bruselas I» y, en sede de Derecho aplicable, con el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)⁶³.

En efecto, por un lado, detrás del Reglamento «Roma I» subyace la voluntad de conciliar su articulado con el del Reglamento «Roma II»⁶⁴. En la regulación del Reglamento «Roma I» encontramos diversas manifestaciones de dicha voluntad conciliadora. Por un lado, el legislador de la Unión Europea ha tratado de coordinar el ámbito de aplicación material de ambos instrumentos europeos de DIPr.⁶⁵ Así, por ejemplo, el apartado 2 i) del art. 1 del Reglamento «Roma I» excluye de su ámbito de aplicación material las «obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato», esto es, las obligaciones derivadas de una relación precontractual; exclusión que se justifica por el hecho de aparecer tal cuestión regulada por el art. 12.1 del Reglamento «Roma II», el cual somete, con carácter general, la eventual responsabilidad derivada de tratos previos a la ley rectora del contrato o, en su caso, del hipotético contrato, es decir, a la ley que sería aplicable de haberse celebrado válidamente el contrato en cuestión⁶⁶. Otro ejemplo lo encontramos en la voluntad del legislador europeo de ajustar, en la medida de lo posible, la formulación del Reglamento «Roma I» al art. 14 del Reglamento «Roma II»⁶⁷.

⁶² Vid., sin embargo, la opinión manifestada por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, el cual encuadra dentro de la categoría de normas «de protección» a las disposiciones que protegen la situación jurídica de los agentes comerciales y de otros colectivos que se encuentran en una «posición contractual débil».

⁶³ DOUE, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/40. Vid. el Reglamento (CE) núm. 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (DOUE, de 31 de julio de 2009, núm. L 200/25). En relación con el Reglamento «Roma II» (el cual se aplica, con carácter general, desde el 11 de enero de 2009), *vid.*, por ejemplo, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Obligaciones extracontractuales», *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, bajo la coordinación de A. BORRÁS, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 671-698; así como G. PALAO MORENO, «Las reglas generales relativas a la determinación de la ley aplicable a los hechos dañosos, a la vista de los objetivos del Reglamento (CE) n° 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)», *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie «Derecho», núm. 114, 2008, pp. 65-80.

⁶⁴ Vid. el Considerando 7 del Reglamento «Roma I».

⁶⁵ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Capítulo XI: Obligaciones contractuales», en A. BORRÁS (Coord.), *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 607-670, p. 608, núm. 5; *Id.*, «El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *La Ley*, núm. 6957, 30 de mayo de 2008, pp. 1-10, p. 2.

⁶⁶ Vid. el Considerando 10 del Reglamento «Roma I».

⁶⁷ Vid. el Considerando 15 del Reglamento «Roma I».

13. En cualquier caso, la voluntad de conciliación del legislador de la Unión Europea se aprecia aún más claramente en relación con los dos instrumentos básicos del DIPr. de la Unión Europea: el Reglamento «Roma I» y el Reglamento «Bruselas I»⁶⁸. Como anteriormente pusimos de manifiesto, ambos textos legales tienen la consideración de ejes centrales del espacio judicial europeo. El Reglamento «Bruselas I», al igual que acontece con el Reglamento «Roma I», trata de ofrecer un elevado grado de seguridad jurídica en aras de alcanzar una mayor uniformidad de soluciones entre los Estados miembros⁶⁹. Como manifestaciones más evidentes de la voluntad del legislador de la Unión Europea, de conciliar ambos instrumentos europeos de DIPr., podemos destacar las siguientes.

Una muestra de la referida voluntad de conciliación la encontramos en la similitud existente entre el art. 1.1 del Reglamento «Roma I» y el art. 1.1 del Reglamento «Bruselas I» (relativos a la delimitación del ámbito de aplicación material de los respectivos cuerpos legales).

Otra manifestación de la mentada conciliación la encontramos en el hecho de que los conceptos de «contrato de compraventa de mercaderías» y de «contrato de prestación de servicios», que constituyen el supuesto de hecho de las normas de conflicto especiales que aparecen contempladas en el apartado 1º a) y b) del art. 4 del Reglamento «Roma I», han de interpretarse del mismo modo que en el ámbito del apartado 1º b) del art. 5 del Reglamento «Bruselas I» (el cual contiene el foro especial de competencia judicial internacional en materia contractual y señala cuál es, al menos *a priori*, el lugar del cumplimiento de la obligación litigiosa para dos categorías contractuales: los contratos de «compraventa de mercaderías» y los contratos de «prestación de servicios»)⁷⁰. No obstante, hay que tener en cuenta que el legislador de la Unión prevé, en el art. 4.1 del Reglamento «Roma I», normas de conflicto especiales específicas para determinados contratos «de prestación de servicios», en concreto, para los contratos «de distribución» (apartado 1f) y para los contratos «de franquicia» (apartado 1e)⁷¹.

La señalada voluntad de conciliación también se aprecia en otra de las normas de conflicto especiales consagradas en el art. 4.1 del Reglamento «Roma I». En concreto, el apartado 1º c) del susodicho precepto señala que los contratos internacionales cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se van a regir por la ley del país de situación del bien inmueble. No obstante, el apartado 1º d) del art. 4 del Reglamento «Roma I» prevé una excepción, a la señalada regla general, para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que cumplan las cuatro condiciones siguientes: que hayan sido celebrados para uso particular; por un período máximo de seis meses consecutivos; el arrendatario sea una persona física y tanto el arrendador como el arrendatario tengan su residencia habitual en el mismo país. En el supuesto de cumplirse dichas condiciones, que coinciden con las previstas en el apartado 1º del art. 22 del Reglamento «Bruselas I» (relativo a la concurrencia de competencias exclusivas, a favor de órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros de la Unión Europea, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles), el contrato de arrendamiento de un bien inmueble no se regirá por la ley del lugar de situación del bien inmueble en cuestión, sino por la ley del país de la residencia habitual del propietario del bien inmueble arrendado.

Otra manifestación de la referida conciliación la encontramos en el art. 23 del Reglamento «Roma I», el cual, al igual que ocurre con el art. 67 del Reglamento «Bruselas I», permite una mayor especialización de las soluciones.

⁶⁸ Vid. el Considerando 7 del Reglamento «Roma I», por virtud del cual el ámbito de aplicación material y las disposiciones del susodicho instrumento europeo han de interpretarse de un modo coherente, tanto con el Reglamento «Bruselas I», como con el Reglamento «Roma II».

⁶⁹ Vid., por ejemplo, el apartado 1º del art. 5 del Reglamento «Bruselas I», el cual pretende subsanar la inseguridad jurídica generada por el art. 5.1 del Convenio de Bruselas.

⁷⁰ Vid. el Considerando 17 del Reglamento «Roma I», el cual señala que por «lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de ‘prestación de servicios’ y de ‘venta de mercaderías’ deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento». Un análisis del concreto ámbito de aplicación del art. 5.1.b) del Reglamento «Bruselas I», que recurre a un concepto autónomo de contrato de «prestación de servicios», puede encontrarse en P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens del’article 5-1 b) du règlement ‘Bruxelles I’», *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 3, pp. 675-717.

⁷¹ Tal como ha puesto de relieve el Considerando 17 del Reglamento «Roma I», aunque «los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas».

Por otra parte, la necesaria conciliación o armonía que ha de existir entre ambos Reglamentos europeos obliga a que la interpretación del concepto de «actividad dirigida» en el marco del Reglamento «Roma I» (que utiliza el apartado 1º de su art. 6 para delimitar el ámbito de aplicación espacial del régimen especial de determinación de la ley aplicable contemplado en el referido precepto para los contratos de consumo) deba ser coherente con la mantenida en relación con el apartado 1º c) del art. 15 del Reglamento «Bruselas I» (lo cual implica que haya de tenerse en cuenta la declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa a dicho precepto⁷²), el cual también se basa en el señalado concepto para aplicar el régimen especial de competencia judicial internacional previsto en sus arts. 15-17 para los contratos de consumo⁷³.

Otra manifestación de conciliación la encontramos en los puntos de conexión utilizados por los apartados 2º y 3º del art. 8 del Reglamento «Roma I» para determinar la ley objetivamente aplicable a los contratos individuales de trabajo, es decir, la aplicable en defecto de elección de ley (lugar habitual de trabajo [primera conexión subsidiaria] y, en su defecto, lugar del establecimiento contratante [segunda conexión subsidiaria]); los cuales guardan cierta similitud con los foros alternativos que conforman el régimen especial de competencia judicial internacional, contemplado en el apartado 2º del art. 19 del Reglamento «Bruselas I», para los supuestos de contratos individuales de trabajo en los que el trabajador quiere demandar al empresario ante el Tribunal de un Estado miembro distinto al del domicilio de este último.

14. Sin embargo, la conciliación entre ambos instrumentos europeos de DIPr., esto es, entre el Reglamento «Roma I» y el Reglamento «Bruselas I», no se ha alcanzado plenamente.

Así, por ejemplo, el art. 19 del Reglamento «Roma I» define claramente qué se entiende, a los efectos del mismo, por *residencia habitual* de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas en base a un criterio único; a diferencia de lo que acontece con el apartado 1º del art. 60 del Reglamento «Bruselas I», el cual recurre a tres criterios a la hora de definir el *domicilio* de las sociedades u otras personas jurídicas⁷⁴.

A nuestro modo de ver, una prueba evidente de que no se ha alcanzado la ansiada conciliación o coherencia valorativa entre el Reglamento «Roma I», el Reglamento «Bruselas I» y las Directivas europeas sectoriales, la encontramos en la falta de correlación *forum-ius* en lo relativo a la proyección del nivel de protección mínimo previsto imperativamente, a favor de la parte débil de la relación contractual, por las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, las cuales fueron objeto de análisis en el apartado anterior. Como anteriormente hemos señalado, el Reglamento «Roma I» contempla un mecanismo novedoso, la llamada cláusula de protección del Derecho de la Unión Europea, que limita la posibilidad que tiene la parte fuerte de la relación litigiosa (por ejemplo, el agente comercial) de eludir de un modo directo en el ámbito del Derecho aplicable, por medio de una cláusula de elección de ley, la regulación imperativa del Derecho de la Unión. El problema es que el Reglamento «Bruselas I» no contempla una limitación similar, es decir, no impide que la parte fuerte de la relación contractual pueda eludir de un modo indirecto en sede de competencia judicial internacional, a través de la vía de una cláusula de elección de foro, la referida regulación imperativa europea. Desde un enfoque *de lege ferenda*, en aras de la plena consecución del ansiado principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, estimamos conveniente que sea

⁷² De conformidad con dicha declaración, para que el apartado 1 c) del art. 15 del Reglamento «Bruselas I» sea aplicable «no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades». Por otro lado, tal como señala la susodicha declaración, «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente».

⁷³ Vid. el Considerando 24 del Reglamento «Roma I», el cual pone de manifiesto que la necesidad de conciliación, entre ambos cuerpos legales, no sólo obliga a utilizar el concepto de «actividad dirigida» en el ámbito del Reglamento «Roma I» como condición de aplicación del régimen especial de protección del consumidor, sino a que el referido concepto sea objeto de una «interpretación armoniosa» en ambos instrumentos europeos.

⁷⁴ Vid. el Considerando 39 del Reglamento «Roma I».

el legislador de la Unión Europea, y no la normativa autónoma de los Estados miembros, el que imponga como límite, a la operatividad de los convenios atributivos de competencia a órganos jurisdiccionales de países que no sean miembros de la Unión, el respeto de las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales cuando las mismas resulten aplicables, ya que ello sintoniza mejor con el principio de conciliación y, además, permite obtener un cierto grado de uniformidad en las soluciones; lo cual es imprescindible para lograr el correcto funcionamiento del mercado interior⁷⁵.

III. Previsibilidad *versus* flexibilidad en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos

15. Al margen de lo señalado, un análisis de la regulación contenida en el Reglamento «Roma I» nos muestra que el legislador de la Unión Europea ha tratado claramente de reforzar la seguridad jurídica, en el ámbito del Derecho aplicable a los contratos internacionales, en el seno del espacio europeo. Dicha tendencia del Reglamento, derivada de la actual voluntad política de las instituciones europeas en la regulación de los asuntos transfronterizos, está encaminada a alcanzar una mayor uniformidad de soluciones, entre los Estados miembros de la Unión, en lo concerniente a la ley aplicable a los contratos vinculados a más de un ordenamiento jurídico. El articulado del Reglamento constituye una prueba fehaciente de la preocupación de las instituciones europeas por potenciar en este sector, en la medida de lo posible, la certeza jurídica, esto es, la previsibilidad de sus soluciones conflictuales, de sus respuestas jurídicas; de tal manera que los operadores jurídicos puedan prever las consecuencias legales de sus actos.

Ello no significa que el Reglamento «Roma I» no haga ninguna concesión al valor de la flexibilidad, que renuncie por completo a un cierto margen de flexibilidad en las soluciones. Así, por ejemplo, en el marco del Reglamento sigue subsistiendo el criterio de los vínculos más estrechos (aunque no como principio general para determinar la ley objetivamente aplicable, sino sólo como conexión de cierre del sistema [art. 4.4], operando en aquellos supuestos de contratos sujetos al régimen general de Derecho aplicable que no queden incluidos dentro del ámbito de ninguna de las normas de conflicto especiales contempladas en el art. 4.1 del Reglamento y en los que no pueda identificarse la prestación característica del contrato), así como la cláusula de excepción (la cual interviene únicamente en supuestos excepcionales [arts. 4.3 y 8.4⁷⁶])⁷⁷.

No obstante, es preciso reconocer que el Reglamento apuesta claramente por el valor de la seguridad jurídica, inclinando claramente la balanza a favor de este último. En efecto, aunque en el

⁷⁵ Con un alcance más sectorial, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 137-157, monografía en la cual analizo el problema, tanto desde una perspectiva *de lege ferenda* como *de lege lata*, en relación con el contrato internacional de agencia comercial. En dicho estudio monográfico pongo de manifiesto la necesidad de proyección del principio tuitivo del agente comercial en que se basa la Directiva de agencia, es decir, de la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial, en la esfera procesal y, más en concreto, en sede de competencia judicial internacional.

⁷⁶ La cláusula de excepción, prevista para los contratos individuales de trabajo en el apartado 4º del art. 8 del Reglamento, está redactada en términos menos estrictos que la contemplada en el art. 4.3 del susodicho cuerpo legal para la generalidad de los contratos internacionales; lo cual implica que los órganos jurisdiccionales tengan, en relación con los contratos de trabajo, un mayor margen de discrecionalidad para apartarse de la solución ofrecida por la correspondiente norma de conflicto. Dicha cláusula de excepción, que ya figuraba en el apartado 2º del art. 6 del Convenio de Roma en términos muy similares, va a operar con independencia de haber realizado o no el trabajador habitualmente su trabajo en un mismo país. La referida cláusula de excepción permite, por ejemplo, otorgar primacía a la conexión del lugar del establecimiento contratante sobre la del lugar habitual de trabajo, así como a otras conexiones que se consideren relevantes en un caso concreto. De conformidad con el anteriormente mentado Libro Verde, con base en la señalada cláusula de excepción de alcance particular, se podrá considerar, por ejemplo, que un contrato celebrado en Francia entre un empresario francés y un trabajador francés, para realizar un trabajo de dos años en un país africano, con una promesa, en su caso, de un nuevo empleo en Francia, al expirar el correspondiente contrato, se registrará por la ley francesa (con la que existen los vínculos más estrechos) en lugar de por la ley del país de ejecución del contrato (que en el susodicho supuesto sería la ley del país africano).

⁷⁷ En cualquier caso, en aras de reforzar la seguridad jurídica, los Considerandos 20 y 21 del Reglamento especifican que, a los efectos de los apartados 3º y 4º del art. 4 del Reglamento, para determinar el país con el cual el contrato internacional presenta los vínculos más estrechos, habrá de tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión presenta una relación muy estrecha con otro contrato u otros contratos.

Reglamento «Roma I» también está presente el binomio flexibilidad/previsibilidad, la batalla la gana finalmente este último valor, el de la certeza jurídica, el cual prima sobre el de la flexibilidad en el actual marco normativo. De hecho, el grado de flexibilidad de las disposiciones del Reglamento «Roma I» es menor que el que se apreciaba en su antecesor: el Convenio de Roma.

16. La referida tendencia a la seguridad jurídica, a la previsibilidad del resultado, en el marco del Reglamento «Roma I», expresamente manifestada por el mismo⁷⁸, se aprecia de un modo claro en su regulación. Un ejemplo de la voluntad del legislador de la Unión Europea de apostar por la seguridad jurídica lo encontramos en la ya analizada cláusula general de protección del Derecho de la Unión; la cual impide, bajo ciertas condiciones, defraudar la regulación imperativa contenida en las Directivas europeas⁷⁹.

Otro ejemplo de la referida tendencia lo constituyen las ya mentadas normas materiales internacionalmente imperativas del art. 9 del Reglamento, cuyo apartado 1º contiene una definición de las mismas, inexistente en el ámbito del Convenio de Roma, que además de ser extremadamente restrictiva puede plantear en la práctica, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, importantes problemas de interpretación; lo cual puede suponer un serio obstáculo a la finalidad que dicha definición tenía encomendada: potenciar la seguridad jurídica⁸⁰.

Por otro lado, la inclusión de los contratos de seguro (con alguna excepción aislada⁸¹), en el ámbito de aplicación material del Reglamento «Roma I», ha supuesto una notable simplificación de su régimen jurídico, lo cual ha contribuido a reforzar la seguridad jurídica, ya que ello contrasta con la acentuada dispersión normativa y extrema complejidad que existía, en el marco del Convenio de Roma, en relación con esta categoría de contrato internacional⁸².

Otra manifestación evidente de la señalada tendencia del Reglamento a potenciar la seguridad jurídica lo constituye su art. 19, el cual, a diferencia de lo que ocurre con el art. 60.1 del Reglamento «Bruselas I» (que recurre a tres criterios a la hora de definir el domicilio de las sociedades u otras personas jurídicas), define claramente qué se entiende, a los efectos del mismo, por residencia habitual de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas; y ello lo hace en base a un criterio único: el de la administración central⁸³. Tal como manifiesta el Considerando 39 del Reglamento, la seguridad jurídica exige que el Reglamento defina claramente el susodicho concepto. Y, muy especialmente, si se tiene en cuenta que el Reglamento recurre con frecuencia al criterio de la residencia habitual, en defecto de elección de ley, a los efectos de determinar la ley aplicable al contrato internacional. En aras de reforzar la previsibilidad jurídica, el art. 19.3 del Reglamento resuelve el problema del conflicto móvil, al señalar que la residencia habitual habrá de determinarse en el momento de la celebración del correspondiente contrato.

⁷⁸ *Vid.*, muy especialmente, el Considerando 6 y 16 del Reglamento «Roma I». De conformidad con este último Considerando, con «el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación».

⁷⁹ *Vid.* el epígrafe 2 del apartado II del presente trabajo.

⁸⁰ *Vid.* el apartado II epígrafe 2 de este artículo.

⁸¹ Dicha excepción se refiere a los contratos de seguro, derivados de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas, que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de determinados trabajadores (apartado 2 j) del art. 1 del Reglamento).

⁸² Al igual que acontece con el Reglamento «Roma I», el Convenio de Roma incluía a los contratos de reaseguro dentro de su ámbito de aplicación. No obstante, a diferencia del Reglamento, el Convenio de Roma excluía de su ámbito a los contratos de seguro que cubrían riesgos situados en el territorio de la Unión Europea; lo cual había ocasionado que la susodicha categoría contractual quedase sometida a un régimen jurídico extremadamente disperso y complejo.

⁸³ Por otro lado, el art. 19 del Reglamento considera que, a los efectos del mismo, las personas físicas que actúen en el ejercicio de su actividad profesional tienen su residencia habitual en el lugar en el cual se encuentre su establecimiento principal. Y en los supuestos en los cuales el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia u otro establecimiento, o si por virtud del contrato la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia u otro establecimiento, habrá de considerarse como residencia habitual el lugar en el que esté situada la susodicha sucursal, agencia u establecimiento (art. 19.2 del Reglamento).

IV. Especificidad *versus* generalidad en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos

17. En cualquier caso, a nuestro modo de ver, la manifestación más evidente de la aludida tendencia a reforzar la seguridad jurídica, la previsibilidad, en el marco del Reglamento «Roma I», lo constituye el hecho de la renuncia realizada por el legislador de la Unión, en este instrumento normativo, a la extrema generalidad de las soluciones existente en el ámbito del Convenio de Roma, esto es, a las soluciones genéricas en el mismo previstas. La especificidad de este Reglamento de alcance particular no sólo es predicable de la materia por el mismo abordada (la ley aplicable a las obligaciones contractuales), en lo cual también coincidía con el Convenio de Roma, sino también de su regulación. En efecto, a diferencia de lo que acontecía con el Convenio de Roma, el Reglamento «Roma I» apuesta, claramente, por una mayor especialización en las soluciones, por una acusada especificidad en sus respuestas jurídicas.

Un análisis del articulado del Reglamento nos muestra que el legislador de la Unión Europea ha querido extender la referida especialización tanto al régimen general como al régimen especial de determinación de la ley aplicable.

De la comparación del articulado del Convenio de Roma y del Reglamento «Roma I» se desprende, claramente, que este último dota de un régimen específico a un mayor número de contratos internacionales; lo cual permite tomar en consideración las particularidades que presentan determinados tipos contractuales muy extendidos en la práctica comercial internacional (como es el caso, por ejemplo, de los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, de los contratos de prestación de servicios, de distribución⁸⁴, de franquicia, de compraventa de mercaderías, de venta de bienes mediante subasta, de consumo, de trabajo, de seguro, de transporte, etc.). De hecho, en el Reglamento «Roma I», que mantiene la dualidad de regímenes de determinación del Derecho aplicable, existen numerosas categorías contractuales objeto de una regulación específica.

18. Por un lado, la aludida tendencia es claramente apreciable en el régimen especial de Derecho aplicable. De hecho, en el marco del Reglamento «Roma I» existen más contratos sujetos al régimen especial que en el Convenio de Roma. En concreto, a los ya existentes (esto es, a los contratos de consumo [art. 6] y a los contratos individuales de trabajo [art. 8]), se han añadido otros dos: los contratos de seguro (art. 7) y los contratos de transporte (art. 5).

En relación con los contratos de transporte, el Reglamento contempla en su art. 5 una dualidad de soluciones conflictuales, esto es, de regímenes de determinación de la ley aplicable: uno para los contratos de transporte de mercancías y otro para los contratos de transporte de pasajeros⁸⁵. Tal como pone de manifiesto el Considerando 32 del Reglamento, debido a las características especiales que presentan los contratos de transporte, deberá garantizarse un nivel adecuado de protección a los pasajeros mediante normas específicas. Entendemos que dicha necesidad de protección justifica la acusada especificidad del Reglamento en relación con esta categoría contractual y, más en concreto, que el art. 5 del Reglamento, que abarca todos los contratos de transporte, consagre un tratamiento conflictual diferente

⁸⁴ De conformidad con el Considerando 17 del Reglamento, los contratos de franquicia y de distribución, pese a tratarse de contratos de prestación de servicios, están sujetos a normas de conflicto específicas. De este modo, se resuelven los problemas interpretativos que se habían planteado, en el marco del Convenio de Roma, en relación con estas dos categorías contractuales; lo cual constituye una prueba evidente de la voluntad del Reglamento de potenciar la seguridad jurídica. En relación con las dificultades planteadas por la determinación de la prestación característica en relación con los contratos de distribución, en el marco del art. 4.2 del Convenio de Roma, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La lucha por la prestación característica (I): los contratos internacionales de distribución», en A.L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (DIRS.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-369, pp. 356-369. El referido Considerando del Reglamento, en aras de favorecer la previsibilidad de las soluciones, señala igualmente que los contratos de compraventa de mercaderías, al igual que los de prestación de servicios, deben de interpretarse del mismo modo que en el ámbito del art. 5.1 del Reglamento «Bruselas I».

⁸⁵ La existencia de una norma de conflicto especial para los contratos de transporte implica que los mismos no queden sujetos, ni al régimen general de Derecho aplicable, ni al régimen especial previsto en el art. 6 del Reglamento (relativo a los contratos de consumo).

para los contratos de transporte de mercancías (apartado 1º)⁸⁶ que para los contratos de transporte de pasajeros (apartado 2º)⁸⁷. Al margen de lo señalado, el legislador de la Unión Europea ha querido intensificar aún más la especificidad de esta categoría contractual por la vía de consagrar una cláusula de excepción específica (contenida en el apartado 3º del art. 5 del Reglamento) susceptible de operar, en defecto de elección de ley, en relación con todos los contratos de transporte, ya se trate de un transporte de mercancías o de pasajeros. En el supuesto de intervenir dicha cláusula de excepción, que tan sólo lo hará excepcionalmente, el contrato de transporte se regirá por la ley del país con el cual *manifestamente* presente los vínculos más estrechos⁸⁸.

Por otro lado, la diversidad de regímenes se mantiene en relación con los contratos de consumo, ya que para la aplicación del régimen especial protector del consumidor, que el Reglamento contempla, sigue siendo necesario que el supuesto en cuestión entre dentro del ámbito de aplicación material y espacial del art. 6⁸⁹. De no ser así, el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional quedará sometido al régimen general de Derecho aplicable, esto es, a los arts. 3 y 4 del Reglamento.

En relación con los contratos individuales de trabajo, la especificidad no se manifiesta en la existencia de una dualidad de regímenes de determinación de la ley aplicable, ya que al igual que acontecía en el ámbito del Convenio de Roma todos los contratos individuales de trabajo quedan sujetos a una única solución conflictual, en concreto, al régimen especial protector del trabajador contenido en el art. 8 del Reglamento⁹⁰. Pero la propugnada especificidad sí que se manifiesta en la existencia de una cláusula de excepción específica para los contratos individuales de trabajo (contenida en el apartado 4º del art. 8

⁸⁶ El art. 5.1 del Reglamento consagra, en materia de contratos de transporte de mercancías, como criterio de conexión principal, para determinar la *lex contractus*, a la autonomía conflictual; la cual operará conforme a lo previsto en el art. 3 del Reglamento, es decir, al régimen aplicable a la generalidad de los contratos internacionales. En defecto de elección de ley, el contrato de transporte de mercancías se va a regir por la ley del país de la residencia habitual del transportista, esto es, de la persona que se compromete a llevar a cabo el transporte de mercancías, con independencia de que el mismo sea o no el que realice el transporte (Considerando 22). No obstante, la operatividad de la susodicha primera conexión subsidiaria está condicionada a que dicho país coincida, o bien, con el lugar de recepción o de entrega de la mercancía, o bien, con el país en el cual el remitente, es decir, la persona que haya concluido el contrato de transporte con el transportista (Considerando 22) tenga su residencia habitual. En defecto del señalado condicionamiento, el contrato de transporte de mercancías se regirá por la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes en el contrato (esta segunda conexión subsidiaria, que se refiere al lugar de entrega pactado y no al lugar de la entrega efectiva de las mercancías, no operaba en el marco del Convenio de Roma). Tal como se desprende del Considerando 22 del Reglamento, los contratos de transporte de mercancías se interpretan del mismo modo que en el marco del art. 4.4 del Convenio de Roma, el cual definía dicha categoría contractual a los efectos de la aplicación de la presunción particular en dicho apartado prevista: «se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo trayecto u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías».

⁸⁷ Por otro lado, el art. 5.2 del Reglamento tiene como objetivo proteger al pasajero en tanto que parte débil de la relación contractual. Dicho apartado consagra, como conexión prioritaria, a la autonomía conflictual. No obstante, dicha autonomía conflictual está limitada en cuanto a las leyes susceptibles de elección (las cuales presentan una vinculación con el contrato): la de la residencia habitual del pasajero, la de la residencia habitual o administración central del transportista, la del lugar de origen o la del lugar de destino. Por lo tanto, las partes del contrato no podrán convenir someter el mismo a una ley estatal distinta de las que acabamos de mencionar. Y, en defecto de elección de ley en los términos expuestos, el contrato de transporte de pasajeros se va a someter a la ley del país de la residencia habitual del pasajero. No obstante, la operatividad de este primer criterio de conexión subsidiario está condicionada a que el referido país coincida con el lugar de origen o con el de destino. En el supuesto en que no se produzca la mencionada coincidencia, el contrato de transporte de pasajeros se va a regir por la ley del país de la residencia habitual del transportista (segunda conexión subsidiaria).

⁸⁸ La expresión «vínculos manifestamente más estrechos», que también está presente en la cláusula de excepción prevista en el art. 4.3 del Reglamento «Roma I» para la generalidad de los contratos internacionales (no obstante, esta última cláusula interviene incluso más restrictivamente, ya que emplea la expresión «se desprende claramente» [la cual no utiliza el art. 5.3 del Reglamento]), pone de manifiesto que la referida cláusula de excepción opera de un modo más restrictivo que la consagrada para los contratos individuales de trabajo en el art. 8.4 del Reglamento.

⁸⁹ En relación con el concreto alcance del art. 6 del Reglamento, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 2, pp. 52-133, pp. 85-112.

⁹⁰ Al igual que ocurría en el marco del Convenio de Roma, la norma conflictual, relativa al contrato individual de trabajo, no debe ir en detrimento de la aplicación de las disposiciones imperativas, del país de desplazamiento del trabajador, a las que hace referencia la ya citada Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: *vid.* el Considerando 34 del Reglamento «Roma I».

del Reglamento «Roma I»⁹¹, la cual opera de un modo menos restrictivo que la prevista en el art. 4.3 del Reglamento para la generalidad de los contratos internacionales⁹².

Por último, señalar que la diversidad de regímenes también afecta a los contratos de seguro, los cuales son objeto de una norma de conflicto especial contenida en el art. 7 del Reglamento «Roma I». Detrás del referido precepto subyacen, fundamentalmente, dos intereses. Por un lado, reducir la dispersión normativa existente al amparo del Convenio de Roma. De hecho, durante la vigencia del Convenio de Roma el régimen era particularmente complejo, ya que los contratos de seguro podían quedar sometidos, en función de las circunstancias, a las normas de conflicto del Convenio de Roma, a las de las Directivas comunitarias sobre seguros o a las de los sistemas autónomos de los Estados miembros. Sin embargo, como anteriormente hemos comentado, el Reglamento «Roma I» incluye a todos los contratos de seguro, con la salvedad de la exclusión específica contemplada en el apartado 2 j) de su art. 1, dentro de su ámbito de aplicación material. Y, por otro lado, detrás del art. 7 del Reglamento también subyace la idea de no modificar sustancialmente el régimen previsto en las Directivas comunitarias sobre seguros⁹³. En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que no todos los contratos de seguro quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del art. 7 del Reglamento; lo cual implica que los contratos de seguro excluidos de dicho régimen, al igual que los contratos de reaseguro (art. 7.1), hayan de quedar sometidos al régimen general de Derecho aplicable⁹⁴.

19. Al margen de lo señalado, en el marco del Reglamento «Roma I», estimamos que la tendencia a la especialización de las soluciones conflictuales también se ha proyectado sobre el régimen general de Derecho aplicable por el mismo previsto. Ello contrasta con lo que ocurría en el ámbito del Convenio de Roma, en el cual, con alguna excepción aislada⁹⁵, la especificidad en las respuestas jurídicas únicamente era predicable del régimen especial que el mismo consagraba. A nuestro modo de ver, en el régimen general de determinación de la ley aplicable del Reglamento, el legislador europeo ha fomentado la especialización de las soluciones tanto *ad intra* o «intrínseca» como *ad extra* o «extrínseca».

Una manifestación evidente de este último tipo de especialización, de la que hemos denominado como *ad extra* o «extrínseca», lo constituye el art. 23 del Reglamento. Desde un enfoque *de lege lata*, al menos hasta la fecha, dicho precepto, que promueve la coexistencia de normas conflictuales relativas a las obligaciones contractuales en materias específicas, goza de escasa eficacia, ya que excluye de su ámbito de acción a los contratos de seguro, que era precisamente el sector más afectado por las normas de conflicto; ya que, como anteriormente pusimos de relieve, existían numerosas Directivas comunitarias de seguros que recurrían a esta técnica normativa para delimitar su ámbito de aplicación espacial⁹⁶. Como es sabido, dicha exclusión se justifica en que el contenido de tales Directivas ha sido incluido en el articulado del propio Reglamento, en concreto, en su art. 7. No obstante, desde una perspectiva *de lege ferenda*, es innegable la aptitud o idoneidad de la referida cláusula como mecanismo o instrumento

⁹¹ A diferencia de lo que acontece con los contratos individuales de trabajo, para los contratos de consumo no existe una cláusula de excepción específica en el marco del Reglamento «Roma I» (la cual tampoco existía en el ámbito del Convenio de Roma).

⁹² De conformidad con el art. 8.4 del Reglamento, «si del conjunto de circunstancias *se desprende* que el contrato presenta *vínculos más estrechos* con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país». Dicho tenor legal no coincide con el del art. 4.3 del Reglamento: «si del conjunto de circunstancias *se desprende claramente* que el contrato presenta *vínculos manifestamente más estrechos* con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país». Las cursivas no son originales de los apartados transcritos.

⁹³ Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2009, p. 625, núms. 44 y 45.

⁹⁴ Un concienzudo análisis del régimen actualmente existente puede encontrarse en P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales II: algunos contratos», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Comares, Granada, 2011/2012, 12ª ed., pp. 764-806, pp. 770-779.

⁹⁵ Vid. las presunciones particulares previstas en el apartado 4º (para los contratos de transporte de mercancías) y en el apartado 3º (en relación con los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble) del art. 4 del Convenio de Roma. El resto de las categorías contractuales, sujetas al régimen general de Derecho aplicable, quedaban incluidas dentro del ámbito de la presunción general contenida en el apartado 2º del referido precepto. Tanto la presunción general como las presunciones particulares, que quedaban excluidas en los supuestos excepcionales de intervención de la cláusula de excepción (apartado 5º), tenían como objetivo concretar el principio general proclamado por el apartado 1º del art. 4 del Convenio (conexión de los vínculos más estrechos) en los supuestos en los cuales no hubiese elección de ley.

⁹⁶ En relación con la susodicha cláusula, *vid.* el apartado II del presente trabajo.

de especialización de las soluciones conflictuales; la cual permite atender las particularidades que presentan determinados tipos contractuales.

Al margen de lo señalado, existen otros instrumentos susceptibles de operar en el régimen general de Derecho aplicable y que también promueven una especialización «extrínseca» de las soluciones. En concreto, me estoy refiriendo a dos instrumentos que han sido analizados con anterioridad: por un lado, a las normas materiales internacionalmente imperativas (art. 9), dentro de las cuales tienen cabida las disposiciones imperativas del Derecho europeo derivado (como es el caso, por ejemplo, de la ya mentada Directiva de agencia comercial) y, por otro lado, a la novedosa cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea (art. 3.4)⁹⁷. Desde nuestro punto de vista, esta última cláusula reproduce, al menos en cierta medida, el *modus operandi* de los arts. 6 (contratos de consumo) y 8 (contratos individuales de trabajo), ya que la susodicha cláusula contempla una limitación similar de la autonomía conflictual de las partes, pero considerando como un todo, como un conjunto unitario, al ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁹⁸.

V. Algunas manifestaciones de materialización en el actual Derecho Internacional Privado europeo de los contratos

20. Detrás de la regulación del Reglamento «Roma I», al igual que acontece con otros instrumentos de la Unión Europea, también subyace una tímida e incipiente materialización⁹⁹.

Al margen de las dos vías clásicas de materialización (esto es, de las normas materiales internacionalmente imperativas [art. 9]¹⁰⁰ y del orden público internacional [art. 21]), el Reglamento «Roma I», al igual que acontecía con el Convenio de Roma, ha proyectado en el plano conflictual el principio básico en materia de obligaciones contractuales: la autonomía de la voluntad de las partes. De hecho, la autonomía conflictual sigue siendo la piedra angular del Reglamento «Roma I»¹⁰¹. No obstante, tal como se ha analizado en el presente estudio, existen ciertas modificaciones introducidas por el Reglamento «Roma I» que afectan al concreto alcance de la autonomía conflictual en el actual DIPr. europeo de los contratos¹⁰². Al igual que ocurre en el ámbito puramente interno, el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa constituye un importante límite a la autonomía de la voluntad y, consiguientemente, a la autonomía conflictual de las partes¹⁰³. El Reglamento «Roma I» ha extendido dicho principio tuitivo, que estaba claramente presente en el régimen especial de Derecho aplicable contenido en el Convenio de Roma¹⁰⁴, al régimen general de determinación de la ley aplicable (lo cual constituye, a nuestro modo de ver, una de las novedades del Reglamento «Roma I»)¹⁰⁵.

⁹⁷ Vid. el epígrafe 2 del apartado II del presente trabajo de investigación.

⁹⁸ En el ámbito del art. 3.4 del Reglamento, el límite a la autonomía conflictual aparece constituido por las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea tal como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro; mientras que en el marco de los arts. 6 y 8 del Reglamento la limitación aparece determinada por las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable, esto es, de la ley rectora del contrato en defecto de elección (*vid.* los arts. 6.2 y 8.1 del Reglamento).

⁹⁹ Vid. los Considerandos 8, 11, 23, 24, 32, 35 y 40 del Reglamento «Roma I».

¹⁰⁰ Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, en el marco del Reglamento «Roma I», la intervención de las mismas aparece más limitada que en el ámbito del ya caduco Convenio de Roma (que además contemplaba tanto a las normas de aplicación inmediata del foro como a las de terceros Estados [distintos de la *lex fori* y de la *lex contractus*]).

¹⁰¹ De conformidad con el Considerando 11 del Reglamento «Roma I», la «libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales». Una lectura económica del criterio de la autonomía de la voluntad conflictual, recogido en el Reglamento «Roma I», puede encontrarse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional», *La Ley (Especial Unión Europea)*, del 27 al 29 de abril de 2012, núm. 7847, el cual recalca que dicha conexión potencia la celebración de contratos internacionales y, consiguientemente, el comercio internacional y un mayor bienestar social.

¹⁰² Vid. el apartado II.2 del presente trabajo.

¹⁰³ Tal como pone de manifiesto el Considerando 23 del Reglamento «Roma I», en «cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales».

¹⁰⁴ Dicho principio tuitivo sigue estando claramente presente en el régimen general de determinación de la ley aplicable previsto en el Reglamento «Roma I»: *vid.* los arts. 5 (en relación con el contrato para el transporte de pasajeros [principio que no detectamos en relación con el contrato para el transporte de mercancías]), 6, 7 y 8.

¹⁰⁵ Vid., por ejemplo, el apartado 4º del art. 3 (por virtud del cual resultarán aplicables las disposiciones imperativas de

Otra clara manifestación de materialización, en el actual DIPr. europeo de los contratos, lo constituye la adaptación del Reglamento «Roma I» a la nueva realidad y, más en concreto, a los nuevos modelos familiares y a la realidad del comercio electrónico¹⁰⁶.

Al margen de lo señalado, como acontece en el ámbito puramente interno, el legislador de la Unión Europea trata de favorecer, en el Reglamento «Roma I», la validez formal de los contratos¹⁰⁷.

Directivas europeas sectoriales protectoras de la parte débil de la relación contractual, como es el caso, por ejemplo, de la anteriormente mentada Directiva de agencia), así como el apartado 1 e) y f) del art. 4 (relativos a los contratos de franquicia y de distribución) del Reglamento «Roma I».

¹⁰⁶ *Vid.*, por ejemplo, el apartado 2 b) y c) del art. 1 del Reglamento, así como el Considerando 24 del Reglamento (la norma de conflicto relativa a los contratos de consumo «debe permitir reducir los gastos para la resolución de los litigios que son, a menudo de escasa cuantía, y tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia»).

¹⁰⁷ *Vid.* la norma de conflicto materialmente orientada contenida en el art. 11 del Reglamento, el cual establece numerosos criterios de conexión, ordenados alternativamente entre sí, en aras de favorecer la validez formal de los contratos internacionales.