

---

# CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL

---

# CDT

Octubre 2009  
Volumen 1 Número 2

[www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)

ISSN 1989-4570

---

---

ESTUDIOS	Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades HILDA AGUILAR GRIEDER	5
	Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	30
	El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA	52
	Las normas de Derecho Internacional Privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ	134
	La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA	160
	Liberdades comunitárias e Direito Internacional Privado DÁRIO MOURA VICENTE	179
	I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali GIUSEPPINA PIZZOLANTE	221
	La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le libertà di iniziativa imprenditoriale e professionale FRANCESCO SEATZU	237
	Diplomacia y cultura legal en el sistema GATT/OMC PABLO ZAPATERO MIGUEL	262
	VARIA	Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia NURIA MARÍA ALMAGRO RODRÍGUEZ
	Nota sobre la reforma de la ley de sociedades profesionales para el reconocimiento en España de las sociedades profesionales de otros estados miembros de la Unión Europea PILAR BLANCO-MORALES LIMONES	284

---

---

VARIA	Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009	
	A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ	294
	Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I	
	JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	320
	I conflitti di leggi davanti agli arbitri del commercio internazionale: note in tema di collegamento obiettivo alla luce del Regolamento Roma I	
	PIETRO FRANZINA	328
	Actos de comunicación de tribunales españoles dirigidos a litigantes estadounidenses en procesos civiles y mercantiles	
	ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ	339
	Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul	
	MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL	357

---

SOBRE <i>CDT</i>	Normas de publicación	367
------------------	-----------------------	-----

---

## ***Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)***

ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)

### **Directores**

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA  
(Univ. Carlos III de Madrid)

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
(Univ. Murcia)

### **Secretaría de Redacción**

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ  
(Univ. Carlos III de Madrid)

### **Consejo Asesor**

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES  
(Univ. Extremadura)

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ  
(Univ. Carlos III de Madrid)

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO  
(Univ. Zaragoza)

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO  
(Univ. Complutense de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO  
(Univ. Islas Baleares)

PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO  
(Univ. Nacional de Educación a Distancia)

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT  
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO  
(Univ. Carlos III de Madrid)

### **Comité científico**

CARMEN ALONSO LEDESMA  
(Univ. Complutense de Madrid)

TITO BALLARINO  
(Univ. Padova)

STEFANIA BARIATTI  
(Univ. Milano)

JÜRGEN BASEDOW  
(Max Planck Institut  
für ausländisches und internationale  
Privatrecht, Hamburg)

CRISTINA CAMPLIGIO  
(Univ. Pavia)

JEAN-YVES CARLIER  
(Univ. Louvain / Univ. Liège)

PIETRO FRANZINA  
(Univ. Ferrara)

HELÈNE GAUDEMET-TALLON  
(Univ. Paris II - Panthéon-Assas)

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO  
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLE  
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO  
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS  
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI  
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSEL  
(Univ. Köln)

DIETER MARTINY  
(Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina)

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
(Univ. Carlos III de Madrid)

RUI MANUEL MOURA RAMOS  
(Univ. Coimbra)

HORATIA MUIR-WATT  
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

DÁRIO MOURA VICENTE  
(Univ. Lisboa)

JORGE OVIEDO ALBÁN  
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Univ. Carlos III de Madrid)

CATHERINE PRIETO  
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA  
(Univ. Complutense de Madrid)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA  
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO  
(Univ. Ferrara)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO  
(Univ. Carlos III de Madrid)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO  
(Univ. Valladolid)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.01

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 89 35

Correo electrónico: [celiamaria.caamina@uc3m.es](mailto:celiamaria.caamina@uc3m.es).

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Servicio de Biblioteca - Universidad Carlos III de Madrid

## ESTUDIOS

# ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y GRUPOS DE SOCIEDADES

HILDA AGUILAR GRIEDER  
*Profesora titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Huelva*

Recibido: 23.07.2009 / Aceptado: 12.08.2009

**Resumen:** En el ámbito de los grupos de sociedades, es frecuente que sociedades del grupo que no han firmado un contrato internacional participen en su negociación, ejecución y/o terminación. En el supuesto de incluir dicho contrato una cláusula arbitral, se plantea la duda de si tales sociedades van a resultar afectadas por la misma, esto es, de si pueden demandar o, en su caso, ser demandadas en arbitraje. De conformidad con la doctrina de los grupos de sociedades, que goza de una amplia difusión en la práctica arbitral y estatal, bajo determinadas condiciones, los efectos de la cláusula arbitral se extienden a las sociedades del grupo no firmantes del contrato al cual la misma aparece referida.

**Palabras clave:** arbitraje comercial internacional, contratos internacionales, extensión del alcance de la cláusula arbitral a los no firmantes, la doctrina de los grupos de sociedades.

**Abstract:** Within the framework of the companies of the group, the parties that have not signed the international contract often take part in its negotiation, execution and termination. When the aforementioned contract includes an arbitration clause, the question arises as to whether the clause would affect these non-signatories; that is to say, whether these parties are allowed to undertake legal proceedings or can have claims filed against them in court. According to the "group of companies" doctrine which is, in specific circumstances, widely accepted in arbitral and state practice, the effects of the arbitration agreement would extend to the non-signatories of the companies of the group even though they have not signed the contract in which the arbitration clause is written.

**Key words:** international commercial arbitration, international contracts, extending the scope of the arbitration clause to non signatories, the group of companies doctrine.

**Sumario:** I. Planteamiento y relevancia práctica del problema. II. Principios que gobiernan la problemática considerada. 1. Implicaciones de la realidad dual de los grupos de sociedades. 2. Posibilidad de aceptación tácita de la cláusula arbitral. III. Doctrina de la unidad económica del grupo. 1. *Modus operandi*. 2. Presupuestos de la extensión subjetiva de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo. A) Pertenencia de la sociedad no suscriptora a un grupo de sociedades. B) Participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la relación contractual litigiosa requerida para la extensión. 3. Figuras jurídicas aptas para fundamentar el alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo. A) Figuras jurídicas que denotan una voluntad común de las partes. B) Figuras jurídicas ajenas al criterio de la voluntad. IV. Análisis de un supuesto específico: alcance de la cláusula arbitral contenida en un contrato marco de distribución internacional.

## I. Planteamiento y relevancia práctica del problema

1. En la práctica actual, es frecuente que un grupo multinacional de sociedades entre en negociaciones con un cocontratante (en muchas ocasiones, con un Estado) con la finalidad de celebrar un determinado acuerdo, habitualmente industrial, de gran envergadura. En estos casos, al cocontratante le es indiferente el modo en el cual el grupo de sociedades se va a organizar internamente para llevar a cabo

el correspondiente proyecto; siendo éste el que determine, atendiendo a las particulares circunstancias y necesidades del caso concreto de que se trate, cuál va a ser la sociedad del grupo suscriptora del contrato y cuáles van a ser las sociedades que lo ejecuten<sup>1</sup>. En algunos casos, el grupo impone a una de sus sociedades la firma de un determinado contrato con el objeto de perpetrar un abuso de derecho o un fraude. No obstante, es preciso reconocer que, en la mayoría de los supuestos, no existe una voluntad de fraude, sino una voluntad común de todas las partes implicadas del grupo de actuar, así como de la contraparte de tratar, como una unidad económica, como un conjunto indivisible, al margen de cualquier maniobra evasiva de responsabilidad. De hecho, en muchas ocasiones, la decisión del grupo, en relación con la sociedad firmante del correspondiente contrato, va a venir motivada por diversos factores “legítimos” (así, por ejemplo, por el hecho de imponer la legislación del Estado en el cual se lleve a cabo el correspondiente proyecto que el contrato sea suscrito por la sociedad del grupo que tenga su sede en dicho lugar o por ciertas ventajas fiscales o de cualquier otro tipo que la referida decisión lleve aparejadas).

2. Por lo que al arbitraje comercial internacional se refiere, el problema se plantea cuando las partes suscriptoras del aludido contrato (sociedad del grupo, ya sea matriz o filial, y contraparte) hayan pactado recurrir al arbitraje para solucionar los eventuales litigios que el susodicho contrato suscite (ya sea por medio de una cláusula inserta en el mismo o a través de un documento independiente). En tal caso, habrá que determinar si y, en su caso, bajo qué condiciones y a través de qué instrumentos jurídicos, los efectos de la cláusula arbitral van a extenderse a las sociedades del grupo que, pese a no haber firmado el correspondiente contrato (al cual la cláusula arbitral aparece referida), hayan intervenido en su desenvolvimiento, esto es, si el correspondiente tribunal arbitral ha de extender o no su competencia a dichas sociedades. La extensión subjetiva de la cláusula arbitral conlleva que las sociedades no suscriptoras afectadas (matriz o filiales) puedan demandar, o en su caso ser demandadas, en arbitraje y que, por consiguiente, queden obligadas a acatar el laudo arbitral que finalmente se dicte<sup>2</sup>.

3. Dicha problemática controvertida, de creciente actualidad, constituye la peculiaridad de los grupos de sociedades en relación con el arbitraje comercial internacional, ya que los eventuales problemas que plantea la intervención de terceros en un mismo arbitraje van a aparecer claramente atenuados, en el ámbito de los grupos de sociedades, como consecuencia fundamentalmente de la identidad de intereses existentes entre las sociedades que pertenecen a un mismo grupo<sup>3</sup>.

4. Por otro lado, es preciso tener en cuenta que la cuestión relativa a la responsabilidad de las sociedades no suscriptoras es un problema ajeno, aunque inevitablemente estrechamente vinculado desde el punto de vista argumentativo, al de la competencia del tribunal arbitral. De hecho, en el supuesto de incorporarse una sociedad no firmante al procedimiento arbitral, como consecuencia de considerarla afectada por el alcance del convenio arbitral, el laudo que los árbitros dicten la condenará o no en función de cuáles sean las concretas circunstancias de cada caso, sin que tenga necesariamente que seguir la suerte de la sociedad firmante perteneciente al mismo grupo. Por lo tanto, la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora, perteneciente a un grupo de sociedades, no implica necesariamente que la misma haya de ser declarada responsable, sino simplemente que la jurisdicción arbitral, en lugar de la estatal, va a ser la competente para conocer de tal cuestión.

5. El interés en dar respuesta a la cuestión objeto del presente trabajo ha ido aumentando a medida que se han ido generalizando, por un lado, los grupos de sociedades (el crecimiento en el surgimiento de

---

<sup>1</sup> Una de las características esenciales del grupo multinacional de sociedades (o empresa multinacional) es la dispersión internacional de las sociedades que lo componen, ya que los mismos no son más que grupos de sociedades constituidos para el despliegue de una actividad internacional. En concreto, la actividad económica de los mismos sobrepasa las fronteras de los territorios nacionales, ya que en ellos la matriz implanta sociedades (ya sean de nueva creación o preexistentes) sobre Estados soberanos diferentes.

<sup>2</sup> La sede del arbitraje suele tener lugar en un país ajeno a aquel de la contraparte y de las sociedades del grupo implicadas en el asunto en cuestión (su elección aparece motivada por razones de neutralidad, de especialidad de la institución arbitral, de tradición de la misma, etc.).

<sup>3</sup> Por lo que al arbitraje multipartito se refiere, *vid.*, por ejemplo, H. AGUILAR GRIEDER, “La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2001, vol. 5, pp. 57-73.

los mismos, que se ha experimentado en los últimos tiempos, obedece a razones de muy variada índole [imposiciones legales, ventajas fiscales, razones organizativas, etc.] y, por otro lado, el mecanismo del arbitraje en el marco del comercio internacional.

6. La problemática relativa a la extensión *ratione personae* de los efectos del convenio arbitral, a una sociedad del grupo distinta de la firmante, es una de las que mayor complejidad presenta en el ámbito del arbitraje comercial internacional, ya que, debido a la peculiar naturaleza de los dos ámbitos afectados por el problema (esto es, los grupos de sociedades y la cláusula arbitral), involucra principios del arbitraje comercial internacional, aspectos societarios, de teoría general de las obligaciones y una dimensión económica importante. A pesar de ello, o quizá por ello, dicha cuestión no ha sido contemplada de manera específica ni por los Convenios relativos al arbitraje comercial internacional, ni por las legislaciones nacionales de arbitraje, ni por los Reglamentos de las instituciones encargadas de administrar el arbitraje. La carencia de regulación legislativa, de normativa *ad hoc* sobre el tema abordado, justifica que la única fuente de referencia sea la práctica (tanto arbitral como estatal), es decir, que ésta tenga un papel decisivo en la solución del mismo. De hecho, los escasos estudios doctrinales relativos a esta materia han partido de un análisis de las soluciones preconizadas por la jurisprudencia arbitral y estatal<sup>4</sup>.

7. La resolución del problema relativo al alcance subjetivo de los efectos de la cláusula arbitral, a una sociedad no suscriptora del grupo, puede abordarse desde dos enfoques o perspectivas de análisis: o bien, desde una conflictualista (denominada “no mercatorista”), o bien, desde una anacional o “mercatorista”. Como ya se verá en otro apartado, dicha perspectiva transnacional sustantiva ha sido seguida por la inmensa mayoría de la práctica arbitral y estatal. El marco anacional en el que se mueve el grupo multinacional de sociedades, unido al principio de autonomía de la cláusula compromisoria<sup>5</sup>, conlleva que la cuestión de saber si el convenio arbitral extiende sus efectos, a una sociedad no firmante del grupo, haya de regularse por un Derecho anacional<sup>6</sup>. De hecho, la cuestión relativa a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, en materia de grupos de sociedades, constituye uno de los máximos exponentes del llamado Derecho transnacional. La perspectiva clásica del Derecho internacional privado, esto es, la “no mercatorista”, la que propugna una solución conflictual al problema considerado, aunque posible y legítima, es una perspectiva ajena a la realidad, a la práctica (tanto arbitral como estatal), que la ha considerado inadecuada para solventar la problemática aludida debido a su ineficiencia, a su alejamiento de las necesidades del comercio internacional<sup>7</sup>.

8. La especificidad de la referida temática no obsta a que algunas de sus soluciones sean igualmente válidas para otros supuestos de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los terceros (grupos de

---

<sup>4</sup> Por lo que al plano doctrinal se refiere, *vid.*, muy especialmente, H. AGUILAR GRIEDER, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, *De conflictu legum*, Estudios de Derecho Internacional Privado, Núm. 3, 2001; B. M. CREMADES, “El grupo de empresas y su tratamiento en el arbitraje comercial internacional”, *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español*, Lima, 1989, pp. 295-313; Y. DERAIS Y S. SCHAF, “Clauses d’arbitrage et groupes de sociétés”, *IBLJ*, 1985, núm. 2, pp. 231-238; I. FADLALLAH, “Clauses d’arbitrage et groupes de sociétés”, *TrComfrdrintpr*, 1984-1985, pp. 105-122; C. JARROSSON, “Conventions d’arbitrage et groupes de sociétés”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, ASA Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 209-228; así como S. JARVIN, “The group of companies doctrine”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, A.S.A. Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 181-207.

<sup>5</sup> Dicho principio será objeto de estudio, en relación con la problemática que nos ocupa, en el apartado III 2 B) del presente trabajo.

<sup>6</sup> *Vid.* Y. DERAIS, “Nota a *Sent. CCI núm. 2375/1975*”, *JDI*, 1976, pp. 973-978, p. 976, el cual estima que la “ausencia común de lazo efectivo con un orden jurídico nacional determinado”, así como el “despliegue común de una actividad económica sin deseo de fronteras”, son las dos circunstancias básicas determinantes de la aplicación de la *lex mercatoria* a los grupos multinacionales de sociedades.

<sup>7</sup> Al menos *a priori*, las leyes implicadas en la búsqueda de la norma que afirme o niegue la extensión son la propia *lex causae* correspondiente a la cláusula arbitral, la *lex causae* correspondiente a la controversia o la ley rectora de la institución jurídica en que se apoye el razonamiento (representación, representación aparente, estipulación en beneficio de un tercero...). En relación con la aplicación de la plantilla clásica del conflicto de leyes al análisis del problema considerado, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 343-383, monografía en la cual llevo a cabo un exhaustivo análisis de la cuestión analizada en clave conflictual, pese a reconocer su prácticamente nula utilización práctica (tanto por los árbitros como por los jueces).

Estado<sup>8</sup>, cesión de crédito o de contrato<sup>9</sup>, subrogación<sup>10</sup>, transmisión de la cláusula arbitral en el marco de una cadena de contratos<sup>11</sup>, ampliación del alcance subjetivo del convenio arbitral en el ámbito del transporte marítimo internacional<sup>12</sup>, etc.), ya que los principios involucrados son parcialmente coincidentes en uno y en otro caso (principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, naturaleza consensual de la institución arbitral, ...).

## II. Principios que gobiernan la problemática considerada

### 1. Implicaciones de la realidad dual de los grupos de sociedades

9. La extensión *ratione personae* de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo de sociedades, ya sea a la matriz o a una filial, está condicionada, además de por principios genéricos propios del arbitraje comercial internacional (que serán objeto de análisis en el siguiente apartado), por determinados principios específicos propios de la materia relativa a los grupos de sociedades. Ello explica, al menos parcialmente, que la práctica se haya mostrado más proclive a extender los efectos de la cláusula arbitral en materia de grupos de sociedades que en otros supuestos de terceros no firmantes.

10. Todo grupo de sociedades presenta una realidad compleja, contradictoria, dual: jurídica y económica. Así como la realidad jurídica apunta a la pluralidad, la económica lo hace a la unidad. En con-

<sup>8</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de París de 12 de julio de 1984 (*Pyramides*), *JDI*, 1985, pp. 135-142, con la nota de B. GOLDMAN, pp. 143-151; *Rev. Arb.*, 1986, núm. 1, pp. 75-86; la cual consideró que el Estado egipcio no estaba ligado por la cláusula arbitral, a pesar de haber firmado el contrato, por ser su intervención la propia de una autoridad de tutela.

<sup>9</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia arbitral parcial dictada en el asunto núm. 7983/1996 (*JDI*, 2002, vol. 129, núm. 4, pp. 1085-1090, con la nota de S. JARVIN, pp. 1090-1093); la sentencia de la CCI núm. 12551/2004 (*JDI*, 2007, vol. 134, núm. 4, pp. 1301-1305, con la nota de B. DERAIS, pp. 1305-1309); así como la sentencia de la Corte de casación francesa de 28 de mayo de 2002 (*RCDIP*, 2002, vol. 91, núm. 4, pp. 758-760, con la nota de N. COIPEL-CORDONNIER, pp. 760-770). En caso de cesión del contrato, el cesionario queda vinculado del mismo modo que su cedente, adquiriendo, por tanto, todos los derechos y obligaciones del mismo, incluida la cláusula arbitral. Asimismo, la cesión de créditos opera, junto a la transmisión de los derechos resultantes del crédito cedido, la de sus accesorios.

<sup>10</sup> Al igual que acontece con la cesión del contrato y con la cesión de créditos, en el caso de la subrogación, el subrogado adquiere, por virtud del mecanismo de la subrogación, los derechos y acciones pertenecientes al subrogante. El caso de subrogación que con mayor frecuencia se produce en la práctica es el de los seguros. El asegurador (subrogado), una vez satisfecha la suma asegurada, adquiere la posición que tenía el asegurado (subrogante) en el contrato, incluyendo la cláusula arbitral. La extensión al asegurador de los efectos de la cláusula arbitral, al igual que los de la cláusula atributiva de jurisdicción, no planteará duda alguna cuando la ley aplicable al contrato de seguro establezca, como mecanismo de reintegración al asegurador de la cantidad asegurada, la subrogación en lugar de un simple derecho de repetición (tal es el caso, por ejemplo, del art. 780 del CCom español), ya que la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, sin que ello implique una modificación del vínculo obligacional. Para una visión global de la práctica jurisprudencial española seguida en relación con la cuestión relativa a la extensión de la cláusula arbitral, y de la cláusula atributiva de jurisdicción a un tribunal jurisdiccional extranjero (las razones que la justifican son las mismas en ambos supuestos), al asegurador, *vid.* mi comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de marzo de 1997, *RCEA*, 1997, vol. XIII, pp. 275-282, pp. 279-281, núm. 3, así como las referencias en el mismo citadas.

<sup>11</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de casación francesa de 6 de febrero de 2001 (*Peavy Company c. Organisme général pour les fourrages et autres*), *RCDIP*, 2001, vol. 90, núm. 3, pp. 522-524, con la nota de F. JAULT-SESEKE, pp. 524-534. Las cadenas de contratos constituyen una variante de los grupos de contratos. En relación con los grupos de contratos, *vid.*, entre otras muchas, la sentencia de la CCI núm. 7105/1993, *JDI*, 2000, vol. 127, núm. 4, pp. 1062-1066, con la nota de Y. DERAIS, pp. 1067-1069.

<sup>12</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de casación francesa de 8 de octubre de 2003 (*Borscha Shipping c/ Axa Corporate Solutions*) y la de 16 de marzo de 2004 (*Axa Corporate Solutions Assurance e. a. c/ Sté Mediterranean Galaxy e. a.*), *JDI*, 2004, vol. 131, núm. 4, pp. 1187-1191, con la nota de S. SANA CHAILLE DE NERE, pp. 1191-1200; *RCDIP*, 2004, vol. 93, núm. 4, pp. 763-767, con la nota de F. JAULT-SESEKE, pp. 767-773; así como la sentencia de la Corte de casación francesa de 22 de noviembre de 2005 (*Compagnie Axa Corporate solutions et autres c. Nemesis Shipping Corporate et autre*) y la de 21 de febrero de 2006 (*Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*), *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 3, pp. 606-609, con la nota de F. JAULT-SESEKE, pp. 609-619. En el plano doctrinal, *vid.* C. ESPLUGUES MOTA, *Arbitraje marítimo internacional*, 1ª ed., Colección "Estudios sobre Arbitraje", núm. 4, Thomson, Civitas, Navarra, 2007, pp. 374-412.



creto, en los grupos de sociedades, al igual que acontece con los grupos de Estado<sup>13</sup>, se vislumbra una pluralidad o diversidad jurídica, una unidad económica, así como una identidad de intereses existentes entre las sociedades que pertenecen a un mismo grupo; aspectos éstos que van a condicionar la resolución de la problemática que nos ocupa.

**11.** En efecto, por un lado, un grupo de sociedades no constituye una unidad jurídica indisociable, ya que cada una de las sociedades que componen el grupo goza de una identidad jurídica, esto es, de autonomía o independencia jurídica, de una personalidad jurídica propia y distinta a la de las restantes (filiales y matriz), careciendo el grupo de personalidad jurídica propia. Ello implica que, al menos *a priori*, cada una de las sociedades del grupo no esté obligada por los compromisos asumidos por cualquiera de las restantes sociedades, integrantes del mismo, con los terceros (lo que incluye, igualmente, a la cláusula arbitral).

**12.** Sin embargo, por otro lado, el grupo de sociedades constituye, de hecho, una única unidad económica, esto es, una realidad económica única, la cual presupone un control (directo o indirecto) y una orientación o dirección económica unificada, ejercidos ambos por la matriz sobre todas las filiales. En definitiva, la dependencia económica de las sociedades que componen un grupo se materializa en una estrategia común, global, en una convergencia de los objetivos perseguidos y en la centralización del poder de decisión.

**13.** Esta realidad dual, jurídica y económica, que el grupo de sociedades representa, ha de ser tenida en cuenta a la hora de hacer frente al problema de la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a una o a varias sociedades no suscriptoras del grupo. El arbitraje comercial internacional resultaría gravemente perjudicado si se atendiese exclusivamente a una de estas dos realidades.

Si se considerase únicamente la realidad económica única que un grupo de sociedades representa, los efectos de la cláusula arbitral se extenderían automáticamente a todas las sociedades que integran un grupo, lo cual, además de vulnerar la independencia jurídica que caracteriza a las sociedades del mismo, supondría un grave atentado a la naturaleza consensual de la institución arbitral. Ello perjudicaría seriamente a la credibilidad que hoy en día merece el arbitraje comercial internacional.

Al mismo resultado se llegaría si se atendiese exclusivamente a la pluralidad jurídica que un grupo de sociedades representa (lo cual resultaría de la adopción de una concepción estrictamente formalista del arbitraje comercial internacional, así como del convenio arbitral). En este supuesto, la cláusula arbitral no se extendería a ninguna sociedad no suscriptora, lo cual, además de no permitir atender a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto favorables o desfavorables a la extensión, propiciaría un fraccionamiento del litigio y, consiguientemente, tanto un notable incremento de los costes y de los plazos como del riesgo de inconciliabilidad entre las sentencias falladas (por la jurisdicción estatal y por la arbitral)<sup>14</sup>.

**14.** Por ello, ninguna de dichas dos realidades ha de ser desconsiderada a efectos de la extensión subjetiva de la cláusula arbitral. Ello implica que la ampliación de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora (así como a cualquier otro tercero) haya de ser la excepción, debiendo venir de-

---

<sup>13</sup> Pese a la estrecha interrelación existente entre ambas problemáticas, la de los grupos de sociedades y la de los grupos de Estado, la decisión relativa a la extensión *ratione personae* de la cláusula arbitral, a la sociedad estatal no suscriptora del contrato al cual la misma aparece referida (o en su caso, al Estado en cuestión), lleva aparejada un importante componente de Derecho público. De hecho, la misma depende de cuestiones tales como la actuación o no de un Estado como autoridad de tutela, así como de la aceptación o no de renunciaciones implícitas a la inmunidad de jurisdicción, ya que toda ampliación subjetiva de la cláusula arbitral en esta materia implica una renuncia a la inmunidad de jurisdicción. Por lo que a la aludida problemática de los grupos de Estado se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, "Arbitraje, grupos de Estados y extensión de los efectos de la cláusula arbitral", *RCEA*, 2000-2001, vol. XVI, pp. 57-82.

<sup>14</sup> Téngase en cuenta que el mecanismo procesal de la litispendencia (internacional), al igual que el de la conexidad (internacional), no son susceptibles de operar cuando uno de los litigios se siga ante la jurisdicción arbitral y el otro ante la estatal (*vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 19-20). Ello conlleva que, en estos supuestos, el riesgo de inconciliabilidad de decisiones sea mayor.

bidamente justificada en cada caso. De conformidad con lo señalado, lo más aconsejable es adoptar una postura ecléctica, la cual, como consecuencia de ampliar el alcance de la cláusula arbitral a las sociedades del grupo a las que el cumplimiento de determinadas condiciones las haga acreedoras de tal merecimiento (en concreto, las preconizadas por la teoría de la unidad económica del grupo<sup>15</sup>), es la que en mayor medida responde a los imperativos de la justicia.

15. Al margen de lo señalado, es preciso poner de relieve que la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, a una o a varias sociedades no firmantes del grupo, es decir, el dar prioridad a la realidad económica o a la jurídica, va a depender, al menos en cierta medida, de la concreta fisonomía del grupo de sociedades de que se trate. A estos efectos, entre los factores a tener en cuenta a la hora de decidir si va a haber o no lugar a la señalada ampliación (aunque los mismos no sean decisivos) han de encontrarse, tanto el grado de integración o dependencia económica de las filiales con respecto a la sociedad matriz, esto es, la centralización o descentralización de su organización, como la concreta estructura y composición del grupo de que se trate, es decir, la mayor o menor integración de las actividades de las sociedades del grupo entre sí, y el carácter financiero, personal o contractual del grupo en cuestión; esto último en función de cuál sea la naturaleza de los lazos que constituyen al grupo, los cuales pueden ser, respectivamente, financieros (es decir, de capital), personales (quedando todas las sociedades del grupo bajo el control y dirección de los mismos socios o dirigentes) o contractuales (pudiendo ser de naturaleza muy variada los contratos que dan lugar al grupo)<sup>16</sup>.

## 2. Posibilidad de aceptación tácita de la cláusula arbitral

16. Al menos aparentemente, el principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, así como las exigencias formales impuestas al mismo (de escritura y de la firma de las partes), constituyen los principales obstáculos a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a quienes no la hayan suscrito: a los terceros no firmantes, en general, y a las sociedades no suscriptoras del grupo, en particular<sup>17</sup>.

17. En efecto, *a priori*, desde una perspectiva jurídica clásica, pudiera parecer que las dos posturas básicas para hacer frente al problema de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a las sociedades no suscriptoras, pertenecientes a un grupo de sociedades, son la “formalista” y la “no formalista”. Con arreglo a un enfoque formalista puro, la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral únicamente sería posible en el supuesto de cumplirse los rigurosos requisitos formales exigidos con respecto a la misma por la legislación, convencional o nacional, que sea competente en cada caso<sup>18</sup>; de tal modo que el convenio arbitral extendería exclusivamente sus efectos a las partes firmantes del contrato al cual el mismo aparece referido<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Por lo que a dichas condiciones se refiere, *vid.* el apartado III núm. 2 del presente trabajo.

<sup>16</sup> *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 48-71.

<sup>17</sup> En este mismo sentido, B. M. CREMADES, *loc. cit.*, 1989.

<sup>18</sup> A estos efectos, *vid.* el art. II (2) del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (*BOE*, núm. 164, de 11 de julio de 1977); el art. I (2) (a) del Convenio de Ginebra, de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional (*BOE*, núm. 238, de 4 de octubre de 1975); el art. 25.1 del Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (*BOE*, núm. 219, de 13 de septiembre de 1994); el art. 7.2 de la Ley modelo de la CNUDMI de 21 de junio de 1985; así como el art. 9.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (*BOE*, núm. 309, de 26 de diciembre de 2003). Dichos preceptos imponen, bajo diversas modalidades y grados, que el convenio arbitral conste por escrito y aparezca firmado por las partes.

<sup>19</sup> Dicho enfoque ha sido seguido, por ejemplo, por la sentencia de la CCI núm. 4392/1983, *JDI*, 1983, pp. 907-910, p. 908 (relativa a la extensión del convenio arbitral a un contrato sobre cosa accesorio), la cual parte de una concepción arcaica, hoy en día superada, acerca de la relación existente entre la justicia arbitral y la estatal: considerar a la jurisdicción estatal como el juez natural de la persona, lo cual implica que la voluntad de someterse al arbitraje deba manifestarse de forma expresa. *Vid.*, igualmente, la sentencia de la CCI núm. 10758/2000 (*JDI*, 2001, vol. 128, núm. 4, pp. 1171-1177, con la nota de J.J. ARNALDEZ, pp. 1177-1179), la cual recurre a un argumento meramente formalista para denegar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora del contrato al cual aparecía la misma referida, en concreto, al art. 178.1 de la Ley suiza de Derecho internacional privado, la cual exige, no la firma del convenio arbitral, aunque sí la existencia de un documento que pruebe el consentimiento de las partes de someterse al arbitraje (téngase en cuenta que, en dicho supuesto, la sede del tribunal arbitral se encontraba en Suiza y que las partes habían sometido al Derecho suizo la cuestión relativa a la competencia del mismo). No obstante, tal como pone de relieve el comentarista de dicha sentencia, la misma no parece descartar la doctrina de los grupos de sociedades, al afirmar que la extensión del convenio arbitral a la sociedad no firmante “no es una simple cuestión de estructura o de control entre sociedades, sino más bien una cuestión de participación del no firmante en las negociaciones, en la conclusión y en la ejecución del contrato o de su actitud hacia la parte que pretende someter al arbitraje al no firmante” (p. 1177).

**18.** Se trata de dos aspectos que están estrechamente interrelacionados entre sí, ya que la resolución de la problemática planteada con arreglo al referido enfoque formalista está condicionada, en última instancia, por la concepción, amplia o restrictiva, adoptada en materia de interpretación del convenio arbitral. El principio de la interpretación estricta del acuerdo arbitral, y los requisitos formales exigidos en relación con el mismo, responden a un mismo fundamento, a una misma finalidad<sup>20</sup>. En concreto, el fundamento de ambos principios generales del arbitraje comercial internacional es garantizar, además del principio de los efectos relativos del contrato, propio del Derecho común contractual<sup>21</sup>, la naturaleza voluntarista o consensual de la institución arbitral (que es uno de los pilares esenciales sobre los que se apoya el arbitraje comercial internacional) y, en última instancia, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (consagrado por el art. 24.1 de nuestra Carta Magna)<sup>22</sup>. Al menos en un principio, todo sometimiento a la institución arbitral, en cuanto que mecanismo de resolución de controversias alternativo a la jurisdicción estatal, ha de venir respaldado por la voluntad de la persona que pretende o a la que se pretende sujetar al arbitraje, y una voluntad puede manifestarse tanto de un modo expreso como de uno tácito. La naturaleza voluntarista de la institución arbitral y, consiguientemente, el principio o derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, queda suficientemente garantizada en el caso de existir una voluntad inequívoca de la sociedad no suscriptora de someterse al arbitraje (aunque la misma no se manifieste de un modo expreso).

**19.** El que los efectos de una cláusula arbitral puedan extenderse, en determinadas circunstancias, a una persona no firmante, en general, y a una sociedad no suscriptora perteneciente a un grupo, en particular, va a depender, en última instancia, del alcance del principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, esto es, del criterio más o menos flexible que se adopte en relación con dicho principio general del arbitraje comercial internacional.

Por una parte, como consecuencia de la actual realidad comercial internacional, esto es, de haber perdido el arbitraje su anterior carácter excepcional para convertirse en el mecanismo habitual de resolver las controversias que se derivan de las relaciones comerciales internacionales, y de ser contrarias las actuales prácticas comerciales internacionales a un excesivo formalismo (ámbito en el cual una gran parte de los contratos se forman de un modo tácito), carece ya de sentido una interpretación excesivamente estricta del convenio arbitral. Por lo tanto, este modo de proceder, además de conducir, como consecuencia de no tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, a resultados materialmente injustos, carece de aptitud para adaptarse a las nuevas exigencias del comercio internacional. Además, una concepción flexible del principio de la interpretación estricta del convenio arbitral es más conforme al principio de la buena fe, el cual debe presidir la totalidad de las relaciones contractuales, así como a las expectativas legítimas de las partes.

Y, por otra parte, una concepción excesivamente restrictiva en materia de interpretación del convenio arbitral llevaría a una fragmentación del litigio en aquellos supuestos en los cuales la sociedad no firmante sea responsable del correcto cumplimiento del contrato litigioso que lleva aparejada una cláusula arbitral, con el consiguiente aumento de costes y de plazos, así como fundamentalmente del riesgo de contradicción de decisiones<sup>23</sup>. Debido a quedar al margen de toda duda la sumisión de la sociedad firmante a la correspondiente institución arbitral, la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora, que haya participado de un modo efectivo en la correspondiente relación contractual litigiosa (a la cual la cláusula arbitral aparece referida), es el único medio de evitar que pueda haber lugar a un doble procedimiento esto es, a un litigio arbitral entre la sociedad firmante del contrato litigioso en cuestión y su contraparte, y a un litigio judicial entre dicho cocontratante y la so-

---

<sup>20</sup> *Vid.*, entre otros muchos, O. SANDROCK, *loc. cit.*, 1993, p. 950.

<sup>21</sup> *Vid.* el art. 1257 de nuestro Código Civil, por virtud del cual “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan (...)”. No obstante, dicho principio presenta ciertas excepciones, de tal modo que no son siempre quienes han concluido el contrato, al menos con carácter exclusivo, los que se encuentran sometidos al mismo.

<sup>22</sup> En todo caso, dicho derecho constitucional no impide en modo alguno que las partes puedan acudir al arbitraje, como medio alternativo a la jurisdicción estatal, cuando tal sea su voluntad, y dentro de los límites que la ley establece. Por lo tanto, el arbitraje no constituye una alternativa a la tutela judicial efectiva, sino una manifestación de su ejercicio, ya que el ordenamiento jurídico admite, dentro de ciertos límites, el arbitraje.

<sup>23</sup> *Vid.*, I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, núm. 4, p. 106; así como Y. DERAIS y S. SCHAF, *loc. cit.*, 1985, p. 232.

ciudad del grupo que, sin haber suscrito el aludido contrato, haya participado en su desenvolvimiento de un modo efectivo.

20. Por estos dos motivos, es aconsejable adoptar una concepción amplia y flexible en materia de interpretación del convenio arbitral, de tal modo que se conceda una atención prioritaria al fondo sobre la forma, pudiendo la cuestión formal quedar dispensada en el caso de concurrir la debida justificación de fondo<sup>24</sup>. En definitiva, de lo señalado se desprende que lo que pretende el principio de la interpretación estricta de la cláusula arbitral no es el cumplimiento de una forma determinada, sino que un no firmante no pueda quedar vinculado por un convenio arbitral sin haberlo realmente querido. Por lo tanto, las motivaciones de fondo van a ser las que en última instancia decidan si va a haber o no lugar a la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante del grupo. Ello implica admitir la posibilidad de aceptación tácita de la cláusula arbitral en el supuesto de concurrir una voluntad real y cierta que resulte suficientemente probada<sup>25</sup>. De este modo, siempre que la cláusula arbitral sea válida desde el punto de vista formal entre las partes que la hayan pactado (sociedad suscriptora del grupo y su contraparte), la ausencia de firma de la sociedad no suscriptora en cuestión podrá dispensarse en el supuesto en que sea eficaz la correspondiente institución de fondo por virtud de la cual se pretende justificar la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a la aludida sociedad<sup>26</sup>.

21. En esta línea de pensamiento se encuadran tanto la postura “mercatorista” como la “no mercatorista”, ya que para ambas el alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral, en materia de grupos de sociedades, va a venir determinado, en última instancia, por cuestiones de fondo más que de forma. Sin embargo, ambas posturas se distinguen fundamentalmente entre sí como consecuencia de la fuente a la cual recurren para solucionar el problema. Siguiendo un enfoque “mercatorista”, el contenido de los instrumentos jurídicos, en base a los cuales se va a justificar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo, va a derivarse de un Derecho anacional, esto es, de la *lex mercatoria*<sup>27</sup>; mientras que conforme a un enfoque o perspectiva “no mercatorista”, dicho contenido de los instrumentos o figuras jurídicas, que resulten aplicables, habrá de buscarse en un concreto Derecho estatal, el cual habrá de venir determinado por una regla de conflicto.

El manifiesto menor rigor exigido por la postura “mercatorista” que por la “no mercatorista”, para proceder a la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora del grupo, no constituye una diferencia autónoma entre ambos enfoques, sino más bien una consecuencia de la anterior distinción, ya que los Derechos nacionales suelen ser más estrictos que la *lex mercatoria* en relación con los requisitos exigidos a los instrumentos jurídicos en base a los cuales se va a proceder a la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral en materia de grupos de sociedades. Los partidarios de una postura “no mercatorista”<sup>28</sup> no es que no admitan en ningún caso la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora, sino que, como consecuencia de exigir el cumplimiento de las condiciones establecidas por la legislación nacional que se estime competente, simplemente la obstaculizan.

---

<sup>24</sup> En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, P. MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, *R. des C.*, 1989, vol. 217, pp. 319-454, p. 437, el cual considera lógico que los árbitros se alejen de actitudes formalistas, ya que “la exigencia de una cláusula escrita aprobada expresamente por las dos partes no se adecua al modo de formación de los contratos comerciales, sobre todo en ciertos ámbitos en los cuales la celeridad es esencial”.

<sup>25</sup> En este sentido, *vid.*, por ejemplo, PH. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, especialmente p. 79, núm. 136; B. GOLDMAN, “Nota a *Sent. Cour d'appel de Paris de 12 de julio de 1984*”, *JDI*, 1985, pp. 129-158, p. 144; así como M. DE BOISSÉSON, “Effets d'une convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de sociétés”, *Bulletin Joli*, 1990, Déc., núm. 12, pp. 999-1013, p. 999, para quien esta posibilidad de aceptación tácita del convenio arbitral, reconocida por numerosas leyes nacionales (especialmente por la francesa), ha permitido el desarrollo de una jurisprudencia favorable a la extensión de los efectos del convenio arbitral en el ámbito de los grupos de sociedades. En la referida línea de pensamiento se encuentra la inmensa mayoría de la práctica: *vid.*, por todas, la sentencia que enunció el principio objeto de análisis, esto es, la sentencia de la CCI núm. 2138/1974, *JDI*, 1975, pp. 934-938, p. 934, con la nota de Y. DERAIS, la cual distingue entre la consideración de parte del contrato principal y el hecho de haber firmado el mismo (“ni firmante ni parte”).

<sup>26</sup> *Vid.* I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, núm. 25-30, especialmente p. 114, el cual señala que la cuestión de la extensión de los efectos del convenio arbitral, a una sociedad no firmante, no es puramente formal. Según dicho autor, en cuanto un miembro del grupo ha suscrito la cláusula arbitral, la exigencia de forma está cumplida si se puede demostrar que el firmante ha actuado por cuenta de otra sociedad del grupo: “(...) Únicamente se plantea entonces la cuestión de la eficacia de la institución de fondo que permite la extensión a una persona no materialmente firmante. Si hay exigencia de forma, ésta es desplazada hacia esta institución”.

22. En suma, aunque a primera vista pueda parecer lo contrario, ni el principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, ni las exigencias formales (de escritura y de firma) que al mismo acompañan, impiden que la cláusula arbitral pueda extender sus efectos a las sociedades del grupo no suscriptoras del contrato internacional al cual la misma aparece referida, ya que, tal como se desprende de lo señalado, los aludidos principios generales del arbitraje comercial internacional son compatibles con la eventual aceptación tácita de la cláusula arbitral. Considerando dicha posibilidad, el medio o sistema más eficaz para evitar la incertidumbre generada por una eventual ampliación del alcance subjetivo de la cláusula arbitral, cuando existe la apariencia eventualmente confusa o ambigua que se crea en los supuestos de contratación con la sociedad perteneciente a un grupo (o incluso en otros supuestos de terceros), consiste en que las partes excluyan, de un modo expreso, tal eventualidad en la propia cláusula arbitral<sup>29</sup>. No obstante, dado que tal prevención no suele concurrir en la realidad práctica, es menester profundizar en las condiciones y presupuestos bajo los cuales la extensión de la cláusula arbitral, a una o a varias sociedades no firmantes del grupo, se puede producir y, de hecho, se ha producido.

### III. Doctrina de la unidad económica del grupo

#### 1. *Modus operandi*

23. La doctrina de la unidad económica del grupo, también denominada doctrina de los grupos de sociedades y doctrina de la realidad económica del grupo, es una teoría de origen jurisprudencial, surgida de la práctica de los tribunales arbitrales (fundamentalmente en el seno de la Corte internacional de arbitraje de la CCI) y estatales (especialmente de la jurisprudencia francesa<sup>30</sup> [que es la que en mayor medida ha examinado la problemática relativa al alcance subjetivo de la cláusula arbitral a los terceros no firmantes, en general, y a las sociedades no suscriptoras de un grupo, en particular]). De hecho, la inmensa mayoría de los arbitrajes internacionales, relativos a esta materia, han tenido su sede en Francia. La referida teoría es la dominante, no sólo en el terreno de la práctica (tanto arbitral como estatal)<sup>31</sup>, sino también en el ámbito doctrinal<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Por lo que a la amplia problemática de la *lex mercatoria* se refiere, *vid.*, por todos, B. GOLDMAN, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *TrComfrdrintpr*, 1977-1979, pp. 221-259; así como AAVV, *Lex mercatoria and arbitration*, editada por T.E. CARBONNEAU, Kluwer, 1998.

<sup>28</sup> Entre los más acérrimos defensores de la señalada postura minoritaria destacan los siguientes autores: O. SANDROCK, “Arbitration agreements and groups of companies”, *Int. Lawyer*, 1993, vol. 27, pp. 941-961, especialmente pp. 949 y 961; *id.*, “Extending the scope of arbitration agreements to non-signatories”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, ASA Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 165-180, especialmente pp. 168-169, 172 y 180; así como J.F. POUURET, “Trois remarques au sujet de la théorie des groupes de sociétés”, *Bull. A.S.A.*, 1995, pp. 145-148. A nuestro juicio, uno de los principales problemas de este enfoque, al que sus partidarios no han podido encontrar solución satisfactoria hasta el momento, consiste en la dificultad de determinar el sistema conflictual que señale cuál es la ley nacional aplicable al caso.

<sup>29</sup> En este mismo sentido, aunque en relación con la extensión de la cláusula arbitral dentro de un grupo de contratos, *vid.* T. KLEIN, “Disagreement on the scope of an arbitration clause”, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Dec. 1996, vol. 7, núm. 2, pp. 24-27, p. 27.

<sup>30</sup> Ello está en clara sintonía con el hecho de que la jurisprudencia francesa haya seguido, en múltiples ocasiones, un enfoque transnacional sustantivo, deduciendo del principio de autonomía de la cláusula compromisoria un alejamiento de la misma del método conflictual, esto es, su autonomía con respecto a toda ley estatal. En relación con esta línea jurisprudencial, *vid.* muy especialmente J.P. ANCEL, “L’actualité de l’autonomie de la clause compromissoire”, *TrComfrdrintpr*, 1991-1993, pp. 75-107, pp. 88-98; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD Y B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, 1996, pp. 230-259, núms. 418-451; así como E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 159-176. En opinión de G. PLUYETTE, el alejamiento de la cláusula arbitral, con respecto a la regla de conflicto, se justifica desde el punto de vista de la eficacia y desde el del consentimiento. Desde el ángulo de la eficacia, puesto que esta desvinculación “permite asegurar una verdadera eficacia al arbitraje internacional”; y desde el del consentimiento, ya que el papel principal del juez, que controla la regularidad de la sentencia, consiste en “verificar la existencia del consentimiento, lo que implica la búsqueda de la común voluntad de las partes”, y no de la ley determinada por un sistema conflictualista (*Débats, TrComfrdrintpr*, 1991-1993, pp. 108-119, p. 119).

<sup>31</sup> Tal como ha reconocido expresamente M. BLESSING, al plantearse la ley que gobierna la cuestión analizada, la postura mercatorista ha sido “firmemente recomendada y es digna de un amplio apoyo en el arbitraje internacional” (M. BLESSING, “Extension of the arbitration clause to non-signatories”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, ASA Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 151-164, p. 159).

<sup>32</sup> *Id.*, por ejemplo, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001; A. CHAPPELLE, “L’arbitrage et les tiers: Le droit des personnes morales (Groupes de sociétés; Interventions d’Etat)”, *Rev. Arb.*, 1988, núm. 3, pp. 475-493; B. M. CREMADES, *loc. cit.*, 1989, pp. 295-313; Y. DERAIS, “L’extension de la clause d’arbitrage aux non signatories-La doctrine des groupes de sociétés”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, A.S.A. Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 241-243; Y. DERAIS Y S. SCHAF, *loc. cit.*, 1985; I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, pp. 105-122; S. JARVIN, “La validité de la clause arbitrale vis-à-vis de tiers non signataires de la clause-Examen de la doctrine de groupe de sociétés dans l’arbitrage CCI”, *IBLJ*, 1995, núm. 6, pp. 729-737; así como T. LAUGIER, “L’arbitrage multipartite a l’épreuve des droits nationaux”, *IBLJ*, 1989, núm. 8, pp. 985-997.

24. El máximo exponente de la postura transnacional sustantiva, en el ámbito de la extensión de los efectos del convenio arbitral en materia de grupos de sociedades, está constituido por la doctrina de la unidad económica del grupo. En efecto, la doctrina de los grupos de sociedades resuelve la problemática objeto de estudio desde una perspectiva universalista o anacional, esto es, siguiendo un método del caso por caso, ya que fundamenta su decisión en un análisis exhaustivo de las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto de que se trate y del grupo de sociedades en cuestión, al margen de cualquier normativa estatal; de tal modo que la extensión subjetiva del convenio arbitral, que goza de carácter excepcional<sup>33</sup>, venga debidamente justificada en cada caso<sup>34</sup>.

El enfoque anacional adoptado por la doctrina de la unidad económica del grupo, además de ser favorable a una eficaz administración de la justicia, es conforme a las cambiantes necesidades del comercio internacional, a las expectativas legítimas de las partes, al objetivo de la justicia material, así como al principio de la buena fe en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales. Además, los árbitros, como consecuencia de carecer de foro, no se hayan vinculados por ningún sistema legal nacional. Por lo que a los arbitrajes comerciales internacionales desarrollados en el marco de la CCI se refiere, que son la inmensa mayoría (al menos por lo que a la cuestión que nos ocupa se refiere), dicho modo de operar aparece respaldado por el contenido de su Reglamento de arbitraje, el cual se caracteriza, fundamentalmente, por conceder al tribunal arbitral una amplia libertad y flexibilidad para el ejercicio de su misión.

25. La perspectiva anacional, adoptada por la doctrina de la unidad económica del grupo, no obsta a que la misma fundamentalmente en última instancia, normalmente de un modo implícito, la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora del grupo, que va a operar con carácter excepcional, en concretas figuras del mundo jurídico (representación, estipulación en beneficio de un tercero, doctrina de los actos propios o *estoppel* y técnica del “levantamiento del velo”)<sup>35</sup>. Tal cobertura argumental también se realiza al margen de las concretas regulaciones de los Derechos nacionales. Aunque parece que con ello se pretende impedir que prospere un futuro recurso de anulación en el país de la sede del arbitraje, así como una eventual denegación del exequátur del laudo arbitral dictado, lo cierto es que tales cautelas no necesariamente se corresponden con el carácter tasado y la estricta interpretación de las causas de anulación, en un caso, o de los motivos de denegación del exequátur, en otro. En cualquier caso, esta fundamentación o confirmación jurídica de la solución adoptada va creando un acervo justificativo de la extensión, en materia de grupos de sociedades, que aporta seguridad jurídica en el contexto de la ausencia de normativa *ad hoc*.

La práctica defensora de la doctrina de los grupos de sociedades, a pesar de derivar el contenido de los instrumentos jurídicos, en base a los cuales se justifica la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo, de un Derecho anacional, esto es, de la *lex mercatoria*, y no de un concreto Derecho estatal (determinado por una regla de conflicto); emplea comúnmente las referidas figuras jurídicas, en esta materia, de un modo acorde con la teoría general de las obligaciones (la cual, como veremos, siempre gravita sobre los fallos arbitrales).

26. La efectiva consagración de la doctrina de la unidad económica del grupo, así como la delimitación de su concreto contenido, se debe a la célebre y controvertida sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*Dow Chemical v/ Isover Saint Gobain*)<sup>36</sup>. Las pautas acogidas por dicha sentencia, que cuenta con

<sup>33</sup> No fue este el caso, sin embargo, de la controvertida sentencia núm. 1510 de la Sociedad de Arbitraje Marítimo de Nueva York de 28 de noviembre de 1980 (*Map Tankers, Inc. v/ Mobil Tankers, Ltd.*), *YCA*, 1982, vol. VII, pp. 151-155, especialmente p. 153.

<sup>34</sup> A nuestro modo de ver, es preferible el método del caso por caso que el establecimiento de una regla material, la cual, aunque más previsible, pecaría de injusta, ya que no podría tener en cuenta todos los hechos concurrentes, así como las peculiaridades propias de cada grupo.

<sup>35</sup> La idoneidad de las señaladas figuras jurídicas, para hacer frente a la problemática por nosotros abordada, será objeto de análisis en el núm. 3 del presente apartado.

<sup>36</sup> *JDI*, 1983, pp. 899-907; *Rev. Arb.*, 1984, núm. 1, pp. 137-150. Los hechos que rodearon a la referida sentencia arbitral de 23 de septiembre de 1982 (cuya sede arbitral era París), pueden resumirse de la siguiente manera: un grupo multinacional americano (*Dow Chemical*) celebra en momentos distintos, con un grupo multinacional francés (*Isover Saint Gobain*), dos contratos para la distribución en Francia, por esta última sociedad, de productos destinados al aislamiento térmico. Cada uno de estos contratos contenía un convenio arbitral, que preveía el arbitraje de la CCI. Con motivo de la ejecución del contrato, tres de las filiales del grupo *Dow Chemical*, así como la sociedad matriz, presentaron una demanda de arbitraje ante la CCI frente a la sociedad *Isover Saint Gobain*. A pesar de haber alegado dicha sociedad la inexistencia de una cláusula arbitral que la vinculase a la sociedad matriz americana, así como a la filial francesa, los árbitros se declararon competentes con respecto a estas dos sociedades. El alejamiento de toda ley estatal, en relación con la determinación de la competencia arbitral, lo dedujeron los árbitros, fundamentalmente, de los apartados 3º y 4º del art. 8 del Reglamento de la Corte de arbitraje de la CCI (de 1975), cuyas disposiciones quedaron incorporadas al contrato como consecuencia de la referencia que las partes hicieron al mismo (*JDI*, 1983, pp. 900 y 904).

determinados precedentes de la práctica<sup>37</sup>, han sido ratificadas por numerosas sentencias posteriores, tanto arbitrales<sup>38</sup> como estatales<sup>39</sup>, las cuales han contribuido a fijar los límites inherentes a la doctrina de la unidad económica del grupo<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Vid. la sentencia de 1 de julio de 1973 (*Holiday Inns v/ Morocco*), dictada bajo los auspicios del CIRDI, y los comentarios a la misma de P. LALIVE, "The first 'world bank' arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*)-Some legal problems", *BYIL*, 1980, pp. 123-161, especialmente pp. 147-155; la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*JDI*, 1976, pp. 973-978), supuesto en el cual concurrían dos grupos multinacionales de sociedades y circunstancias particularmente favorables a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a las dos sociedades filiales no firmantes (la demandante y la primera demandada); la sentencia de la CCI núm. 1434/1975 (*JDI*, 1976, pp. 978-981, con la nota de Y. DERAÏNS, pp. 982-989), la cual decidió, ante la concurrencia de circunstancias muy propicias a la extensión (consistentes, básicamente, en la designación flexible y con una clara ausencia de formalismo de las sociedades del grupo A que iban a intervenir en la ejecución de la operación litigiosa [lo cual constituía una prueba fehaciente de la importancia secundaria que, para todas las partes, revestían estas designaciones], así como en el entrelazamiento existente entre las obligaciones contractuales correspondientes a las sociedades del grupo A), ampliar el alcance del convenio arbitral a las sociedades no suscriptoras del grupo A, recurriendo para ello, de un modo implícito y vago, a la figura jurídica de la representación tácita; así como la sentencia núm. 1510 de la Sociedad de Arbitraje Marítimo de Nueva York de 28 de noviembre de 1980 (*cit. supra*), pp. 151-155, la cual parece incitar a pensar que la pertenencia a un mismo grupo de sociedades es suficiente razón para extender el convenio arbitral a todas las sociedades de un mismo grupo que tengan interés en actuar (ya que sin interés no hay acción), sin hacer referencia a que las sociedades afectadas por la extensión habían participado efectivamente en la operación marítima litigiosa en cuestión.

<sup>38</sup> Al margen de las más arriba citadas, entre las sentencias arbitrales más representativas de la doctrina de la unidad económica del grupo podemos destacar las siguientes: la sentencia de la CCI núm. 5103/1988, la cual aplicó los criterios propios de la teoría de la unidad económica del grupo al ámbito de la responsabilidad (*JDI*, 1988, pp. 1206-1215, con la nota de G. AGUILAR ÁLVAREZ); la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*JDI*, 1990, pp. 1019-1026), la cual, pese a denegar la extensión de los efectos del convenio arbitral al dirigente social, recurrió a las pautas propias de la doctrina de los grupos de sociedades, fundamentando su decisión en el principio general de la buena fe, en los usos del comercio internacional y en la voluntad común de las partes; la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*JDI*, 1991, pp. 1065-1068), la cual establece tres condiciones alternativas que justifican la ampliación de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo, en concreto, la representación (entendida ésta en sentido amplio, quedando, por tanto, incluida la figura del mandato aparente), la estipulación en beneficio de un tercero y la participación, tanto activa como pasiva, en la operación litigiosa; la sentencia de la CCI núm. 6673/1992 (*JDI*, 1992, pp. 992-996, con la nota de D. HASCHER, pp. 996-998), supuesto en el cual los árbitros denegaron la extensión de los efectos del convenio arbitral, a la sociedad no firmante, por no haberse probado debidamente que ésta era titular de la tecnología objeto del contrato y, consiguientemente, que estaba directamente referida por éste (lo cual constituye una prueba fehaciente de que ni siquiera los árbitros defensores de la doctrina de la unidad económica del grupo admiten fácilmente la extensión de la cláusula arbitral a las sociedades no suscriptoras); la sentencia de la CCI núm. 7155/1993 (*JDI*, 1996, pp. 1037-1040, con la nota de J.J. ARNALDEZ, pp. 1040-1041), asunto en el cual los árbitros, después de haber llevado a cabo un exhaustivo análisis de los hechos concurrentes, decidieron no extender los efectos de la cláusula arbitral a las dos sociedades filiales no firmantes del contrato en el cual la misma aparecía inserta, sin que el hecho de haber solicitado dichas sociedades la extensión de la cláusula arbitral a las mismas fuese tenido en cuenta por los árbitros; la sentencia de la CCI núm. 8385/1995 (*JDI*, 1997, pp. 1061-1068, con la nota de Y. DERAÏNS, pp. 1068-1073), supuesto en el cual el árbitro fundamentó expresamente la decisión, relativa a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad matriz no firmante que se oponía a la misma, no en base a la común voluntad de las partes, sino en el comportamiento ilegítimo del grupo de sociedades y, en última instancia, en la *lex mercatoria*, sin perjuicio de haber posteriormente comprobado, con el único ánimo de ratificar su decisión, que el resultado al cual llevaba la aplicación de la *lex mercatoria* coincidía con el apuntado por los Derechos estatales vinculados con el litigio; así como la sentencia de la CCI núm. 12605/2005 (*JDI*, 2008, vol. 135, núm. 4, pp. 1193-1196, con la nota de S. JARVIN y C. TRUONG-NGUYEN, pp. 1196-1204), la cual ilustra sobre la posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral fundándose en la teoría de los grupos de sociedades y de la unidad económica formada por un conjunto contractual (del cual dos de los contratos contenían una cláusula arbitral) cuya ejecución es asumida por las diferentes filiales de un grupo de sociedades (no obstante, en dicho supuesto, ninguna de las filiales demandadas en arbitraje había participado en la negociación o en la conclusión del contrato al cual aparecía referida la cláusula arbitral, por lo que no pudo haber lugar a la extensión de la misma).

<sup>39</sup> Por lo que a la práctica judicial se refiere, *vid.*, muy especialmente, la sentencia inglesa del Tribunal Supremo de Justicia de 6 de octubre de 1977 (*Roussel-Uclaf*), *YCA*, 1979, vol. IV, pp. 317-320, la cual justificó el alcance de la cláusula arbitral a la sociedad filial no firmante, al menos en parte, en el interés de una buena administración de la justicia, es decir, en los problemas inherentes a la concurrencia de un doble procedimiento, uno arbitral y otro estatal, en relación con una misma cuestión (la jurisdicción inglesa fue la primera jurisdicción estatal que invocó la teoría de la unidad económica del grupo); la sentencia de la Corte de apelación de París de 21 de octubre de 1983, *Rev. Arb.*, 1984, núm. 1, pp. 98-101, la cual acogió la doctrina de los grupos de sociedades al desestimar el recurso de anulación interpuesto frente al laudo arbitral en el anteriormente citado asunto *Dow Chemical*; la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*Sponsor A.B. v/Lestrade*), *Rev. Arb.*, 1988, núm. 1, pp. 153-157, la cual, además de continuar con la tendencia confirmada por la sentencia *Dow Chemical* (consistente en recurrir para resolver la cuestión que nos ocupa, en lugar de a un Derecho nacional, a la voluntad común de las partes y a los usos del comercio internacional) en aras de oponer el convenio arbitral a la sociedad matriz no firmante del grupo en contra de su voluntad, llevó la doctrina de los grupos de sociedades a su máximo extremo al afirmar que el enfoque por ella seguido "está admitido en Derecho"; la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de noviembre de 1988 (*Société Kors-*

27. Dichas sentencias han contribuido, en mayor o menor medida, a la formación y evolución de un Derecho relativo a los grupos de sociedades (en concreto, de un Derecho referente a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral en esta materia). Dicho Derecho, que está en continua formación, forma parte integrante de la *lex mercatoria*; y, de hecho, constituye uno de los máximos exponentes del denominado Derecho transnacional. El señalado Derecho, que constituye, o al menos pone de manifiesto, un uso del comercio internacional<sup>41</sup>, se basa esencialmente en la voluntad común de las partes interesadas (deducida ésta de los términos del contrato y de un análisis minucioso de las circunstancias del caso concreto), incluida la de la sociedad no firmante del grupo que pretende o a la cual se pretende ampliar el alcance de la correspondiente cláusula arbitral, para decidir si hay o no lugar a la extensión de la misma.

28. En suma, en la práctica totalidad de las ocasiones en las que se ha procedido a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, a una sociedad del grupo no suscriptora, se ha recurrido a la doctrina de la unidad económica del grupo, es decir, a un enfoque anacional. No obstante, tal como se desprende de un análisis exhaustivo de las sentencias anteriormente citadas, lo que verdaderamente caracteriza a la práctica defensora de la doctrina de la unidad económica del grupo no es el hecho de conceder o denegar el alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora, lo cual dependerá del supuesto de que se trate, sino un determinado modo de proceder. La teoría de la unidad económica del

---

*nas Marma v/société Durand-Auzias*), *Rev. Arb.*, 1989, núm. 4, pp. 691-694, asunto en el cual se extendió la cláusula arbitral a la sociedad filial francesa no suscriptora (en contra de su voluntad), la cual, además de haber participado activamente en la ejecución del contrato litigioso, representaba, de conformidad con los términos del contrato, a su sociedad matriz y actuaba como su subconcesionaria; la sentencia de la Corte de apelación de París de 31 de octubre de 1989 (*Société Kis France et autres v/Société Générale et autres*), *Rev. Arb.*, 1992, núm. 1, pp. 90-94, la cual recurrió al proyecto económico único y al conjunto contractual unificado, donde las obligaciones de las partes aparecen estrechamente entrelazadas entre sí, para ampliar el alcance del convenio arbitral a las sociedades filiales no suscriptoras interesadas en el proyecto; la sentencia de la Corte de apelación de París de 11 de enero de 1990 (*Orri v/société des Lubrifiants Elf Aquitaine*), *Rev. Arb.* 1992, pp. 95-99, *JDI*, 1991, pp. 141-145, la cual, en aras de extender los efectos del convenio arbitral al dirigente social de un pequeño grupo de sociedades personal (que ejercía el comercio a través de diversas sociedades, de las cuales detentaba la totalidad de su capital social), recurrió a la noción de los grupos de sociedades (pese a que dicha doctrina ha estado siempre referida a personas jurídicas y a que, en este caso, la extensión afectaba a una persona física) y, con carácter subsidiario, a la teoría del fraude y a la del conjunto contractual indivisible; la sentencia de la Corte de casación francesa de 11 de junio de 1991, *Rev. Arb.*, 1992, núm. 1, pp. 73-75, con la nota de D. COHEN, la cual confirmó la solución adoptada por la susodicha sentencia de la Corte de apelación, aunque basándose únicamente en el argumento del fraude manifiesto (no obstante, la Corte de casación aprobó implícitamente la teoría de la unidad económica del grupo, ya que en ningún momento la condenó); así como la sentencia de la Corte de casación francesa de 27 de marzo de 2007 (*Stés ABS et AGF Iart c. Sté Amkor technology et autres*), *RCDIP*, 2007, vol. 96, núm. 4, pp. 798-801, con la nota de F. JAULT-SESEKE, pp. 801-807, *JDI*, 2007, vol. 134, núm. 3, pp. 968-969, con la nota de C. LEGROS, pp. 969-980, supuesto en el cual la circulación de la cláusula arbitral es discutida en un doble aspecto, en el de su transmisión automática en las cadenas de contratos translativos de propiedad (en tanto que accesorio del derecho de acción transmitido) y en lo relativo a su alcance en el marco de los grupos de sociedades, reconociendo la Corte de casación a las dos sociedades filiales francesas no firmantes, “directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que del mismo puedan resultar”, el derecho de prevalecerse de la cláusula arbitral (que la Corte de casación había considerado como transmitida) contenida en el contrato de suministro-venta de componentes electrónicos que ligaba a su sociedad matriz (subcontratista) con la sociedad AME.

<sup>40</sup> *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 121-164, así como las múltiples referencias en dicha monografía citadas.

<sup>41</sup> A nuestro modo de ver, los usos del comercio internacional, que al igual que las sentencias arbitrales y estatales que sean objeto de un cierto consenso forman uno de los principales componentes de la *lex mercatoria*, constituyen la fuente a la cual ha de recurrirse para solucionar la problemática expuesta. El referido Derecho de creación jurisprudencial, especialmente de la arbitral, en materia de oponibilidad del convenio arbitral a los grupos de sociedades, puede considerarse como un uso del comercio internacional que se encuentra íntimamente ligado al principio de la buena fe (en este sentido, *vid.* P. MAYER, “Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international”, *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, 1993, pp. 543-556, especialmente p. 552, el cual estima que esta regla, lo suficientemente precisa como para ser operacional, que forma parte integrante de la *lex mercatoria*, ha sido directamente extraída por los árbitros del principio de la buena fe; así como LORD JUSTICE MUSTILL, “The new *lex mercatoria*: The first twenty-five years”, *Liber amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987, pp. 149-183, especialmente pp. 174 y 176, según el cual esta particular regla [“...un grupo de sociedades es considerado como que contrata por cuenta de todos los miembros del grupo, al menos por lo que se refiere al convenio arbitral”] forma parte integrante de la *lex mercatoria* en su estructura actual). Como ha puesto de manifiesto P. LÉBOULANGER, “Nota a *Sent. Cour de cassation de 6 de enero de 1987*”, *Rev. Arb.*, 1987, núm. 4, pp. 469-478, p. 476, el principio de la buena fe, en el ámbito del comercio internacional, actúa como un principio de Derecho y no de equidad. En relación con el creciente protagonismo que están adquiriendo los usos del comercio internacional, *vid.*, entre otros muchos, S. BOSTANJI, “De la promotion des usages du commerce international par la justice étatique”, *JDI*, 2005, vol. 132, núm. 2, pp. 1067-1091.



grupo ha permitido que, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, se pueda oponer una cláusula arbitral a las sociedades integrantes de un grupo que, sin haberla suscrito, cumplan determinadas condiciones. Para la referida doctrina, la formación por un grupo de sociedades, o bien, por ciertos miembros del mismo, de una auténtica *unité économique*, va a poder determinar la extensión de la cláusula arbitral a las sociedades no firmantes de la misma que formen parte de dicha unidad económica. Dicha teoría acoge, pues, una concepción flexible del principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, a la par que presupone la compatibilidad existente entre la exigencia del carácter escrito del convenio arbitral y la extensión del alcance del mismo a una sociedad no firmante perteneciente a un grupo. La doctrina de los grupos de sociedades puede ser considerada como conciliadora, ya que ha tratado de encontrar un equilibrio entre el excesivo formalismo y la extensión automática, así como entre la realidad económica y la jurídica; es decir, entre los hechos concretos de cada caso, cuya intencionalidad hay que interpretar, y la diversidad jurídica propia de los grupos de sociedades, de la cual no pueden hacer abstracción los juzgadores. Ello implica que los efectos del convenio arbitral, ni se extiendan automáticamente a todas las sociedades del grupo, ni únicamente a las firmantes del mismo.

## 2. Presupuestos de la extensión subjetiva de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo

### A) Pertenencia de la sociedad no suscriptora a un grupo de sociedades

29. La doctrina de la unidad económica del grupo exige, como presupuesto previo necesario para ampliar el alcance subjetivo de la cláusula arbitral, la pertenencia de la sociedad no suscriptora en cuestión (esto es, de la que pretende o a la que se pretende oponer la susodicha cláusula) a un grupo de sociedades. En el ámbito que nos ocupa, el problema de la extensión de los efectos del convenio arbitral se ha planteado siempre en relación con grupos fuertemente integrados; esto es, se ha tratado de filiales unidas a la matriz por medio de lazos particularmente estrechos de dominio. Pero la cuestión es menos clara en el caso de ser dicho control menos manifiesto. Lo que sí resulta plausible es que a mayor control ejercido por la matriz sobre sus filiales, mayor será la subordinación de éstas a sus decisiones y acuerdos, ampliándose, consiguientemente, las posibilidades de extensión<sup>42</sup>.

30. En este mismo contexto, resulta de capital importancia la determinación de los criterios que deben seguir los encargados de juzgar un asunto para apreciar si realmente se encuentran ante un grupo de sociedades. Es preciso tener en cuenta, a estos efectos, que las legislaciones nacionales presentan entre sí amplias divergencias en relación con el grado y tipo (téngase en cuenta que la participación financiera no es el único medio del cual dispone la sociedad matriz para ejercitar el control sobre sus filiales) de control necesario para poder hablar de grupo de sociedades (discrepancias que son susceptibles de plantearse incluso dentro de un mismo Derecho nacional)<sup>43</sup>. Este problema resulta atenuado como consecuencia de la legislación comunitaria existente al respecto<sup>44</sup>, de la cual puede valerse tanto el juez como el árbitro. En cualquier caso, desde un punto de vista transnacional sustantivo, que es el adoptado por la doctrina de los grupos de sociedades, no resulta necesario acudir a ningún Derecho nacional, gozando, tanto los árbitros como los jueces, de un amplio margen de libertad en la apreciación de este particular aspecto, procediendo, en cada caso, con el objeto de dilucidar este punto previo, a un análisis minucioso de las circunstancias, así como de las particulares relaciones existentes entre los miembros del grupo.

---

<sup>42</sup> Vid. el apartado II núm. 1 del presente trabajo.

<sup>43</sup> A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, J.M. EMBID IRUJO, "Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, vol. 67, pp. 31-54, especialmente pp. 37-39.

<sup>44</sup> En relación con el proceso de regulación de los grupos, que se viene llevando a cabo en el ámbito de la CEE, *vid.* J.M. EMBID IRUJO, *loc. cit.*, 1990, p. 35.

<sup>45</sup> *Vid.*, por todos, I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, p. 118, núm. 41.

**31.** No obstante, la solución al problema para el caso de ser el control menos absoluto seguiría consistiendo en la búsqueda de la voluntad común de las partes<sup>45</sup>. De hecho, algunas sentencias (tanto arbitrales como estatales), si bien es verdad que la mayor parte de las mismas en ámbitos muy cercanos al de los grupos de sociedades, han adoptado, aun a pesar de carecer del índice objetivo que el grupo de sociedades representa, las pautas que caracterizan a la doctrina de la unidad económica del grupo<sup>46</sup>.

**32.** Otro problema susceptible de plantearse en la práctica es el del momento en el cual es necesaria la pertenencia a un grupo de sociedades para poder aplicar la teoría de la unidad económica del grupo, ya que puede ocurrir que la sociedad no firmante, que pretende o a la cual se pretende extender el alcance del convenio arbitral, en el momento de la presentación de la demanda haya dejado de formar parte del grupo de sociedades al cual pertenecía cuando se concluyó el contrato en el cual aparecía incluida la correspondiente cláusula arbitral. Tal como se desprende de la anteriormente citada sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (en la cual ni la sociedad que invocaba el arbitraje ni una de las dos sociedades frente a las que se aducía formaban parte, en el momento de presentarse la demanda, de sus respectivos grupos de sociedades), para que haya lugar a la propugnada extensión subjetiva de los efectos del convenio arbitral no es necesario que la sociedad no firmante pertenezca al grupo en el momento de suscitarse el litigio o de presentarse la demanda, sino en el de la suscripción de la correspondiente cláusula arbitral. Ello aparece avalado por la ya citada sentencia de la CCI núm. 7155/1993, la cual pone de manifiesto que en el momento de la conclusión del contrato, en el cual aparecía inserta la correspondiente cláusula arbitral, las dos sociedades filiales que pretendían quedar vinculadas por esta última no formaban parte del grupo de sociedades en cuestión, ya que todavía no habían sido creadas<sup>47</sup>. A nuestro modo de ver, la solución preconizada por las referidas sentencias aparece aconsejada, fundamentalmente, por razones de previsibilidad, esto es, de seguridad jurídica, ya que las partes, en el momento de concluir el convenio arbitral, deben poder prever a quién se podría extender sus efectos en el supuesto de concurrir determinadas circunstancias que así lo justifiquen. Por otro lado, las pautas e instrumentos jurídicos, que determinan la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante, implican una voluntad de someterse al arbitraje existente en el momento de la suscripción del convenio arbitral o, en todo caso, antes de suscitarse la controversia.

**33.** Aun a pesar de denotar la elección de una estructura de grupo, al menos *a priori*, la intención de hacer prevalecer la autonomía jurídica y, consiguientemente, patrimonial, de las sociedades que lo integran; la estructura de grupo es especialmente favorable a que se produzcan intromisiones de unas sociedades en la gestión o en el funcionamiento de las otras. Ello implica que las verdaderas partes contractuales no sean siempre las que han suscrito materialmente la relación contractual litigiosa a la que la cláusula arbitral aparece referida. Como consecuencia de lo señalado, la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral aparece favorecida en materia de grupos de sociedades (y, consiguientemente, se van a considerar pautas o criterios que no se tienen en cuenta en otros ámbitos), lo cual en modo alguno significa que la misma pierda su carácter excepcional o que sea fácil de conseguir.

**34.** En suma, en aras del respeto de la autonomía jurídica y patrimonial que un grupo de sociedades representa y de la naturaleza consensual de la institución arbitral, la pertenencia a un grupo de sociedades no es suficiente, por sí misma, para proceder a la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad o sociedades no firmantes del grupo. Tal como se desprende de la práctica arbitral y estatal anteriormente citada, la pertenencia a un grupo de sociedades no tiene el valor de una presunción de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a las sociedades del grupo; siendo un mero “principio de

---

<sup>46</sup> Vid., por ejemplo, la sentencia CCI núm. 4381/1986, *JDI*, 1986, pp. 1102-1113, especialmente p. 1104; la sentencia CCI núm. 3493/1983, *Rev. Arb.*, 1986, núm. 1, pp. 105-129, especialmente pp. 111-112, núm. 46; así como la sentencia de la Corte de apelación de París de 28 de noviembre de 1989 (*Compagnie tunisienne de navigation [Cotunav] v/ société Comptoir commercial André*), *Rev. Arb.*, 1990, núm. 3, pp. 675-678 y 681-690, con la nota de P. MAYER, p. 677.

<sup>47</sup> P. 1039.

prueba” de la oponibilidad del convenio arbitral a la sociedad no firmante, que deberá ser completado para ser operativo.

### **B) Participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la relación contractual litigiosa requerida para la extensión**

35. Tal como se desprende de la jurisprudencia anteriormente citada, al margen de la pertenencia de la sociedad no suscriptora en cuestión a un grupo de sociedades, para que haya lugar a la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante, la doctrina de la unidad económica del grupo exige, con alguna excepción aislada<sup>48</sup>, el requisito de la participación efectiva de dicha sociedad en la relación contractual litigiosa a la cual aparezca referida la correspondiente cláusula arbitral<sup>49</sup>. Dicha participación puede producirse indistintamente en cualquiera de las fases o etapas del contrato, esto es, en su negociación, en su ejecución (siendo esto último más frecuente) y/o en su terminación<sup>50</sup>.

36. En cualquier caso, la participación necesaria para que haya lugar a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, a la sociedad o sociedades no suscriptoras del grupo, puede revestir modalidades muy diversas. De hecho, de la práctica arbitral y estatal, partidaria de la teoría de la unidad económica del grupo, se desprende que la participación de la sociedad no suscriptora, en la operación contractual, puede ser, al menos *a priori*, tanto activa como pasiva<sup>51</sup>. La participación es pasiva cuando la sociedad no firmante, que pretende o a la que se quieren extender los efectos del convenio arbitral, resulte directamente afectada o beneficiada por el contrato principal. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la sociedad matriz no firmante goce de la titularidad de los derechos de la propiedad industrial o intelectual (marcas, patentes, tecnología, etc.) bajo los cuales los productos, objeto del contrato al cual aparezca referida la cláusula arbitral, hayan de ser comercializados (dicha participación pasiva, que es la que con mayor frecuencia se produce en la práctica, conlleva una ratificación tácita del contrato litigioso y, consiguientemente, de la correspondiente cláusula arbitral, ya que, en este caso particular, las relaciones contractuales litigiosas no se pueden formalizar sin el consentimiento de la sociedad matriz)<sup>52</sup>; o cuando la finalidad del contrato litigioso sea ceder una parte de las acciones y beneficios, detentados en otras sociedades, a la sociedad no suscriptora (lo cual no implica, necesariamente, la ratificación de la correspondiente operación contractual por parte de la susodicha sociedad)<sup>53</sup>.

37. En todo caso, la participación de una sociedad, en la operación económica suscrita materialmente por otra sociedad del mismo grupo, es un requisito necesario, aunque no suficiente, para proceder a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la primera, ya que la participación de la sociedad

<sup>48</sup> Vid. la anteriormente citada sentencia neoyorquina de la Sociedad de arbitraje marítimo de 28 de noviembre de 1980 (*cit. supra*), especialmente p. 153.

<sup>49</sup> Vid., por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974; la sentencia CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), pp. 901-904; la sentencia CCI núm. 7155/1993 (*cit. supra*), p. 1039; así como la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156. Ello no implica que sea imposible extender a una sociedad los efectos del convenio arbitral suscrito por otra sociedad del grupo cuando no concurra el requisito de la participación efectiva de la primera en la operación litigiosa, ya que siempre es posible el recurso a nociones generales tales como la cesión, la subrogación, el fraude, los grupos contractuales etc. (Y. DERAÏNS, *loc. cit.*, 1994, p. 241, núm. 1). Lo que ocurre es que estas nociones no son, en modo alguno, exclusivas de los grupos de sociedades, sino que son un recurso común a todos los supuestos de terceros. Por lo tanto, en caso de ser alguna de dichas nociones comunes susceptible de aplicación, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, a un supuesto de grupo de sociedades, no será necesario acudir a la teoría de la unidad económica del grupo para ampliar el alcance subjetivo del convenio arbitral.

<sup>50</sup> La participación en el contrato litigioso puede ser total o parcial, es decir, la sociedad no firmante puede llevar a cabo la negociación y/o ejecución del contrato con o sin la participación de otras sociedades del grupo (PH. FOUCHARD, E. GAILLARD Y B. GOLDMAN, *op. cit.*, 1996, p. 298, núm. 499).

<sup>51</sup> Vid., por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156; así como la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1066.

<sup>52</sup> Vid. la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), pp. 902-904; así como la sentencia de la CCI núm. 6673/1992 (*cit. supra*), p. 993, en la cual los árbitros denegaron la extensión por falta de prueba de la titularidad de los referidos derechos.

<sup>53</sup> Vid. la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), pp. 1066-1067; así como la sentencia de la CCI núm. 7155/1993 (*cit. supra*), p. 1039.

<sup>54</sup> Por lo que a dichas motivaciones se refiere y a las consecuencias que las mismas llevan aparejadas, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 196-199.

no suscriptor puede responder a motivaciones muy diferentes entre sí<sup>54</sup>. De hecho, tanto la práctica arbitral como la jurisprudencia estatal, con el objeto de decidir acerca de la extensión de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante, investigan detalladamente las relaciones existentes entre las partes y su conducta durante todas las fases del contrato, basándose para ello en la correspondencia y en los restantes documentos intercambiados entre las mismas (que son, fundamentalmente, el contrato principal, los restantes contratos con el mismo relacionados, en su caso, y la cláusula arbitral). A estos efectos, se tienen en cuenta, tanto los términos del o de los documentos intercambiados entre las partes, como el espíritu de los mismos.

**38.** De conformidad con la doctrina de la unidad económica del grupo, para que la participación, ya sea activa o pasiva, de la sociedad no firmante en la relación contractual litigiosa determine la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a dicha sociedad, es preciso que de las circunstancias que concurran en el caso concreto pueda deducirse, sin lugar a dudas, o bien, una voluntad común de las partes de considerar a la sociedad no firmante como vinculada por el contrato y, por tanto, por la cláusula arbitral que al mismo aparezca referida<sup>55</sup>, o bien, una intromisión efectiva de la sociedad no firmante en la relación contractual litigiosa de tal naturaleza y alcance que induzca a confiar legítimamente al cocontratante en que dicha sociedad va a quedar vinculada por el correspondiente contrato y cláusula arbitral<sup>56</sup>. Estas dos perspectivas poseen un diferente fundamento: la primera sigue siendo una manifestación de la naturaleza consensual o voluntarista del arbitraje (lo que verdaderamente interesa de dicha voluntad no es la forma en la que se manifieste, sino la certeza de la misma, por lo que ha de resultar suficientemente probada); y la segunda se apoya, en mayor medida, en la protección de la apariencia creada. El sustrato común de ambas es, sin embargo, la participación, lo que en la mayoría de las ocasiones impide una determinación exacta de la dimensión prevalente. Ello no es, en todo caso, determinante de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora del grupo.

**39.** En cualquier caso, para evitar que se desvirtúe la institución arbitral, la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los no firmantes, aun a pesar de tratarse de un grupo de sociedades, debe ser la excepción, debiendo existir suficientes indicios o manifestaciones concretas que la justifiquen suficientemente en cada caso<sup>57</sup>. La práctica internacional es muy rica en relación con los elementos fácticos en base a los cuales se justifica la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora. La extensión va a resultar favorecida cuando concurra alguna o algunas de las circunstancias siguientes: la flexibilidad y ausencia de formalismo, prevista desde la formación del contrato principal, en la designación de las sociedades del grupo que vayan a firmar o ejecutar la operación litigiosa (lo cual

---

<sup>55</sup> *Vid.*, entre otros muchos ejemplos, la sentencia de la CCI núm. 5103/1988 (*cit. supra*), p. 1212; la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1067, en relación con la sociedad XB; así como la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156. El criterio del comportamiento efectivo, de las sociedades que pretenden o a las que se pretende vincular a los efectos del convenio arbitral, no es un requisito distinto al de la búsqueda de la voluntad común de las partes, sino que constituye el modo más efectivo de exteriorizar dicha voluntad implícita (incluyendo entre dichas voluntades a la de la sociedad no firmante). Es preciso señalar que la voluntad, a tener en cuenta por los juzgadores, ha de ser la existente antes de plantearse el litigio, ya que la posterior aparece desvirtuada por los concretos intereses en juego. Por consiguiente, esta voluntad (tácita) no debe necesariamente existir en el momento de la suscripción del convenio arbitral, sino que también es posible que concurra en un momento posterior (ya que no es infrecuente que una sociedad que no sea parte de un contrato al principio, se convierta en tal durante el transcurso de su ejecución por medio de actos que expresen la ratificación del mismo), aunque siempre antes de suscitarse la controversia. En definitiva, se trata de descubrir si la sociedad no firmante ha manifestado su voluntad de quedar vinculada por el contrato principal y por la cláusula arbitral en él inserta; así como si tanto la sociedad firmante, como la persona ajena al grupo que con ella ha contratado, han aceptado dicha voluntad de la sociedad no suscriptora, considerándola, por tanto, como verdadera parte contractual (*vid.*, por todos, Y. DERAIS, *loc. cit.*, 1994, pp. 241 y 242, núms. 2 y 5). El criterio de la voluntad común es, pues, el mejor modo de atender a las expectativas legítimas de las partes.

<sup>56</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*cit. supra*), p. 1024.

<sup>57</sup> A nuestro modo de ver, el carácter excepcional de la extensión constituye la limitación principal de la doctrina de los grupos de sociedades. Ello se puede apreciar claramente en la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*cit. supra*), p. 1024, la cual señala que “conviene examinar con cuidado si la independencia jurídica de las partes no debe, excepcionalmente, ser descartada en beneficio de un juicio global. Se aceptará tal excepción cuando aparezca una confusión mantenida por el grupo o por el accionista mayoritario”.

<sup>58</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 1434/1975 (*cit. supra*), pp. 978-980.

<sup>59</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), pp. 154 y 156.

constituye una clara manifestación del grupo como unidad económica)<sup>58</sup>; la comunicación frecuente entre la sociedad no firmante y la contraparte con el objeto de fijar los términos del contrato<sup>59</sup>; el hecho de que la correspondencia, o los documentos contractuales intercambiados entre las partes, se dirijan a una determinada sociedad no firmante<sup>60</sup>; cuando la sociedad no firmante haya efectuado la entrega que caracteriza la ejecución del correspondiente contrato y/o cumplido las restantes tareas atribuidas por el mismo, así como cuando el cocontratante se haya dirigido a la sociedad no suscriptora para la fijación, en todo o en parte, del precio de venta correspondiente al objeto del contrato<sup>61</sup>; y/o cuando el pago de la ejecución del contrato deba efectuarse a la sociedad no firmante; cuando la sociedad firmante reserve expresamente a la no firmante su parte del proyecto; y/o cuando se ponga de manifiesto expresamente en la correspondencia, o en los documentos contractuales intercambiados entre las partes, la pertenencia de la sociedad no firmante a un grupo de sociedades; y/o cuando al menos una parte del capital de la compañía promotora a crear, para la realización del proyecto, deba repartirse a la sociedad no firmante; y/o cuando todos o parte de los miembros de la junta directiva de la compañía promotora, creada para la realización del proyecto, sean nombrados, al menos parcialmente, por cuenta de la sociedad no firmante<sup>62</sup>; cuando la sociedad no firmante haya llevado a cabo con la contraparte, ya sea total o parcialmente, los actos que consagran la rescisión del contrato (a través de la correspondencia, de reuniones, etc.)<sup>63</sup>; cuando, aun a pesar de haber sido el contrato litigioso rescindido entre la sociedad suscriptora y su cocontratante, los documentos contractuales intercambiados entre las partes contengan expresamente que ello no afecta a las relaciones comerciales existentes entre este último y la sociedad no firmante perteneciente al grupo de la suscriptora del contrato (especialmente cuando la finalización de las susodichas relaciones la haya comunicado directamente la contraparte a la sociedad no firmante)<sup>64</sup>.

40. A nuestro modo de ver, de la práctica arbitral y estatal defensora de la doctrina de los grupos de sociedades se desprenden otras dos cuestiones relevantes. Por un lado, que la extensión subjetiva de la cláusula arbitral, a la sociedad no firmante del grupo que desempeña una participación relevante en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación de la operación contractual litigiosa, no está condicionada, al menos de un modo determinante, a la condición o posición procesal de dicha sociedad en relación con el arbitraje. De hecho, así como en algunas sentencias, que han justificado la extensión en base a la referida teoría, la sociedad no suscriptora afectada por el convenio arbitral actuaba como demandante en el arbitraje, en otras la misma era demandada por la vía arbitral en contra de su voluntad<sup>65</sup>. Ello nos parece lógico, ya que, aunque un primer análisis pueda hacer pensar que la ampliación del convenio arbitral, a la sociedad no firmante que recurre al arbitraje, sintoniza mejor con la naturaleza voluntarista de la institución arbitral; es preciso tener en cuenta que, como anteriormente pusimos de manifiesto, la voluntad común de las partes (incluida la de la sociedad no suscriptora del grupo), a tener en cuenta por los juzgadores (tanto por los árbitros como por los órganos jurisdiccionales), es la existente antes de suscitarse la controversia, ya que la posterior vendrá determinada por los concretos intereses en juego.

Y, por otro lado, tampoco creemos que la referida ampliación de la cláusula arbitral esté condicionada, al menos de un modo decisivo, a la posición jerárquica que dentro del grupo de sociedades ocupe la sociedad suscriptora y la sociedad no firmante que pretende o a la cual se le quieren extender sus efectos, esto es, a la condición de matriz o de filial de la sociedad no suscriptora del contrato al cual aparece referida la correspondiente cláusula arbitral. No obstante, es preciso reconocer que el hecho de que sea la matriz la sociedad no firmante favorece, al menos en cierta medida, la extensión a dicha sociedad de los efectos del convenio arbitral (aunque no sea un factor decisivo de la

<sup>60</sup> *Id.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), especialmente p. 901.

<sup>61</sup> Éste fue el motivo decisivo en la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), pp. 900 y 902, ya que, aun a pesar de prever los términos del contrato que las entregas, objeto del mismo, podían llevarse a cabo a través de cualquier filial perteneciente a la matriz del grupo, el cocontratante se dirigía, de hecho, para dichos efectos, a la filial francesa.

<sup>62</sup> Para todos los aspectos reseñados, *vid.* la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974 (relativa a un proyecto de obras públicas).

<sup>63</sup> *Id.* la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), p. 903 (en relación con la filial francesa).

<sup>64</sup> *Id.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de noviembre de 1988 (*cit. supra*), pp. 692-693.

<sup>65</sup> Por lo que a dicha práctica se refiere, *vid.* el núm. 26 del presente trabajo.

misma), ya que, en tal caso, la extensión puede asimismo justificarse en la consideración de dicha sociedad, en relación con una determinada operación económica, como el pivote de las relaciones contractuales mantenidas entre las partes<sup>66</sup>. En cualquier caso, semejante consideración no puede deducirse únicamente del control absoluto que ejerce la matriz sobre el conjunto de sus filiales<sup>67</sup>, siendo asimismo necesario que de la participación de la sociedad matriz, ya sea activa o pasiva (siendo esto último mucho más infrecuente), pueda deducirse una voluntad común de las partes de vincularla al convenio arbitral que ha suscrito una de sus filiales. A tal conclusión puede llegarse, por ejemplo, cuando los términos del contrato prevean que las entregas, objeto del mismo, puedan ser efectuadas a través de cualquiera de las sociedades filiales que pertenezcan a la matriz del grupo, derivándose de ello que la contraparte ha querido tratar, y de hecho ha tratado, bajo el impulso de la sociedad matriz, con todo el grupo; o cuando la sociedad matriz no firmante haya creado a la filial, que va a suscribir el correspondiente contrato, con el único o principal objetivo de ejecutar un contrato (lo cual constituye una circunstancia casi determinante de la extensión, ya que, en este caso particular, la sociedad matriz no suscriptora es únicamente un tercero en apariencia)<sup>68</sup>.

41. Por otro lado, el carácter excepcional de la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral justifica que la mera participación de la sociedad no firmante en la relación contractual litigiosa, concluida por una sociedad de su grupo y su cocontratante, no conlleve la inversión de la carga de la prueba. De este modo, mientras no se demuestre lo contrario, se presumirá que la sociedad no firmante ha intervenido en el contrato como un mero mandatario de ejecución de la sociedad suscriptora, es decir, por cuenta de esta última. Es la parte que invoca la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora, ya sea el grupo o su contraparte, la que ha de probar suficientemente (teniendo dicha prueba un carácter *iuris tantum*), en base a los hechos o circunstancias del caso concreto de que se trate, que la susodicha participación de la sociedad no firmante, en la operación litigiosa, implica el sometimiento de la misma al contrato litigioso, incluida la cláusula arbitral que al mismo se refiere<sup>69</sup>.

42. Al menos *a priori*, puede parecer contrario a la vertiente sustantiva del principio de autonomía de la cláusula compromisoria que la teoría de la unidad económica del grupo haga depender la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral, a la sociedad no suscriptora, de la participación de la misma en la relación contractual litigiosa a la que la aludida cláusula arbitral aparece referida. En nuestra opinión, el hecho de hacer depender la extensión *ratione personae* de la cláusula arbitral de la actitud de las partes con respecto al contrato de base, y no en relación con la cláusula arbitral que al mismo aparece referida<sup>70</sup>, no contradice en modo alguno al principio de la autonomía de la cláusula compromisoria. Ello es

---

<sup>66</sup> A estos efectos, *vid.* la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*cit. supra*), p. 1024, de la cual se deduce que, para que la sociedad no firmante resulte vinculada por el convenio arbitral, es necesario que la contraparte crea legítimamente que dicha sociedad, como consecuencia de ser el pivote de las relaciones contractuales, va a responder; así como la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156, la cual manifestó que la sociedad matriz es en ocasiones “el alma, el inspirador y la cabeza pensante” de la correspondiente operación litigiosa.

<sup>67</sup> *Vid.* la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), pp. 903-904. En este sentido, puede producir cierta confusión la sentencia de la Corte de apelación de París de 31 de octubre de 1989 (*cit. supra*), p. 93, ya que la misma señala expresamente que la voluntad común de las partes se deducía del “estrecho entrelazamiento entre las obligaciones recíprocas de las partes así como de la situación de dominio de las dos sociedades matrices con respecto de sus filiales sometidas a sus decisiones comerciales y financieras”, pareciendo indicar con ello que la estrecha dependencia, existente entre la matriz y sus filiales, constituía suficiente causa justificadora de la extensión. A nuestro juicio, ello es tan solo aparente, ya que los argumentos esgrimidos por la mencionada sentencia, aun a pesar de no encuadrarse dentro de la teoría de la unidad económica del grupo, son muy favorables a la extensión (como es, por ejemplo, el recurso al conjunto contractual unificado).

<sup>68</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156, en base a la cual la sociedad filial Sponsor S.A. era considerada como un mero instrumento de la matriz, ya que la primera fue creada por la última con el único objetivo de adquirir el 80 % de las acciones de dos sociedades que formaban parte del grupo Lestrade.

<sup>69</sup> En este mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, p. 118, núm. 40; S. JARVIN, *loc. cit.*, 1994, p. 204; así como C. JARROSSON, *loc. cit.*, 1994, p. 219, núm. 24.

<sup>70</sup> De hecho, la actitud de las partes en relación con el arbitraje, a diferencia de lo que ocurre con el contrato que el mismo reglamenta, suele ser casi imposible de detectar en la práctica.

<sup>71</sup> *Vid.*, por todos, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *ADI*, 1975, vol. II, pp. 3-42, p. 27, núm. 16.

debido a que la autonomía sustantiva de la cláusula arbitral significa que la cláusula arbitral puede tener, como consecuencia de su especificidad, una vida jurídica propia e independiente a la del contrato al cual se refiere, y posibilidad de vida jurídica independiente no significa necesidad de ella<sup>71</sup>. En cualquier caso, la eventual independencia de la cláusula arbitral no juega en relación con el acuerdo de voluntades<sup>72</sup>, ya que la manifestación de la voluntad, de las partes interesadas en el litigio, se extiende al mismo tiempo a la cláusula arbitral y a las restantes estipulaciones contractuales<sup>73</sup>. En definitiva, el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria no obstaculiza la extensión de los efectos de una cláusula arbitral, a una sociedad no firmante del grupo, siempre y cuando la voluntad se manifieste a través de una participación clara, relevante y efectiva (ya sea activa o pasiva) en la negociación, conclusión, ejecución y/o terminación del contrato al cual la señalada cláusula arbitral aparece referida.

### 3. Figuras jurídicas aptas para fundamentar el alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo

#### A) Figuras jurídicas que denotan una voluntad común de las partes

43. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, la jurisprudencia defensora de la doctrina de los grupos de sociedades, aun a pesar de acudir, para solucionar el problema considerado, al espíritu de los contratos, a la realidad económica y al sentido común; recurre, en última instancia, de un modo más o menos implícito, a figuras jurídicas de universal reconocimiento<sup>74</sup>. Estas nociones intervienen *a posteriori* para justificar, desde el punto de vista jurídico-formal, las conclusiones a las que ha llevado el análisis de los hechos. Ello en modo alguno denota una preeminencia de los elementos jurídicos sobre los de puro hecho, sobre todo si tenemos en cuenta la flexibilidad que caracteriza a la jurisprudencia precursora de la teoría de la unidad económica del grupo en relación con la elección de las susodichas figuras jurídicas. El resultado es que unos mismos hechos son fácilmente subsumibles en distintas figuras jurídicas, debido, fundamentalmente, a la flexibilidad con que las mismas aparecen contempladas en el ámbito transnacional. De modo que si los hechos concurrentes en un caso determinado son favorables a la extensión, la argumentación jurídica se muestra relativamente sencilla. Por lo tanto, aun a pesar de exigirse tanto una valoración pormenorizada de todos los elementos fácticos como la asunción de los mismos en una determinada figura jurídica, esta última posee más bien un valor confirmatorio de la solución adoptada por los árbitros en base a los hechos de cada caso concreto. En todo caso, aunque el verdadero peso de la decisión repose sobre las circunstancias concurrentes, ello no obsta a que sin la correspondiente fundamentación jurídica no pueda justificarse, con probabilidades de éxito, la extensión del convenio arbitral a la sociedad no firmante del grupo. Todo ello implica que la jurisprudencia goce de un cierto margen de libertad, aunque no de arbitrariedad, a la hora de aplicar dichas nociones, apoyando su decisión en el juicio que le merecen los hechos concretos analizados.

<sup>72</sup> Es preciso poner de relieve que éste no es el único ámbito sobre el cual no se proyecta el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria. Dicho principio tampoco se proyecta, por ejemplo, en los casos de cesión del contrato, de cesión de créditos, así como en los supuestos de subrogaciones, ámbitos en los cuales la cláusula arbitral circula junto con el contrato que la incorpora o al cual se refiere: *vid.*, muy especialmente, P. DELEBECQUE, “La transmission de la clause compromissoire (à propos de l’arrêt Cass. civ. 1re, 6 novembre 1990)”, *Rev. Arb.*, 1991, núm. 1, pp. 19-32, especialmente p. 30; N. DORANDEU, “La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé”, *JDI*, 2002, vol. 129, núm. 4, pp. 1001-1016 (en relación con las cláusulas de elección de foro); así como P. MAYER, “La ‘circulation’ des conventions d’arbitrage”, *JDI*, 2005, vol. 132, núm. 2, pp. 251-262.

<sup>73</sup> En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, p. 117, núm. 39; J.P. ANCEL, *loc. cit.*, 1991-1993, p. 96; Y. DERAIS, “Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale”, *JDI*, 1993, pp. 829-855, p. 832, núm. 9; así como PH. FOUCHARD, E. GAILLARD Y B. GOLDMAN, *op. cit.*, 1996, p. 225, núm. 408. En el plano jurisprudencial, *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974; la sentencia de la Corte de apelación de París de 28 de noviembre de 1989 (*cit. supra*), p. 677; así como la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1067.

<sup>74</sup> De hecho, la inmensa mayoría de las sentencias defensoras de la doctrina de los grupos de sociedades han tratado de fundamentar jurídicamente la solución a la cual conducen los elementos o circunstancias del caso, para lo cual recurren, aunque en un nivel puramente transnacional y, en la mayor parte de las ocasiones, de un modo implícito, a determinadas figuras o instrumentos jurídicos: *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974; la sentencia de la CCI núm. 1434/1975 (*cit. supra*), p. 979; la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), p. 904, aunque únicamente en relación con la sociedad matriz; la sentencia de la CCI núm. 5103/1988 (*cit. supra*), p. 1212; la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1067; la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156; así como la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de noviembre de 1988 (*cit. supra*), p. 694.

44. En concreto, con el objeto de hacer prevalecer a la unidad económica del grupo sobre la pluralidad jurídica de sus miembros, es decir, de someter a la sociedad participante no firmante al contrato que otro miembro del grupo ha suscrito, así como a la cláusula arbitral que al mismo aparece referida, la jurisprudencia precursora de la teoría de la unidad económica del grupo ha recurrido, normalmente de un modo implícito, a la representación, a la estipulación en beneficio de un tercero y, en mucha menor medida, a la doctrina de los actos propios (*estoppel*) y a la del “levantamiento del velo social”<sup>75</sup>. Ello nos parece lógico y acorde con la naturaleza voluntarista del arbitraje, ya que, así como las dos primeras figuras jurídicas denotan una voluntad común de las partes de someter al contrato (y, por lo tanto, al convenio arbitral) a la sociedad no firmante del grupo, los dos segundos instrumentos jurídicos son ajenos al criterio de la voluntad. En cualquier caso, la ampliación del alcance del convenio arbitral a la sociedad no firmante se ha tratado de justificar acudiendo a figuras jurídicas propias del Derecho de las obligaciones; lo cual trae causa de que el convenio arbitral, pese a la especificidad de su objeto, es un verdadero contrato<sup>76</sup>.

45. Desde nuestro punto de vista, y así lo atestigua la práctica defensora de la doctrina de los grupos de sociedades, al menos *a priori*, la estipulación en beneficio de un tercero, en tanto que constituye una excepción al principio de los efectos relativos del contrato, es una figura jurídica apta para poder justificar la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora<sup>77</sup>. No obstante, es preciso distinguir entre dos situaciones diferentes.

En primer lugar, es posible que el objeto de la estipulación, efectuada por la sociedad suscriptora del grupo (estipulante) y su cocontratante (promitente), sea el contrato de base al cual aparece referida la cláusula arbitral. Este primer supuesto no presenta especiales complicaciones. La sociedad no suscriptora (beneficiaria) tiene la facultad de aceptar o de rechazar la prestación convenida a su favor, que es el contrato principal. En todo caso, la sociedad no firmante ha de aceptar el contrato como un todo indivisible, sujeto, por tanto, a todas las modalidades que hayan podido pactar las partes para el ejercicio del derecho, incluida la cláusula arbitral. Por lo tanto, en el supuesto de haber aceptado la sociedad beneficiaria del grupo, ya sea de un modo expreso o tácito, la prestación convenida, expresa o tácitamente, a su favor, quedará sometida automáticamente a la cláusula arbitral que a dicho contrato aparece referida; sin que dicha conclusión pueda verse afectada por el hecho de ser la sociedad no firmante demandante o demandada en la vía arbitral.

Sin embargo, no creemos que sea posible que el objeto de la estipulación sea, en lugar del contrato principal, la cláusula arbitral que al mismo aparece referida. Ello es debido a que la estipulación únicamente puede recaer sobre derechos, y toda cláusula arbitral lleva aparejados tanto derechos como obligaciones. Dicho obstáculo únicamente podría ser salvado estimando que el beneficiario (sociedad no firmante, en nuestro caso) únicamente puede invocar el arbitraje, pero no puede quedar sometido a la correspondiente cláusula arbitral contra su voluntad. Sin embargo, tal posibilidad ha de ser rechazada, ya que la disyunción de la unidad de la cláusula arbitral que la misma provoca resultaría excesivamente compleja, imprevisible y discriminatoria (para la contraparte del grupo de sociedades).

En todo caso, el recurso a la figura jurídica del contrato a favor de tercero no es el único medio, ni tampoco el mejor, de ampliar el alcance subjetivo de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora

---

<sup>75</sup> Tal como ha puesto de relieve C. JARROSSON, el recurso a las señaladas figuras contractuales, por parte de los árbitros y de los jueces estatales, “aporta garantías de previsibilidad suplementarias” (C. JARROSSON, *loc. cit.*, 1994, p. 227, núm. 49).

<sup>76</sup> Para un análisis exhaustivo de la idoneidad de las referidas técnicas jurídicas para solucionar la problemática abordada, así como del modo en que las mismas han de ser empleadas en la materia que nos ocupa para adecuarse a la teoría general de las obligaciones, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 236-341.

<sup>77</sup> De hecho, en alguna ocasión, los árbitros han arropado jurídicamente la decisión adoptada, de un modo implícito, recurriendo para ello a la señalada figura jurídica: *vid.* la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974, la cual señaló que las dos sociedades matrices, al firmar el protocolo litigioso, “estipularon claramente tanto para ellas mismas como para sus filiales respectivas” (no obstante, a nuestro juicio, los hechos que rodearon a la susodicha sentencia apuntan a la teoría general de la representación); la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1067, la cual extendió el alcance de la cláusula arbitral a la sociedad XB, como consecuencia de haber la misma “implícitamente manifestado su voluntad de ratificar las disposiciones estipuladas en su beneficio, y en particular, la cláusula compromisoria que formaba con el conjunto de este acuerdo un todo indivisible”; así como la sentencia de la CCI núm. 7155/1993 (*cit. supra*), p. 1039. En el plano doctrinal, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 236-253, así como las referencias en dicha monografía citadas.



del grupo que haya participado, de un modo relevante, en la operación litigiosa a la cual la mencionada cláusula arbitral aparece referida.

46. De hecho, la representación es una figura jurídica más idónea para fundamentar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora<sup>78</sup>, ya que el alcance de la misma es menos limitado que el de la estipulación en beneficio de un tercero (el representado, a diferencia de lo que acontece con el beneficiario, como consecuencia de ser una verdadera parte contractual, adquiere, por virtud del mecanismo de la representación, tanto derechos como obligaciones). El convenio arbitral, al igual que todo contrato, puede ser concluido por medio de representante (sociedad suscriptora)<sup>79</sup>.

En el supuesto de concluir una sociedad el contrato litigioso, además de en nombre y por cuenta propia en el de otra del mismo grupo (sociedad no suscriptora), los efectos de la cláusula arbitral que al mismo aparezca referida se extenderán a esta última (representado); sin importar que la misma sea o no quien inste la iniciación de la vía arbitral ni su condición de matriz o de filial. Tal conclusión es más una obviedad que una consecuencia del estudio cuando la representación es expresa, de tal modo que ni siquiera se puede hablar en estos casos de extensión.

En cualquier caso, la mayor parte de los supuestos resueltos por la práctica, en la materia que nos ocupa, son susceptibles de quedar encuadrados dentro de la figura jurídica de la representación tácita, ya que de los hechos que los han rodeado puede deducirse, tanto un poder de representación tácito (o, en su defecto, una posterior ratificación tácita del representado), como una *contemplatio domini* tácita (a través de la cual se materializa la voluntad del representante, sociedad suscriptora en nuestro caso, y la de su contraparte de que los efectos del negocio en cuestión repercutan en la esfera jurídica del representado, esto es, de la sociedad no firmante)<sup>80</sup>. Por ello, es de lamentar que la mayor parte de las sentencias recaídas en la materia no hayan sido más explícitas y detalladas a la hora de recurrir a la señalada figura jurídica.

---

<sup>78</sup> Vid. la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1066, según la cual “los efectos de una cláusula arbitral no pueden extenderse a sociedades no firmantes que tengan una personalidad jurídica distinta, más que cuando hayan sido representadas efectiva o implícitamente”. Vid., sin embargo, la sentencia de la CCI núm. 4504/1985 y 1986 (*JDI*, 1986, pp. 1121-1124), la cual, en aras de denegar la extensión, dio la vuelta al argumento de la representación, al señalar que el presidente de la segunda sociedad filial demandada en arbitraje intervenía en la negociación y ejecución de la operación económica litigiosa en nombre y por cuenta de la sociedad suscriptora, y no con la intención de hacer asumir a la sociedad de la cual era presidente ningún tipo de compromiso (no obstante, téngase en cuenta que la sede del tribunal arbitral se encontraba en Suiza, país que desde antaño se ha mostrado reacio a ampliar el alcance subjetivo de la cláusula arbitral). En el ámbito doctrinal, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 253-286, así como las múltiples referencias en dicha monografía citadas.

<sup>79</sup> La representación puede revestir tres modalidades distintas: expresa, tácita y aparente. En cualquier caso, de esta última no puede hacerse un uso excesivo, ya que la misma conlleva, en aras de proteger la apariencia representativa en la que razonablemente ha confiado la contraparte, la invasión en la esfera jurídica de una persona (representado aparente) sin que medie su consentimiento. A nuestro modo de ver, es perfectamente legítimo acudir al instituto de la representación, en cualquiera de sus diferentes modalidades, para resolver la problemática analizada. No obstante, es preciso tener en cuenta que la modalidad de representación aparente constituye una de las manifestaciones típicas de la doctrina del *estoppel* (entendida ésta en un sentido amplio).

<sup>80</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia del *District Court* de N.Y. de 17 de febrero de 1955 (128 *F. Supp.* 938-941), que consideró a la sociedad filial como la representante de la matriz (no obstante, la línea seguida por dicha sentencia ha sido abandonada por la jurisprudencia americana, la cual suele recurrir, en estos casos, a la doctrina del *alter ego*); de la sentencia de la CCI núm. 1434/1975 (*cit. supra*), p. 979, la cual, aunque de un modo implícito y vago, recurrió a la aludida figura jurídica; de la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), la cual también se basó implícitamente en la susodicha noción jurídica; así como de la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156, la cual recurrió implícitamente al mecanismo de la representación tácita, considerando que la sociedad filial había concluido el contrato, que contenía la cláusula arbitral, también en nombre y por cuenta de la sociedad matriz, aun a pesar de la oposición de ésta al arbitraje. En estos supuestos, tampoco puede considerarse a la sociedad suscriptora como un mero representante, ya que, de ordinario, también actúa en su nombre. Sin embargo, en otros supuestos, pese a que los hechos concurrentes eran fácilmente subsumibles dentro de la figura jurídica de la representación tácita, los árbitros denegaron la extensión de la cláusula arbitral: *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 4402/1983, en la cual la sede del tribunal arbitral se encontraba en Suiza (*YCA*, 1984, vol. IX, pp. 138-141, p. 140). Y, por último, también existen casos en los cuales los juzgadores han recurrido erróneamente al argumento de la representación tácita con el objeto de ampliar el alcance de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante: *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de noviembre de 1988 (*cit. supra*), p. 694.

## B) Figuras jurídicas ajenas al criterio de la voluntad

47. El recurso a la doctrina de los actos propios o regla del *estoppel*<sup>81</sup>, así como a la técnica del levantamiento del velo social<sup>82</sup>, no es infrecuente en la práctica del arbitraje comercial internacional. Como anteriormente hemos puesto de relieve, dichos instrumentos jurídicos tienen en común el ser ajenos al criterio de la voluntad común de las partes; lo cual plantea el problema de su compatibilidad con la naturaleza voluntarista de la institución arbitral.

48. Por virtud del principio del *estoppel*, que tiene la consideración de un principio general del Derecho, ninguna de las partes está legitimada para alegar una postura opuesta a las posiciones adoptadas, expresa o implícitamente, con anterioridad. La figura jurídica del *estoppel* se basa en la necesidad de proteger a la parte que ha confiado en una determinada situación. Por consiguiente, dicha noción jurídica, en cualquiera de sus manifestaciones, se fundamenta en el principio de la buena fe, el cual goza de un notable arraigo en la práctica arbitral<sup>83</sup>. Su utilización en el marco de la *lex mercatoria* no plantea especiales dificultades, ya que, por un lado, las diferentes regulaciones nacionales de la señalada institución son bastante homogéneas y, por otro lado, el principio de la buena fe constituye la pieza central de todos los sistemas nacionales y de la *lex mercatoria*.

La figura del *estoppel* goza de cierta operatividad en relación con el problema que nos ocupa, ya que se considera que, en aras de proteger a la contraparte que ha confiado legítimamente en la apariencia creada, el comportamiento contradictorio o aparente de las sociedades del grupo también puede motivar la ampliación del alcance subjetivo de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante. De hecho, algunas sentencias han recurrido a dicha noción con el objetivo de ampliar el alcance de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante del grupo que haya participado, de un modo efectivo, en el desenvolvimiento de la relación contractual litigiosa<sup>84</sup>.

49. En íntima relación con lo señalado, como ya se ha puesto de relieve, la división del grupo en distintas personas jurídicas, esto es, en compartimentos estancos, es la regla general. No obstante, en determinadas ocasiones, se sobrepasa esta personalidad jurídica independiente, considerándose a las sociedades del grupo afectadas por el levantamiento del velo social como un mismo sujeto de derecho. En efecto, aunque la constitución de un grupo no denote necesariamente una voluntad de fraude, cada vez es más frecuente que un grupo se sirva de la personalidad jurídica propia e independiente de las sociedades que lo componen para perpetrar un abuso de derecho o un fraude, esto es, para llevar a cabo de-

---

<sup>81</sup> En un ámbito distinto al de los grupos de sociedades, *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de casación francesa de 6 de julio de 2005 (*Golshani c/ Gouvernement de la Republique islamique d'Iran*), *JDI*, 2006, vol. 133, núm. 1, con la nota de M. BEHAR-TOUCHAIS, pp. 608-616; *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 3, pp. 602-603, con la nota de H. MUIR WATT, pp. 603-606. Según dicha sentencia, que aplica la regla del *estoppel* en un arbitraje, la parte que ha presentado una demanda de arbitraje y ha participado intensamente en el mismo, no puede alegar con posterioridad que el correspondiente convenio arbitral es nulo.

<sup>82</sup> En un contexto diferente al de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, dicha técnica es frecuentemente invocada por la jurisprudencia arbitral: *vid.*, entre otros muchos ejemplos, la sentencia de la CCI núm. 10988/2003 (*JDI*, 2006, vol. 133, núm. 4, pp. 1408-1413, con la nota de B. DERAIS, pp. 1413-1417), la cual no recurre a la noción de grupos de sociedades para extender la competencia del tribunal arbitral a la sociedad matriz (lo cual no había sido solicitado en el caso de autos), sino para hacer a dicha sociedad responsable de los actos de su filial en base a la técnica del "levantamiento del velo social".

<sup>83</sup> *Vid.*, por todas, la sentencia de la CCI núm. 6317/1989 (*JDI*, 2003, vol. 130, p. 1156).

<sup>84</sup> *Vid.* la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), especialmente p. 904, en la cual los árbitros, después de haber llevado a cabo un exhaustivo análisis sobre la voluntad de las partes, recurrieron, de un modo implícito, a la figura jurídica de la representación tácita y, subsidiariamente, también de forma implícita, al concepto jurídico del *estoppel* (aunque esto último sólo en relación con la sociedad matriz del grupo); así como la sentencia de la CCI núm. 5103/1988 (*cit. supra*), especialmente p. 1212, la cual trata de vestir jurídicamente la solución adoptada, acudiendo para ello a principios universalmente reconocidos en el mundo jurídico, en concreto, al principio de la seguridad jurídica, al principio de equidad y al principio del *estoppel*. Por otro lado, a nuestro modo de ver, aun cuando la sentencia de la Corte de apelación de París de 11 de enero de 1990 (*cit. supra*), pp. 97-98, no hubiese recurrido a la teoría del fraude ni a la del conjunto contractual indivisible, la extensión estaría debidamente justificada jurídicamente en base al argumento del *estoppel*, ya que el dirigente social actuó en otras ocasiones bajo la denominación de "Saudi Europe Lines", en representación de la cual firmó el señor ARCHANIOTAKIS, subalterno del señor Orri, el acuerdo en el cual se contenía la cláusula arbitral. Además, el dirigente social participó activamente en la negociación de la operación litigiosa, lo cual incitaba a considerar que éste aceptó o ratificó tácitamente el contrato y, consiguientemente, la cláusula arbitral en el mismo contenida.

terminadas maniobras evasivas de responsabilidad. La creciente frecuencia con la que se producen estos supuestos ha contribuido a la formación de una práctica jurisprudencial consolidada consistente en penetrar en el interior de la persona jurídica con el objeto de descubrir quién se encuentra bajo el substrato de la misma. Dicho mecanismo, que recibe la denominación de “levantamiento del velo”, no se cuestiona la institución de la persona jurídica, sino que evita los abusos e injusticias que la misma produzca cuando se aparte de la finalidad para la cual ha sido concedida.

La creciente generalización del mecanismo del arbitraje en el ámbito del comercio internacional, así como la inmensa proliferación de los grupos de sociedades, justifica el interés que tiene la cuestión de saber si la técnica del “levantamiento del velo” es susceptible de ser utilizada, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, con la finalidad de ampliar el alcance de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo. De hecho, en algunas ocasiones, la jurisprudencia ha recurrido a la técnica del “levantamiento del velo” para extender los efectos de la cláusula arbitral a determinadas sociedades del grupo que no han firmado el contrato al cual la misma aparece referida<sup>85</sup>.

50. A nuestro modo de ver, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos (*estoppel*) y la doctrina del “levantamiento del velo”, aun a pesar de ser figuras jurídicas ajenas al criterio básico de la voluntad, son aptas para justificar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora. Dicha extensión a la sociedad no firmante del grupo, que ha aparentado ser una auténtica parte del contrato litigioso (y, por consiguiente, de la cláusula arbitral que al mismo aparece referida), viene impuesta por la necesidad de protección jurídica de la apariencia creada, esto es, de la contraparte que ha confiado legítimamente en la apariencia o confusión generada por las sociedades del grupo y, en última instancia, por la buena fe en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales. En cualquier caso, como consecuencia de ser las señaladas figuras ajenas al criterio de la voluntad, las mismas únicamente van a poder fundamentar la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral de un modo subsidiario. A estos instrumentos jurídicos podrá recurrirse con independencia de cuál sea la posición procesal de la sociedad no suscriptora en relación con el arbitraje, es decir, de actuar la misma como demandante o como demandada en arbitraje<sup>86</sup>.

#### IV. Análisis de un supuesto específico: alcance de la cláusula arbitral contenida en un contrato marco de distribución internacional

51. Al margen de lo señalado, nos parece de especial interés el supuesto planteado en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) de 13 de febrero de 2007<sup>87</sup>, el cual trata la problemática relativa a las cadenas contractuales, en concreto, al alcance del convenio arbitral, incluido en un contrato de distribución internacional, a los posteriores contratos de compraventa desarrollados en el contexto del susodicho contrato marco de distribución, cuando la sociedad que ha suscrito los aludidos contratos de compraventa pertenece al mismo grupo que la sociedad firmante del contrato de distribución al cual aparece referida la correspondiente cláusula arbitral<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Vid. la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*cit. supra*), p. 1024, que es la primera sentencia arbitral que recurre a la doctrina del “levantamiento del velo social” para extender los efectos del convenio arbitral a una sociedad no firmante, y ello pese a estimar que dicha ampliación no puede venir impuesta a título de sanción (“en resumen, la pertenencia de dos sociedades a un mismo grupo o la dominación de un accionista no son jamás, por sí mismos, razones suficientes que justifiquen de pleno derecho el levantamiento del velo social. Sin embargo, cuando una sociedad o una persona individual aparece como el pivote de las relaciones contractuales acontecidas en un asunto particular, conviene examinar con cuidado si la independencia jurídica de las partes no debe, excepcionalmente, ser descartada en beneficio de un juicio global. Se aceptará tal excepción cuando se manifieste una confusión mantenida por el grupo o por el accionista mayoritario”). Tal como se desprende de la susodicha sentencia, el argumento del *estoppel* está estrechamente vinculado al del levantamiento del velo social; lo cual no sorprende, ya que, además de la similitud existente entre ambas figuras jurídicas, los árbitros recurren a las mismas en el marco de la *lex mercatoria*, esto es, en un nivel puramente transnacional.

<sup>86</sup> Vid., más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 286-341.

<sup>87</sup> RJ 2007/204898.

<sup>88</sup> En relación con el contrato de distribución internacional, aunque desde la perspectiva del Derecho aplicable, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, vol. I, núm. 1, pp. 19-35.

Los hechos que rodearon al susodicho auto pueden resumirse de la siguiente manera: dos sociedades celebraron un contrato de promoción y distribución en exclusiva de productos “Adams” en el territorio de la Federación Rusa. Dicho contrato, que fue suscrito por las sociedades PARKE DAVIS (proveedor) y CRAZY PLANET (distribuidor), contenía un convenio arbitral que designaba como competente a la Corte de arbitraje de la CCI y a Suiza (Ginebra) como sede del tribunal arbitral encargado de resolver las controversias suscitadas con motivo del referido contrato de distribución internacional. Con posterioridad, y como consecuencia del impago de facturas originadas por las entregas efectuadas de los productos objeto del aludido contrato de distribución, la sociedad británica CARBURY ADAMS MIDDLE EAST, S.A.L. (adquirida por PARKE DAVIS) demandó, ante los Tribunales españoles (Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cornellà de Llobregat), a la sociedad española CHUPA CHUPS, S.A. (antes CRAZY PLANET). La demandada presentó una declinatoria, ante el mencionado Juzgado de Primera Instancia, en base a la existencia del convenio arbitral que aparecía incluido en el contrato marco de distribución. El Juzgado de Primera Instancia estimó la declinatoria en base al convenio arbitral pactado y, posteriormente, la Audiencia Provincial de Barcelona, siguiendo una línea argumental muy similar a la aducida por el Juzgado, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la sociedad CARBURY ADAMS.

Los tribunales españoles motivaron la ampliación del alcance del convenio arbitral, a la sociedad no suscriptora del contrato de distribución, alegando que los suministros, que habían motivado la controversia jurídica, se efectuaron en el marco del contrato de distribución que fue pactado entre la empresa demandada y una empresa perteneciente al mismo grupo empresarial que la actora. De lo señalado parece desprenderse que los tribunales españoles recurrieron, implícitamente, a la teoría de los grupos de contratos y a la de la unidad económica del grupo.

Alguna autora, pese a reconocer que el resultado alcanzado por la Audiencia es el correcto, ha criticado que la misma haya basado su postura en un minucioso análisis de las circunstancias concurrentes en el caso y, en última instancia, en la doctrina de las cadenas contractuales y en la de los grupos de sociedades, en un supuesto en el que la declinatoria arbitral podía fundamentarse en el art. II del Convenio de Nueva York de 1958 (en concreto, la eficacia del convenio arbitral aparecía motivada por la transmisión del mismo en el marco de una cadena de contratos)<sup>89</sup>. En todo caso, no creemos que dicho análisis, llevado a cabo por nuestros tribunales, sea incompatible con el hecho de fundamentar jurídicamente la decisión en el señalado precepto (el cual no aplicó la Audiencia), ya que precisamente tales hechos, susceptibles de subsumirse en cualquiera de las anteriormente mencionadas teorías, motivaban el sobreesimiento del proceso, iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia, propugnado por el art. II del Convenio de Nueva York (ya que, en el presente caso, el convenio arbitral no es nulo, ni ineficaz ni inaplicable).

**52.** No nos parece criticable que la Audiencia haya estimado la declinatoria arbitral en base a dos teorías, que aunque independientes la una de la otra, se basan en el criterio de la voluntad común de las partes, deducida ésta de un análisis exhaustivo de los hechos concurrentes en el caso de autos. Si bien es verdad que para este viaje no eran necesarias tantas alforjas (ya que, probablemente, se hubiese conseguido el mismo resultado recurriendo exclusivamente a la teoría de los grupos de contratos), consideramos que no está de más recurrir en estos casos, de un modo subsidiario, a la doctrina de los grupos de sociedades, teniendo en cuenta el carácter excepcional del cual goza la extensión de los efectos del convenio arbitral y la necesidad de justificarla debidamente en cada caso (especialmente en el caso de autos, en que el arbitraje había de desarrollarse en Suiza, país que desde antaño es reacio a la ampliación del alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral). De hecho, en supuestos muy similares al que es objeto del presente auto, la jurisprudencia ha afianzado su posición recurriendo, sin que ello fuese imprescindible para alcanzar el resultado deseado, a la doctrina de la unidad económica del grupo<sup>90</sup>. Pero la sen-

<sup>89</sup> Vid. el comentario a dicho auto de E. ARTUCH IRIBERRI, *REDI*, 2007, vol. LIX, núm. 2, pp. 787-790, especialmente pp. 789-790.

<sup>90</sup> Vid., muy especialmente, la sentencia de la Corte de apelación de París de 31 de octubre de 1989 (*cit. supra*), pp. 91-94. Vid., igualmente, la sentencia de la CCI núm. 12605/2005 (*cit. supra*), pp. 1093-1096, la cual pone de manifiesto la posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral, a las filiales no firmantes de un grupo de sociedades que hayan participado activamente en la operación contractual, en base a la teoría de los grupos de sociedades y a la del conjunto contractual indivisible. En un contexto diferente al analizado en el presente apartado, *vid.* la sentencia de la Corte de apelación de París de 11 de enero de 1990 (*cit. supra*), pp. 97-98, la cual extendió los efectos de la cláusula arbitral, al dirigente social, por razón de la concurrencia de un conjunto contractual indivisible; recurriendo igualmente, pese a no ser ello necesario para alcanzar el resultado pretendido, al argumento del fraude manifiesto y a la teoría de la unidad económica del grupo (siendo incluso este último el argumento principal de la sentencia).

tencia de la CCI núm. 8910/1998<sup>91</sup>, en un supuesto muy parecido al del auto de la Audiencia, llega incluso más lejos, al afirmar que no se puede, en dichos supuestos, aplicar exclusivamente, ni la teoría de los grupos de contratos (que está pensada para casos en los cuales coinciden las partes que constituyen el conjunto contractual único), ni la de los grupos de sociedades (ya que la misma presupone una pluralidad de partes, pero un contrato único, lo cual tampoco es el caso); por lo que la sentencia concluye en que, en los casos como el de autos, es menester recurrir conjuntamente a ambas doctrinas<sup>92</sup>.

53. Nos mostramos menos conformes, sin embargo, con la confusión mantenida por la Audiencia en torno a los dos razonamientos jurídicos por ella esgrimidos. Y ello, debido a que la transmisión de la cláusula arbitral, en el marco de una cadena de contratos, no está condicionada, como parece deducirse del auto analizado, a que los contratos de compraventa hayan sido celebrados por una sociedad del mismo grupo que la suscriptora del contrato marco de distribución internacional. De hecho, tal como se desprende de la documentación aportada, el señalado contrato de distribución preveía que los suministros se efectuaran por el proveedor, por cualquiera de sus afiliadas o por terceros contratistas nombrados por el proveedor, por lo que no hubiese sido necesario, a efectos de la extensión, que la sociedad CARBURY ADAMS perteneciese al grupo de la proveedora. Dicha confusión nos parece peligrosa, ya que incitó a la actora a alegar que la juzgadora había invertido la carga de la prueba (cuando ello no fue así) al estimar “suficiente el hecho de que una empresa forme parte de un grupo para que se le aplique un contrato de distribución suscrito por otra empresa del mismo grupo”<sup>93</sup>. De hecho, como hemos puesto de manifiesto en otro apartado, de conformidad con la doctrina de la unidad económica del grupo, la mera pertenencia a un grupo de sociedades no es suficiente para que pueda invertirse la carga de la prueba. No obstante, en este supuesto, ello no plantea especiales complicaciones, ya que la demandada aportó indicios suficientes para la operatividad de la teoría de la unidad económica del grupo (los cuales no fueron desvirtuados por la actora). En cualquier caso, el auto analizado nos parece digno de alabanza en cuanto que, aunque sea implícitamente, admite dos teorías jurisprudenciales que promueven la ampliación del alcance subjetivo del convenio arbitral, lo cual no es muy habitual en un sistema de base legal como el nuestro.

---

<sup>91</sup> *JDI*, 2000, vol. 127, núm. 4, pp. 1085-1092, con la nota de D. HASCHER, pp. 1092-1096.

<sup>92</sup> Pp. 1090-1091.

<sup>93</sup> *Vid.* el Fundamento Jurídico 2°.

# LOS CONTRATOS DE SEGURO DEL ART. 7 DEL REGLAMENTO ROMA I

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ  
*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 06.07.2009 / Aceptado: 21.07.2009

**Resumen:** El presente trabajo examina el art. 7 del Reglamento Roma I. Dicho artículo establece la Ley aplicable a los contratos de seguro por grandes riesgos y al resto de contratos de seguro que cubren riesgos situados en Estados miembros. Los contratos de seguro por grandes riesgos se rigen por la Ley elegida por las partes. En defecto de elección, resulta aplicable la Ley del país de residencia habitual del asegurador, salvo que el contrato presente vínculos más estrechos con otro país. Para el resto de contratos de seguro que no cubren grandes riesgos, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes se encuentra limitada si el riesgo se localiza en un Estado miembro. En caso de que no se elija la Ley aplicable al contrato, éste se regirá por la Ley del Estado miembro de situación del riesgo al tiempo de celebración del contrato. Todas estas reglas pueden verse alteradas en el caso de seguros obligatorios.

**Palabras clave:** Reglamento Roma I, contratos de seguro, grandes riesgos, riesgo, autonomía de la voluntad, seguro obligatorio.

**Abstract:** This study analyses Article 7 of the Rome I Regulation. This Article establishes the law applicable to insurance contracts covering a large risk whether or not the risk covered is situated in a Member State, and to all other insurance contracts covering risks situated inside the territory of the Member States. An insurance contract covering a large risk shall be governed by the law chosen by the parties. In the absence of choice, it shall be governed by the law of the country where the insurer has his habitual residence unless the contract is manifestly more closely connected with another country. When an insurance contract covers a non-large risk situated within the EU, party autonomy is limited. To the extent that the law applicable has not been chosen, such a contract shall be governed by the law of the Member State in which the risk is situated at the time of conclusion of the contract. In accordance with Article 7, additional rules shall apply to compulsory insurances.

**Key words:** Rome I Regulation, insurance contracts, large risks, risk, party autonomy, compulsory insurance.

**Sumario:** I. Introducción. II. La Ley aplicable a los contratos de seguro en el art. 7 del Reglamento Roma I. 1. Consideraciones previas. 2. Contratos de seguro relativos a grandes riesgos. A) Concepto de grandes riesgos. B) Ley aplicable a los contratos de seguro por grandes riesgos. a) Ley elegida por las partes. b) Ley aplicable en defecto de elección: la Ley de la residencia habitual del asegurador. c) Ley del país con el que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos. 3. Contratos de seguro relativos a riesgos localizados en el territorio de los Estados miembros. A) Localización del riesgo. B) Ley elegida por las partes. a) Ley del Estado miembro en que se localice el riesgo. b) Ley del país de residencia habitual del tomador del seguro. c) Ley del Estado miembro de la nacionalidad del tomador del seguro. d) Ley del Estado miembro del siniestro, cuando se trate de contratos de seguro que cubren riesgos limitados a siniestros que ocurran en un Estado miembro distinto del Estado miembro de localización del riesgo. e) Ley de cualquiera de los Estados miembros de localización de los riesgos cuando el tomador ejerce una actividad comercial, industrial o profesión liberal; o la Ley del país de residencia habitual del tomador. f) Mayor libertad en la elección de la Ley aplicable al contrato. C) Ley aplicable en defecto de elección: La Ley del Estado miembro de

localización del riesgo. 4. Los contratos de seguro obligatorios. A) Introducción. B) La Ley que rige el contrato es la del Estado miembro que impone la obligación de suscribir el seguro. a) Antecedentes. b) El art. 7.4.b). C) La Ley que rige el contrato no es la del Estado miembro que impone la obligación de suscribir el seguro. a) Antecedentes. b) El art. 7.4.a). III. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El presente trabajo tiene por objeto examinar el régimen que el *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 (Roma I)*, contempla para los contratos de seguro en su art. 7<sup>1</sup>.

El régimen anteriormente existente fue calificado por la doctrina como demasiado complejo, contradictorio y falta de transparencia<sup>2</sup>. Dicho régimen giraba en torno a dos aspectos: la localización del riesgo y el establecimiento del asegurador. Ello suponía la aplicación, por parte del tribunal competente, de los siguientes bloques de normas<sup>3</sup>:

a) A los contratos de seguro que cubrían riesgos situados fuera de la Unión Europea se les aplicaba el *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980* (en adelante, Convenio de Roma de 1980)<sup>4</sup>. En este caso era irrelevante el país del establecimiento del asegurador.

Según el Convenio de Roma de 1980, el contrato de seguro se regía, en primer lugar, por la Ley elegida por las partes (art. 3); en defecto de elección, por la Ley del país con el que el contrato presentaba vínculos más estrechos (art. 4). Se presumía que tal Ley era la del establecimiento del asegurador.

La misma regulación era aplicable a los contratos de reaseguro. Por lo tanto, en primer lugar, el reaseguro se regía por la Ley elegida por las partes (art. 3 Convenio de Roma); en segundo lugar, por la Ley del país más estrechamente vinculado, presumiendo que se trataba de la Ley del establecimiento del reasegurador (art. 4 Convenio de Roma).

b) A los contratos de seguro que cubrían riesgos situados en la Unión Europea y, cumulativamente, eran celebrados con un asegurador establecido en la Unión Europea, se les aplicaban una serie de Directivas comunitarias<sup>5</sup>. Dentro del sistema diseñado por las Directivas se observaba, por un lado, una regulación de los contratos que cubrían grandes riesgos, para los que se admitía que las partes eligieran la Ley aplicable; por otro, para el resto de riesgos, existía un complejo catálogo de Leyes elegibles por las partes, entre las que, en general, se encontraba la Ley del país de residencia habitual del tomador del seguro y la Ley del Estado miembro de localización del riesgo.

<sup>1</sup> DOUE núm. L 177/6, de 4 julio 2008, pp. 6-16.

<sup>2</sup> Vid. J. BASEDOW, "Consumer contracts and insurance contracts in a future Rome I-Regulation", en J. MEEUSEN / M. PERTEGÁS / G. Straetmans (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp-Oxford-Nueva York, p. 289.

<sup>3</sup> Vid. *Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (presentado por la Comisión)*, Bruselas, 14 enero 2003, COM (2002) 654 final, pp. 22-23. Con respecto al régimen anterior en Derecho Internacional Privado español, vid., entre otros, P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Contrato internacional de seguro", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, pp. 803-818; P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo*, Madrid, 2002; J. J. EZQUERRA UBERO, "La ley aplicable al contrato según los artículos 107, 108, 109 de la ley de contrato de seguro", *Revista de derecho de los seguros privados: Revista práctica de doctrina, legislación y jurisprudencia de seguros*, vol. 4, núm. 1, 1997, pp. 7-37; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / V. FUENTES CAMACHO, "Artículos 107 a 109", en F. SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, 2005, pp. 2175-2232; V. FUENTES CAMACHO, *LOS CONTRATOS DE SEGURO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA*, Madrid, 1999.

<sup>4</sup> BOE núm. 171, de 19 julio 1993, corr. errores BOE núm. 189, de 9 agosto 1993 (versión consolidada DOCE núm. C 027, de 26 enero 1998, pp. 34-46). Art. 1 Convenio de Roma de 1980: "3. Las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Para determinar si un riesgo está situado en estos territorios, el juez aplicará su ley interna. 4. El apartado precedente no se refiere a los contratos de reaseguro".

<sup>5</sup> Entre otras, vid. Primera Directiva del Consejo de 24 de julio de 1973 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (73/239/CEE) (DOCE núm. L 228, de 16 agosto 1973, p. 3 (versión consolidada de 1 enero 2007); Segunda Directiva del Con-

c) A los contratos de seguro que cubrían riesgos localizados en la Unión Europea pero eran celebrados con un asegurador no establecido en la Unión Europea, se les aplicaban las normas de conflicto del foro.

2. El origen de este complejo sistema para determinar la Ley aplicable a los contratos de seguro viene determinado por el contexto histórico<sup>6</sup>. Es fruto de una etapa en la que, paralelamente a la elaboración del Convenio de Roma de 1980, se estaban diseñando en el ámbito comunitario las normas de Derecho internacional privado y de libre prestación de servicios en materia de seguros<sup>7</sup>.

3. En su art. 23, el Reglamento Roma I señala que “Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales”. Así, el Reglamento Roma I pone fin a la dispersión normativa anterior, estableciendo en un único instrumento las normas de conflicto para determinar la Ley aplicable a los contratos de seguro<sup>8</sup>. La inclusión en el Reglamento de normas de Derecho internacional privado relativas a la Ley aplicable a los contratos de seguros fue una sorpresa, dado que la propuesta de la Comisión no hacía alusión a ellas<sup>9</sup>.

4. Se encuentran no obstante excluidos de su ámbito de aplicación, tal como señala el art. 1.2.j) del Reglamento Roma I, los contratos de seguro derivados de operaciones realizadas por organizaciones distintas de las empresas comprendidas en el art. 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 sobre el seguro de vida, y cuyo objeto sea la concesión de prestaciones a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, para el caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales<sup>10</sup>.

## II. La ley aplicable a los contratos de seguro en el art. 7 del Reglamento Roma I

### 1. Consideraciones previas

5. Se encuentran regulados por el art. 7 del Reglamento Roma I los siguientes tipos de contratos internacionales de seguro:

a) Contratos de seguro relativos a grandes riesgos, con independencia de la localización del riesgo.

b) Contratos de seguro que cubren riesgos distintos de los anteriores siempre que el riesgo se encuentre localizado en el territorio de los Estados miembros.

---

sejo de 22 de junio de 1988 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE (88/357/CEE) (DOCE núm. L 172, de 4 julio 1988, p. 1) (versión consolidada de 11 junio 2005); Directiva 92/49/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (Tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida) (DOCE núm. L 228, de 11 agosto 1992, p. 1 (versión consolidada de 21 marzo 2008); Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 sobre el seguro de vida (DOCE núm. L 345, de 19 diciembre 2002, p. 1 (versión consolidada de 20 marzo 2008).

<sup>6</sup> Vid. J. BASEDOW, “Consumer contracts...”, pp. 289-290.

<sup>7</sup> Vid. *Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (presentado por la Comisión)*, Bruselas, 14 de enero de 2003, COM (2002) 654 final, p. 22.

<sup>8</sup> Vid. O. LANDO / P. A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, núm. 45, 2008, p. 1692; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento comunitario Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, p. 111.

<sup>9</sup> Vid. T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, marzo 2009, p. 12.

<sup>10</sup> Vid. art. 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 sobre el seguro de vida (DOCE núm. L 345, de 19 diciembre 2002, p. 1 (versión consolidada de 20 marzo 2008); H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *Journal de Droit International*, núm. 1, 2009, p. 34.



6. A los supuestos anteriores es preciso añadir una serie de normas adicionales cuando se trate de un contrato que cubre riesgos para los que un Estado miembro impone la obligación de suscribir un seguro (seguros obligatorios).

7. Si los riesgos que cubre un contrato internacional de seguro –distintos de los grandes riesgos– están localizados en el territorio de Estados no miembros, el art. 7 del Reglamento Roma I no resulta aplicable. Tales contratos se rigen por las reglas generales de los arts. 3 y 4 o, si fuera el caso, por el art. 6 del Reglamento Roma I<sup>11</sup>. El régimen general de los arts. 3 y 4 se aplica también a todos los contratos de reaseguro<sup>12</sup>. Por ello, no serán objeto de estudio en el presente trabajo ni los contratos de seguro que cubren riesgos –distintos de grandes riesgos– situados en Estados no miembros, ni los contratos de reaseguro.

También debe tenerse presente que las reglas del art. 7 pueden verse afectadas por las leyes de policía a las que se refiere el art. 9 del Reglamento Roma I<sup>13</sup>.

## 2. Contratos de seguro relativos a grandes riesgos

8. El art. 7.1 del Reglamento establece que el precepto resulta aplicable a los contratos de seguro que cubren grandes riesgos, independientemente de que el riesgo se localice o no en un Estado miembro. En primer lugar es preciso, por lo tanto, determinar qué se entiende por grandes riesgos.

### A) Concepto de grandes riesgos

9. Cuando expusimos el régimen que existía para determinar la Ley aplicable a los contratos de seguro, antes de que viera la luz el Reglamento, nos referimos a la compleja regulación de diversas Directivas comunitarias. El Reglamento, en lugar de ofrecer un concepto de grandes riesgos, ha optado por remitirse, en el art. 7.2, al concepto que maneja una de las Directivas en cuestión. Según se establece en el art. 7.2, es preciso acudir, para determinar qué son grandes riesgos, al art. 5d) de la *Primera Directiva del Consejo de 24 de julio de 1973 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y ad-*

---

<sup>11</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contratos de seguro y reaseguro”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, p. 618; S. FRANCO, “Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal de Droit International*, núm. 1, 2009, p. 60; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, 30 mayo 2008, p. 8. Con respecto a los contratos de consumo, vid., entre otros, en este número de *Cuadernos de Derecho Transnacional*, A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”; E. CASTELLANOS RUIZ, “Art. 26 Ley 34/2002”, “Art. 29 Ley 34/2002” y “Art. 67 TR-LGDCU de 16 noviembre 2007”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y a las Leyes especiales de protección de los consumidores*, 2009, en prensa; G. PIZZOLANTE, “I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento “Roma I”, en P. FRANZINA (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I”*, Padua, pp. 50-61. Se considera que, en el caso de los seguros que cubren riesgos que no son grandes riesgos, la distinción entre riesgos situados dentro y fuera del territorio de los Estados miembros es uno de los puntos más débiles del Reglamento Roma I. En este sentido, vid. L. MERRET, “Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation”, *Journal of Private International Law*, vol. 5, núm. 1, 2009, p. 62.

<sup>12</sup> Con respecto a los contratos internacionales de reaseguro en el Reglamento Roma I, vid. R. MERKIN, “The Rome I Regulation and reinsurance”, *Journal of Private International Law*, vol. 5, núm. 1, 2009, pp. 69-84.

<sup>13</sup> En este número de *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vid. A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I...”; H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, pp. 36-39; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, núm. 4, octubre-diciembre 2008, pp. 778-779; O. LANDO / P. A. NIELSEN, “The Rome I Regulation...”, pp. 1719-1723; L. MERRET, “Choice of Law...”, pp. 63-66.

*ministrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (73/239/CEE) (en adelante, Primera Directiva (73/239/CEE))<sup>14</sup>.*

**10.** Según el art. 5d) de la Primera Directiva, son grandes riesgos los siguientes:

a) Los riesgos clasificados en los ramos 4, 5, 6, 7, 11 y 12 del punto A de su Anexo, es decir, se consideran seguros por grandes riesgos los que cubren daños sufridos por vehículos ferroviarios, por vehículos aéreos, por vehículos marítimos, lacustres y fluviales, por mercancías transportadas (comprendidas las mercancías, equipajes y demás bienes); los que cubren la responsabilidad civil resultante del empleo de vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista); y los que cubren la responsabilidad civil resultante del empleo de vehículos fluviales, lacustres y marítimos (comprendida la responsabilidad del transportista).

b) Los riesgos clasificados en los ramos 14 y 15 del punto A del Anexo, es decir, se consideran seguros por grandes riesgos los seguros de crédito (insolvencia general, crédito a la exportación, venta a plazos, crédito hipotecario, crédito agrícola); y los seguros de caución (directa e indirecta). En ambos casos, es preciso que el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y que el riesgo se refiera a dicha actividad.

c) Los riesgos clasificados en los ramos 3, 8, 9, 10, 13 y 16 del punto A del Anexo, siempre que el tomador cumpla una serie de condiciones relativas al total del balance, el importe neto del volumen de negocios y el número medio de empleados<sup>15</sup>. Se consideran seguros por grandes riesgos los que cubren:

- Daños sufridos por vehículos terrestres no ferroviarios (automóviles y no automóviles).
- Daños causados por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno, siempre que no afecten a los siguientes bienes: vehículos terrestres automóviles y no automóviles, vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidas las mercancías, equipajes y demás bienes).
- Daños causados por el granizo o la helada, así como por cualquier suceso, como el robo, distinto de los incluidos en el apartado anterior (incendio, explosión, etc.), siempre que sean sufridos por bienes diferentes de los anteriormente mencionados.
- Responsabilidad civil resultante del empleo de vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista).
- Toda responsabilidad civil distinta de la resultante del empleo de los siguientes vehículos: vehículos terrestres automóviles, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales.

## **B) Ley aplicable a los contratos de seguro por grandes riesgos**

**11.** El Reglamento Roma I determina la Ley aplicable a los contratos de seguro por grandes riesgos en el art. 7.2, mediante las siguientes normas de conflicto:

a) Ley elegida por las partes

**12.** Las partes de un contrato de seguro por grandes riesgos pueden elegir la Ley aplicable al mismo, siempre que se ajuste a las condiciones del art. 3 del Reglamento Roma I<sup>16</sup>. Las partes pueden elegir tanto la Ley de un Estado miembro como la Ley de un tercer Estado<sup>17</sup>. Como señala el art. 3, cabe elegir la Ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato, produciéndose, en este último caso, el *depeçage* del mismo.

<sup>14</sup> DOCE núm. L 228, de 16 agosto 1973, p. 3 (versión consolidada de 1 enero 2007). Vid. L. MERRET, "Choice of Law...", p. 54. Sobre el concepto de grandes riesgos en las Directivas y en la LCS, vid. SAP Madrid (Sección 25), de 4 abril 2001 (JUR 2001\187069); SAP Madrid (Sección 10), de 13 julio 2002 (AC 2003\880); SAP Baleares (Sección 5), de 16 octubre 2003 (AC 2004\421).

<sup>15</sup> Vid. art. 5.d)iii) de la Primera Directiva (73/239/CEE).

<sup>16</sup> Por lo que se refiere al art. 3 del Reglamento Roma I, vid., en este número de *Cuadernos de Derecho Transnacional*, A. L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I..."; S. FRANCO, "Le règlement "Rome I...", pp. 50 y ss.; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento "Roma I...", pp. 4-5; H. KENFACK, "Le règlement (CE) n° 593/2008...", pp. 17-18; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, "De la convention de Rome...", pp. 735 y ss; O. LANDO / P. A. NIELSEN, "The Rome I Regulation...", pp. 1698-1700.

<sup>17</sup> Con respecto a esta posibilidad en el ámbito de las Directivas comunitarias, vid. B. DUBUISSON, *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré*, Univ. Lovaina (tesis doctoral), 1994, §250.

No se limita la autonomía de la voluntad conflictual porque se trata de un seguro en el que no se considera que exista una parte que deba ser especialmente protegida<sup>18</sup>. La diferencia fundamental entre la regulación de la Ley aplicable a los contratos de seguro por grandes riesgos y al resto de contratos de seguro que cubren riesgos localizados en los Estados miembros es, por lo tanto, el juego de la autonomía de la voluntad<sup>19</sup>. La ausencia de una parte débil en estos contratos justifica, además, que en el ámbito de la competencia judicial internacional se admitan las cláusulas de sumisión expresa sin las condiciones que se imponen a otros contratos de seguro<sup>20</sup>.

**13.** La posibilidad de elegir la Ley aplicable al contrato de seguro por grandes riesgos ya se encontraba contemplada en el art. 7.1.f) de la *Segunda Directiva del Consejo de 22 de junio de 1988 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/ CEE (88/357/CEE)* (en adelante, Segunda Directiva (88/357/CEE); y en el art. 107.2 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (en adelante, LCS)<sup>21</sup>.

b) Ley aplicable en defecto de elección: la Ley de la residencia habitual del asegurador

**14.** Sólo en caso de que las partes no hayan elegido la Ley aplicable al contrato se acudirá a la Ley de la residencia habitual del asegurador. La ventaja de esta regla es que, en defecto de elección de Ley aplicable, el asegurador verá aplicada a todos sus contratos internacionales de seguro una misma Ley, la Ley de su residencia habitual<sup>22</sup>.

**15.** Es preciso determinar entonces qué se entiende por residencia habitual del asegurador. Como regla general, tal como señala el Considerando séptimo del Reglamento, debe garantizarse la coherencia de las disposiciones del Reglamento Roma I con el *Reglamento 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*, y el *Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones*

<sup>18</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contrato internacional de seguro...”, p. 810; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contratos de seguro y reaseguro...”, p. 618; V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro...*, p. 107.

<sup>19</sup> Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome...”, p. 767.

<sup>20</sup> Vid. J. BASEDOW, “Consumer contracts...”, p. 291. Como ejemplo cabe citar el art. 13 del *Reglamento 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* (en adelante, R 44/2001), que regula la sumisión expresa en los contratos de seguro. Dicho precepto establece en sus apartados diferentes condiciones para que dicha sumisión sea válida. Así, por ejemplo, en el apartado segundo del art. 13 R 44/2001, se admite la validez de la sumisión expresa si permite litigar al tomador del seguro, asegurado o beneficiario, ante tribunales distintos de los indicados en la Sección tercera del Capítulo II. En cambio, en el caso del apartado quinto del art. 13, el R 44/2001 señala “Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos atributivos de competencia: 5) que se refirieren a un contrato de seguro que cubriera uno o varios de los riesgos enumerados en el art. 14”. El mencionado precepto regula la sumisión expresa para los casos de seguros por grandes riesgos, ya que son los que se encuentran contemplados en el art. 14. La sumisión expresa en el caso de seguros por grandes riesgos es por lo tanto una excepción a la regla general, que es la exigencia de condiciones adicionales de validez. Sobre la sumisión expresa en los contratos de seguro, vid., entre otros, P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contratos de seguro y reaseguro...”, p. 617; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contrato internacional de seguro...”, pp. 804-808; H. HEISS, “Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pp. 291-300.

<sup>21</sup> Respectivamente, *DOCE* núm. L 172, de 4 julio 1988, p. 1 (versión consolidada de 11 junio 2005); y *BOE* núm. 250, de 17 octubre 1980, p. 23126. Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora...*, p. 170; F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, p. 157.

Art. 7.1.f) Segunda Directiva (88/357/CEE): “Para los riesgos contemplados en la letra d) del artículo 5 de la Directiva 73/239/CEE, las partes tendrán libre elección de la ley aplicable”.

Art. 107.2 LCS: “En los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tendrán libre elección de la ley aplicable”.

Con respecto a la elección de ley aplicable a los contratos de seguros por grandes riesgos en el ámbito de la LCS, vid. STS (Sala de lo Civil, Sección Única), de 3 julio de 2003, *RJ* 2003\4324; SAP Baleares (Sección 5), de 16 octubre 2003 (*AC* 2004\421); SAP Madrid (Sección 11), de 15 marzo 2004 (*JUR* 2004\229872).

<sup>22</sup> Vid. L. MERRET, “Choice of Law...”, p. 58. Salvo, como veremos a continuación, que el contrato presente vínculos más estrechos con otro país.

*extracontractuales*<sup>23</sup>. En este sentido, se ha señalado que existe un “sistema de retroalimentación hermenéutica”<sup>24</sup>.

La interpretación del Reglamento debe encontrarse así presidida por el “principio o postulado de continuidad de los conceptos”, en virtud del cual, deben entenderse en un mismo sentido aquéllos términos que son comunes a varias normas<sup>25</sup>.

**16.** Sin embargo, frente a lo que dispone el Considerando séptimo, en el Considerando trigésimo noveno se descarta expresamente el criterio del art. 60 del Reglamento 44/2001 con respecto al domicilio de las personas jurídicas<sup>26</sup>. Así, se señala que en el ámbito del conflicto de leyes es preciso un criterio único, para que las partes puedan prever la Ley aplicable a su situación. Así, con un solo criterio se evita la aplicación de varias Leyes al contrato<sup>27</sup>.

**17.** Para determinar la residencia habitual del asegurador, a los efectos del Reglamento Roma I, cabe acudir al art. 19. En dicho precepto se especifica que, en el caso de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, la residencia habitual es el lugar de la administración central. Sin embargo, cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento; así como cuando la prestación deba ser realizada por ellos, se considerará residencia habitual el lugar en el que aquéllos estén situados (art. 19.2).

Como el punto de conexión empleado por el precepto es un punto de conexión mutable, se establece una regla para evitar el *conflicto móvil*<sup>28</sup>. Así, se señala que el momento relevante para apreciar la residencia habitual es el de celebración del contrato (art. 19.3).

**18.** El art. 7.h) de la Segunda Directiva (88/357/CEE) señalaba que, para los casos en que no se hubiera elegido la Ley aplicable al contrato, éste se regiría por “la ley del país de entre los contemplados en las letras precedentes con el que dicho contrato presente una relación más estrecha... Se presumirá que el contrato presenta la relación más estrecha con aquel Estado miembro en el que se localice el riesgo”. Por lo que respecta a la LCS, su art. 107.5 determinaba que, en defecto de elección, era aplicable al contrato de seguro la Ley del Estado miembro con la que el contrato presentaba una relación más estrecha, presumiéndose que ésta era la Ley del Estado miembro de localización del riesgo<sup>29</sup>.

Por ello, el Reglamento se aparta en parte en este punto de la regulación anterior, al considerar que, en defecto de elección de Ley aplicable, el contrato se rige por la Ley de la residencia habitual del asegurador salvo, como veremos a continuación, que el contrato presente vínculos más estrechos con otro Estado<sup>30</sup>. También se observa en este punto que el precepto del Reglamento no hace alusión, como la Directiva o la LCS, a que se trate de la Ley de un “Estado miembro”.

<sup>23</sup> Respectivamente, *DOCE* núm. L 12, de 16 enero 2001, p. 1 (versión consolidada de 4 diciembre 2008); y *DOUE* núm. L 199, de 31 julio 2007.

<sup>24</sup> Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I...”, p. 2.

<sup>25</sup> Por ello, tal como ha señalado la doctrina, en caso de que se quiera sostener una diferente interpretación del precepto, será preciso argumentar en tal sentido. Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I...”, p. 2.

<sup>26</sup> Considerando trigésimo noveno Reglamento Roma I: “La seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas. Contrariamente al artículo 60, apartado 1, del Reglamento (CE) no 44/2001, que propone tres criterios, la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación”.

Art. 60 Reglamento 44/2001: “1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal. 2. Para el Reino Unido y para Irlanda, la expresión “sede estatutaria” se equiparará al *registered office* y en caso de que en ningún lugar exista una *registered office* al *place of incorporation*, (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica. 3. Para determinar si un trust está domiciliado en el Estado contratante cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado”.

<sup>27</sup> Vid. O. LANDO / P. A. NIELSEN, “The Rome I Regulation...”, p. 1704.

<sup>28</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 277 y ss.

<sup>29</sup> Vid. SAP Madrid (Sección 25), de 4 abril 2001 (*JUR* 2001\187069).

<sup>30</sup> Vid. T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I...”, p. 12; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome...”, p. 772.

## c) Ley del país con el que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos

**19.** En caso de que las partes no hayan elegido la Ley aplicable, el contrato de seguro se registrará por la Ley de la residencia habitual del asegurador, salvo si el contrato se encuentra más estrechamente vinculado con otro Estado, caso en que la Ley de dicho Estado será la que resulte aplicable. Como ya hemos comentado, la aplicación de la Ley del Estado más estrechamente vinculado ya se encontraba prevista en el art. 7.1.h) de la Segunda Directiva (88/357/CEE) y en el art. 107.5 LCS.

**20.** A la vista de la regulación expuesta, se observa que las reglas que determinan la Ley aplicable a los contratos de seguro que cubren grandes riesgos es la misma a la que llevaría la aplicación de los arts. 3 y 4 del Reglamento<sup>31</sup>. En primer lugar, el propio art. 7.2 remite al art. 3 para determinar las condiciones de la elección de Ley aplicable.

En segundo lugar, no se incluye una remisión al art. 4 del Reglamento, pero se acoge la misma solución. Si hubiera sido aplicable el art. 4 a los contratos de seguro por grandes riesgos, se procedería de la siguiente manera: al no estar comprendido el contrato de seguro por grandes riesgos en la lista de contratos del art. 4.1, habría que acudir al art. 4.2, que determina aplicable la Ley de la residencia habitual de la parte que debe realizar la prestación característica<sup>32</sup>. Por lo tanto, sería aplicable la Ley de la residencia habitual del asegurador, que es la solución que prevé el art. 7.2<sup>33</sup>. Y, en virtud del art. 4.3, sería aplicable la Ley del país que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato, que también coincide con la previsión del art. 7.2.

Lo dicho sirve para poner de manifiesto que el legislador ha querido que las reglas que determinan la Ley aplicable a los contratos por grandes riesgos sean las mismas que las aplicables a los contratos en general<sup>34</sup>. Es decir, para los contratos por grandes riesgos no hay un régimen específico de determinación de la Ley aplicable, como el que veremos a continuación.

**21.** Cabe plantearse entonces el motivo de su inclusión en el art. 7. Por un lado, cabría considerar que se trata de incluir en un único precepto todas las reglas relativas a los contratos de seguro. A ello cabe objetar que los contratos de seguro que cubren riesgos que no corresponden a la definición de grandes riesgos se regulan por las reglas generales del Reglamento cuando el riesgo está situado en un Estado no comunitario. Del mismo modo, los contratos de reaseguro se rigen también por las reglas generales (art. 7.1)<sup>35</sup>.

La razón de incluir los contratos de seguro por grandes riesgos en el art. 7 es que se encuentren sometidos a los límites que el mismo contempla en el caso de los seguros obligatorios (art. 7.4)<sup>36</sup>.

**22.** A la misma solución que el Reglamento Roma I establece para determinar la Ley aplicable a los contratos de seguro por grandes riesgos, conducía el Convenio de Roma de 1980, aplicable, como ya hemos señalado, cuando los riesgos se encontraban localizados en el territorio de Estados no miembros<sup>37</sup>. Así, en virtud del art. 4.2 del Convenio, se presumía que la prestación característica era la proporcionada por el asegurador, por lo que se aplicaba la Ley de su residencia habitual<sup>38</sup>. En caso de que el contrato presentara vínculos más estrechos con otro Estado, ésta era la Ley aplicable (art. 4.5 Convenio de Roma 1980).

<sup>31</sup> Vid. L. MERRET, "Choice of Law...", p. 58.

<sup>32</sup> En este sentido, cierto sector doctrinal considera que los contratos de seguro por grandes riesgos deberían haber sido incluidos en la lista de contratos específicos del art. 4.1 del Reglamento Roma I, vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, "De la convention de Rome...", p. 773.

<sup>33</sup> La consideración del asegurador como prestador característico ya se sostuvo en el ámbito del Convenio de Roma de 1980, Vid. *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, OJC 282*, de 31 octubre 1980, pp. 0001-0050; P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora...*, p. 197; V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro...*, p. 110. Con respecto a las críticas que suscita la consideración del asegurador como prestador característico, vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, pp. 102-105.

<sup>34</sup> Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento "Roma I...", p. 8.

<sup>35</sup> Art. 7.1 Reglamento Roma I: "El presente artículo... No se aplicará a los contratos de reaseguro".

<sup>36</sup> Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento "Roma I...", p. 8.

<sup>37</sup> Como ya hemos comentado, el Convenio de Roma regulaba la ley aplicable a los contratos que cubrían grandes riesgos situados fuera de los Estados miembros, vid. § 1.

<sup>38</sup> Vid. *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, OJC 282*, de 31 octubre 1980, pp. 0001-0050.

### 3. Contratos de seguro relativos a riesgos localizados en el territorio de los estados miembros

#### A) Localización del riesgo

23. El art. 7.3 del Reglamento Roma I se aplica a los contratos de seguro distintos de los contemplados en su apartado segundo. Por lo tanto, se trata de contratos de seguro que cubren riesgos que no se corresponden con la definición de grandes riesgos. El art. 7.3 debe ser puesto en relación con el art. 7.1, que establece que se aplica a “todos los demás contratos de seguro que cubran riesgos localizados en el territorio de los Estados miembros”. Por lo tanto, el art. 7.3 regula los contratos de seguro relativos a riesgos localizados en Estados miembros siempre que no se trate de grandes riesgos.

24. Antes de examinar las soluciones propuestas en el art. 7.3, es preciso concretar cómo se determina la localización del riesgo. Sólo si el riesgo se localiza en el territorio de los Estados miembros, cabrá aplicar las soluciones del art. 7.3. El Reglamento no contiene reglas que determinen la localización de los riesgos, sino que se remite, en su art. 7.6, a las Directivas comunitarias. En este punto cabe hacer una distinción entre seguros de vida y seguros distintos del seguro de vida.

25. En el caso de los seguros distintos del seguro de vida es preciso acudir al art. 2d) de la Segunda Directiva (88/357/CEE)<sup>39</sup>.

El mencionado precepto establece distintas reglas para concretar el lugar en el que se encuentra localizado el riesgo. Como regla general, se considera que el riesgo se localiza, si el tomador es una persona física, en el Estado miembro de su residencia habitual; si es una persona jurídica, en el Estado miembro de su establecimiento (art. 2d) *in fine*, Segunda Directiva (88/357/CEE)). No obstante, dicha regla general no será aplicada en los casos siguientes<sup>40</sup>:

- a) Contratos de seguro relativos a bienes inmuebles, así como a bienes muebles y su contenido si se encuentran cubiertos por la misma póliza: el riesgo se entiende localizado en el Estado miembro donde se hallen los bienes.
- b) Contratos de seguro referidos a vehículos de cualquier naturaleza: el riesgo se encuentra localizado en el Estado miembro de matriculación.
- c) Contratos de duración inferior o igual a cuatro meses relativos a riesgos sobrevenidos durante un viaje o vacaciones, con independencia del ramo afectado: el riesgo se localiza en el Estado miembro en que el tomador haya firmado el contrato.

26. En el caso de los seguros de vida, el art. 7.6 del Reglamento establece que el riesgo se entiende localizado en el país del compromiso, tal como se encuentra definido en el art. 1.1.g) de la *Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 sobre el seguro de vida*<sup>41</sup>. La Directiva establece que el Estado miembro del compromiso es aquél en el que el tomador tiene su residencia habitual, si es una persona física, o su establecimiento, si se trata de una persona jurídica.

#### B) Ley elegida por las partes

27. El art. 7.3 establece, como primer punto de conexión, la autonomía de la voluntad conflictual, si bien limitada, ya que contempla un catálogo de Leyes elegibles<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> DOCE núm. L 172, de 4 julio 1988, p. 1 (versión consolidada de 11 junio 2005). Vid. STJCE de 14 junio 2001, *Kvaerner plc c. Staatssecretaris van Financiën*, 191/99, Rec. p. I-04447.

<sup>40</sup> A pesar de que el art. 2d) *in fine* de la Segunda Directiva (88/357/CEE) se refiere a la residencia habitual del tomador como criterio para determinar la localización del riesgo “en todos los casos que no estén explícitamente contemplados por los guiones anteriores”, esta regla, aparentemente residual, es la que opera en la mayor parte de los casos. Vid. J. J. EZQUERRA UBERO, “La ley aplicable al contrato...”, pp. 9-10; M. FRIGESSI DI RATTALMA, “Osservazioni sui profili internazionalprivatistici della seconda direttiva comunitaria sull’assicurazione contro i danni”, *RDIPP*, núm. 3, julio-septiembre 1989, p. 568.

<sup>41</sup> DOCE núm. L 345, de 19 diciembre 2002, p. 1 (versión consolidada de 20 marzo 2008). Con respecto al tratamiento separado en las Directivas comunitarias de los seguros de vida y los seguros distintos del seguro de vida, vid. J. J. EZQUERRA UBERO, “La ley aplicable al contrato...”, pp. 13-14.

<sup>42</sup> Vid. S. FRANCO, “Le règlement “Rome I...”, p. 60.

**28.** En primer lugar, el contrato de seguro se regirá por la Ley elegida por las partes. Al igual que ocurría en las Directivas comunitarias, la determinación de la Ley aplicable al tipo de seguros al que ahora nos referimos, viene condicionada por el objetivo de proteger al tomador del seguro<sup>43</sup>. Por esta razón se limita la autonomía de la voluntad conflictual de las partes. La regulación que ahora recoge el Reglamento Roma I procede fundamentalmente del art. 7 de la Segunda Directiva (88/357/CEE).

**29.** Las partes podrán elegir entre las siguientes Leyes:

a) Ley del Estado miembro en que se localice el riesgo

**30.** Para determinar cuál es esta Ley, habrá que acudir a las reglas que hemos expuesto sobre localización del riesgo<sup>44</sup>.

**31.** El art. 7.3 no se refiere, en general, a la Ley del Estado de localización del riesgo, sino que especifica que se trata de la Ley de un Estado miembro. ¿Significa esto que no cabe elegir la Ley del país de localización del riesgo cuando se trata de un Estado no miembro? La respuesta a la cuestión hace necesario centrarse en el ámbito de aplicación del art. 7.3. Como ya hemos precisado, el art. 7.3 sólo se aplica a los contratos de seguros relativos a riesgos localizados en Estados miembros. Por ello, cuando el riesgo se localice en un tercer Estado, del art. 7.3 no se puede deducir ni que la elección de Ley es válida ni que no lo es, simplemente porque el art. 7.3 no es aplicable. Como el artículo no es aplicable, la respuesta habrá que buscarla en otros preceptos del Reglamento<sup>45</sup>.

**32.** En el art. 7.3 se concreta el momento en que ha de ser valorada la localización del riesgo, evitando el *conflicto móvil* que podría producirse, por ejemplo, en caso de que el tomador cambie el Estado miembro de su residencia habitual<sup>46</sup>. Así, según establece el art. 7.3, el momento en que ha de ser tenida en cuenta la localización del riesgo es el de celebración del contrato.

**33.** La Segunda Directiva (88/357/CEE) señalaba en su art. 7.1.a) que, cuando coincidían en el mismo Estado miembro la localización del riesgo y la residencia habitual o administración central del tomador, se aplicaba la Ley de dicho Estado miembro. En esta línea, la LCS establecía, en su art. 107.1.a), que se aplicaba la Ley española a los contratos de seguro que cubrían riesgos localizados en territorio español, cuando el tomador del seguro tuviera en España su residencia habitual –si se trataba de una persona física-, o su domicilio social o sede de gestión administrativa y dirección de los negocios –si se trataba de una persona jurídica-.

b) Ley del país de residencia habitual del tomador del seguro

**34.** El Reglamento, tras señalar en la letra a) del art. 7.3 que cabe elegir la Ley del Estado miembro de localización del riesgo, en la letra b) alude a la Ley del país donde el tomador del seguro tenga su residencia habitual.

**35.** En el caso de que el tomador sea una persona jurídica, ya hemos señalado que se entiende por residencia habitual su administración central, salvo que el contrato se celebre en el curso de las operaciones de otro establecimiento o la prestación deba ser realizada por éste, caso en que se tendrá en cuenta como residencia al mencionado establecimiento (arts. 19.1 y 2 Reglamento Roma I).

Cuando el tomador sea una persona física que está ejerciendo su actividad profesional, se considerará residencia habitual su establecimiento principal (art. 19.1 Reglamento Roma I).

**36.** No especifica el art. 7.3 del Reglamento en qué momento ha de ser determinada la residencia habitual del tomador. Consideramos que debe apreciarse la residencia habitual del tomador en el momento

<sup>43</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contrato internacional de seguro...”, p. 810.

<sup>44</sup> Vid. §25 y 26.

<sup>45</sup> Como ya hemos señalado, dichos contratos se rigen por los art. 3, 4 y, en su caso, art. 6 del Reglamento. Vid. §7.

<sup>46</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Derecho Internacional Privado...*, pp. 277 y ss.

de celebración del contrato. Así, el momento relevante para apreciar el punto de conexión de la norma de conflicto será el mismo que en el ya analizado art. 7.3.a), en el que, como ya hemos comentado, el Reglamento precisa que se tendrá en cuenta la localización de riesgo “en el momento de celebración del contrato”. Ante el silencio del art. 7.3.b) cabría también acudir al art. 19 del Reglamento. Como ya hemos señalado, tras definir qué se entiende por residencia habitual, el art. 19.3 indica que se estará a la residencia habitual en el momento de celebración del contrato.

**37.** Según hemos expuesto al examinar la localización del riesgo, existen diversos contratos de seguro en los que las opciones a) y b) del art. 7.3 del Reglamento se traducen en una única Ley aplicable. Ello se producirá cuando el riesgo se entienda localizado en la residencia habitual del tomador. Por ello, la letra b) del art. 7.3 resultará útil cuando no se dé tal equivalencia, por ejemplo, en los contratos de seguro relativos a inmuebles, los referidos a vehículos, y los seguros de viaje y vacaciones cuando se ajusten a las condiciones del art. 2d) de la Segunda Directiva (88/357/CEE)<sup>47</sup>.

**38.** Mientras que, al referirse a la Ley de la localización del riesgo, el Reglamento puntualiza que ha de tratarse de la Ley de un Estado miembro, no existe previsión semejante en este apartado. Se plantea en este punto la misma cuestión suscitada por el art. 7.1.b) de la Segunda Directiva (88/357/CEE), en la que se indicaba que, cuando el tomador del seguro no tenía su residencia habitual en el Estado miembro de localización del riesgo, las partes podían elegir la Ley del Estado miembro en el que estaba localizado el riesgo, o la “ley del país en el que el tomador del seguro tenga su residencia habitual o su administración central”. Al igual que se entendía en el ámbito de la Directiva, consideramos que cabe elegir como Ley aplicable la Ley del Estado de residencia habitual del tomador aunque se trate de un Estado no miembro<sup>48</sup>.

**39.** Como acabamos de señalar, en el art. 7.1.b) de la Segunda Directiva planteaba dos opciones para elegir la Ley aplicable al contrato, cuando la residencia habitual del tomador no se encontraba en el Estado miembro de localización del riesgo: la Ley del Estado miembro de localización del riesgo o la Ley del país de residencia habitual del tomador. Esta regla dio lugar, en la LCS, a una norma de conflicto unilateral<sup>49</sup>. En ella se indicaba que, cuando el riesgo estaba localizado en España, podía elegirse la Ley española o la Ley del Estado de residencia habitual del tomador (art. 107.3.a) LCS). Ello planteaba problemas, ya que, por ejemplo, la LCS no indicaba la Ley aplicable cuando el tomador del seguro tenía su residencia habitual en España pero el riesgo se localizaba en otro Estado miembro<sup>50</sup>. Tampoco señalaba la Ley aplicable en caso de que tanto la localización del riesgo como la residencia habitual del tomador o su administración central estuvieran localizadas en un Estado miembro que no fuera España<sup>51</sup>. Con la redacción del Reglamento se solucionan por lo tanto en este punto los problemas que planteaba la norma de conflicto unilateral del art. 107 LCS.

#### c) Ley del Estado miembro de la nacionalidad del tomador del seguro

**40.** Junto a las opciones anteriores, en el caso de los seguros de vida, se admite también elegir la Ley del Estado miembro del que sea nacional el tomador del seguro. Esta posibilidad sólo cabe en caso de que el tomador del seguro sea nacional de un Estado miembro. En este sentido, ya el art. 32 de la *Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 sobre el seguro de vida* (en adelante, Directiva 2002/83/CE) señalaba que, cuando el tomador era una persona física cuya residencia habitual se encontraba en un Estado miembro diferente del Estado miembro del que era na-

<sup>47</sup> Vid. R. MERKIN / A. RODGER, *EC Insurance Law*, Londres-Nueva York, 1997, p. 150; F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 140.

<sup>48</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contrato internacional de seguro...”, p. 811; P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora...*, p. 174; F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 140.

<sup>49</sup> Vid. J. J. EZQUERRA UBERO, “La ley aplicable al contrato...”, pp. 14-15.

<sup>50</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora...*, p. 174.

<sup>51</sup> En casos como el mencionado, la doctrina sostenía que el Derecho del Estado donde se localiza el riesgo es el que debía concretar si las partes podían elegir la ley aplicable al contrato o si resultaba aplicable su propia Ley material. Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contrato internacional de seguro...”, p. 812.



cional, las partes podrán elegir la legislación del Estado miembro del que era nacional<sup>52</sup>. En esta línea, también la LCS contemplaba en el art. 108.1.a) la posibilidad de que el tomador acordase con el asegurador la aplicación de la Ley de su nacionalidad siempre que se tratara de un Estado miembro.

41. Ya cuando en las Directivas comunitarias se incluyó la posibilidad de escoger la Ley del Estado miembro de la nacionalidad del tomador del seguro, parte de la doctrina consideró que se trataba de incluir un punto de conexión típico del Derecho de familia<sup>53</sup>. Así, se afirmó por cierto sector doctrinal que el objetivo era poner de manifiesto la relación que existe entre éste y los seguros de vida, al menos en los países del *civil law*<sup>54</sup>.

42. No indica el precepto qué ocurre en caso de que se produzca un *conflicto móvil*. Al igual que en los casos anteriores, consideramos que el cambio de nacionalidad del tomador del seguro no debe permitir un cambio de la Ley aplicable<sup>55</sup>.

d) Ley del Estado miembro del siniestro, cuando se trate de contratos de seguro que cubren riesgos limitados a siniestros que ocurran en un Estado miembro distinto del Estado miembro de localización del riesgo.

43. Junto a las opciones examinadas anteriormente –Ley del Estado miembro de localización del riesgo y Ley del país de residencia habitual del tomador–, este apartado añade una opción adicional. Dicha opción afecta a los contratos de seguro que se limitan a cubrir siniestros en Estados miembros diferentes del Estado miembro en que se localiza el riesgo. Éste sería el caso de un seguro de viaje que cubre los siniestros que puedan ocurrir en el Estado miembro al que se viaja<sup>56</sup>. Como ya hemos comentado, cuando estos contratos tienen una duración inferior a cuatro meses, el riesgo se entiende localizado en el Estado miembro en el que el tomador ha firmado el contrato<sup>57</sup>.

El precepto especifica que esta opción se refiere a contratos de seguro que cubren siniestros que ocurren en un Estado miembro distinto del Estado miembro de localización del riesgo. ¿Y si, cumpliéndose la condición de que el riesgo se localiza en un Estado miembro, el contrato se refiere a siniestros ocurridos en un Estado no miembro? Atendiendo a la literalidad del precepto del Reglamento, no parece admisible elegir la Ley del Estado del siniestro si no se trata de un Estado miembro. En este supuesto, parece que la elección se limitaría a las anteriormente expuestas.

Este problema también se planteaba en el ámbito de la Directiva (88/357/CEE) y el art. 107.3.c) LCS. En este contexto, parte de la doctrina consideraba que, al tratarse de un caso no previsto por la Directiva ni por la LCS, debería admitirse la elección de la Ley del Estado del siniestro, aún no siendo un Estado miembro<sup>58</sup>.

e) Ley de cualquiera de los Estados miembros de localización de los riesgos cuando el tomador ejerce una actividad comercial, industrial o profesión liberal; o la Ley del país de residencia habitual del tomador.

44. En el apartado e) del art. 7.3, el Reglamento señala las Leyes que se pueden elegir en el caso de riesgos localizados en diferentes Estados miembros. Para que puedan ser elegidas las Leyes que señala el precepto –Ley de cualquiera de los Estados miembros de localización del riesgo y Ley de la residencia habitual del tomador–, es necesario que el tomador realice las mencionadas actividades y que el

<sup>52</sup> DOCE núm. L 345, de 19 diciembre 2002, p. 1 (versión consolidada de 20 marzo 2008).

<sup>53</sup> Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 169.

<sup>54</sup> Con respecto a los problemas que suscita el empleo de este punto de conexión en los países del *common law*, vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, pp. 169-170.

<sup>55</sup> Vid. B. DUBUISSON, *Le droit applicable au contrat...*, §219; F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 170.

<sup>56</sup> Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 142.

<sup>57</sup> Vid. §25.

<sup>58</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contrato internacional de seguro” pp. 811-812; P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora...*, p. 175.

Art. 7.1e) Segunda Directiva (88/357/CEE) “...cuando los riesgos cubiertos por el contrato se limiten a siniestros que puedan tener lugar en un Estado miembro diferente de aquél en el que se localice el riesgo..., las partes podrán elegir siempre el derecho del primer Estado”.

Art. 107.3.c) LCS: “c) Cuando la garantía de los riesgos que estén localizados en territorio español se limite a los siniestros que puedan ocurrir en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo distinto de España, las partes pueden elegir la ley de dicho Estado”.

seguro cubra riesgos relativos a las mismas<sup>59</sup>. En el caso de ser elegida la Ley de la residencia habitual del tomador, consideramos, al igual que en el apartado b), que puede tratarse de la Ley de un Estado no miembro<sup>60</sup>.

45. Como hemos señalado, para que se aplique la letra e) del art. 7.3 es necesario que se den, cumulativamente, tres condiciones: a) que el tomador ejerza una actividad comercial o industrial o una profesión liberal, b) que el contrato de seguro cubra riesgos relacionados con las mencionadas actividades, y c) que los riesgos se encuentren localizados en diferentes Estados miembros. Dicha previsión se encontraba ya contemplada en el art. 7.1.c) de la Segunda Directiva (88/357/CEE)<sup>61</sup>. Si el tomador no ejerce ninguna de las mencionadas actividades no podrá acudir a la letra e) del art. 7.3 para determinar la Ley aplicable al contrato de seguro. El tomador que no ejerce las mencionadas actividades se encuentra excluido de dicho precepto para protegerle como parte débil del contrato, evitando así que le sea impuesta una elección de Ley aplicable por el asegurador<sup>62</sup>.

f) Mayor libertad en la elección de la Ley aplicable al contrato

46. El Reglamento señala en el segundo párrafo del art. 7.3 que, si los Estados miembros a los que se refieren las letras a), b) y e), conceden más libertad para elegir la Ley aplicable al contrato internacional de seguro, las partes podrán hacer uso de tal libertad<sup>63</sup>. En la Segunda Directiva, (88/357/CEE), la disposición en la que tiene su origen el art. 7.3.II del Reglamento, se encontraba redactada en el art. 7.1.d) de la siguiente manera: “No obstante lo dispuesto en las letras b) y c), los Estados miembros contemplados en dichas letras podrán conceder a las partes mayor libertad de elección de la ley aplicable al contrato”.

47. En virtud de la previsión del art. 7.3.II, el juez del foro aplicará una de las normas de conflicto de las letras a), b) o e) del art. 7.3 del Reglamento Roma I. La norma de conflicto le remitirá al Derecho de un Estado miembro. A continuación, el juez del foro aplicará la norma de conflicto del Derecho de dicho Estado miembro si su aplicación se traduce en una ampliación de las Leyes elegibles.

48. Como la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado del foro remite a un Derecho extranjero que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación del contrato internacional de seguro al Derecho de otro país, nos encontramos ante un *reenvío*<sup>64</sup>. Ahora bien, dicho *reenvío* sólo opera en el supuesto en que el Ordenamiento designado por las letras a), b) o e) del art. 7.3, conceda una mayor autonomía de la voluntad conflictual a las partes<sup>65</sup>. Sólo en tal caso será aplicable la norma de conflicto del Derecho del Estado miembro al que remiten las letras a), b) o e) del art. 7.3. En caso contrario, será aplicable la Ley material a la que remite dicho precepto. Por ello, podemos señalar que se trata de un *reenvío condicional*<sup>66</sup>. Así, habrá que consultar las normas de conflicto del ordenamiento en cuestión, para comprobar si admite la elección de otras Leyes<sup>67</sup>.

<sup>59</sup> Vid. DICEY AND MORRIS, *The Conflicts of Laws*, by L Collins and others, 2000, 13ª ed, pp. 1359-1360; B. DUBUISSON, *Le droit applicable au contrat...*, §199 y ss.

<sup>60</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contrato internacional de seguro...”, p. 811.

<sup>61</sup> Art. 7.1.c) Segunda Directiva (88/357/CEE): “Cuando el tomador del seguro ejerza una actividad comercial, industrial o liberal y el seguro cubra dos o más riesgos relacionados con dichas actividades y localizados en diferentes Estados miembros, la libertad de elección de la ley aplicable al contrato se extenderá a las leyes de dichos Estados miembros y del país donde el tomador tenga su residencia habitual o su administración central”.

<sup>62</sup> Vid. BERR, “Droit européen des assurances: la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation de services”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1988, pp. 662-663, 670.

<sup>63</sup> Vid. DICEY AND MORRIS, *The Conflicts of Laws...*, p. 141.

<sup>64</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Derecho Internacional Privado...*, pp. 288 y ss.

<sup>65</sup> Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I...””, p. 8.

<sup>66</sup> La doctrina se ha referido a dicho reenvío con diferentes denominaciones. Vid. F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit International Privé*, Bruselas, 2005, p. 231, que lo consideran como *reenvío condicional*, el cual definen de la siguiente manera: “Il arrive que la règle de rattachement du for limite la référence à la règle de rattachement étrangère au caso où celle-ci prévoit un facteur de rattachement déterminé. Lorsque cette condition n’est pas remplie, le droit matériel étranger désigné par la règle du for est appliqué”. Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome...”, p. 775, que se refieren a la previsión del art. 7.3.II del Reglamento Roma I como “...mécanisme apparenté au renvoi...”. B. DUBUISSON, *Le droit applicable au contrat...*, §232, que considera que dicho reenvío tiene un *carácter sustancial*: “Dans le cadre des directives communautaires, le mécanisme a ceci d’original qu’il se justifie uniquement par la recherche d’un effet substantiel: l’élargissement du choix de la loi applicable...” “...C’est pourquoi, il nous paraît opportun de le qualifier de “renvoi à caractère substantiel””; S. FRANCO, “Le règlement “Rome I...””, p. 61, que señala que nos encontramos ante una “...curieuse utilisation du renvoi”.

<sup>67</sup> Vid. DICEY AND MORRIS, *The Conflicts of Laws...*, p. 1358.

49. El art. 20 del Reglamento señala con carácter general, que “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la Ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”. Esta última frase permite que, en el ámbito del art. 7.3, el reenvío sea admisible en el Reglamento<sup>68</sup>.

50. Para que dicho *reenvío condicional* se produzca son necesarios los siguientes requisitos:

a) En primer lugar, tal como hemos comentado, el apartado segundo del art. 7.3 del Reglamento Roma I sólo permite aplicar la norma de conflicto extranjera si ello se traduce en la concesión de una mayor libertad de elección de Ley aplicable al contrato internacional de seguro. Como ya hemos comentado, más que un requisito, ésta es la característica que lo define como *reenvío condicional*.

b) En segundo lugar, el apartado segundo del art. 7.3 del Reglamento Roma I se refiere a los casos de los apartados a), b) y e); por lo que la mayor autonomía de la voluntad conflictual tendrá que ser reconocida por una de las siguientes Leyes: la Ley del Estado miembro de localización del riesgo (letra a); la Ley de cualquiera de los Estados miembros de localización de los riesgos -si los riesgos se encuentran localizados en varios Estados miembros-(letra e); o bien la Ley del Estado miembro de residencia habitual del tomador (letras b) y e). En cambio, en el ámbito del art. 7.3, se encuentra excluido el reenvío en caso de que la Ley elegida por las partes sea la del Estado miembro de la nacionalidad del tomador (letra c), y el caso de que se elija la Ley del Estado miembro del siniestro (letra d)<sup>69</sup>.

c) Como el apartado segundo del art. 7.3 del Reglamento Roma I establece “... si los Estados miembros a los que dichos apartados se refieren...”; sólo puede producirse el reenvío al que nos hemos referido si la Ley designada por la letra a), b) o e) es la Ley de un Estado miembro.

Así, si nos encontramos, por ejemplo, ante un contrato de seguro en el que el riesgo se encuentra localizado en Alemania y el tomador reside habitualmente en Canadá, podrá elegirse como Ley aplicable al contrato la Ley alemana (art. 7.3.a) o la Ley canadiense (art. 7.3.b). Pero también sería válida la elección, por ejemplo, de la Ley española, si ello resulta admisible por las normas de conflicto alemanas (art. 7.3.II)<sup>70</sup>. Incluso, cabría elegir la Ley de un tercer Estado, si las normas de conflicto alemanas en cuestión lo admiten<sup>71</sup>. No cabría admitir, en cambio, la mayor libertad de elección de Ley permitida por el Ordenamiento canadiense, ya que el art. 7.3.II del Reglamento es claro a la hora de señalar que la mayor libertad tiene que ser concedida por un Estado miembro<sup>72</sup>.

La Ley a la que remite el art. 7.3 será la Ley de un Estado miembro siempre que resulte aplicable la letra a), dado que dicho apartado remite a la Ley del Estado miembro en que se localice el riesgo y, como sabemos, en el ámbito del art. 7.3 del Reglamento Roma I, el riesgo tiene que encontrarse localizado en un Estado miembro. Por el mismo motivo, ello también ocurrirá en uno de los supuestos de la letra e), que remite a Ley de cualquiera de los Estados miembros de localización de los riesgos. En cambio, en el caso de que resulte aplicable la Ley del país donde el tomador del seguro tenga su residencia habitual -sea en virtud de las letras b) o e)-, ya hemos comentado que dicho país puede no ser un Estado miembro.

51. Esta última cuestión ya suscitó dudas en el ámbito de la Segunda Directiva (88/357/CEE). Como ya hemos mencionado, dicha norma establecía que “No obstante lo dispuesto en las letras b) y c), los Estados miembros contemplados en dichas letras podrán conceder a las partes mayor libertad de elección de la ley aplicable al contrato” (art. 7.1.d) de la Segunda Directiva (88/357/CEE).

Como hemos señalado con anterioridad, el apartado b) del art. 7 de la Segunda Directiva (88/357/CEE) permitía elegir la Ley del Estado miembro de localización del riesgo o la Ley del país de residencia habitual del tomador del seguro; y el apartado c) se refería a la Ley de cualquiera de los Estados miembros de localización del riesgo o la Ley del país de residencia habitual del tomador del seguro. En el ámbito de la Directiva, resultaba polémico el hecho de que la mayor de libertad en la elección de

<sup>68</sup> Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I...”, p. 8.

<sup>69</sup> Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome...”, p. 775.

<sup>70</sup> Vid. DICEY AND MORRIS, *The Conflicts of Laws...*, p. 1358.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 1358-1359.

Ley se refiriera únicamente al caso de que “los Estados miembros” concedieran tal libertad. Es decir, se planteaba si las partes sólo podían hacer uso de esa mayor libertad si la admitía el Estado miembro de localización del riesgo o también si la concedía el país de residencia habitual del tomador<sup>73</sup>. Parte de la doctrina entendía que la mayor libertad en la elección de Ley sólo era admisible cuando se encontraba prevista por los Estados miembros a los que se referían los apartados b) y c). Como estos preceptos sólo contenían la expresión “Estado miembro” cuando aludían al de localización del riesgo –en el caso de la residencia habitual del tomador del seguro se referían a la Ley del “país”–, consideraban que el precepto sólo se refería a los Estados miembros de localización del riesgo<sup>74</sup>.

Así, en el ejemplo anterior, si el tomador del seguro reside habitualmente en Francia en lugar de en Canadá, la doctrina mencionada consideraba, en el ámbito de la Directiva, que no cabría elegir como Ley aplicable al contrato la Ley inglesa, aunque lo admitieran las normas de conflicto francesas<sup>75</sup>. Sólo admitían la elección de tal Ley si lo hacían posible las normas de conflicto del Estado miembro de localización del riesgo, no las del Estado miembro de residencia habitual del tomador.

Sin embargo, en el ámbito del Reglamento nos inclinamos por considerar que se encuentra permitido admitir la mayor libertad en la elección de la Ley aplicable cuando sea admitido por las normas de conflicto del Estado miembro de la residencia habitual del tomador. Ello se debe a que el art. 7.3.II del Reglamento, al enumerar los casos en que la mayor libertad es admitida, se alude a la letra b), que se refiere a la Ley del país de la residencia habitual del tomador. Si sólo fuera admisible la mayor libertad en la elección de Ley en los casos en que fuera previsto por el Estado miembro de localización del riesgo, el art. 7.3.II tendría que haberse remitido únicamente a los apartados a) y e) del art. 7.3. Ahora bien, como el art. 7.3.II se refiere expresamente a Estados miembros, tendríamos que matizar nuestra afirmación, en el sentido de que es válida la elección de una Ley admitida por las normas de conflicto del país de residencia habitual del tomador siempre que la residencia se encuentre localizada en un Estado miembro.

Con base en ello, si nos encontramos ante un contrato de seguro en el que el riesgo se encuentra localizado en Alemania y el tomador reside habitualmente en Austria, podrá elegirse como Ley aplicable al contrato la Ley alemana (art. 7.3.a) o la Ley austriaca (art. 7.3.b). Pero también sería válida la elección, por ejemplo, de la Ley española, si ello resulta admisible por las normas de conflicto austriacas (art. 7.3.II). Ello se debe a que la Ley de la residencia habitual del tomador es la Ley de un Estado miembro.

**52.** Si, por el contrario, se acoge la tesis que sostiene que la mayor libertad en la elección de Ley aplicable sólo es admisible cuando se encuentra prevista por la Ley del Estado miembro de localización del riesgo, el art. 7.1.d) de la Segunda Directiva (88/357/CEE) y, en su caso, el art. 7.3.II del Reglamento suscitan una cuestión adicional. Se trata del supuesto de los riesgos localizados en diversos Estados miembros en los que, como ya hemos comentado, puede elegirse la Ley del cualquiera de los Estados miembros en cuestión (art. 7.3.e) del Reglamento y 7.1.c) de la Segunda Directiva (88/357/CEE). La cuestión es si la mayor libertad en la elección de la Ley aplicable tiene que encontrarse prevista por la Ley de todos los Estados miembros en los que se encuentran localizados los riesgos, o basta con que una de ellas la admita<sup>76</sup>. En el ámbito de la Directiva se señalaba que, dado que su objetivo era limitar la autonomía de la voluntad conflictual, sería preciso que las Leyes de todos los Estados miembros de localización del riesgo admitieran la mayor libertad de elección de Ley aplicable<sup>77</sup>. Pero ello puede matizarse, si se tiene en cuenta que el supuesto se refiere a un tomador que ejerce una actividad comercial, industrial o una profesión liberal, con lo que las razones para limitar la autonomía de la voluntad conflictual disminuyen<sup>78</sup>. A ello se añade que es decisión de cada Estado miembro el admitir una mayor libertad en la elección de la Ley aplicable al contrato de seguro<sup>79</sup>.

Por ello, consideramos que, en el caso del art. 7.3.II y del art. 7.1.d) de la Segunda Directiva

<sup>73</sup> Vid. B. DUBUISSON, *Le droit applicable au contrat...*, §234; F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 141.

<sup>74</sup> Vid. DICEY AND MORRIS, *The Conflicts of Laws...*, p. 1358-1359.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 1359.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 141.

(88/357/CEE), basta con que la Ley de uno de los Estados miembros de localización de los riesgos contemple la mayor libertad de elección de Ley aplicable para que ésta sea admitida<sup>80</sup>.

### C) Ley aplicable en defecto de elección: La Ley del Estado miembro de localización del riesgo

**53.** Si las partes no han elegido la Ley aplicable al contrato, o la elección de Ley no es válida – por ejemplo, por no encontrarse comprendida en las letras a) a e) del art. 7.3.I, ni en la posibilidad que contempla el art. 7.3.II, el art. 7.3.III establece “el contrato se regirá por la Ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato”.

El art. 7.h) de la Segunda Directiva (88/357/CEE) señalaba, para los casos en que no se hubiera elegido la Ley aplicable al contrato, que éste se regiría por “la ley del país de entre los contemplados en las letras precedentes con el que dicho contrato presente una relación más estrecha... Se presumirá que el contrato presenta la relación más estrecha con aquel Estado miembro en el que se localice el riesgo”. Por su parte, el art. 107.5 LCS señalaba que el contrato se regiría por “la ley del Estado de entre los mencionados en los números... 3 de este artículo, con el que presente una relación más estrecha... Se presumirá que existe una relación más estrecha con el Estado miembro del Espacio Económico Europeo en que esté localizado el riesgo”.

**54.** Para determinar el Estado miembro de localización del riesgo son aplicables, por remitir a ellas el art. 7.6 del Reglamento, las reglas que ya hemos comentado: para el caso del seguro distinto del seguro de vida, el art. 2d) de la Segunda Directiva (88/357/CEE) y, para el seguro de vida, el art. 1.1.g) de la Directiva 2002/83/CE<sup>81</sup>.

**55.** La localización del riesgo reviste por lo tanto una gran relevancia en el ámbito del art. 7. En primer lugar, para determinar la aplicación de un régimen especial a la hora de determinar la Ley aplicable, frente al previsto por el Reglamento para los contratos en general; en segundo lugar, como una de las opciones para elegir como Ley aplicable al contrato; por último, como Ley aplicable en defecto de elección<sup>82</sup>.

**56.** El art. 7.3.III del Reglamento Roma I concreta el momento en que ha de determinarse la localización del riesgo que, al igual que en la letra a) del art. 7.3.I, es el momento de celebración del contrato. No se plantearán por lo tanto problemas de *conflicto móvili*<sup>83</sup>.

**57.** La aplicación de la Ley del Estado miembro de localización del riesgo (art. 7.3.III) en defecto de elección de Ley aplicable al contrato, puede plantear problemas cuando el contrato cubre riesgos situados en diferentes Estados miembros<sup>84</sup>. El art. 7.3.III sólo precisa que será aplicable la Ley del Estado miembro de localización del riesgo, así que habría que decidir qué riesgo tomar en cuenta cuando los riesgos se encuentran dispersos en diferentes Estados miembros. En este caso, el art. 7.5 señala que, a los efectos del art. 7.3.III, “cuando el contrato cubra riesgos situados en más de un Estado miembro, el contrato se considerará constituido por diversos contratos, cada uno de los cuales se refiere únicamente a un Estado miembro”<sup>85</sup>.

Por lo tanto, si un contrato de seguro cubre riesgos situados en Italia y Grecia, y no se ha elegido por las partes la Ley aplicable al mismo o la elección no es válida, el contrato se considerará constituido por dos contratos. Cada uno de ellos se regirá por la Ley del Estado miembro de localización del riesgo, por lo tanto, el contrato de seguro que cubre el riesgo localizado en Italia se regirá por la Ley italiana y el contrato de seguro que cubre el riesgo localizado en Grecia se regirá por la Ley griega (en ambos

<sup>80</sup> Vid. DICEY AND MORRIS, *The Conflicts of Laws...*, p. 1360.

<sup>81</sup> Vid. §25 y 26.

<sup>82</sup> En este sentido, si bien con respecto a la Segunda Directiva (88/357/CEE), vid. B. DUBUISSON, *Le droit applicable au contrat...*, §170 y ss.; V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro...*, pp. 116-117.

<sup>83</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pp. 277 y ss.

<sup>84</sup> Para el caso de que los riesgos se encuentren localizados en Estados miembros y no miembros, hemos de recordar en este punto el Considerando trigésimo tercero del Reglamento, que señala que las disposiciones especiales del mismo (art. 7) sólo se aplican, en los casos distintos de grandes riesgos, a los riesgos situados en Estados miembros.

<sup>85</sup> Vid. L. MERRET, “Choice of Law...”, p. 58.

casos, por aplicación del art. 7.3.III en relación con el art. 7.5). Se producirá, por lo tanto, el *depeçage* del contrato cuando las partes no hayan elegido la Ley aplicable al mismo<sup>86</sup>. Cabe criticar que aquí el *depeçage* sea obligatorio mientras que en caso de que elijan la Ley aplicable sea facultativo<sup>87</sup>.

**58.** Distinto es el caso del contrato de seguro que cubre riesgos localizados en diferentes Estados, miembros y no miembros. En este caso, el Considerando trigésimo tercero del Reglamento Roma I señala que “Cuando un contrato de seguro que no cubre un gran riesgo cubra varios riesgos de los que uno como mínimo está situado en un Estado miembro y uno como mínimo está situado en un tercer país, las disposiciones especiales del presente Reglamento relativas a los contratos de seguro únicamente deben aplicarse al riesgo o riesgos en el Estado miembro o en los Estados miembros de que se trata”<sup>88</sup>. Por lo tanto, habrá que acudir al art. 7 del Reglamento Roma I con respecto a los riesgos localizados en Estados miembros, y al régimen general del Reglamento para los riesgos localizados en terceros Estados. Se produce así el *depeçage* del contrato<sup>89</sup>. Ello sucederá cuando, como consecuencia de la aplicación, por un lado, del art. 7 y, por otro, de los arts. 3 y 4, resulten aplicables Leyes diferentes. Sin embargo ello no ocurrirá si las partes escogen como aplicable al contrato una de las Leyes cuya elección se encuentra permitida por el art. 7.3. Por ejemplo, si nos encontramos ante un contrato de seguro que cubre riesgos localizados en Estados miembros y no miembros, y las partes eligen como aplicable al contrato —a la totalidad del mismo— la Ley de la residencia habitual del tomador, todo el contrato se regirá por una misma Ley. Ello se debe a que, para los riesgos localizados en Estados miembros, tal elección es válida (art. 7.3.b) y también lo es para los riesgos localizados en Estados no miembros (art. 3). En cambio, sí se puede producir el *depeçage* si las partes no eligen la Ley aplicable al contrato. En tal caso, a los riesgos localizados en Estados miembros se les aplicará la Ley del Estado miembro de localización del riesgo (art. 7.3.III); y a los localizados en terceros Estados la Ley de la residencia habitual del asegurador, al tratarse del prestador característico (art. 4.2), que pueden ser Leyes diferentes<sup>90</sup>.

**59.** Tal como hemos señalado, en la Segunda Directiva (88/357/CEE) se establecía que la Ley aplicable en defecto de elección era la del país contemplado en sus letras precedentes con el que el contrato presentaba una relación más estrecha (art. 7.1.h). A continuación, el precepto contenía la presunción de que la mencionada Ley era la del Estado miembro de localización del riesgo.

El art. 7.3.III del Reglamento señala que la Ley aplicable en defecto de elección es la del Estado miembro de localización del riesgo, sin contemplar la posibilidad de que el contrato se rija por la Ley de otro país con el que el contrato presente una relación más estrecha. Como ya hemos visto al examinar la Ley aplicable a los contratos de seguro por grandes riesgos, para ellos sí se encuentra prevista la aplicación de dicha Ley<sup>91</sup>.

La cuestión es si, al no encontrarse expresamente prevista la aplicación de la Ley del país con el que el contrato presenta una relación más estrecha, hay que aplicar en todo caso, en defecto de elección, la Ley del Estado miembro de localización del riesgo. Esta cuestión surge porque la Ley del Estado miembro de localización del riesgo puede no ser la del Estado más estrechamente vinculado con el contrato<sup>92</sup>.

**60.** Así, en el ámbito de la Directiva se consideraba que la presunción que llevaba a aplicar la Ley del Estado miembro de localización del riesgo podía ser descartada si se observaban vínculos más estrechos del contrato con otro país<sup>93</sup>. Ahora bien, en la Segunda Directiva (88/357/CEE) sólo podía escogerse como Ley del país más estrechamente vinculado una de los previstos en las letras anteriores del art. 7.1.

**61.** Atendiendo a la literalidad del Reglamento, al no contemplar la posibilidad de aplicar la Ley

<sup>86</sup> Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome...”, p. 771

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> Vid. L. MERRET, “Choice of Law...”, p. 54.

<sup>89</sup> Vid. H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 34.

<sup>90</sup> En el caso del art. 4, podría no resultar aplicable la ley del país de residencia habitual del asegurador si no es la ley del país más estrechamente vinculada.

<sup>91</sup> Art. 7.2 *in fine* Reglamento Roma I: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país”. Vid. §19 y ss.

<sup>92</sup> Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome...”, p. 776.

<sup>93</sup> Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 143.

de otro país que se encuentre más estrechamente vinculado con el contrato, parece que, a falta de elección, el contrato debería regirse por la Ley del Estado miembro de localización del riesgo. En nuestra opinión, debió haberse previsto una cláusula similar a la que hemos comentado en el caso de seguros por grandes riesgos<sup>94</sup>. Es decir, una cláusula que permita descartar la aplicación de la Ley del Estado miembro de localización del riesgo cuando el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país. Si no se desea alterar el régimen previsto al respecto en las Directivas comunitarias, la cláusula en cuestión precisaría que la Ley del país más estrechamente vinculado debería ser escogida entre las Leyes señaladas en las letras a) a e) del art. 7.3 del Reglamento Roma I. Así, en caso de que se considere más vinculado un país distinto del Estado miembro en que se encuentra localizado el riesgo, la Ley que podrá regir el contrato sería: la Ley del país de residencia habitual del tomador si no coincide con el Estado miembro de localización del riesgo; la Ley del Estado miembro del siniestro para contratos de seguro que cubren siniestros que ocurren en un Estado miembro distinto del Estado miembro de localización del riesgo; y la Ley del país de nacionalidad del tomador en el caso de seguros de vida<sup>95</sup>.

#### 4. Los contratos de seguro obligatorios

##### A) Introducción

**62.** El art. 7.4 del Reglamento se refiere a los contratos de seguro que cubren riesgos para los que un Estado miembro impone la obligación de suscribir un seguro. Como regla general, el objetivo perseguido por los seguros obligatorios es la protección de la víctima, que puede ser el propio asegurado o un tercero<sup>96</sup>.

**63.** El precepto contiene “normas adicionales”. Por lo tanto, el Reglamento regula en el art. 7.4 la relación existente entre la Ley del país que determina la obligatoriedad del seguro y la que, según los arts. 7.2 y 7.3, es aplicable al contrato. Se trata de determinar cómo se solucionan los casos en los que existe un desajuste entre las dos Leyes mencionadas. Dicho desajuste no existirá en caso de que la Ley aplicable al contrato sea la del Estado miembro que impone la obligación de contratar el seguro en cuestión<sup>97</sup>. Comenzaremos examinando este último supuesto, para luego centrarnos en la complejidad que reviste la existencia de divergencias entre la Ley aplicable al contrato y la Ley del Estado que obliga a la contratación del seguro.

##### B) La Ley que rige el contrato es la del Estado miembro que impone la obligación de suscribir el seguro

###### a) Antecedentes

**64.** Ya la letra c) del art. 8.4 de la Segunda Directiva (88/357/CEE) señalaba que “Los Estados miembros podrán, no obstante lo dispuesto en el artículo 7, establecer que la Ley aplicable al contrato de un seguro obligatorio sea la del Estado que impone la obligatoriedad del seguro”.

El art. 8.4.c) de la Segunda Directiva, (88/357/CEE) fue fruto del compromiso entre los Estados proteccionistas y los que defendían la libertad de las partes en lo que a seguros obligatorios se refiere<sup>98</sup>. Pero la aplicación de la Ley del Estado miembro que impone la obligación de contratar el seguro no tiene por qué coincidir con los intereses de las partes ni ser la más vinculada con el contrato<sup>99</sup>.

**65.** Esta idea de que el contrato de seguro obligatorio debe regirse por la Ley del país que impone

<sup>94</sup> Art. 7.2. Reglamento Roma I *in fine*: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país”. Vid. §19 y ss.

<sup>95</sup> Vid. *Crédit Lyonnais v. New Hampshire Insurance Company*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 1. Vid. DICEY AND MORRIS, *The Conflicts of Laws...*, p. 1362.

<sup>96</sup> Vid. M. FALLON, “The Law Applicable to Compulsory Insurance and Life Insurance: Some Peculiarities”, en F. REICHERT-FACILIDES / H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA (eds.), *International Insurance Contract Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1993, p. 113; F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 199.

<sup>97</sup> Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 203.

<sup>98</sup> Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 209.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

la obligación de contratarlo se encontraba prevista en la LCS. Sin embargo, en ella sólo se contemplaba el caso de los contratos de seguro cuya obligatoriedad venía impuesta por la Ley española. El art. 107.1 LCS establecía que “La ley española sobre el contrato de seguro será de aplicación al seguro contra daños en los siguientes casos: b) Cuando el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española”. En la LCS se empleaba así una *norma de extensión* que hacía aplicable la Ley española a casos en los que existía una especial vinculación con España<sup>100</sup>. Como el artículo empleaba un método unilateral, no se encontraba previsto en el mismo el caso de que la obligatoriedad viniera impuesta por otro Ordenamiento<sup>101</sup>. La doctrina entendía que en tal caso debían aplicarse las normas de conflicto del Estado cuyo Ordenamiento obligaba a contratar el seguro en cuestión<sup>102</sup>.

b) El art. 7.4.b)

**66.** El art. 7.4.b) del Reglamento establece que “no obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, un Estado miembro podrá establecer que el contrato de seguro se regirá por la Ley del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir un seguro”. Un Estado Miembro puede así establecer que el contrato de seguro obligatorio se rija por la Ley del Estado miembro que imponga la contratación del mismo (art. 7.4.b). Este apartado constituye un límite a las reglas que determinan la Ley aplicable al contrato de seguro en los arts. 7.2 y 7.3 del Reglamento<sup>103</sup>.

**67.** Los apartados 2 y 3 del art. 7 del Reglamento Roma I se refieren, tal como hemos comentado con anterioridad, a la determinación de la Ley aplicable al contrato de seguro. El apartado segundo determina la Ley aplicable a los contratos por grandes riesgos y el apartado tercero al resto de contratos de seguro que cubren riesgos situados en la Unión Europea. El Reglamento admite, en ambos casos, que un Estado miembro establezca que, cuando se trate de un contrato de seguro obligatorio, la Ley aplicable al contrato sea la del Estado miembro que obligue a la contratación del seguro en cuestión. En caso de que un Estado miembro haga uso de esta previsión, no resultarían aplicables las reglas del art. 7.2 ni del 7.3.

Como la redacción española del art. 7.4.b) del Reglamento emplea la expresión “no obstante”, quizá podría suscitar dudas la interpretación del mismo. Así, cabría plantearse si, en lugar de derogar las reglas de los apartados segundo y tercero del art. 7, se trataría de aplicar dos Leyes al contrato de seguro: la Ley del Estado miembro que contempla el seguro como obligatorio y la Ley del país a la que remite el art. 7.2 o, en su caso, el art. 7.3 del Reglamento. Resulta más clara al respecto la redacción inglesa del art. 7.4.b), que señala “by way of derogation from paragraphs 2 and 3, a Member State may lay down that the insurance contract shall be governed by the law of the Member State that imposes the obligation to take out insurance”, así como la redacción francesa “par dérogation aux paragraphes 2 et 3, un État membre peut disposer que le contrat d’assurance est régi par la loi de l’Etat membre qui impose l’obligation de souscrire une assurance”. Por lo tanto, en caso de que se haya hecho uso de la previsión del art. 7.4.b) del Reglamento Roma I, no resultarán aplicables las reglas de los arts. 7.2 y 7.3, sino que el contrato de seguro se regirá por la Ley del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir el seguro.

**68.** Al igual que ocurría con la Directiva, la aplicación de la Ley del Estado que impone la obligación de contratar el seguro evita el *dépeçage* del contrato<sup>104</sup>. Dicho *dépeçage* se produce, como veremos más adelante, en el caso del art. 7.4.a) del Reglamento.

**69.** La regla del art. 7.4.b) del Reglamento Roma I permite, por lo tanto, que los Estados miembros determinen que el contrato de seguro obligatorio se rija por la Ley del Estado miembro que impone la obligación de suscribir el seguro. Como hemos comentado, el precepto mantiene la regla prevista en el art. 8.4.c) de la Directiva. Dados los resultados a los que la transposición de la Directiva llevó en este

<sup>100</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contrato internacional de seguro...”, p. 810.

<sup>101</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora...*, p. 173; V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro...*, p. 123.

<sup>102</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contrato internacional de seguro...”, p. 810.

<sup>103</sup> Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I...”, p. 8.

<sup>104</sup> Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 209.



sentido, la doctrina considera que el Reglamento Roma I debía haber aportado una solución más acertada, en lugar de limitarse a mantener el régimen anterior<sup>105</sup>. Por ejemplo, la transposición de esta regla de la Directiva al Ordenamiento español, como hemos señalado, dio lugar al art. 107.1.b), que sólo contemplaba el caso de que la obligación de contratar el seguro viniera impuesta por la Ley española<sup>106</sup>.

70. En el ámbito de la LCS, la previsión del art. 107.1.b) suscitaba dudas en el caso de los contratos por grandes riesgos. La cuestión consistía en determinar si a tales contratos, para los que se concedía a las partes un total libertad para que eligieran la Ley aplicable a los mismos, también les resultaba aplicable la previsión sobre seguros obligatorios. Es decir, si, en caso de que el seguro por grandes riesgos fuera un seguro obligatorio según la Ley española, se aplicaba ésta y no la Ley elegida por las partes. La doctrina que consideramos más acertada afirmaba que, con independencia de la entidad del riesgo, el contrato debía regirse por la Ley española si ésta establecía que era obligatorio contratar el mencionado seguro<sup>107</sup>.

71. Consideramos que esta misma solución es aplicable en el ámbito del Reglamento, que al respecto resulta más claro. El art. 7.4.b) del Reglamento precisa que, si un Estado miembro lo establece, el contrato de seguro obligatorio se regirá “no obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3...”, por la Ley del Estado miembro que impone la obligación de suscribir el seguro. Como ya hemos comentado, al referirse el apartado 2 a los contratos de seguro por grandes riesgos, se está admitiendo expresamente que las reglas que determinan la Ley aplicable a los mismos no serán aplicables si se hace uso de la previsión del art. 7.4.b) del Reglamento. En conclusión, tanto en el caso de seguros por grandes riesgos como en el resto de seguros que cubren riesgos situados en Estados miembros, las partes pueden elegir la Ley aplicable a los mismos, salvo que se trate de un seguro obligatorio y un Estado miembro establezca que ha de regirse por la Ley del Estado miembro que impone la obligación de suscribirlo.

### **C) La Ley que rige el contrato no es la del Estado miembro que impone la obligación de suscribir el seguro**

#### a) Antecedentes

72. La Segunda Directiva, (88/357/CEE), en su art. 8.2, establecía que “Cuando un Estado miembro imponga la obligatoriedad de suscribir un seguro, el contrato sólo cumplirá dicha obligación si es conforme a las disposiciones específicas relativas a dicho seguro previstas por dicho Estado miembro”. Esta expresión se interpretaba por la doctrina en el sentido de que el tribunal debía comparar los intereses que dichas disposiciones protegen, con los protegidos por la Ley aplicable al contrato<sup>108</sup>. A continuación, en el art. 8.3, se señalaba que “Cuando en caso de seguro obligatorio exista una contradicción entre la Ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo y la del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir un seguro, prevalecerá esta última”.

#### b) El art. 7.4.a)

73. En caso de que el Estado miembro no haya hecho uso de la previsión del art. 7.4.b) del Reglamento, es decir, en caso de que no exija que el contrato de seguro obligatorio se rija por la Ley del Estado miembro que impone la obligación de contratarlo; será aplicable el art. 7.4.a) del Reglamento.

El art. 7.4.a) del Reglamento establece que, al igual que lo hacía el art. 8.2 de la Segunda Directiva (88/357/CEE), que “el contrato de seguro sólo cumplirá dicha obligación si es conforme a las disposiciones específicas relativas a dicho seguro previstas por el Estado miembro que impone la obligación”. Así, como regla general, para que se considere que el contrato de seguro cumple con la obligación que impone un Estado miembro, ha de ajustarse a las disposiciones específicas que para el seguro impone el Estado miembro en cuestión.

74. Al igual que ocurría en el ámbito del art. 8.2 de la Segunda Directiva (88/357/CEE), conside-

<sup>105</sup> Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome...”, p. 769.

<sup>106</sup> Vid. §65.

<sup>107</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora...*, p. 173.

<sup>108</sup> Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 210.

ramos que el tribunal aplicará las disposiciones específicas de la Ley del Estado miembro que obliga a suscribir el seguro, en caso de que llegue a la conclusión de que la Ley que rige el contrato no toma en consideración los intereses protegidos por aquélla<sup>109</sup>.

**75.** A continuación, al igual que el art. 8.3 de la Segunda Directiva (88/357/CEE), el art. 7.4.a) del Reglamento Roma I señala que “Cuando en caso de seguro obligatorio, exista una contradicción entre la Ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo y la del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir un seguro, prevalecerá esta última”. Según indica literalmente el art. 7.4.a) del Reglamento Roma I, la contradicción ha de producirse entre “la ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo” y “la del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir un seguro”. Esta regla es adecuada cuando la Ley que rige el contrato de seguro es la del Estado miembro de localización del riesgo pero, tal como hemos expuesto, no es ésta la Ley aplicable al contrato de seguro en todo caso. Por ello, cabe realizar las siguientes observaciones:

**76.** En el caso de que se trate de un contrato de seguro por grandes riesgos, la Ley aplicable al contrato es, en primer lugar, la Ley elegida por las partes (art. 7.2 Reglamento Roma I). Puede tratarse de cualquier Ley, no necesariamente tienen que elegir las partes la Ley del Estado miembro de situación del riesgo. Además, el art. 7.2 se aplica a cualquier contrato que cubre grandes riesgos, con independencia de la localización del mismo. Por ello, incluso en el hipotético caso de que las partes elijan como Ley aplicable al contrato la Ley del país de localización del riesgo, puede que nos encontremos con que resulta aplicable la Ley de un Estado no miembro<sup>110</sup>.

En segundo lugar, en caso de que no hayan elegido la Ley aplicable, el contrato se regirá por la Ley del país de residencia habitual del asegurador (art. 7.2), que no tiene por qué ser la Ley de la localización del riesgo. Por último, si el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, el contrato se regirá por tal Ley. En este caso, puede que se aplique la Ley del país de localización del riesgo siempre que se considere que dicho país es aquél con el que el contrato presenta vínculos más estrechos.

**77.** Tampoco resulta adecuada la comparación entre la Ley del Estado miembro de situación del riesgo con la Ley del Estado miembro que impone la obligación de suscribir el seguro en el caso del resto de contratos de seguro<sup>111</sup>. Como hemos visto, en estos casos resulta en primer lugar aplicable la Ley elegida por las partes (art. 7.3 Reglamento Roma I). Entre ellas, cabe elegir la Ley del Estado miembro de localización del riesgo (art. 7.3.a), pero es sólo una posibilidad. En defecto de elección, sí será aplicable la Ley del Estado miembro en que se localice el riesgo (art. 7.3.III). Al igual que en el caso anterior, a pesar de que las partes hayan elegido como Ley aplicable al contrato una Ley distinta a la del Estado miembro de la localización del riesgo, ésta será la que se compare con la del Estado miembro que impone la obligación de suscribir el contrato de seguro<sup>112</sup>.

**78.** Por otro lado, cabe señalar que el art. 7.4.a) *in fine* del Reglamento Roma I establece la primacía de la Ley del Estado miembro que impone la obligación de contratar el seguro en caso de que “exista una contradicción”. Atendiendo a la literalidad del precepto, podría admitirse que una simple contradicción basta para que la Ley del Estado miembro que impone la obligación de contratar el seguro sea aplicable, sin tener en cuenta el grado de contradicción y, en concreto, el nivel de protección que se deriva de la aplicación de tal Ley con carácter prevalente<sup>113</sup>.

Por lo tanto, en caso de que la Ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo no tome en consideración los intereses protegidos por la Ley del Estado miembro que impone la obligación de contratar el seguro, se aplicará ésta última a los concretos aspectos en los que se produzca la contradicción<sup>114</sup>.

**79.** Mientras que, en el caso del art. 7.4.b) del Reglamento, resultaba aplicable al contrato una

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome...”, p. 768.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 769.

<sup>113</sup> Vid. V. HEUZÉ, “Le droit international privé du contrat d’assurance”, en J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, pp. 1470-1472; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome...”, p. 769.

<sup>114</sup> Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private...*, p. 210.

única Ley –la del Estado miembro que obligaba a la contratación del seguro-, aquí nos encontramos con dos Leyes aplicables. Se producirá, entonces, el *depeçage* del contrato.

### III. Conclusiones

**80.** El Reglamento Roma I regula la Ley aplicable a los contratos internacionales de seguro. En el art. 7 contempla un régimen especial para los contratos de seguro por grandes riesgos y para el resto de contratos de seguro que cubren riesgos situados en el territorio de los Estados miembros. A los contratos de seguro que cubren riesgos localizados fuera de la Unión Europea –distintos de grandes riesgos-, y a los contratos de reaseguro se les aplica el régimen general del Reglamento, es decir, los art. 3 y 4 y, en su caso, el art. 6.

**81.** En el ámbito del art. 7 del Reglamento, una de las diferencias fundamentales de la regulación de la Ley aplicable a los contratos de seguro por grandes riesgos y el resto de contratos de seguro que cubren riesgos situados en el territorio de los Estados miembros es el juego de la autonomía de la voluntad. En el caso de los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tienen libertad para elegir la Ley aplicable a los mismos, siempre que se cumplan las condiciones del art. 3 del Reglamento. En cambio, para los contratos de seguro que cubren riesgos situados en la Unión Europea –distintos de grandes riesgos-, la autonomía de la voluntad conflictual se encuentra limitada. Las partes sólo pueden elegir entre el catálogo de Leyes previstas en su art. 7.3.I. Las restricciones a la autonomía de la voluntad conflictual se encuentran justificadas por el hecho de que en dichos contratos existe una parte contractual débil. Siendo ésta la justificación, podría haberse limitado la autonomía de la voluntad conflictual también en los contratos de seguro que cubren riesgos que no son grandes riesgos y que se encuentran situados fuera de los Estados miembros.

**82.** En caso de que las partes no hayan elegido la Ley aplicable al contrato, cabe distinguir de nuevo entre seguros por grandes riesgos y el resto de seguros que cubren riesgos situados en Estados miembros. En el primer caso, será aplicable la Ley del país de residencia habitual del asegurador, salvo que el contrato presente vínculos más estrechos con otro país. En defecto de elección, el resto de contratos de seguro que cubren riesgos situados en Estados miembros se regirá por la Ley del Estado miembro de localización del riesgo. El Reglamento debió haber previsto la cláusula de los vínculos más estrechos también para este caso.

**83.** Las reglas anteriores pueden verse alteradas en caso de contratos de seguro obligatorios. En tal supuesto, según dispone el art. 7.4 del Reglamento, los Estados miembros pueden establecer que el contrato debe regirse por la Ley del Estado miembro que impone la obligación de suscribir el seguro. En caso de no que se haya hecho uso de tal previsión, prevalecerá la Ley del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir el seguro sobre la Ley del Estado miembro de localización del riesgo en caso de contradicción. Como ya hemos comentado, dicha regla no resultará adecuada cuando no sea la Ley del Estado miembro de localización del riesgo la que rija el contrato.

# EL REGLAMENTO ROMA I SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: CUESTIONES ESCOGIDAS<sup>1</sup>

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

*Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación*

Recibido: 14.06.2009 / Aceptado: 25.06.2009

**Resumen:** El Reglamento Roma I ha intentado mejorar el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones internacionales. El resultado final ha sido muy desigual. En este estudio se examinan tres grandes cuestiones. En primer lugar, cómo se ha regulado la facultad de la partes para elegir el Derecho aplicable a un contrato internacional (art. 3 Reg. Roma I). El texto finalmente aprobado es “continuista”, pero no por ello dejará de ser polémico tanto por la regulación que ofrece de las relaciones entre la competencia judicial y la competencia legislativa como por la oposición que mantiene frente a la nueva *Lex mercatoria*. En segundo lugar, se analiza la norma “más revolucionaria” con respecto al régimen anterior: el art. 6 Reg. Roma I. Éste ha extendido, en principio, la protección específica para los contratos internacionales de consumidores a todo tipo de contrato internacional entre una empresa o profesional y un particular y ha precisado las excepciones; pero, a su vez, ha dejado sin resolver dos temas muy polémicos: si cabe recurrir a las leyes de policía para proteger a los consumidores en último extremo, cuando la norma de conflicto especial para este tipo de contratos no les asiste, y cómo debe protegerse a los consumidores activos. Por último, el art. 9 Reg. Roma I sigue la estela del art. 7 del Convenio de Roma, pero introduce dos importantes novedades: un concepto comunitario de leyes de policía, nada original pero importante y polémico, y los requisitos restrictivos para que un tribunal pueda tomar en consideración una norma imperativa de un tercer Estado.

**Palabras clave:** autonomía de la voluntad, conflictos de leyes, consumidores activos, consumidores pasivos, contratos internacionales, contratos de consumidores, leyes de policía, Reglamento Roma I.

**Abstract:** The Rome I Regulation has tried to improve the 1980 Rome Convention. The final result has been uneven. This study focuses on three matters. Firstly, it explains how to select the law applicable to the contract (Art. 3 Rome I Regulation). It will be a controversial regulation because of the connection between jurisdiction and applicable law as well as its opposition to the new *Lex mercatoria*. Secondly, consumer contracts are examined (Art. 6 Rome I Regulation). The concept of consumer contracts includes any contract concluded by a natural person with another person acting in the exercise of his trade or profession. However, it does not solve two matters: if overriding mandatory provisions are applicable to those contracts and how to protect active consumers. Lastly, although Article 9 is inspired by Article 7 of the Rome Convention, it adds two innovations: a controversial Community definition of overriding mandatory provisions, and when to give effect to overriding mandatory provisions of a different law from the one of the forum.

**Key words:** party autonomy, conflict of laws, active consumers, passive consumers, international contracts, consumer contracts, overriding mandatory provisions, Rome I Regulation.

---

<sup>1</sup> Texto de la conferencia pronunciada el 29 enero 2009 en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Madrid, respondiendo a la invitación de la Academia Matritense del Notariado para participar en el Curso 2008/09. Deseo expresar mi agradecimiento hacia sus integrantes por la deferencia y amistad que me han brindado en todo momento.

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares. II. La autonomía de la voluntad. 1. Concepto y fundamento. 2. La elección de ley: condiciones. A) Claridad de la elección de ley. B) Elección de una “ley estatal”. a) Concepto y fundamento. b) Una alternativa metodológica: la nueva *Lex Mercatoria*. c) El cambio en el tiempo del Derecho elegido por las partes: cuestiones de Derecho transitorio. C) Carácter “negocial” de la elección de ley. 3. La elección de ley: posibilidades de las partes. A) Elección múltiple o parcial de la ley del contrato. B) Elección de leyes sin vinculación con el contrato. C) El “contrato sin ley”. D) Momento de la elección de la ley del contrato. III. Contratos internacionales de consumo. 1 Consideraciones preliminares. 2 Ámbito de aplicación del art. 6 Reg. Roma I. A) Condiciones subjetivas. B) Condiciones objetivas. C) Condiciones espaciales. 3. Determinación de la ley aplicable al fondo del contrato: Los puntos de conexión. A) Autonomía de la voluntad conflictual limitada. B) País de residencia habitual del consumidor. 4. Determinación de la ley aplicable a la forma del contrato: Los puntos de conexión. 5. Cuestiones particulares. ¿Aplicabilidad del art. 9 Reg. Roma I a los contratos internacionales de consumidores? B) La protección del “consumidor activo”. IV. Las leyes de policía. 1. Consideraciones preliminares. 2. Las “leyes de policía”: Concepto y delimitación. 3. Las “leyes de policía” del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. 4. Las “leyes de policía” del Estado de ejecución de las obligaciones. A) Elementos del supuesto de hecho. a) Leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones. b) “Ilegalidad” de la ejecución del contrato. B) Consecuencia jurídica. a) Aplicación facultativa de las leyes de policía de terceros Estados. b) Consecuencias del incumplimiento de leyes de policía de terceros Estados. 5. Normas imperativas de terceros Estados y Convenios internacionales. V. Conclusión.

## I. Consideraciones preliminares.

1. Ilustrísimo Sr. Decano del Colegio Notarial de Madrid, miembros de la Junta Directiva y Academia Matritense del Notariado, señoras y señores:

Deseo, ante todo, agradecer la amable invitación a estar hoy con ustedes. Supone, para mí, un honor y un motivo de satisfacción. También deseo corresponder a las amables palabras de presentación del Excmo. Sr. D. ROBERTO BLANQUER ÜBEROS, que debo atribuir a la estrecha amistad que mantenemos desde hace años y no a mis méritos.

2. Para responder a la tarea que este Ilustre Colegio Notarial me ha encomendado, voy a recurrir al Derecho internacional privado. Soy, ante todo, un profesor de Derecho internacional privado; aunque también soy consciente de que se trata de una disciplina que tiene una –en parte, bien merecida– fama de esotérica. Ya, en los años 50, un autor estadounidense (WILLIAM L. PROSSER) escribió que: “El reino del conflicto de leyes es una ciénaga siniestra... poblada por sabios y excéntricos profesores que especulan sobre materias misteriosas en una jerga extraña e incomprensible”<sup>2</sup>. Pero, creo, sin embargo, que, aunque sea una rama jurídica muy compleja, “siempre es posible explicar sus problemas de una manera relativamente simple o, al menos, comprensible” (E. VITTA)<sup>3</sup>.

3. La entrada en vigor del Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (denominado “Reglamento Roma I”) supone un nuevo revulsivo para el Derecho internacional privado de los Estados miembros y para el Derecho internacional privado español<sup>4</sup>. Un

<sup>2</sup> La frase completa de W.L. PROSSER, “Interstate Publication”, *Mich. Law Review*, vol. 51, n° 7, 1952-1953, pp. 959-1000, concr. p. 971, dice así: “The realm of the conflict of laws is a dismal swamp, filled with quaking quagmires, and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon”.

<sup>3</sup> E. VITTA, “Cours général de droit international privé”, *RCADI*, 1979-I, t. 162, p. 23.

<sup>4</sup> Para una visión de conjunto del Reg. Roma I, *vid., ad ex.*, T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 5-18; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, 2009; S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements...”, *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, pp. 41-69; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (‘Rome I’), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, pp. 3-39; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727-780; O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725; S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (‘Rom I’)”, *RIW*, 8, 2008, pp. 528-544; L. DE LIMA

nuevo paso adelante que profundiza en el proceso de comunitarización del Derecho internacional privado y que confirma que, cada día que pasa, el Derecho internacional privado español es menos español y más comunitario, menos Madrid y más Bruselas. Me voy a ocupar de algunas de las cuestiones que suscita este Reglamento comunitario. Hay *tres buenas razones* para ello:

1ª) Se trata de la *más moderna, novedosa y fundamental norma* de nuestro ordenamiento jurídico sobre conflictos de leyes en la contratación internacional. El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales supuso un hito en la evolución general del modo de resolver los conflictos de leyes en Europa. La elegancia de sus soluciones jurídicas no eclipsó su carácter práctico. Quizás el valor más elevado del Convenio de Roma de 1980 fuera poner en negro sobre blanco una visión integral del Derecho internacional privado que consiste en utilizar las normas de conflicto como “presunciones de proximidad”. Ello permitía, en el sistema del Convenio de Roma, prescindir de la norma de conflicto positiva, cuando ésta traicionaba el objetivo al que debía servir, esto es, cuando la norma traicionaba el *principio de proximidad*. Esta visión suponía, con frecuencia, colocar al principio “por encima de la norma” y admitir que el legislador, cuando formula soluciones positivas y rígidas de Derecho internacional privado, puede equivocarse, por lo que el aplicador del Derecho dispone de un margen para “reorientar” la solución.

No obstante, esta concepción tan avanzada del DIPr. no fue bien entendida por ciertos estamentos judiciales, aferrados a un pasado sin retorno edificado sobre normas de conflicto rígidas y de aplicación inflexible y axiomática. En efecto, no fueron escasos los tribunales de los Estados miembros que utilizaron las normas de conflicto del Convenio de Roma de 1980 para revivir viejas soluciones de sus Derechos nacionales o para aplicar su propio Derecho sustantivo. Este fenómeno produjo dos consecuencias negativas muy relevantes. En primer lugar la vuelta al detestable legefórismo. Con el legefórismo se pierde previsibilidad en la Ley aplicable, pues los protagonistas de la contratación internacional nunca pueden saber, *a priori*, si la Ley aplicable al contrato será la designada por la normas de conflicto positiva o la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto, además de esconder una primacía valorativa nunca justificada ni explicada en favor de la *Lex Fori*<sup>5</sup>. En segundo lugar, una utilización abusiva y errática de la *cláusula de excepción (Ausweichklausel)* con la intención, ya indisimulada, de hacer aplicable la *Lex Fori*<sup>6</sup>. Que es, sin duda, más de lo mismo. Estas tendencias judiciales pervirtieron el entero sistema del Convenio de Roma de 1980 y lo volvieron peligroso a los ojos de la comunidad científica. Un instrumento legal impredecible con evidentes tendencias legefóristas.

La entrada en escena del Reglamento Roma I trata de aliviar los defectos que el Convenio de Roma de 1980 ha mostrado en su aplicación<sup>7</sup>. Pero llegados a este punto, nunca se insistirá con suficiente énfasis en que tales defectos no eran imputables al Convenio de Roma de 1980, sino al modo en el que los jueces lo han aplicado en toda Europa. Los caminos escogidos por el legislador comunitario en el Reglamento Roma I, sin embargo, no escapan a las críticas. En efecto, se ha legislado con un cierto miedo y con una falta de confianza en los aplicadores del Reglamento. Esto último es perfectamente comprensible a tenor de la jurisprudencia legefórista que el Convenio de Roma de 1980 ha generado en casi veinte años. Ahora bien, una reafirmación y explicación de los mecanismos recogidos en el Convenio de Roma de 1980 hubiera constituido una opción mejor; porque la *cláusula de excepción (Ausweichklausel)* del Convenio de Roma de 1980 nunca fue una excusa para aplicar la *Lex Fori* y siempre fue de aplicación excepcional. Y, sobre todo, porque la pérdida del art. 4.1 del Convenio de Roma de 1980 en el texto del

PINHEIRO, “O novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução”, en ID., *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, 2009, pp. 401-471; P. MANKOWSKI, “Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge”, *IHR*, 2008, pp. 133-152; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

<sup>5</sup> Así, *ad ex.*, en Francia, algunos tribunales justificaron que se aplicara directamente el Derecho sustantivo francés, pese a tratarse de contratos internacionales, ya que se trataba de derechos disponibles por las partes y éstas no habían invocado el Convenio de Roma de 1980. Esta “jurisprudencia menor” fue censurada por la auténtica jurisprudencia: sentencia Cour de cassation, 1er civ., 31 mayo 2005, *Bull.civ.*, 2005, I, n° 231, y sentencia Cour de cassation, com., 16 diciembre 2008, n° 08-10.560.

<sup>6</sup> *Vid.* H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, pp. 19 y 27-29.

<sup>7</sup> Con independencia de los contenidos propios de las normas –es decir, si el Reg. Roma I mantiene o modifica la reglamentación que el Convenio de Roma de 1980 disponía con respecto a una concreta cuestión–, la conversión del Convenio de Roma en un Reglamento comunitario tiene importantes consecuencias: la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al TJCE, la eficacia directa, la fijación uniforme de las fechas de entrada en vigor y aplicabilidad en el tiempo y la transferencia a la UE de una competencia exclusiva con respecto a la determinación de la ley aplicable en materia contractual. *Vid.*, sobre estos aspectos, S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, *concr.* pp. 42-44.

Reglamento Roma I supone un cambio de perspectiva poco saludable, que encierra buena parte de las soluciones jurídicas del Reglamento Roma I en una serie de “semi-fórmulas matemáticas”, que le ajena del Arte del Derecho como método para orientar el comportamiento humano.

2ª) Este Reglamento es aplicable *erga omnes*. Constituye una normativa obligatoria para las autoridades administrativas u órganos judiciales de cualquier Estado de la UE (salvo Dinamarca), con independencia de la nacionalidad o del domicilio o residencia habitual de las partes que concluyan un contrato internacional; aunque la ley finalmente competente para regular este último sea la de un Estado extracomunitario (art. 2 Reg. Roma I)<sup>8</sup>. Por tanto, es poco probable que, en el futuro, recurramos, más que aisladamente, al art. 10.5 del Código civil, que es una disposición que ha quedado obsoleta.

3ª) Aunque España es parte de varios Convenios internacionales de Derecho uniforme –sobre todo la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CV 1980)–, en principio, *cualquier contrato internacional* que se concluya *a partir del 17 de diciembre de este año* y del que conozcan nuestros tribunales estará sometido a esta nueva normativa (arts. 28 y 29 Reg. Roma I)<sup>9</sup>.

4. Aunque el Derecho uniforme (*lato sensu*) (*einheitliches Sachrecht*) experimente importantes avances, sigue siendo necesario resolver los problemas de conflicto de leyes<sup>10</sup>. Así le ocurre, al menos, a la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en cinco supuestos: a’) cuando los contratantes no están establecidos en dos Estados contratantes y la aplicabilidad de dicho Convenio está condicionada a la designación de la ley de un Estado contratante por las normas de conflicto (art. 1.1., letra b), CV 1980); b’) cuando las partes acuerdan su exclusión total o parcial (art. 6 CV 1980); c’) cuando, para integrar sus lagunas, es necesario recurrir a la legislación interna de un Estado (art. 7.2 CV 1980), que no puede ser designada más que por una norma de conflicto; d’) cuando se trata de cuestiones excluidas del CV 1980 (arts. 4 y 5 CV 1980); e’) cuando se trata de ventas inmobiliarias excluidas del ámbito de aplicación del CV 1980 (art. 2 CV 1980). Algunos autores y –lo que es peor– tribunales ignoran, en ocasiones, este hecho. Sueñan con una hipótesis poco probable: que el Derecho uniforme consiguiese que el contenido material de las diferentes legislaciones nacionales fuese idéntico, así como su interpretación y aplicación en los diferentes Estados. De producirse esta hipótesis, evidentemente poco importaría cómo se resolviese el conflicto de leyes. Pero, salvo en supuestos muy particulares, no es demasiado probable que esa uniformidad se generalice. A mediados de los años 60, un profesor francés, PH. MALAURIE, advirtió que la diversidad de las normas jurídicas es una riqueza o una maldición que acompaña a nuestro Planeta desde la torre de Babel, dispuesta a perdurar hasta el día en que todos los hombres tengan la misma lengua, los mismos bienes y sean cuerpos gloriosos sin Estado, sin Derecho y sin profesores de Derecho<sup>11</sup>. Como suelo advertir a mis alumnos, no parece que ese día esté cercano. Hasta que llegue, ellos tendrán que seguir estudiando y ninguno podremos prescindir por completo de las normas de conflicto. Lo advirtió otro profesor francés H. BATIFFOL: Hacer Derecho uniforme sin conflicto de leyes es lo mismo que hacer Física sin Matemáticas. Se pretende ganar tiempo y prescindir de un instrumento que parece complicado para terminar descubriendo que, desgraciadamente, se ha perdido aún más tiempo del que hubiese hecho falta para aprenderlas. El problema del conflicto de leyes –tarde o temprano– acaba reapareciendo<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Vid. S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, concr. pp. 47-48.

<sup>9</sup> Sobre la determinación de la legislación aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, *vid., per omnia*, 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 (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 121-188, concr. pp. 139 y 144-151; ID., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, pp. 163 y ss. Sobre las relaciones entre el Reg. Roma I y Convenios internacionales que contienen normas de conflicto sobre obligaciones contractuales, que es una cuestión distinta a la anterior, *vid., ad ex.*, P. FRANZINA, “Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los Convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual”, *CDT*, vol. 1, nº 1, Marzo 2009, pp. 92-101; S. LEIBL/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 531-532.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión, *vid., ad ex.*, C. VON BAR, “IPR für das Einheitsprivatrecht”, en C. VON BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I (*Allgemeine Lehren*), 2ª ed., München, 2003, pp. 66-75; M.J. BONELL, “International Uniform Law in Practice or where the Real Problem begins”, *AJCL*, nº 4, 1990, pp. 865-922; C. WEIZUO, “The Conflict of Laws in the Context of the CISG: A Chinese Perspective”, *Pace Int’l L. Rev.*, 20, Spring, 2008, pp. 115-127, concr. pp. 120-122.

<sup>11</sup> PH. MALAURIE, “Loi uniforme et conflits de lois”, *TCFDIP*, Paris, 1967, pp. 83 y ss.

<sup>12</sup> H. BATIFFOL, en *TCFDIP*, Paris, 1967, pp. 101-103.

5. El Reglamento n° 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –conocido como “Roma I”–, *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, se inscribe en un *determinado contexto europeo*: el de la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia (considerando 1 Reg. Roma I)<sup>13</sup>. En él, se debe procurar el correcto funcionamiento del Mercado interior, favoreciendo la previsibilidad del resultado de los litigios así como la seguridad jurídica (considerando 6 Reg. Roma I). Esto requiere que “las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio” (considerando 6 Reg. Roma I)<sup>14</sup>.

6. La elaboración de este Reglamento ha sido menos tortuosa que la del Reglamento n° 864/2007 de 11 julio 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales –conocido como “Roma II”–, *DOUE* L 199 de 31 julio 2007<sup>15</sup>. Prueba de ello es que los conflictos entre el Parlamento y el Consejo han sido mínimos<sup>16</sup>. La explicación de esto se encuentra en el hecho de que el Reglamento Roma I, en esencia, ha “comunitarizado” un tratado internacional anterior, el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*DO* 3 marzo 1991), cuyas soluciones –no en su totalidad, pero sí en gran parte– reproduce<sup>17</sup>. De ahí que algún autor francés haya hablado de que, en rigor, el Reg. Roma I se ha limitado a “formatear” el Convenio de Roma (H. KENFACK)<sup>18</sup>. Este último dato no es baladí: la jurisprudencia generada por el Convenio de Roma de 1980 es aprovechable, *mutatis mutandis*, para la interpretación del Reg. Roma I<sup>19</sup>.

7. El Reglamento Roma I sustituirá al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo Dinamarca (art. 24.1 Reg. Roma I)<sup>20</sup>. La nueva normativa será aplicable, en su casi totali-

<sup>13</sup> Sobre esta cuestión desde el punto de vista del DIPr., *vid.*, *ad ex.*, J. BASEDOW, “The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 37, 2000, pp. 687-708; C. BOELE-WOELKI, “Unification and Harmonization of Private International Law in Europe”, en J. BASEDOW y otros (Eds.), *Private Law in the International Arena: Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, pp. 61-77; C. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; O. REMIEN, “European Private International Law, the European Community and its emerging Area of Freedom, Security and Justice”, *CMLR*, 38, 2001, pp. 53-86.

<sup>14</sup> *Vid.* H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 9.

<sup>15</sup> Para una exposición de conjunto, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008.

<sup>16</sup> Basta comparar el Convenio de Roma de 1980 con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas 15 diciembre 2005, COM(2005) 650 final, y con el texto finalmente aprobado. Sobre dicha propuesta, *ad ex.*, el comentario editorial, “On the way to a Rome I Legislation”, *CMLR*, 43, 2006, pp. 913-922; F. FERRARI/S. LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007; P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I”*, Padova, Cedam, 2006; E.-M. KIENINGER, “Der Rom I-Vorschlag: Eine geglückte Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?”, *ZEuP*, 2007, pp. 22-27; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. 95, 2006, pp. 331-349; O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Proposal”, *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 29-51; 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*, t. VI, 2006, pp. 541-568; D. MARTINY, “Europäisches Internationales Vertragsrecht in Erwartung der Rom I-Verordnung”, *ZEuP*, 2008, pp. 79-108; MAX-PLANCK-INSTITUT FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *RebelsZ*, 2004/01, pp. 1-118.

<sup>17</sup> Sobre el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª ed., Granada, 2008, pp. 457-523 y bibliografía allí indicada.

<sup>18</sup> H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 5.

<sup>19</sup> Para la jurisprudencia española, *vid.* los sugerentes estudios de E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, pp. 121-188; ID., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, *passim*.

<sup>20</sup> El art. 24.1 Reg. Roma I se ocupa de las relaciones entre el Convenio de Roma de 1980 y el nuevo Reglamento. En un principio, dos Estados (Dinamarca y el Reino Unido) mostraron sus reticencias a que el Reglamento Roma I se les aplicase. Pero, poco después de ser adoptado, el Reino Unido dio los primeros pasos, con la bendición de la UE, para incorporarse a éste, que finalmente entró en vigor en el Reino Unido: Dec.Com. 22 diciembre 2008, sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 10 de 15 enero 2009. Sobre la situación en que queda Dinamarca, *vid.* O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, *concr.* pp. 1689-1690.

Mucho más complejas son las relaciones entre el Reg. Roma I y otras disposiciones jurídicas. Para ello, su texto distingue entre las demás disposiciones comunitarias (art. 23 Reg. Roma I) y los Convenios internacionales (arts. 25 y 26 Reg. Roma I).



dad, a los contratos internacionales concluidos después del 17 diciembre 2009 (arts. 28 y 29 Reg. Roma I)<sup>21</sup>.

8. El *régimen jurídico general* de los contratos internacionales se encuentra en los arts. 3 y 4 Reg. Roma I. Conforme a él, todo contrato internacional está regido, al menos, por una Ley estatal. Dicha ley se determina conforme a los *principios de autonomía de la voluntad y de proximidad*. Dicha ley fija las obligaciones entre los contratantes. Pero éstas pueden venir regidas por otra ley en el caso de algunos contratos en particular (arts. 5 a 8 Reg. Roma I).

9. No todo es negativo, por supuesto, en el Reglamento Roma I. Nuevas normas ven la luz y algunas de las anteriores se han perfeccionado, en particular, las relativas a los contratos internacionales celebrados por consumidores. También se ha arrojado mucha luz sobre la aplicación de las normas internacionalmente imperativas (*internationally mandatory provisions*) de otros Estados en un nuevo art. 9 que debe ser bien recibido por constituir una norma racional, bien equilibrada y muy realista. Además de lo anterior, el Reglamento Roma I recibe una gran parte del material normativo del Convenio de Roma de 1980, lo que constituye una herencia, sin duda, muy positiva que se ha aprovechado bien. Ante la imposibilidad de acometer en esta sede una exposición de conjunto del Reg. Roma I, me ceñiré a *tres cuestiones concretas*: la autonomía de la voluntad (art. 3 Reg. Roma I), los contratos de consumo (art. 6 Reg. Roma I) y las denominadas leyes de policía (art. 9 Reg. Roma I). No es ésta una elección injustificada. La *autonomía de la voluntad* constituye la *clave de bóveda (clé de voûte)* del sistema erigido por el Reglamento (S. POILLOT-PERUZZETTO)<sup>22</sup>. La regulación de los *contratos de consumo* es, quizás, una de las novedades con respecto al Convenio de Roma de 1980 más esperadas desde distintos medios jurídicos. El tratamiento dispensado a las denominadas *leyes de policía* pone fin a una vieja y enconada polémica acerca del intervencionismo estatal en la contratación internacional.

## II. La autonomía de la voluntad.

### 1. Concepto y fundamento.

10. El contrato internacional se rige, en primer lugar, por la Ley elegida por las partes (art. 3.1 Reg. Roma I). Es ésta la denominada *autonomía de la voluntad conflictual* o derecho de los contratantes a designar la ley aplicable al fondo del contrato internacional (*Grundsatz der Parteiautonomie, kollisionsrechtliche Parteiautonomie*)<sup>23</sup>. El Reglamento Roma I sigue, en este punto, la estela

<sup>21</sup> En el pasado, la práctica de nuestros tribunales en relación con el Convenio de Roma ha sido, en general, correcta desde el punto de vista de su aplicación temporal: nuestros tribunales han recurrido a él para resolver litigios sobre contratos internacionales celebrados después del 1 septiembre 1993 (SAP Murcia 11 diciembre 1995; STS 3 julio 2003; AAP Tarragona 23 octubre 2004; STS, de lo Social, 17 enero 2005; STS 8 abril 2005; STSJ Madrid, de lo Social, 25 abril 2005; STSJ Madrid, de lo Social, 20 diciembre 2005; STS 30 diciembre 2005; STSJ Madrid, de lo Social, 28 febrero 2006); aunque, sin duda, haya algunos *supuestos patológicos* que han atraído la atención de la doctrina: El Convenio de Roma ha sido aplicado a contratos concluidos antes de su entrada en vigor para España (ATSJ Madrid, de lo Social, 29 marzo 1999 [contrato estipulado en 1991]; STS, de lo Social, 22 mayo 2001 [contrato concluido en 1987]) o ha dejado de serlo a contratos que sí habían sido estipulados después (SAP Madrid 3 mayo 2006). *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, pp. 125-127; *Id.*, *El Reglamento Roma I...*, pp. 15-22.

<sup>22</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire de Droit communautaire, Cahiers de l'actualité*, 2008-5, pp. 3-11, concr. p. 3.

<sup>23</sup> Sobre la *autonomía de la voluntad conflictual*, *vid.*, *ad ex.*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho internacional privado español”, *REDI*, 1990, vol. LXII, pp. 125-152; J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las cláusulas Paramount: autonomía de la voluntad y selección del Derecho aplicable en el transporte marítimo internacional*, Madrid, 1997; B. ANCEL, “Autonomía de la voluntad y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y México”, *AEDIPr.*, t. II, 2002, pp. 33-45; P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979; B. BENDREF, “Vereinbarung neutralen Rechts in internationalen Verträgen”, *RIW*, 1980, pp. 386-389; A. BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford, 2008; E. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit International Privé*, Paris, 1927; S.M. CARBONE/R. LUZZATTO, “Contratti internazionali, autonomia privata e diritto materiale uniforme”, *Dir.com.int.*, 1993, pp. 755-790; O. CASANOVAS Y LA ROSA, “La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado”, *ADC*, 1976, pp. 1003-1020; E. CASTELLANOS RUIZ, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Gra-

de su precursor<sup>24</sup>. Nada tiene esto de extraño: “Quizás la regla de DIPr. más ampliamente aceptada de nuestro tiempo es que las partes de un contrato son libres de estipular qué Derecho gobernará su transacción” (R.J. WEINTRAUB)<sup>25</sup>.

**11.** De la misma manera que las partes tienen libertad para elegir el Derecho aplicable a un contrato internacional, también la tienen para limitarse a disponer que uno o varios ordenamientos jurídicos estatales no resultarán aplicables a su contrato (*negative Rechtswahl*): En este supuesto, la ley rectora del contrato se determinará conforme a los criterios objetivos establecidos por el Reg. Roma I para fijar la *lex contractus* en defecto de la autonomía de la voluntad (en especial, el art. 4 Reg. Roma I) (D. MARTINY)<sup>26</sup>.

**12.** Aunque el art. 3.1 Reg. Roma I se refiera simplemente al “contrato” y no al “contrato internacional”, es fácil sostener que la libertad de elección de ley se refiere a este último por dos razones (B. AUDIT):

nada, 1998; ID., *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en el transporte internacional*, Granada, 1999; ID., “Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (Eds.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005, pp. 425-476; ID., “*Lex Mercatoria* y autonomía privada en materia de contratos internacionales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. OVIEDO ALBÁN [Directores], *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 55-117; A. CURTI GIALDINO, “La volonté des parties en droit international privé”, *RCADI*, 1972, vol. 137, pp. 743-914; A. DANGER, *Die Rechtswahl bei internationalen Schuldverträgen aus der Sicht des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, 2008; G.R. DELAUME, “L’autonomie de la volonté en Droit international privé”, *RCDIP*, 1950, pp. 321-340; A. DE DONATIS, *L’autonomia delle parti e la scelta della legge applicabile al contratto internazionale. Gli ordenamenti interno e convenzionale e il progetto di riforma del 1990 del diritto internazionale privato*, Padova, 1991; W. HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931; H. HEISS, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischen Internationalen Privatrecht?”, *RabelsZ*, 65, 2001, pp. 634-653; J.M. JACQUET, *Principe d’autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983; ID., “L’incorporation de la loi dans le contrat”, *TCFDIP*, 1993/95, pp. 23-39; E. JAYME, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, en *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, 1991, pp. 435-464; ID., “Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie”, en B. JUD/W.H. RECHBERGER/G. REICHEL (Hrsg.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union: Neue Fragen des Internationalen Privats- und Zivilverfahrens*, Wien, 2008, pp. 63-75; A. JUNKER, “Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen – Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht”, *IPRax*, 1993, pp. 1-10; O. LANDO, “Party Autonomy in the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, en AA.VV., *L’influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, 1981, pp. 191-208; M. LIENARD-LIGNY, “L’autonomie de la volonté face aux lois impératives dans les contrats internationaux”, *Annales de la Faculté de Droit de Liege*, 1968, pp. 5-25; E. LORENZ, “Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht. Grundsatz und Grenzen”, *RIW*, 1987, pp. 569-584; R.A. MALLMANN, “Rechtswahlklauseln unter Ausschluss des IPR”, *NJW*, 2008, pp. 2953-2958; W. MINCKE, “Die Parteiautonomie: Rechtswahl oder Ortswahl?”, *IPRax*, 1985, pp. 313-317; K.H. NEUMEYER, “Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations”, *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78; J.P. NIBOYET, “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *RCADI*, 1927, vol. 16, pp. 1-116; P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999; J.C. POMMIER, *Principe d’autonomie et loi du contrat en Droit international privé conventionnel*, Paris, 1992; W.L.M. REESE, “Power of Parties to Choose Law Governing their Contracts”, *Proceedings of American Society of International Law*, 1960, vol.54, pp. 49-69; ID., “Choice of Law in Torts and Contracts and Directions for the Future”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1977, pp. 1-21; G. RÜHL, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, en *Conflict of Laws in a Globalized World – Essays in Memory of Arthur Taylor von Mehren*, 2007, pp. 153-183; C.M. SCHMITTHOFF, “The Limits of Party Autonomy”, en CH.J. CHENG (Ed.), *Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, Boston, London, 1988, pp. 584-595; K. SIEHR, “Die Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht”, en *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich, 1989, pp. 485-510; S. SIMITIS, “Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht”, *JuS*, 1966, pp. 209-217; W. WENGLER, “Choice of Law and Forum in Contracts: Germany and other European Countries”, *Proceedings of The Sixth International Symposium on Comparative Law*, Ottawa, 1969, pp. 189-202; ID., *IPR-Rechtsnormen und Wahl des Vertragsstatuts. Parteiautonomie im internationalen Privatrecht, insbesondere unter der Rom-Convention vom 19.6. 1980*, Vortrag, Saarbrücken, 1991; C.F. WETZLER, *Rechtswahlklauseln*, Köln, 2005.

<sup>24</sup> Sobre la autonomía de la voluntad conflictual en el Reg. Roma I, *vid., ad. ex.*, S. LEIBL, “Choice of the Applicable Law”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, pp. 61-75; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) – Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 5/2008, pp. 377-386.

<sup>25</sup> R.J. WEINTRAUB, “Functional Developments in Choice of Law for Contracts”, *RCADI*, 1984, t. 187, p. 239.

<sup>26</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., conctr. p. 66.

1ª) Porque dicho Reglamento es aplicable a las obligaciones contractuales “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes” (art. 1.1 Reg. Roma I), como es, por antonomasia, el caso de las *obligaciones contractuales internacionales*<sup>27</sup>;

2ª) Porque, si el único elemento de extranjería de un contrato es la elección de la ley efectuada por las partes (*contrato objetivamente interno, pero subjetivamente internacional*), ésta no podrá oponerse a la aplicación del Derecho imperativo del ordenamiento jurídico que, en defecto de elección de ley por las partes, hubiera sido competente: “[c]uando 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” (art. 3.3 Reg. Roma I)<sup>28</sup>.

13. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad conflictual como principio rector de los contratos internacionales fue el *resultado de un proceso evolutivo dilatado en el tiempo*<sup>29</sup>. En un principio, hasta bien avanzado el siglo XIX, los contratos internacionales estuvieron sometidos a la ley del lugar de su conclusión (*Lex loci contractus*): Ésta es la solución dispuesta por la Ley 15, título 14, Partida III del Rey Sabio. Aunque la explicación doctrinal (BALDO, CURTIUS, ODOFREDO, BALDUINO...), basada en la Ley *Si fundus* del Digesto, era que los estatutos contractuales contemplaban los contratos celebrados en el territorio del Estado respectivo –y esto era respetuoso con la soberanía de dicho Estado–, hubo un cúmulo de factores que explican que dicha regla permaneciese inalterada durante siglos. Uno de ellos era la existencia de usos específicos para los contratos comerciales (la denominada *Lex Mercatoria*)<sup>30</sup>. Otro fue el hecho de que la mayoría de los contratos internacionales estaba formada por *contratos entre presentes*. En el siglo XIX, otro cúmulo de factores explica que la aparición de un principio regulador nuevo fuese no sólo necesaria, sino incluso inaplazable. Por un lado, el desarrollo de los medios de comunicación a distancia y de transporte favoreció la multiplicación de los *contratos entre ausentes*. Por otro, la codificación estatal del Derecho privado mostró claramente la existencia de *leyes particulares de los Estados*, diferentes de unos a otros, que no podían ser ignoradas a la hora de regular contratos internacionales; es decir, contratos conectados con varios ordenamientos estatales<sup>31</sup>. Dicho con otros términos, la regulación de los contratos internacionales pasó por la solución de un *conflicto de leyes*.

Para solucionarlo, se acudió, en el siglo XIX, a la *autonomía de la voluntad (Lex voluntatis)*. Es cierto que:

<sup>27</sup> Vid., ad ex., G.R. DELAUME, “What’s an International Contract? An American and Gallic Dilemma”, *ICLQ*, 1979, vol. XXII, pp. 258-279; P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, 1991, pp. 287-340; P. LALIVE, “Sur la notion de contrat international”, en *Multum non Multa: Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, 1980, pp. 135-155; O. LANDO, “International situations and ‘situations involving a choice between the laws of different legal systems’”, en K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 15-24; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., con cr. pp. 70-72; R. DE NOVA, “Quando un contratto è internazionale?”, *RDIPP*, 1978, vol. XIV, pp. 665-689 (también como “Wann ist ein Vertrag ‘international?’”, en *Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, München, 1978, pp. 307-323); A. SINAGRA, “Natura e contenuto della internazionalità dei contratti”, en *Etudes en l’honneur de Roberto Ago*, IV, Milano, 1987, pp. 349-382.

<sup>28</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 680-681.

<sup>29</sup> Excede del propósito de este estudio, un análisis pormenorizado de la génesis y evolución histórica de la idea de autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de los contratos internacionales. Quien desee profundizar esta materia puede consultar, ad ex., B. AUDIT, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, 2008, pp. 148-154; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª ed., Granada, 2008, pp. 457 y ss., con cr. pp. 473-474; S. GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes en matière de contrats dans la jurisprudence des Parlements, de Du Moulin au Code Civil*, Paris, 1980; V. RANOUIL, *L’autonomie de la volonté: Naissance et évolution d’un concept*, Paris, 1980.

<sup>30</sup> Para una caracterización sumaria de la *Lex mercatoria*, una serie de usos y prácticas surgidos en la Europa occidental, cuya vigencia se extiende de finales del siglo XI y principios del XII al siglo XIV, y relacionados con el ejercicio del comercio por mercaderes de varios procedentes de varios países, que regularmente contrataban entre sí en ferias a las que acudían con periodicidad, vid., per omnia, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 27-32 y bibliografía allí indicada.

<sup>31</sup> La codificación decimonónica fue la lápida que selló la tumba de la *Lex mercatoria*. Pero la enfermedad que la llevó a la tumba se remonta al siglo XV, propiciada por dos fenómenos históricos: el hundimiento del comercio a causa de las guerras que devastaron a Europa y el surgimiento del Estado moderno. Para una rápida síntesis histórica, vid., ad ex., L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 35-37.

1º) La idea de que las partes elijan la ley aplicable a sus relaciones no resultaba del todo extraña. Primero, en el Medioevo, se justificó la aplicación de la ley del lugar de conclusión del contrato, asegurando que era la implícitamente querida por las partes (CURTIUS): si éstas habían querido contratar en un lugar determinado y no en otro, era porque habían optado porque fuese dicha ley y no otra la que les vinculase. Segundo, si se aplicó al régimen económico matrimonial la ley del primer domicilio de los esposos, es porque se consideró que aquél era un contrato tácito y que ésta reflejaba una elección implícita por los esposos (DU MOULIN).

2º) La exaltación de la libertad individual tanto por el liberalismo como por el Romanticismo favorecieron que, en el siglo XIX, autores (F. LAURENT, P.S. MANCINI, A. WEISS...), leyes estatales (art. 9 del Título preliminar del C.c. italiano de 1865...) y resoluciones judiciales (sentencia Reichsgericht 15 junio 1982, sentencia Cour de cassation francesa 5 diciembre 1910, *American Trading*,...) admitieran sin ambages que las partes pudiesen elegir la ley aplicable a un contrato internacional<sup>32</sup>. No fue irrelevante el hecho de que, en aquella época, la mayoría de las normas de Derecho de contratos fuese dispositiva y no imperativa.

3º) La afirmación de un nuevo principio –la autonomía privada como rectora de los contratos internacionales– se tradujo en *tres niveles de reconocimiento*: la *voluntad expresa* (= la ley que las partes afirman haber querido), la *voluntad implícita* (= la ley que las partes han querido, aunque no lo hayan afirmado) e, incluso, en algunos países, la *voluntad hipotética* (= la ley que las partes hubieran debido querer, si se hubieran planteado esta cuestión).

14. “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable –explica el considerando 6 Reg. Roma I– debe constituir *una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes* en materia de obligaciones contractuales”<sup>33</sup>. Ahora bien, al margen de cuál haya sido su origen histórico, cabe preguntarse cuáles son las *razones* que justifican dicha solución en la actualidad<sup>34</sup>. Éstas son tres:

a) Primera: La *realización de los intereses materiales de las partes (Parteiinteressen)*<sup>35</sup>. Las partes pueden elegir el Derecho más adecuado para el contrato de que se trate. Éste puede ser, *ad ex.*, el Derecho del país con el que, al menos uno de los contratantes, esté más familiarizado, el Derecho que rija la mayoría de los contratos concluidos por una empresa (= estandarización que tiene, como finalidad, ahorrar *costes de transacción*), el Derecho de un país que regule de manera técnicamente más perfecta determinado tipo contractual o incluso un Derecho neutral (*neutrales Recht*) –es decir, el Derecho de un Estado que no se corresponde con la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual de los contratantes o con el que ninguno de ellos tienen relación de ningún tipo–. *Ejemplo 1*: Una empresa turca y una empresa alemana eligen, como *lex contractus*, el Derecho suizo (sentencia OLG München 18 diciembre 1985)<sup>36</sup>. *Ejemplo 2*: Las partes acuerdan someter al Derecho de la Isla de Man contratos de *time-sharing* relativos a inmuebles en España (sentencia LG Düsseldorf 12 abril 1994)<sup>37</sup>. En todo caso, las partes consiguen la *seguridad jurídica preventiva*. Esto significa, por un lado, que las partes pueden fijar de antemano conforme a qué ordenamiento jurídico podrán exigirse sus obligaciones y, en caso de incumplimiento, cuáles son las sanciones a que podrá recurrirse (= permite elegir entre varios posibles ordenamientos jurídicos) (SAP Málaga 29 octubre 2002; SAP Madrid, de lo Social, 18 julio 2005)<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> El texto de la sentencia Cour de cassation francesa 5 diciembre 1910, *American Trading*, se encuentra en *JDI Clunet*, 1912, p. 129; el de la sentencia Reichsgericht 15 junio 1982, en *JDI Clunet*, 1894, p. 154.

<sup>33</sup> Vid. H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 12.

<sup>34</sup> Vid. texto de la Resolución del IDI de 31 agosto 1991 sobre la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales entre personas privadas, *RCDIP*, 1992, p. 198. En doctrina, *vid.*, *ad ex.*, M. GIULIANO, “La loi d’autonomie: le principe et sa justification theorique”, *RDIPP*, 1979, pp. 217-235; G. VAN HECKE, “Signification et limites du principe de l’autonomie de la volonté dans les contrats internationaux”, *RDIDC*, 1955, pp. 81-98.

<sup>35</sup> En general, *vid.* H. BATIFFOL, “Les intérêts de droit international privé”, en *Mélanges G. Kegel*, Frankfurt, 1977, pp. 11-21, y G. BRAIVE, “L’historien et l’équivocité du concept d’intérêt – Aspects critiques et sémantiques”, en M. VAN DE KERCHOVE/F. OST/P. GÉRARD (Dir.), *Droit et intérêt – approche interdisciplinaire*, vol. 1, Bruxelles, 1990, pp. 25-35; A. BUCHER, “Vers l’adoption de la méthodes des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes”, *TCFDIP*, 1993-1995, pp. 209-237; A. GERVAIS, “Quelques réflexions à propos de la distinction des ‘droits’ et des ‘intérêts’”, en *Mélanges Paul Roubier*, t. 1, Paris, 1961, pp. 241-252; G. KEGEL, “Begriff- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht”, en *Festschrift Hans Lewald*, 1953, pp. 259-288; P. LÉBOULANGER, “La notion d’‘intérêts’ du commerce international”, *Rev. arb.*, 2005, pp. 487-506.

<sup>36</sup> Texto en *IPRax*, 1986, con nota de E. JAYME.

<sup>37</sup> Texto en *RIW*, 1995, p. 415, con nota de P. MANKOWSKI en p. 366.

<sup>38</sup> Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, p. 152; Id., *El Reglamento Roma I...*, pp. 56-57.

Pero, por otro, también significa que son ellas y no terceros (jueces o árbitros) quienes podrán determinar el marco jurídico más idóneo para que se desarrollen sus actividades (= permite que sean ellas y no otras personas quienes lleven a cabo tal elección). En definitiva, como ya señalara, a finales de los años 50, F. GAMILLSCHEG, toda elección de la Ley aplicable es una pieza de cálculo comercial, que, con frecuencia, es base suficiente para la distribución de la carga del aseguramiento (de unas prestaciones) y un reflejo de unas determinadas circunstancias económicas: “Jede Rechtswahl ist ein Stück kaufmännischer Kalkulation, häufig genug Grundlage der Verteilung der Versicherungslast, damit Spiegelbild wirtschaftlicher Gegebenheiten”<sup>39</sup>.

Es cierto que a una *parte económicamente mucho más débil* que otra (caso, *ad ex.*, de consumidores, trabajadores, asegurados) puede interesar justo lo contrario: que no haya elección de ley. En efecto, la otra parte contratante puede querer privarla de los beneficios de ciertas normas protectoras. Pero, para salvaguardarlas, existe el denominado *orden público de protección*<sup>40</sup>. Éste se puede concretar en normas especiales para ciertos contratos (*ad ex.*, contratos internacionales de consumo) (*Schutz der schwächeren Vertragspartei, Ausgleich privater Interessen*) (*Parteischutzvorschriften, Sonderprivatrecht*) o, en un caso extremo, en normas internacionalmente imperativas (las denominadas *leyes de policía*) (*Eingriffsnormen*)<sup>41</sup>.

b) Segunda: La *satisfacción de los intereses de los Estados*. La autonomía de la voluntad conflictual no se opone al *interés de los Estados*. Como ha señalado acertadamente B. AUDIT, la libertad de elección permite tanto a organismos públicos como a empresas privadas contratar con operadores extranjeros “que no desean necesariamente someterse a su ley; este interés es, en general, más fuerte para los Estados que el de aplicar a una operación aislada una disposición prevista, sobre todo, para el orden interno [...]”<sup>42</sup>.

c) Tercera: La *satisfacción de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto*. El reconocimiento de la libertad de las partes para elegir la ley que consideren apropiada facilita la conclusión de contratos y, por tanto, favorece las operaciones del *comercio internacional*. Sin éstas, los Estados industrializados no podrían mantener el nivel de vida de sus ciudadanos. Sin ellas, los Estados en vías de desarrollo no podrían aspirar a incrementar, de forma considerable, su PIB. Dicho con otros términos, “los Estados honrarían los acuerdos de elección de ley libremente negociados en orden a asegurar las condiciones necesarias para el funcionamiento del comercio internacional, que les beneficia incluso en las ocasiones en que su Derecho no es aplicado” (M. LEHMANN)<sup>43</sup>.

En definitiva, si, desde el punto de vista histórico, el triunfo de la autonomía conflictual de la voluntad supuso una opción entre varias posibles leyes, en la actualidad supone mucho más que la solución a un dilema (*Verlegenheitslösung*) (D. MARTINY)<sup>44</sup>. Supone el reconocimiento de una “doctrine of convenience and business efficacy” (W. LORENZ)<sup>45</sup>.

**15.** Una polémica históricamente superada es la de si la voluntad de las partes, que sólo puede producir efectos jurídicos cuando una ordenamiento jurídico así lo reconoce, podía situarse “por encima” de las legislaciones nacionales y determinar cuál de ellas era competente para regir un contrato internacional. Para responder a esta cuestión, surgió la idea del *estatuto primario o de base* (*das primäre Statut*)<sup>46</sup>. Existe –se decía– una ley que decide si, cómo y cuándo las partes de un contrato internacional

<sup>39</sup> F. GAMILLSCHEG, “Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht”, *AcP*, 157, 1958/59, pp. 303 y ss., concur. p. 316.

<sup>40</sup> G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

<sup>41</sup> *Vid.* A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, concur. pp. 228-229.

<sup>42</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 155.

<sup>43</sup> M. LEHMANN, “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vand. J. transnat'l L.*, 41, March, 2008, pp. 381-434, concur. p. 394.

<sup>44</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concur. p. 64.

<sup>45</sup> W. LORENZ, *Vertragsschluß und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands*, Heidelberg, 1957, p. 154.

<sup>46</sup> Para una visión de conjunto de esta antigua polémica, *vid.*, *ad ex.*, D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concur. pp. 69-70.

pueden señalar cuál es la ley aplicable a éste (= los contratantes pueden elegir el Derecho aplicable a su operación; porque es el propio Derecho el que lo permite). Cuestión distinta es que se discutiera cuál era ese Derecho: si el de la nacionalidad de los contratantes, el de su domicilio, el de conclusión o el de ejecución del contrato. En la actualidad, es pacífica la opinión de que el estatuto primario es el sistema de DIPr. del foro, que puede, según los casos, estar formado por normas de conflicto internas (*ad ex.*, el art. 10 C.civ.) o internacionales (*ad ex.*, Reg. Roma I). Pero, aun así, queda sin responder por qué el Estado permite a las partes que elijan la ley aplicable. Existen dos extremos –quienes, como J. BEALE, creyeron que debía prohibirse, puesto que suponía un permiso para que las partes realizaran un acto legislativo y quienes la admiten, aunque consideran, como G. KEGEL, que no es más que un recurso provisional que se aplica porque no hay otra norma de conflicto mejor–. Entre ambos extremos, ha quedado un espacio para la argumentación. Éste lo han ocupado diferentes explicaciones teóricas para justificar, en última instancia, la autonomía de la voluntad conflictual: la libertad contractual como principio jurídico universal, la teoría de la incorporación (= las partes incorporan las normas jurídicas de un Estado a su acuerdo), la teoría de la localización, la protección de las expectativas razonables de las partes, la posibilidad de que la ley propia sea, al menos, tan aplicada como excluida por las partes de contratos internacionales (= *a kind of lottery in which a state's law has an equal chance to be chosen as another's* [M. LEHMANN]) o, por último, el favorecimiento del comercio internacional<sup>47</sup>.

**16.** Dado que las partes son libres para elegir la ley rectora del contrato, cabe preguntarse *qué queda del Derecho imperativo de los Estados*. El temor a que éste se “evapore” ante la internacionalización de la vida cotidiana es más aparente que real. Dos datos avalan esta afirmación:

**17.** 1º) *Primera hipótesis: Contratos subjetivamente internacionales* (= contratos objetivamente internos, cuyo único elemento extranjero es la sumisión a un tribunal o una ley extranjera). La facultad de elegir la ley aplicable se reserva, en principio, a los *contratos auténticamente internacionales*. Es cierto que “[...] los casos de fraude patente, por internacionalización artificial de un contrato interno, son prácticamente inexistentes” (B. AUDIT)<sup>48</sup>. Pero, si no fuera así, cabría recordar que los ordenamientos jurídicos no han permanecido indiferentes ante el uso que las partes hayan hecho de su facultad de elegir la ley aplicable. *Ejemplo 1:* Se ha señalado que la elección de ley por las partes debe ser “de buena fe y lícita” (fórmula conocida de la sentencia del *Private Council* inglés en el célebre caso *Vita Foods Products v. Unus Shipping*, [1939] A.C. 277). *Ejemplo 2:* Cuando todos los elementos de un contrato están situados en un solo país, la elección de una ley extranjera no permite eludir las disposiciones imperativas del Estado de que se trate (art. 3.3 Reg. Roma I).

**18.** 2º) *Segunda hipótesis: Contratos objetivamente internacionales* (= contratos objetivamente internacionales, por la presencia de uno o varios elementos de extranjería, con independencia del tribunal que conozca de ellos o de la ley que resulte aplicable). En el caso de *contratos auténticamente internacionales*, se debe partir de dos postulados. *Primer postulado:* Ningún Estado puede pretender que todas sus normas imperativas sean aplicables a un contrato que también está conectado con el Derecho de otros Estados (B. AUDIT)<sup>49</sup>. *Ergo*, algunas de ellas (la mayoría) deben conceptuarse como *normas simplemente imperativas* (*dispositions simplement impératives, mandatory provisions*); mientras que otras (la minoría) pueden calificarse como *normas internacionalmente imperativas* (*internationale mandatory provisions, dispositions internationalement impératives*) (B. AUDIT)<sup>50</sup>. *Segundo postulado:* Tanto si las partes han elegido el Derecho aplicable al contrato como si no lo han hecho, existen *intereses públicos* que no pueden ser sacrificados ni en aras de la autonomía privada ni del comercio internacional: la solución no pasa por la negación de la facultad de elección (B. AUDIT)<sup>51</sup>. Existen otras posibles soluciones. *Ejemplo 1:* Se puede defender la aplicabilidad de ciertas disposiciones imperativas especialmente co-

<sup>47</sup> Excelente síntesis en M. LEHMANN, “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vand. J. transnat'l L.*, 41, March, 2008, pp. 381-434, conccr. pp. 387-394.

<sup>48</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 155.

<sup>49</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 151-152 y 156.

<sup>50</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 156, nota 1.

<sup>51</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 156.

nectadas con el contrato internacional, cuando se trate de *normas internacionalmente imperativas o leyes de policía* (art. 9 Reg. Roma I). *Ejemplo 2*: Se puede elaborar normas de conflicto especiales, cuando se trate de sectores sociales en que abunden dichas disposiciones imperativas. Éste es el caso, *ad ex.*, de los contratos con consumidores (art. 6 Reg. Roma I) o con trabajadores (art. 8 Reg. Roma I).

**19.** Una *consecuencia* obligada de la admisión de la autonomía de la voluntad conflictual, como criterio rector de los contratos internacionales, es la *exclusión del reenvío*<sup>52</sup>. En efecto, cabe suponer que, si los contratantes son capaces de elegir la ley de un Estado es porque quieren que ésta sea aplicada y no que lo sea la ley de un tercer Estado como resultado de una norma de conflicto del Estado cuyo Derecho se prefirió: “[...] sería poco realista considerar que la tuvieron en cuenta y dieron por supuesta su aplicación” (B. AUDIT)<sup>53</sup>. Lo razonable es considerar que la voluntad de las partes no se ha referido más que a la ley rectora del fondo del asunto y no a una norma de conflicto que pueda designar competente la ley de otro Estado. Ésta es una idea que reflejan con claridad algunos sistemas estatales de Dipr. –caso, *ad ex.*, del art. 4 II EGBGB, que está considerado una regla interpretativa (*Auslegungsregel*), en la que se establece la presunción *iuris tantum* de que las partes designan el Derecho material aplicable (*das anwendbare Sachenrecht*)<sup>54</sup>-. También expresa la anterior idea el propio art. 20 Reg. Roma I, si bien con motivación y alcance parcialmente diferentes: “*Exclusión del reenvío*.- Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”<sup>55</sup>. Por lo demás, aunque sea una hipótesis controvertida en la doctrina alemana, nada impide, en principio, que las partes se sometan al DIPr. de un determinado Estado, si así lo desean (= la elección de normas de conflicto equivaldría a la elección del último Derecho material aplicable): si las partes pueden elegir las normas jurídicas sustantivas aplicables a un contrato internacional, también pueden elegir sus normas jurídicas conflictuales (*argumentum a maiore ad minus*) (*ad ex.*, S. LEIBLE)<sup>56</sup>. *Ejemplo*: Una empresa exportadora rusa y una empresa importadora alemana pueden pactar, mediante una *cláusula compromisoria*, la competencia de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Cabe la posibilidad de que además pacten la siguiente cláusula: “The arbitration award shall be made in conformity with the rules to be applied pursuant to the rules of conflict of laws of Sweden”. En este ejemplo, como señala el prof. D. MARTINY, existe una remisión al Dipr. de Suecia, que, a su vez, reenvía al ordenamiento jurídico del vendedor. Por tanto, en definitiva, las partes habrían elegido el Derecho material ruso<sup>57</sup>.

## 2. La elección de ley: condiciones.

**20.** Las partes pueden elegir la ley aplicable a su contrato (art. 3 Reg. Roma I). Pero se exige que la elección de la ley sea clara, se refiera a una ley estatal y se haga mediante un pacto válido (el *pactum de lege utenda*).

### A) Claridad de la elección de ley.

**21.** La elección de la ley aplicable al contrato puede ser expresa o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del caso: “[...] Esta elección deberá manifestarse expresamente o re-

<sup>52</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 194-195, 198 y 701-702; S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 67; S. RUGULLIS, “Die Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB – Sachnorm oder Gesamtverweisung?”, *ZvglRW*, 2007, pp. 217-227.

<sup>53</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 198.

<sup>54</sup> *Vid.*, *ad ex.*, D. MARTINY, “Art. 35. Rück- und Weiterverweisung. Rechtsspaltung”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10 (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [Art. 1-46] Internationales Privatrecht*), 4ª ed., München, 2006, pp. 2253 y ss., concr. p. 2255; P. MANKOWSKI, “Der Allgemeine Teil des deutschen Internationalen Privatrechts”, en C. VON BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I (*Allgemeine Lehren*), München, 2003, pp. 550 y ss., concr. p. 693; H.J. SONNENBERGER, “Art. 4. Rück- und Weiterverweisung; Rechtsspaltung”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10 (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [Art. 1-46] Internationales Privatrecht*), 4ª ed., München, 2006, pp. 401 y ss., concr. p. 431-432.

<sup>55</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 701-702.

<sup>56</sup> S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, pp. 67-68.

<sup>57</sup> D. MARTINY, “Art. 35 [...]”, p. 2255.

sultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso [...]” (art. 3.1 Reg. Roma I)<sup>58</sup>.

## 22. Del art. 3.1 Reg. Roma I se infieren *tres consecuencias inmediatas*:

1<sup>a</sup>) El Reglamento se ha apartado de las antiguas *teorías subjetivistas*. Éstas ponían el acento en la voluntad de las partes y, como resultado de ello, no sólo admitían la voluntad expresa, sino también la implícita e, incluso, la hipotética<sup>59</sup>.

2<sup>a</sup>) Para el Reglamento, por el contrario, lo único que se exige es que la voluntad sea clara, que la elección de las partes carezca de ambigüedad. Reconoce, pues, la voluntad expresa (*express agreements on choice of law, tacit choice-of-law, ausdrückliche Rechtswahl*) y tácita (*implied agreements on choice of law, schlüssige Rechtswahl*). Rechaza, en cambio, la voluntad hipotética (*hypothetische Willen*)<sup>60</sup>.

Aunque las versiones lingüísticas de este artículo no son exactamente coincidentes, esto no resta, en mi opinión, un solo ápice de verdad a las anteriores afirmaciones<sup>61</sup>. Cuestión distinta es que pueda alimentar los argumentos ante los tribunales de partes con intereses contrapuestos.

3<sup>a</sup>) Cabe prever que, en la práctica forense, los litigios se centrarán en los casos en que se discuta la existencia de una voluntad implícita. Los ejemplos de la jurisprudencia generada por el Convenio de Roma de 1980 podrán ser de gran utilidad.

## 23. Cabe entender que la elección de ley resultará de las *disposiciones del contrato (aus den Bestimmungen des Vertrages)* en los siguientes supuestos:

1<sup>o</sup>) Cuando una *cláusula del contrato* formule, de manera explícita, dicha elección con *carácter general* (acuerdo sobre el Derecho aplicable [*pactum de lege utenda*]). *Ejemplo*: “El presente contrato se regirá por la Ley X”. Los tribunales españoles suelen interpretar, en general, con mayor o menor corrección este tipo de cláusulas (*ad ex.*, STSJ Madrid, de lo Social, 21 septiembre 2004 [“sumisión expresa a la legislación portuguesa”], en realidad una *cláusula de incorporación por referencia*; STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de lo social, 7 marzo 2005 [“la legislación española como la aplicable al desenvolvimiento de los mismos”])<sup>62</sup>. No veo, en cambio, manera de justificar que, por falta de prueba, la SAP Barcelona 15 junio 2005, acabe aplicando el Código de comercio español a una compraventa internacional celebrada entre dos empresas con establecimientos en España y Alemania, en la que las partes se habían sometido al Derecho alemán y, en todo caso, se hubiera podido aplicar directamente la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> E. LORENZ, “Die Auslegung schlüssiger und ausdrücklicher Rechtswahlerklärungen im internationalen Schuldvertragsrecht”, *RIW*, 1992, pp. 697-728.

<sup>59</sup> *Vid.*, *ad ex.*, H. BATIFFOL, “Subjetivisme et objetivisme dans le droit international privé des contrats”, en *Mélanges Jacques Maury*, t. I, Paris, 1960, pp. 39-58; F. DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, conctr. pp. 227-272; J.M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, conctr. pp. 177-191.

<sup>60</sup> La Comisión, el Consejo y el Parlamento europeo estaban de acuerdo en que la voluntad podría ser expresa o tácita y ésta inferirse de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del caso. En principio, además, la Comisión se mostró dispuesta a admitir que un tribunal pudiese inferir la voluntad de elegir un determinado Derecho a partir del propio comportamiento de las partes (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [Roma I], presentada por la Comisión, Bruselas, 15 diciembre 2005, COM [2005] 650 final). Pero esta postura se prestaba a serias críticas. Primera: Suponía otorgarle un gran poder interpretativo a los tribunales. Algunos, en efecto, podrían ver en ello el deseo de resucitar una *voluntad hipotética*. Segunda: ¿Cuáles eran los comportamientos de las partes relevantes a la hora de determinar el Derecho aplicable? *Ergo*, era una fuente de inseguridad jurídica. Tercera: Si se admitía que ciertos comportamientos de las partes, por desvelar, podían servir para que un órgano judicial fijase el Derecho aplicable a un contrato internacional, ¿qué quedaba entonces de la posibilidad de deducir el Derecho aplicable a partir de las “circunstancias del caso”? Por tanto, la propuesta hubiera sido, al menos en buena parte, redundante o el recurso a las circunstancias del caso sería supérfluo. Por todo ello, Consejo y Parlamento europeo decidieron prescindir de cualquier veleidad interpretativa relacionada con la voluntad hipotética. De los avatares de esta cuestión, da noticia R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 378.

<sup>61</sup> En el texto finalmente aprobado como art. 3.1 Reg. Roma I, la expresión “de manera inequívoca” equivale, en inglés, a “clearly demonstrated”, en francés, a “clairement”, y, en alemán, a “eindeutig”. Pero nada tiene esto de extraño, si tenemos en cuenta que ya el art. 3.1 del Convenio de Roma de 1980 hacía equivaler “de manera cierta” a “reasonable certainty”, “de façon certaine” y “mit hinreichender Sicherheit”. *Vid.*, *ad ex.*, O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, p. 1698; S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 64; S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, conctr. p. 532; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 379.

<sup>62</sup> *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, pp. 152-153; ID., *El Reglamento Roma I ...*, pp. 59-64.

<sup>63</sup> *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, p. 153; ID., *El Reglamento Roma I ...*, pp. 60-63.



2º) Cuando una *cláusula del contrato* se refiera, en especial, a una ley estatal para resolver una *cuestión particular*, siempre que no se combinen con referencias a otros ordenamientos jurídicos que desvirtúen el sentido de lo anterior<sup>64</sup>. *Ejemplo*: “El vendedor responde de los vicios ocultos en las condiciones previstas por el art. X del Código civil (español, francés, italiano...)”. Es cierto que cabría sostener una interpretación *a contrario sensu*: Si las partes someten una cuestión concreta a una ley especial, es porque quieren que el resto del contrato se rija por otra. Pero hay una razón más convincente a favor de la primera interpretación: No cabe presumir que las partes hayan querido que el contrato esté sometido a varias leyes<sup>65</sup>.

Un caso especial es el de la denominada *construction clause*, frecuente en contratos internacionales redactados en inglés: Según dicha cláusula, los términos y cláusulas contractuales deberán interpretarse conforme a un determinado ordenamiento jurídico: “... shall be construed in accordance with the X law” o “... are to be construed in accordance with X law”. Como ha señalado la doctrina (*ad ex.*, D. MARTINY) este tipo de cláusulas tiene no sólo un significado material (= las cuestiones interpretativas suscitadas por el contrato deberán resolverse conforme al Derecho de un país determinado), sino también un significado conflictual (= porque las partes quieren someter ese contrato a dicha ley estatal)<sup>66</sup>. Lo importante, a efectos prácticos, será que esta ley estatal regirá el contrato internacional. Lo irrelevante es el hecho de que algunos tribunales consideren este supuesto un ejemplo de elección tácita; mientras que otros lo califiquen como un caso de elección expresa. *Ejemplo*: La sentencia OLG München 22 junio 1983 consideró que la cláusula “This agreement shall be construed under the laws of the State of Iowa” equivalía a una sumisión tácita a favor de la legislación de Iowa (Estados Unidos)<sup>67</sup>.

3º) Cuando los contratantes no determinan, de manera expresa, la *lex contractus*; porque, para ellos, es evidente que el contrato se rige por una Ley estatal concreta y su voluntad de que así sea se infiere del mismo contrato. *Ejemplo 1*: Si una cláusula del contrato indica que éste queda sujeto a la “legislación local vigente” y el contrato debe cumplirse íntegramente en Italia, cabe suponer que los contratantes han elegido la Ley italiana como ley reguladora de su contrato; aunque la referencia a la “Ley italiana” no conste como tal en el contrato (STSJ Madrid Social 13 febrero 2006). *Ejemplo 2*: Existe elección implícita, pero inequívoca, a favor del Derecho español, si, según una cláusula del contrato, éste se rige por la ley del país ante cuyos tribunales se interponga la demanda y ésta se presenta en España (STS 27 diciembre 2006).

4º) Cuando se emplee un *contrato-tipo* elaborado por un organismo. En éste caso, es razonable interpretar que los contratantes eligen la ley del país o sede del organismo. *Ejemplo*: Una póliza de seguro marítimo de Lloyd’s<sup>68</sup>.

5º) Cuando el negocio estipulado por las partes sea un *contrato típico* para una de las leyes en presencia; mientras que para la otra no sea más que un contrato atípico. La ventaja de esta interpretación es que, en caso de litigio, suministra un catálogo preciso de disposiciones y no sólo el recurso a principios generales.

6º) Cuando las partes acuerden *verbalmente* la ley aplicable al contrato, por más que ésta sea una forma de elección que se resienta de las dificultades de prueba (sentencia de la Hight Court of London de 25 mayo 2005)<sup>69</sup>.

**24.** No hay duda de que, mediante un acuerdo sobre el Derecho aplicable (*pactum de lege utenda*), las partes eligen la ley rectora del contrato. Pero ¿puede decirse lo mismo de un *acuerdo de elección de foro* (*cláusula atributiva de jurisdicción*)? En el pasado, se discutió si la elección de un órgano judicial equivale a la elección a favor del ordenamiento jurídico del Estado en cuyo nombre administra justicia (*qui eligit iudicem eligit ius*). Se argumentaba que: a) es apropiado permitirle a un tribunal aplicar su

<sup>64</sup> Vid. D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., con cr. p. 110.

<sup>65</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 683, nota 2.

<sup>66</sup> Vid. D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., con cr. pp. 108-110; D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, con cr. p. 1700.

<sup>67</sup> *IPRax*, 1984, p. 319, con nota de E. JAYME, “Forum non conveniens und andwendbares Recht”, *IPRax*, 1984, pp. 303-304.

<sup>68</sup> No obstante, en *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Cy.* [1984] AC 50, la Cámara de los Lores sólo declaró aplicable la ley inglesa ante la insuficiente regulación ofrecida por la ley del Estado en el que se emitió la póliza.

<sup>69</sup> *Rev. dr. aff. int.*, 2005, p. 788.

propio Derecho, visto que no suele conocer –al menos, tan bien como el propio– el Derecho extranjero; b) la aplicación del Derecho extranjero, de ordinario, supone más tiempo y costes que la aplicación del Derecho propio; c) salvo en casos excepcionales, era lógico suponer que las partes –que, por ignorancia o desidia, no han procedido a una elección expresa de ley– daban por supuesta la aplicación por el órgano judicial de su propia ley nacional y no de la ley nacional de cualquiera de los contratantes o de un tercer Estado (O. LANDO/P.A. NIELSEN)<sup>70</sup>. Se contraargumentaba que el acuerdo de elección de foro sólo significaba que los contratantes habían acordado el mecanismo de arreglo de diferencias de su contrato; pero habían sido incapaces de fijar el Derecho aplicable a su operación.

En contra de lo afirmado por algunos autores, el Reg. Roma I sí se ha pronunciado sobre esta cuestión. Otra cosa es que, quizá, el tratamiento que le ha dado no sea el más adecuado. En efecto, uno de los factores a considerar para determinar si la elección del Derecho aplicable ha sido claramente establecida es la elección por las partes de un *tribunal exclusivamente competente*: “Un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es uno de los factores que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato” (considerando 12 Reg. Roma I)<sup>71</sup>. Cabe señalar tres datos. Primero: Según un sector doctrinal, es criticable que el Reg. Roma I vincule la cuestión del Derecho aplicable con la del tribunal competente: quienes son capaces de elegir el tribunal competente también saben, si quieren, elegir el Derecho aplicable<sup>72</sup>. La responsabilidad de esto corresponde, originariamente, a la Comisión, que propuso aceptar la presunción de que las partes, mediante un acuerdo de elección de foro, elegían el Derecho del país del tribunal, siempre que éste se hallase en el territorio de un Estado miembro (“Si las partes han convenido que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro conozcan de los litigios surgidos o que puedan surgir de un contrato, también se presumirá que las partes tienen la intención de elegir la ley de este Estado miembro” [art. 3.1, *in fine*, Propuesta Roma I]). Esta propuesta fue muy discutida en el grupo de trabajo del Consejo. Algunos, denominados por R. WAGNER los “pragmáticos” (*die “Pragmatiker”*), abogaron por la propuesta de la Comisión: la aplicación por el tribunal elegido por las partes de su propia ley material es más barata, es eficiente y es la solución preferida en los negocios (*cost saving, efficient and preferred by business*) (O. LANDO/P.A. NIELSEN)<sup>73</sup>. Otros se opusieron, recordando que una cuestión era de Derecho procesal y otra de Derecho de colisión. El resultado de este debate en el Consejo fue un *compromiso*: se optó por una “consideración” en vez de un artículo del Reg. Roma I, se redujo la posibilidad de que se contemplase un acuerdo tácito de elección de ley al supuesto de que el acuerdo de elección de foro atribuyese competencia exclusiva al tribunal y, como en la propuesta de la Comisión, se aceptó considerar sólo dicha posibilidad, si el tribunal elegido tenía su sede en un Estado miembro<sup>74</sup>. Segundo: No es comprensible que la correlación entre *forum* y *ius*, si es que se quiere que se siga este criterio, esté limitada a los supuestos en que el órgano judicial sea de un Estado miembro, habida cuenta que el Reglamento Roma I es universal (art. 2) y, por tanto, aplicable, aunque la ley competente sea la de un tercer Estado<sup>75</sup>. Tercero: En todo caso, no hay automatismo: el acuerdo de elección de foro es sólo uno de los indicios a considerar<sup>76</sup>.

**25.** En todo caso, no puede equipararse, a estos, efectos, una *cláusula compromisoria* con una cláusula atributiva de jurisdicción. Existen buenas razones para ello. Los árbitros administran justicia en nombre de las partes que los han nombrado y no en el de ningún Estado, ni siquiera aquel en el que se realiza el arbitraje. La sede del arbitraje no suele estar relacionada con la elección de la ley aplicable al contrato, sino con consideraciones de carácter material (nacionalidad o residencia de los árbitros, co-

<sup>70</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conctr. p. 1699.

<sup>71</sup> Sobre la conformidad de la correlación *forum-ius*, cuando se atribuye competencia exclusiva a un tribunal estatal, con la teoría y práctica alemana, *vid.* S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 65.

<sup>72</sup> M. FRICKE, “Das Versicherungs-IPR im Entwurf der Rom-I-Verordnung, ein kurzer Überblick über die Änderungen”, *VersR*, 2006, pp. 745-751, conctr. p. 747; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement...”, pp. 331-349, conctr. p. 335; S. POILLOT-PERUZZETO, “Le règlement Rome I...”, conctr. p. 6.

<sup>73</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conctr. p. 1699.

<sup>74</sup> R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 379.

<sup>75</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, p. 156; *Id.*, *El Reglamento Roma I...*, pp. 66-70; S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 66; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I...*, p. 65.

<sup>76</sup> S. POILLOT-PERUZZETO, “Le règlement Rome I...”, conctr. p. 6.

modidad geográfica) o procedimental (posibilidad de solicitar el auxilio de los tribunales de un Estado o de interponer determinados recursos contra la sentencia o laudo arbitral) (B. AUDIT, D. MARTINY, D.R. THOMAS)<sup>77</sup>. *Ejemplo 1*: La sentencia OLG Stuttgart 23 mayo 1960 observó, con toda razón, que aunque el tribunal arbitral designado por la CCI tuviese su sede en París y siguiese el procedimiento arbitral conforme al Derecho francés, no cabía concluir que el Derecho francés fuese el materialmente competente para resolver la diferencia entre los contratantes<sup>78</sup>. *Ejemplo 2*: Casi diez años después, un tribunal inglés observó que no cabía inferir que la legislación francesa no fuese aplicable a un contrato de transporte de petróleo concluido entre una empresa tunecina y otra francesa; aunque el tribunal arbitral elegido tuviera su sede en Londres (*Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*). Su declaración era acertada, aunque no conviene exagerar su mérito: era claro que las partes habían sometido expresamente su contrato al Derecho francés<sup>79</sup>.

Ahora bien, desgraciadamente para la seguridad jurídica, una cosa es la perspectiva académica –por cuidada que sea– y otra es la perspectiva práctica o forense –por banal que, en ocasiones, pueda resultar–. La única enseñanza provechosa que cabe extraer en este asunto es la necesidad de que los contratantes estén alertas, si no quieren verse sorprendidos. Para evitar esto, debieran precisar de antemano, de manera expresa, el ordenamiento conforme al cual quieren que los árbitros diriman, en su caso, las eventuales diferencias. En efecto, no ha sido infrecuente que, en algunos países, como, *ad ex.*, la República Federal de Alemania o el Reino Unido, los tribunales tiendan a considerar –como un supuesto de elección tácita– que la designación de un tribunal arbitral suponga la sumisión al Derecho del Estado en el que actúa (*qui eligit arbitrum, eligit ius*)<sup>80</sup>.

**26.** No es fácil determinar los supuestos en que la elección de la ley resultará de las “circunstancias del caso” (*aus den Umständen des Falles*). Se trata de supuestos en los que cabe inferir no sólo del contrato, sino de algunas de las circunstancias que rodean su celebración y ejecución, que las partes han querido someter su operación a una concreta ley estatal, aunque el contrato no lo declare de manera explícita. En estos casos, se afirma que tales circunstancias constituyen hechos concluyentes (*facta concludentia*). En la práctica, se distinguen varias circunstancias:

1ª) Por sí solo, el *idioma de redacción del contrato internacional* puede ser más un indicio de conexión objetiva del contrato que una manifestación de la voluntad de las partes de elegir la ley respectiva<sup>81</sup>. Pero, junto con otros indicios, pueden servir para atribuir una elección implícita de ley estatal a un determinado contrato<sup>82</sup>. *Ejemplo*: Puede sostenerse razonablemente que se da una elección implícita de la ley alemana en un caso en el que los litigantes son alemanes, desconocen el idioma castellano, el contrato está redactado en alemán y alude a concretas figuras jurídicas del Derecho alemán (SAP Alicante 12 diciembre 2003).

2ª) Por sí sola, la *intervención de un funcionario público* no permite presumir que las partes quieran someterse a la ley del Estado del que derivan sus facultades. Sería una inferencia abusiva; aunque el

<sup>77</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 683-684; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 99-100; D.R. THOMAS, “Arbitration Agreements as a signpost of the Proper Law”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1984, p. 141.

<sup>78</sup> *IPRspr.* 1960/61, Nr. 25.

<sup>79</sup> [1971] A.C. 572, 590, 600, HL (1970).

<sup>80</sup> Así, *ad ex.*, sentencia OLG Hamburg 29 octubre 1958, *IPRspr.* 1958/59, Nr. 43; sentencia OLG Düsseldorf 12 enero 1961, *IPRspr.* 1960/61, Nr. 219; sentencia BGH 1 julio 1964, *IPRspr.* 1964/65, Nr. 38; sentencia BGH 19 diciembre 1968, *IPRspr.* 1968/69, Nr. 254; sentencia BAG 4 octubre 1974, *IPRspr.* 1974, Nr. 42b; sentencia OLG Hamburg 9 enero 1975, *IPRspr.* 1975, Nr. 27; Deutsches Seeschiedsgericht 9 septiembre 1976, *IPRspr.* 1976, Nr. 26; sentencia OLG Hamburg 22 septiembre 1978, *IPRspr.* 1978, Nr. 189; sentencia OLG Hamm 25 enero 1993, *IPRspr.* 1993, Nr. 30. En la jurisprudencia inglesa, puede verse en este sentido, *ad ex.*, *Egon Olderdorff v. Liberia Corporation* [1995] 2 *Lloyds L. Rep.* 64, [1996] 1 *Lloyds L. Rep.* 380.

<sup>81</sup> Niegan que tenga importancia para la conexión objetiva del contrato internacional la sentencia LG Baden 14 febrero 1997, *IPRspr.* 1997, Nr. 31, y la sentencia LG Hamburg 18 febrero 1999, *IPRspr.* 1999, Nr. 30 (también en *RIW*, 1999, p. 391).

<sup>82</sup> En favor, de una elección tácita del Derecho aplicable, *ad ex.*, sentencia OLG Nürnberg 22 febrero 1996, *IPRspr.* 1996, Nr. 31, y sentencia BGH 19 enero 2000, *IPRax*, 2002, p. 37, con nota de G. HOHLOCH/C. KJELLAND, “Abändernde stillschweigende Rechtswahl und Rechtswahlbewußtsein”, *IPRax*, 2002, pp. 30 y ss., y *JZ*, 2000, p. 1115, con nota de O. SANDROCK. *Vid.* K.F. BECKMANN, “Die Bedeutung der Vertragssprache im internationalen Wirtschaftsverkehr”, *RIW*, 1981, pp. 79-83; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 110-111.

funcionario ejerciese facultades extraterritoriales (cónsules). Hay una buena razón para esta interpretación: Las partes pueden haber querido acudir a una autoridad estatal con la exclusiva finalidad de formalizar su operación.

3ª) Un caso frecuente es el de los denominados *megacontratos* o *contratos vinculados*. Se trata de contratos simultáneos o sucesivos concluidos entre las mismas partes que están relacionados desde el punto de vista del objetivo que pretenden satisfacer. Éste es el caso, *ad ex.*, de los contratos-marco y contratos de aplicación, de los contratos de filial común (*joint venture*) y de sus contratos derivados, de los contratos de prolongación de un contrato de duración determinada o de los contratos de garantía de una obligación principal. En el pasado, se discutió: a') si la designación expresa de la ley aplicable al contrato principal valía para los contratos posteriores; b') si –salvo que se indicase lo contrario– la ley rectora de la obligación principal era aplicable a la obligación de garantía; c') si cuando la garantía provenía de una entidad bancaria, cabía presumir que era competente la ley de ésta. Apenas existía acuerdo en dos puntos. Primero: que, por su propia naturaleza, las garantías independientes se regían por su propia ley, que no tenía por qué coincidir con la de la obligación garantizada. Segundo: que la sumisión de una garantía real a la ley de un determinado Estado, en virtud de la regla *lex rei sitae*, no implicaba que dicha ley fuera también aplicable al préstamo garantizado. Pues bien, conforme al Reglamento Roma I, *cada contrato se rige por su propia ley*. La solución general no puede ser otra ni podía serlo tampoco conforme al Convenio de Roma de 1980.

4ª) Está por ver qué valor le atribuyen los tribunales a *ciertos indicios*, como, *ad ex.*, el hecho de que una de las leyes conectadas con el contrato esté técnicamente mucho más desarrollada que la otra (Cour de cassation, chambre civile, 29 octubre 1974)<sup>83</sup> o el que una de dichas leyes considere válida la operación que para la otra es nula (Cour de cassation, chambre commerciale, 5 marzo 1969, *Zanarelli*)<sup>84</sup>.

5ª) El *lugar único de ejecución o cumplimiento* (*einheitlicher Erfüllungsort*) de las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático pueden considerarse un indicio de la voluntad tácita de las partes de someterse a un determinado ordenamiento jurídico, especialmente si dicha designación van acompañada de otros indicios: cabe suponer que ambas partes desean implícitamente elegir dicho sistema jurídico<sup>85</sup>. Éste es el papel residual que le corresponde jugar, en nuestros días, al *lugar de ejecución* de la obligación –pero no como conexión subsidiaria, sino como indicio de una elección tácita del Derecho aplicable a un contrato internacional–<sup>86</sup>.

## B) Elección de una “ley estatal”.

### a) Concepto y fundamento.

27. Según la opinión dominante (C. VON BAR/P. MANKOWSKI, J. KROPHOLLER, P. LAGARDE, D. MARTINY...), el Convenio de Roma de 1980 no permitía elegir más que leyes estatales: Varios preceptos del Convenio (en particular sus arts. 2, 3.3, 5.2, 6.2 y 7) no podían ser entendidos más que si la ley o el Derecho referidos eran interpretados como un “Derecho de Estados” (*Recht von Staaten*)<sup>87</sup>. *Ejemplo 1*: Una decisión judicial inglesa consideró que la elección del Derecho inglés para regir un contrato con sujeción a los principios de la Ley islámica (“subject to the principles of the Glorious Sharia’a”) repugnaba al Derecho inglés y constituía una cláusula contradictoria consigo misma y carente de sentido: “A choice of law clause provided that the contract was governed by English law ‘subject to the principles of the Glorious Sharia’a’. It was common ground that only the law of a country can be chosen and therefore it was argued that incorporated into English law were specific principles of Sharia law. But there was no reference to or identification of those

<sup>83</sup> *JDI Clunet*, 1975, p. 314 con nota de P. FOUCHARD, y *RCDIP*, 1976, p. 91 con nota de H. BATIFFOL.

<sup>84</sup> *RCDIP*, 1969, p. 579.

<sup>85</sup> *Vid.*, en este sentido, *per omnia*, D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 107-108.

<sup>86</sup> Sobre la evolución de este criterio que ha sido utilizado tanto como punto de conexión como foro de competencia judicial internacional, *vid.* I. SCHWANDER, “Zur heutigen Rolle des Erfüllungsortes im IPR”, en *Conflicts et harmonisation. Kollision und Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonization: Mélanges en l’honneur d’Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 681-699.

<sup>87</sup> En este sentido, *ad ex.*, D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concr. pp. 1686-1693.

aspects of Sharia which were intended to be incorporated into the contract. The principles of Sharia law were therefore repugnant to the choice of English law and rendered the clause self-contradictory and meaningless<sup>88</sup>. Dicho de una forma más sencilla, para el tribunal inglés, dicha cláusula no poseía el carácter de una auténtica cláusula sobre el Derecho aplicable: no sólo no se admitió la aplicabilidad de dos ordenamientos jurídicos, sino que se consideró que, en rigor, el único ordenamiento jurídico al que se podía considerar, como estatuto contractual, era el Derecho inglés<sup>89</sup>. *Ejemplo 2*: La sentencia *Court of Appeal* inglesa de 9 abril 2007, *Halpern v Halpern & Anr*, ha declarado que el art. 3 del Convenio de Roma de 1980 no permite elegir como ley aplicable la ley ebraica (la *Halakhah*)<sup>90</sup>.

**28.** Con el Reg. Roma I, la cuestión ha sido resuelta con claridad meridiana. Según la Propuesta de Reglamento, los contratantes podían elegir una ley no estatal. Esta posibilidad ha desaparecido en el texto finalmente aprobado. Queda claro que “no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional” (considerando 13 Reg. Roma I). “Lo dicho aquí –ha observado H. KENFACK– es menos importante que lo no dicho: las partes no tienen el derecho a elegir un Derecho no estatal más que incorporándolo al contrato”<sup>91</sup>. A lo más, el Reg. Roma I se remite a lo que pueda ocurrir en el futuro: “En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas”(considerando 14 Reg. Roma I).

### b) Una alternativa metodológica: la nueva *Lex Mercatoria*.

**29.** La elección de una ley estatal por las partes tiene un *valor conflictual* o, si se prefiere, *formal*: Ellas se limitan a designar el ordenamiento jurídico de un Estado (*kollisionsrechtliche Verweisung*). Es en ese ordenamiento, donde se encontrará la respuesta a las distintas cuestiones jurídicas que el contrato suscite. Ahora bien, cabe preguntarse, si la autonomía de la voluntad puede tener un *sesgo sustancial* (*materiellrechtliche Verweisung*): ¿Permiten el Convenio de Roma de 1980 y su *alter ego* el Reg. Roma I que “las partes sometan sus contratos a la *lex mercatoria en lugar de al Derecho de un Estado*” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)<sup>92</sup>. Ésta es la dimensión de la voluntad de las partes destacada por quienes vienen defendiendo una alternativa metodológica a la norma de conflicto, por los defensores de la denominada *nueva Lex Mercatoria*<sup>93</sup>. Quisiera sólo apuntar unos hechos:

<sup>88</sup> La cláusula decía literalmente: “Subject to the principles of the Glorious Sharia’a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England”. *Vid. Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, [2004] EWCA Civ 19, [2004] 1 WLR 1784. Sobre el Derecho islámico, en general, *vid., ad ex.*, M. ROHE, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart*, München, 2009; para su aplicación en un procedimiento arbitral, *vid., ad ex.*, H.-P. SCHROEDER, “Die Anwendung der *Sharia* als materielles Recht im kanadischen Schiedsverfahrensrecht”, *IPRax*, 2006, 2, pp. 77-82.

<sup>89</sup> *Vid.* K. BÄLZ, “Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention – Universalist Lex Mercatoria v. Regional Unification of Law”, *Rev.dr.unif.*, 6, 1, 2001, pp. 37-49; *Id.*, “Das islamische Recht als Vertragsstatut? (zur Entscheidung des London High Court v. 1. 8. 2003, *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd. and Others*)”, *IPRax*, 1/2005, pp. 44-47.

<sup>90</sup> *Halpern v Halpern* [2007] EWCA Civ 291; [2007] 2 Lloyd’s Rep 56. Sobre el Derecho judaico, *vid., ad ex.*, W. CORLETT/J. MOORE, *The Judaic Law*, Bradbury, 1979; M.P. GOLDING (Ed.), *Jewish Law and Legal Theory*, New York, 1993; N.S. HECHT (Ed.), *An introduction to the history and sources of Jewish law*, Oxford, 1996; A. LEVINE, *Free Enterprise and Jewish law: Aspects of Jewish business ethics*, New York, 1980; *Id.*, *Economics and Jewish law*, Hoboken, 1987; *Id.*, *Economic public policy and Jewish law*, Hoboken, 1993; N. RAKOVER, *A guide to the sources of Jewish law*, Jerusalem, 1994; M.I. RAQMAN, *Modern Halakhah for our time*, Hoboken, 1995; L. SCHIRER, *Israelisches und Judisches Recht: die Halakhah als lebendes Recht in Israel; eine Auseinandersetzung mit der Arbeit von Menachem Elom*, Frankfurt am Main, 1998; E. ZIPPERSTEIN, *Business Ethics in Jewish law*, New York, 1983.

<sup>91</sup> H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 13.

<sup>92</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, *concr.* p. 1694.

<sup>93</sup> *Vid., ad ex.*, J. BASEDOW, “Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in the Economic Perspective”, *Rev. dr. unif.*, 2007, pp. 697-717; H. BOOYSEN, *International Transactions and the International Law Merchant*, Pretoria, 1995; F. DASSER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria*, Zürich, 1989; P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, 2002; P. DUBOUCHET, *Le droit spontané au XXe siècle*, Paris, 2002; E. GAILLARD, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 203-217; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2004; B. GOLDMAN, “La Lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *JDI Chonet*, 106, 1979, pp. 475-505; *Id.*, “Frontières du droit et ‘lex mercatoria’”, *Archives de philosophie du droit*, IX, 1964, pp. 177-192; S. GRANDE, “La *lex mercatoria* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”, *Dikaion*, 22, 17, 2008, pp. 199-244; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984; F.K. JUENGER, “The *lex mercatoria* and private international law”, *Unif. L. Rev.*, 5, 2000, pp. 171-187; P. LAGARDE, “Approche critique de la *lex mercatoria*”, en *Études Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 125-150; E. MACKAAY, “Le droit spontané comme fondement du droit – Un survol des modèles de

1º) Es importante que precisemos de qué estamos hablando. La expresión *nueva Lex Mercatoria* es ambigua. Los autores se refieren con ella a realidades muy diferentes, que van de Convenios internacionales a laudos arbitrales, pasando por usos y prácticas mercantiles, condiciones generales y contratos-tipo<sup>94</sup>. En un sentido estricto, suelen referirse a usos mercantiles con vigencia internacional, frecuentemente codificados por organismos corporativos –como la CCI–, que son sancionados en el arbitraje comercial internacional por los laudos arbitrales. Pero también se han referido a los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas o, al menos, por un grupo de Estados en sectores tan distintos como los contratos de concesión petrolífera o las empresas transnacionales<sup>95</sup>. *Ejemplo 1*: En 1951, Lord ASQUITH OF BISHOPSTONE, actuando como árbitro, recurrió para colmar una laguna del Derecho de Abu Dahbi a “the application of principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilised nations – a sort of ‘modern law of nature’”<sup>96</sup>. *Ejemplo 2*: En los años 70, las consecuencias jurídicas de la nacionalización del petróleo libio acabaron discutiéndose en tres interesantes casos de arbitraje comercial internacional. En uno de ellos, el árbitro aplicó el DIPr. danés, basándose en que el arbitraje transcurría en Dinamarca, y, como Derecho material, en primer lugar, los principios del Derecho libio, en tanto fuesen compatibles con los del Derecho internacional, y, en caso de que no fuera así, los principios generales del Derecho: el árbitro condenó a Libia a indemnizar a la British Petroleum, al conserar que la legislación expropiatoria había constituido un incumplimiento del contrato de concesión petrolífera (Laudo arbitral del Sr. G. LAGERGREN de 10 octubre 1973, *British Petroleum Co. [BP] v. Libya*)<sup>97</sup>. En otro, el árbitro recurrió al Derecho libio, incluyendo su Derecho público, que combinó con los principios de Derecho internacional. Como resultado de ello, apreció la validez de una cláusula de estabilización y condenó a Libia a proceder a la *restitutio in integrum* (Laudo arbitral del Sr. R.J. DUPUY de 19 enero 1977, *Texaco Overseas Petroleum Co. [TOPCP] and California Asiatic Oil Co. [Calasiatic] v. Libya*)<sup>98</sup>. En el tercero y último, el árbitro recurrió al Derecho libio, en el que incluyó no sólo la legislación, sino también el Derecho islámico, el Derecho consuetudinario, el Derecho natural y la equidad: ordenó al Gobierno libio el pago de una indemnización, aunque declaró que la nacionalización no suponía un incumplimiento del contrato de concesión (Laudo arbitral del Sr. G. MAHMASSANI de 12 abril 1977, *Libyan American Oil company (LIAMCO) v. Libya*)<sup>99</sup>.

En la última década, a la masa proteica que es la *nueva Lex Mercatoria* se han venido a añadir ciertas codificaciones privadas que, con el nombre de *Principios*, han sido elaboradas por comisiones en las que hay asegurada una fuerte presencia de profesores universitarios<sup>100</sup>. De ellas se ha dicho en el mundo francófono que constituyen *Droit savant*, Derecho elaborado por sabios. Me temo –dicho sea con todos los respetos– que, en rigor, no constituyen Derecho y que, en principio, no tienen más *auctoritas* que la de los autores que las han elaborado. Pero, *stricto sensu*, no son, en la actualidad, fuente de Derecho.

2º) Se dice que esta *Lex Mercatoria* es *nueva*; porque, en cierto modo, es un *remake* de la *vieja Lex Mercatoria* formada por usos que rigieron las operaciones mercantiles entre comerciantes de distintas nacionalidades que, en la Baja Edad Media, acudían a las ferias para contratar. El nacimiento histórico de la *vieja Lex Mercatoria* estuvo conectado con ferias y puertos a los que acudían comerciantes peripatéticos o

---

l'émergence des règles dans la société civile”, *Rev.int.dr.écon.*, 1989, pp. 247-287; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 1994; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992; U. STEIN, *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, Frankfurt am Main, 1995; P.-F. WEISE, *Lex mercatoria. Materielles Recht vor der internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, 1990.

<sup>94</sup> Un estudio excelente, que pone de relieve no sólo las diversas acepciones del concepto actual de *Lex mercatoria*, sino también cuánto le debe a dos autores –CLIVE SCHMITTHOFF y BERTHOLD GOLDMAN–, es el de N.E. HATZIMIHAIL, “The many lives –and faces– of Lex Mercatoria: History as genealogy in International Business Law”, *Law & Contemp. Prob.*, 71, Summer 2008, pp. 169-190.

<sup>95</sup> H. KÖTZ, “Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht”, *RabelsZ*, 34, 1970, pp. 663 y ss., conocr. pp. 671-677; W. WENGLER, “Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat”, *RCDIP*, 1982, pp. 467-501.

<sup>96</sup> *Petroleum Dev. (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dahbi*, texto en *ICLQ*, 1, 1952, pp. 247 y ss., conocr. p. 251. *Vid.*, *ad ex.*, J.H. DALHUISEN, “Custom and its revival in Transnational Private Law”, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 18, Spring 2008, pp. 339-370, conocr. p. 353, nota 25.

<sup>97</sup> *Yearbook Commercial Arbitration*, V, 1980, p. 143.

<sup>98</sup> *Yearbook Commercial Arbitration*, IV, 1979, p. 177; *JDI Clunet*, 104, 1977, p. 350.

<sup>99</sup> *Yearbook Commercial Arbitration*, VI, 1981, p. 89.

<sup>100</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional, nueva *Lex Mercatoria* y Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pp. 1539-1567; G.P. ROMANO, “Le choix des Principes UNIDROIT par les contractans à l'épreuve des dispositions impératives”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 473-495.

transportistas marítimos (*peripatetic merchants or maritime transports*), necesitados de que se administrase una justicia rápida que asegurase sus derechos sobre la persona o, sobre todo, los bienes de su deudor dentro de su jurisdicción<sup>101</sup>. *Ejemplo*: El 10 mayo 1270, Gerard de Colonia, comerciante en vinos, compareció ante el tribunal de la feria de St. Ives, que se celebraba cada Pascua de Resurrección en esta pequeña villa inglesa del condado de Huntingdonshire. Gerard reclamaba que se le devolviese la propiedad de tres contenedores con vino del Rhin que habían sido embargados con motivo de un litigio entre terceros. Estaba dispuesto a declarar bajo juramento. Las actas del procedimiento recogen que su petición no pudo ser atendida; puesto que no estaba “bien preparada de acuerdo con el Derecho de los mercaderes” (*sufficiently equipped according to law merchant*). Tendría, pues, que regresar al tribunal y aportar cinco testigos dispuestos a jurar en su favor. No consta si recuperó el vino<sup>102</sup>. Hoy se habla de la resurrección de la *Lex mercatoria*, de un *New Law Merchant* o, si se prefiere, del *regreso ofensivo del Derecho uniforme*<sup>103</sup>. El recurso a la historia por los defensores de la nueva Ley no es nada inocente. Se busca legitimidad: ya antes de que existiera el Estado moderno, la *sociedad internacional de comerciantes* elaboró un Derecho consuetudinario de alcance mundial que respondió a las necesidades del comercio internacional<sup>104</sup>. Fueron, a su manera, los precursores de la Globalización. Me temo, de nuevo, que si leyeran algún reciente trabajo sobre la materia, se darían cuenta de que aquella *vieja Lex Mercatoria* fue más contestada de lo que se cree y, desde luego, el paisaje pintado por aquellos antiguos comerciantes no tiene nada de idílico<sup>105</sup>.

3º) La *sociedad o comunidad internacional de comerciantes* es una expresión nebulosa tras la que se esconde un concepto con aspiraciones de *paraíso terrenal*<sup>106</sup>. Me temo de nuevo, que, si pasamos del *marketing* al examen de la realidad, nos demos cuenta de que dicha sociedad no es el Edén. La denominada *sociedad internacional de comerciantes* se caracteriza actualmente por dos notas: su *heterogeneidad* y su *polimorfismo*. Es *heterogénea*, puesto que está integrada por operadores económicos –fundamental, aunque no exclusivamente, empresas privadas–, enormemente desiguales en su potencial económico, incidencia social y recursos para estar representadas en las grandes corporaciones profesionales o, incluso, para defender sus propios puntos de vista frente al poder político y, por lo tanto, por sujetos que no tienen la misma concepción de cómo el Derecho debiera regular algunas cuestiones trascendentales que suscitan las relaciones económicas internacionales. Es *polimorfa*, porque los destinatarios de las normas que la rigen ya no son exclusivamente empresas privadas, sino también los Estados, bien directamente, a través de un organismo descentralizado o una empresa pública, y, en menor medida, organizaciones internacionales.

4º) Como en cualquier sociedad, hay relaciones de poder, de dominación y de sumisión, adjetivadas por el ánimo de lucro. Por ello, resulta polémico que exista un *interés de los particulares* en sustraerse a un ordenamiento estatal<sup>107</sup>. Desde el punto de vista de los *intereses*, es comprensible el deseo de los Estados de no verse sometidos al Derecho de otro Estado, sino a regir por fuentes transnacionales –como,

<sup>101</sup> J.H. DALHUISEN, “Custom and its revival...”, *concr.* p. 341, nota 2.

<sup>102</sup> S.E. SACHS, “From St. Ives to Cyberspace: the modern distortion of the medieval Law merchant”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, 21, 2006, pp. 685-807, *concr.* p. 687.

<sup>103</sup> J. SCHAPIRA/C. LEBEN, *Le droit international des affaires*, 4ª ed., Paris, 1994, p. 8.

<sup>104</sup> Los principales ideólogos de la *nueva Lex Mercatoria* (C. SCHMITTHOFF y B. GOLDMAN) –como ha puesto de relieve N.E. HATZIMIHAL, “The many lives –and faces– of Lex Mercatoria...”, *concr.* pp. 183-187, suministran ejemplos de narrativa cíclica, aunque difieran de sus fases. Se afirma, *ad ex.*, que éstas fueron las siguientes: 1ª) *Ius gentium: The Birth*; 2ª) *Middle Age: The Revival*; 3ª) *Early Modern Era: The Specter of State Law*; 4ª) *Lex Mercatoria rediviva*. O se afirma, refiriéndose tanto al Derecho creado jurisprudencialmente por el *Pretor peregrinus* como por los árbitros medievales que “Lex mercatoria is a venerable old lady who has twice disappeared from the face of the earth and twice been resuscitated”. Esta última frase es de B. GOLDMAN, “Lex Mercatoria”, *Forum Internationale*, 3, Nov. 1983, p. 3.

<sup>105</sup> J.H. DALHUISEN, “Custom and its revival...”, *concr.* p. 341, nota 2: “[...] Debe señalarse que el Derecho comercial de aquellos primeros días no era, en modo alguno, la consecuencia de un Derecho uniforme y que su contenido variaba según los mercados y productos de que se tratase, y podía ser muy local [...]”. En este mismo sentido, *ad ex.*, S.E. SACHS, “From St. Ives to Cyberspace: the modern distortion of the medieval Law merchant”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, 21, 2006, pp. 685-807, *concr.* p. 695, observa que el recuerdo del comercio medieval ha sido distorsionado considerablemente: los modelos que se manejan lo que se ha denominado el “Derecho mercantil romántico” (*Romantic law merchant*) o, más exactamente, el “Derecho mercantil medieval” (*medieval law merchant*) están claramente divorciados de la realidad histórica y no respaldan la idea de que los mercaderes medievales no estaban sujetos a ningún ordenamiento jurídico más que al suyo.

<sup>106</sup> Estos términos fueron acuñados y popularizados a partir de las obras de PH. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961, y PH. FOUCHARD, *L’arbitrage comercial international*, Paris, 1965.

<sup>107</sup> R. DAVID, “Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova *lex mercatoria*?”, *Rivista di diritto civile*, 1976, I, pp. 577-590.

*ad ex.*, los “principios generales del Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas”– los contratos denominados *semiinternacionales*, es decir, concluidos entre un Estado y una compañía extranjera, que tiene, por objeto, de ordinario, el arrendamiento o la concesión de un bien o servicio público<sup>108</sup>. Pero, en cambio, ese mismo interés no aparece tan claro, tratándose de particulares. Algunos autores han advertido de que “el riesgo de que, a través de los usos comerciales internacionales o de los contratos-tipo y condiciones generales elaborados unilateralmente se encubran y protejan los intereses de la parte más fuerte en la contratación mercantil, no es una hipótesis que deba desecharse”<sup>109</sup>.

5º) Si recurrimos a la *teoría del ordenamiento jurídico*, observamos que la *nueva Lex Mercatoria* es sectorial. El suyo, hoy por hoy, es, sobre todo, el mundo de la compraventa, el transporte y los medios de pago. No faltan los pretendientes: las grandes compañías aseguradoras quieren tener también su *Lex Mercatoria*. Algunos de los grandes principios formulados por los árbitros caben –todos– en unas cuartillas: En rigor, los principios y reglas que integran la *Lex Mercatoria* sólo son 78 (K.P. BERGER)<sup>110</sup>. Para mayor inri, de nuevo hoy por hoy, no se publican íntegramente todos los laudos arbitrales; precisamente porque una de las razones que justifican el arbitraje frente al procedimiento judicial es la discreción<sup>111</sup>. Elevado este argumento de la anécdota a la categoría, se puede afirmar que la publicidad es consustancial al Derecho: “The law is public, if it is anything” (G. KEGEL)<sup>112</sup>. Por último, si el laudo arbitral no se cumple voluntariamente, la parte vencedora tiene que recurrir a los tribunales estatales: No es cierta, por tanto, a la postre, la afirmación de algún autor de que “considerando el procedimiento arbitral desde el punto de vista del tribunal arbitral, el Estado es solamente un observador” (W. VOIT)<sup>113</sup>. Se trata de un curioso ordenamiento, si es que lo es. Es fragmentario –con lagunas que parecen océanos–. Sus autores y los destinatarios de sus normas son los mismos (las empresas). Es un ordenamiento, en buena medida, en proceso de elaboración (*in statu nascendi*). Por último, sus mecanismos coercitivos débiles.

6º) Si de lo que se trata es de asegurar el cumplimiento de la *nueva Lex Mercatoria*, bastaría, en la mayoría de los casos, con considerar que tales principios, normas o términos (CIF, FOB...) no son más que cláusulas negociales o formas abreviadas empleadas por las partes para referirse a sus compromisos (*incorporación por referencia, materiellrechtliche Verweisung*)<sup>114</sup>. El viejo aforismo *pacta sunt servanda* que es sancionado por todos los ordenamientos jurídicos del mundo rige también para ellas.

En definitiva –y así lo apunta claramente C. VON BAR–, la doctrina de la *Lex mercatoria* es “teóricamente falsa, como fuente jurídica, conceptualmente difusa y, desde el punto de vistas de la política jurídica, equivocada” (“Sie ist rechtsquellentheoretisch falsch, begrifflich verschwommen und rechtspolitisch verfehlt”)<sup>115</sup>.

### c) El cambio en el tiempo del Derecho elegido por las partes: cuestiones de Derecho transitorio.

**30.** Las partes –veremos– pueden modificar la ley rectora del contrato: Se trata de una modificación formal (= los contratantes no “cambian el contenido de la ley”, sino que someten su operación a una ley distinta de la que lo regía hasta entonces [*cambio formal*]). Ahora bien, ¿qué ocurre cuando quien modifica la ley es el legislador? Obsérvese que: a’) Es un problema derivado del *carácter estatal* de la ley

<sup>108</sup> U. KISCHEL, *State contracts. Völker-, schieds-, und internationalprivatrechtliche Aspekte des anwendbaren Rechts*, Stuttgart, 1982; A. REMIRO BROTONS, “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitraux étrangères”, *RCADI*, 1984-I, t. 184, p. 299, nota 67; P. WEIL, “Principes généraux du droit et contrats d’État”, en *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 387-413.

<sup>109</sup> L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional: Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 51.

<sup>110</sup> K.P. BERGER, *The creeping codification of the Lex mercatoria*, The Hague, 1999.

<sup>111</sup> M.J. HUNTER, “Publication of Arbitration Awards and Lex Mercatoria”, *Arbitration*, 1988, pp. 55-58 y 67; P. SANDERS, “Trends in the Field of International Commercial Arbitration”, *RCADI*, 1975-II, t. 145, pp. 240-241 y 246.

<sup>112</sup> G. KEGEL, “The Crisis of the Conflict of Laws”, *RCADI*, 1964-II, 112, pp. 87 y ss., concr. p. 262.

<sup>113</sup> W. VOIT, “Privatisierung der Justiz”, *JZ*, 52, 1997, pp. 120-125, concr. p. 122.

<sup>114</sup> *Vid.*, *ad ex.*, en este sentido, P. MANKOWSKI, “Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs”, *RIW*, 49, 2003, pp. 2 y ss., concr. pp. 13-14; W.-H. ROTH, “Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts”, en *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, pp. 757-772, concr. p. 766.

<sup>115</sup> C. VON BAR, “Unechtes (nichtstaatliches) Einheitsprivatrecht und ‘Lex Mercatoria’”, en C. VON BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I (*Allgemeine Lehren*), 2ª ed., München, 2003, pp. 75-88, concr. p. 80.



elegida. b') En este caso, las partes no cambian nada. Es el legislador del ordenamiento estatal al que se han sometido quien cambia la ley. c') Es un *cambio material*: La *lex contractus* permanece la misma; aunque su concreto contenido se ve alterado como consecuencia de una reforma legislativa (*Rechtsänderung nach Vertragsschluss*)<sup>116</sup>.

**31.** En caso de cambio legislativo –suele señalarse–, la reforma legal se impondría sobre lo querido por las partes: La designación, como aplicable, de un ordenamiento estatal incluye su Derecho transitorio o intertemporal (*Einschluss intertemporalen Rechts*)<sup>117</sup>. Naturalmente esta interpretación dependería de lo que dispusiese el Derecho transitorio de la ley rectora del contrato: si ésta dispone su retroactividad y el grado de ésta. El fundamento de esta solución es el siguiente: Cuando las partes designan como aplicable un ordenamiento jurídico estatal, se refieren a un “Derecho vivo” y no a un “Derecho muerto” (*ad ex.*, el Derecho zarista), cuya vocación como *lex contractus* no sería admisible<sup>118</sup>.

**32.** Las modificaciones legales pueden, si son muy importantes, alterar completamente el sentido originario que tenía la operación comercial. Se trata, pues, de un problema que tiene no sólo una importancia teórica, sino también una enorme repercusión práctica. Por esto, desde la doctrina, se ha sugerido, por el contrario, toda una batería de soluciones más respetuosa con el amplio reconocimiento por el Reg. Roma I de la autonomía contractual:

1º) Cabe la posibilidad de que el Derecho elegido por las partes reconozca una alteración sustancial de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*) y extraiga las consecuencias oportunas de ello (teoría de la base del negocio jurídico, *doctrina rebus sic stantibus, Treu und Glauben...*) (C. VON BAR, B. VON HOFFMANN, J. KROPHOLLER, A. LÜDERITZ, D. MARTINY)<sup>119</sup>;

2º) Si las partes consideran que determinadas disposiciones legales resultan vitales para un contrato internacional, pueden “incorporarlas” individualmente a la operación comercial (G. KEGEL, M. FERID, O. SANDROCK, W. WENGLER)<sup>120</sup>.

3º) Cabe, por otra parte, sólo plantearse esta cuestión de Derecho intertemporal o transitorio, si la nueva normativa contiene normas internacionalmente imperativas (B. AUDIT)<sup>121</sup>.

4º) Cabe la posibilidad, especialmente en contratos internacionales entre un Estado y una empresa extranjera (*State contracts*), de que se concluyan *cláusulas de estabilización* (*stabilization clauses, clauses de stabilisation, Stabilisierungsklausen*)<sup>122</sup>. En virtud de estas cláusulas se excluye la posibilidad de que la situación jurídica de los contratantes pueda ser cambiada unilateralmente: Tales cambios no alte-

<sup>116</sup> A. WOHLGEMUTH, *Veränderungen im Bestand des Geltungsgebietes des Vertragsstatuts. Eine vergleichende Untersuchung zum IPR des Vertrages anhand insbesondere der niederländischen, italienisch, französischen und deutschen Rechtsprechung*, Berlin, 1979.

<sup>117</sup> Vid. D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concur. p. 78; Id., “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concur. p. 1684.

<sup>118</sup> D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concur. p. 1684 nota 78.

<sup>119</sup> Vid. D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concur. p. 1684.

<sup>120</sup> Vid. D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concur. p. 1684 nota 74.

<sup>121</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 688.

<sup>122</sup> Vid., *ad ex.*, M.T.B. COALE, “Stabilization clauses in international petroleum transactions”, *The Denver Journal of International Law and Policy*, 30, 2, 2002, pp. 217-237; L. COTULA, “Stabilization clauses and the evolution of environmental standards in foreign investment contracts”, *Yearbook of Environmental Law*, 17, 2006, pp. 111-138; P. FIEDLER, , *Stabilisierungsklauseln und materielle Verweisung im internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt am Main, 2001; H. MERCK, *Investitionsschutz durch Satabilisierungsklauseln: zur intertemporalen Rechtswahl in State contracts*, Heidelberg, 1990; W. PETER, *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*, 2ª ed., The Hague, 1995; P. WEIL, “Les clauses de stabilisation ou intangibilité insérés dans les accords de développement économique”, en *Mélanges offerts à Charles Rousseau: La communauté internationale*, Paris, 1974, pp. 301-328.

rarían lo dispuesto en el contrato principal. La validez de este tipo de cláusulas depende de la *lex causae* (D. MARTINY)<sup>123</sup>. En caso de incumplimiento, la empresa extranjera podrá interponer una demanda solicitando una indemnización por daños y perjuicios. De ordinario, los tribunales arbitrales internacionales han admitido las *cláusulas de estabilización*<sup>124</sup>.

5º) Por último, se ha defendido la posibilidad de que las partes concluyan *cláusulas de petrificación* del Derecho aplicable (*freezing clauses, clauses de gel de la loi, Versteinerungsklauseln*). En virtud de ellas, se considera aplicable a un contrato internacional el Derecho estatal elegido por las partes, tal como era éste en un momento determinado (generalmente, el de la conclusión del contrato)<sup>125</sup>. Técnica-mente una *cláusula de petrificación* de la ley aplicable a un contrato internacional no es más que una disposición convencional por la que las partes establecen una “parada temporal” (*zeitliche Arretierung*) del Derecho elegido para regir el contrato y, como consecuencia, excluyen cualquier cambio posterior del contenido de éste (D. MARTINY)<sup>126</sup>. Es discutible la validez legal de este tipo de cláusulas. En su favor, se ha pretendido que deben considerarse como una disposición de Derecho transitorio (*intertemporale Rechtswhal*) –lo cual es falso, porque ésta es tarea que corresponde asumir al legislador y no a los contratantes– o como un acuerdo de *lege utenda* (*kollisionsrechtliche Verweisung*) –lo cual es también falso; porque las partes carecen de facultades para ello–. Cabría, eso sí, considerarlas como un supuesto de autonomía material –en cuyo caso debería juzgarse su validez a la luz de la *lex contractus* objetivamente aplicable en defecto de la autonomía de la voluntad (en este sentido, *ad ex.*, B. VON HOFFMAN, P. LAGARDE, D. MARTINY)–. En la práctica, esto significaría que su validez dependería de que la nueva legislación, aquella que deroga la ley elegida por las partes, contuviese –o no– normas internacionalmente imperativas. Esta es la solución que apunta el art. 8 de la *Resolución del Institut de Droit international sobre la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales entre personas privadas* (sesión de Basilea de 1991): Si las partes acuerdan que la ley elegida debe ser interpretada como aquella en vigor en el momento de la conclusión del contrato, sus disposiciones serán aplicadas como cláusulas materiales incorporadas en el contrato; si, sin embargo, esta ley ha sido modificada o derogada por reglas que pretenden regir imperativamente los contratos en curso, estas reglas deben ser aplicadas<sup>127</sup>.

### C) Carácter “negocial” de la elección de ley.

33. La elección de ley por los contratantes constituye un negocio jurídico (el denominado *acuerdo de elección de ley, pactum de lege utenda, choice-of-law agreement* o *Verweisungsvertrag*) que se diferencia claramente del contrato internacional al que se refiere<sup>128</sup>. Una cosa es el contrato internacional concluido por las partes (= contrato principal [*Hauptvertrag*]) y otra, el acuerdo mediante el que éstas fijan

<sup>123</sup> D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concr. p. 1685.

<sup>124</sup> *Vid.*, *ad ex.*, *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO)*, 29 agosto 1958, *International Law Reports*, 27, 1963, p. 117; *Texaco Overseas Petroleum Co. (TOPCO), California Asiatic Oil Co. (CALASIATIC) v. Libya*, 19 enero 1977, *International Law Reports*, 53, 1979, p. 389 (también en *Yearbook Commercial Arbitration*, 4, 1979, p. 177); *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Libya*, 12 abril 1977, *International Law Reports*, 62, 1982, p. 40 (también en *Yearbook Commercial Arbitration*, 6, 1981, p. 89); *Agip S.p.a. v. Gouvernement de la République Populaire du Congo*, 30 noviembre 1979, *Yearbook Commercial Arbitration*, 8, 1983, p. 133 (también en *RCDIP*, 71, 1982, p. 92); *Kuwait v. American Independent Oil Co. (AMINOIL)*, 24 marzo 1982, *International Law Reports*, 66, 1984, p. 518 (también en *International Legal Materials*, 21, 1982, p. 976). En doctrina, A. FARUQUE, “Validity and efficacy of stabilisation clauses: legal protection vs. Functional value”, *Journal of International Arbitration*, 23, 4, 2006, pp. 317-336; A. GIARDINA, “Clauses de stabilisation et clauses d’arbitrage: vers l’assouplissement de leur effet obligatoire?”, *Revue de l’arbitrage*, 2003, 3, pp. 647-666; P. WEIL, “Les clauses de stabilisation ou d’intangibilité insérées dans les accords de développement économique”, en *Mélanges Charles Rousseau*, Paris, 1974, pp. 301-328.

<sup>125</sup> *Vid.*, *ad ex.*, O. SANDROCK, “‘Versteinerungsklauseln’ in Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge”, en E. JAYME (Hrsg.), *Ius inter nationes: Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlaß seines 75. Geburtstages*, Heidelberg, 1983, pp. 211-236.

<sup>126</sup> D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concr. p. 1685.

<sup>127</sup> Texto en *IPRax*, 1991, p. 429 con nota de E. JAYME; *RabelsZ*, 56, 1992, p. 560 con nota, en p. 547, de F. RIGAUX. Crítico ante esta Resolución del IDI, D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 92-93.

<sup>128</sup> *Vid.*, *ad ex.*, en este sentido, S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 62.

el Derecho aplicable al contrato (= contrato de remisión [*Verweisungsvertrag*]). La nulidad (o validez) del primero no supone la del segundo y viceversa (*principio de autonomía del pacto de elección de ley* [*rechtliche Selbständigkeit von Verweisungs- und Hauptvertrag*]). *Ejemplo*: El acuerdo de elección de Derecho puede ser válido, aunque conduzca a la nulidad del contrato principal o de alguna de sus disposiciones. Así la sentencia OLG Köln de 29 octubre 1958 declaró aplicable el Derecho alemán a un contrato de prestación de servicios de un abogado (*Rechtsanwaltsvertrag*); porque éste había sido elegido por las partes; aunque, conforme al ordenamiento alemán, era nula la cláusula por la que había pactado los honorarios: “Denn es ist anerkanntes Rechts, daß der Parteiwille auch dann maßgebend ist, wenn die gewollte Rechtsordnung zur Nichtigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen führt”<sup>129</sup>.

**34.** Es evidente que si cada una de las partes determina unilateralmente la ley aplicable –*ad ex.*, a través de condiciones generales de la contratación o mediante carta, fax o e-mail– y ésta no coincide, no habrá acuerdo de elección de ley y éste se determinará conforme a criterios objetivos (en especial, el art. 4 Reg. Roma I) (D. MARTINY)<sup>130</sup>.

**35.** La existencia del acuerdo de elección de ley y la validez del consentimiento en cuanto a la elección de la ley aplicable dependen del cumplimiento de varios requisitos de naturaleza muy distinta (art. 3.5 Reg. Roma I). Éstos se someten, en exclusiva, a las disposiciones rectoras de las cuestiones de capacidad (art. 13), forma (art. 11) y fondo (art. 10) (= dichos requisitos constituyen un *numerus clausus*)<sup>131</sup>.

**36.** En principio, es la ley elegida por las partes la que determinará si existió y fue válido el consentimiento (art. 10.1 Reg. Roma I) (*criterio de la potencial lex causae*)<sup>132</sup>. Excepcionalmente, lo será la ley de residencia habitual de la parte que afirme que no dio su consentimiento (art. 10.2 Reg. Roma I) (*criterio de la lex personalis*)<sup>133</sup>.

**37.** En caso de que el *pactum de lege utenda* no sea válido, la determinación del Derecho aplicable se hará conforme a criterios objetivos (en especial, el art. 4 Reg. Roma I) (D. MARTINY)<sup>134</sup>.

**38.** En la práctica internacional, se han desarrollado las *cláusulas flotantes de elección de ley* (*floating choice-of-law clauses*)<sup>135</sup>. Se trata de acuerdos sometidos a condición, que generalmente atribuyen a una de las partes la determinación de la ley aplicable y van asociados a un acuerdo de elección de foro o cláusula compromisoria. *Ejemplo*: En una compraventa internacional, se pactó que, en caso de que el comprador alemán se dirigiese a un tribunal arbitral, se aplicaría el Derecho inglés; por el contrario, si era el vendedor inglés el que iniciaba el procedimiento arbitral, se aplicaría el Derecho alemán<sup>136</sup>. Con este tipo de cláusulas, hay que distinguir dos fases temporales en el contrato. La primera va desde la conclusión del contrato hasta la elección de ley. La segunda, desde que ésta ha sido elegida. Mientras que, en la primera fase, el contrato se rige por el Derecho objetivamente aplicable (de ordinario, el art. 4 Reg. Roma I); en la segunda, se regula por la ley escogida por las partes.

<sup>129</sup> IPRspr. 1958-59, Nr. 42. Vid. D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 67-68.

<sup>130</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. p. 67.

<sup>131</sup> Vid., *ad ex.*, en este sentido, S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 62.

<sup>132</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 67-68.

<sup>133</sup> Sobre el criterio de la *lex causae*, vid. J. FOYER, “Le contract d’electio juris à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, en *L’internationalisation du droit. Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 169-179.

<sup>134</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. p. 67.

<sup>135</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 96-98; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. p. 68; A. SARAVALLE, “Clausola con scelta variabile e convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 1995, pp. 17-30.

<sup>136</sup> OLG München 27 marzo 1974, IPRspr. 1975, Nr. 26.

### 3. La elección de ley: posibilidades de las partes.

#### A) Elección múltiple o parcial de la ley del contrato.

**39.** ¿Pueden los contratantes someter a leyes diversas distintas partes del contrato? Es ésta una cuestión clásica, que se conoce con el nombre de *dépeçage*, a la que el Reg. Roma I responde afirmativamente: Las partes pueden proceder al *fraccionamiento* (*dépeçage*) del contrato; es decir, elegir una ley para todo el contrato o sólo una parte de él (*Teilweise Rechtswahl*)<sup>137</sup>. Esta facultad se infiere del art. 3.1 Reg. Roma I, cuando dispone que “las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

**40.** Obsérvese que:

1º) Según una *interpretación literal* de dicho precepto, la norma simplemente permitiría que las partes exceptuasen de la ley elegida por ellas una parte del contrato. No dirían cuál es la ley aplicable a la parte exceptuada. En la mayoría de los casos, se determinaría conforme al art. 4 Reg. Roma I. Esta interpretación *inútilmente restrictiva* (B. AUDIT) ignora que, de ordinario, las partes exceptúan una ley; porque quiere elegir otra para esa parte del contrato<sup>138</sup>.

2º) En su lugar, según la opinión dominante, no cabe más que una *interpretación teleológica*: se reconoce a las partes la facultad de que sometan simultáneamente al contrato a varias leyes; para que el contrato así elaborado con fragmentos de diversos ordenamientos jurídicos –el *contrato-puzzle* o *contrato Arlequín*– se ajuste a sus intereses.

3º) Si se ha superado el *recolo histórico* que este tipo de contrato suscitó, ha sido por *tres factores*. a) Uno de ellos es la exigencia de que el fraccionamiento del contrato respete la lógica jurídica de los conjuntos normativos y no rompa el equilibrio contractual. Los intérpretes acertadamente introducen una restricción importante a la facultad de las partes para diseñar un *contrato-puzzle* o *contrato Arlequín*: la de que se trate de partes auténticamente separables, cuya sumisión a ordenamientos distintos no implique la pérdida de coherencia o del sentido lógico-jurídico que tenga el contrato. Así, *ad ex.*, no sería admisible, en principio, que, en un contrato internacional de compraventa, las partes sometiesen las obligaciones del vendedor a un ordenamiento y las del comprador a otro; puesto que el resultado podría ser absolutamente incoherente. El tratamiento fraccionado sólo cabe respecto de partes del contrato que sean suficientemente separables y tengan una entidad autónoma. Un ejemplo, en este sentido, lo constituiría una cláusula compromisoria incluida en un contrato internacional por la que se sometieran a arbitraje los litigios derivados del mismo: en principio, es admisible que las partes sometan el contrato a un ordenamiento jurídico y la cláusula compromisoria a otra diferente. b) Otro ha sido la dificultad de trazar la línea divisoria entre *megacontratos*, contratos con partes heterogéneas, perfectamente separables (suministro de materiales, instalación industrial, garantías...), pero que forman un contrato único, y los *contratos vinculados*, supuesto en el que existe una pluralidad de contratos relacionados entre sí y en el que se admite fácilmente que las partes puedan someterlos a leyes independientes<sup>139</sup>. c) El tercero es la posibilidad de oponer el art. 3.3 Reg. Roma I en el caso de que el fraccionamiento del contrato tenga por finalidad eludir la aplicación de las normas imperativas nacionales<sup>140</sup>.

**41.** En principio, cabe presumir que la intención de las partes es la de pactar un solo Derecho y evitar el fraccionamiento jurídico del contrato (D. MARTINY)<sup>141</sup>. *Ejemplo*: Cabe entender que las partes so-

<sup>137</sup> *Vid.*, *ad ex.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, 1992; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 91-96; M. EKELMANS, “Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, en *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. I, Bruxelles, 1986, pp. 243-253; P. LAGARDE, “Le dépeçage dans le droit international privé des contrats”, *RDIPP*, vol. XXX, 1975, pp. 649-677; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 74-78.

<sup>138</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 685.

<sup>139</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 685.

<sup>140</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 685-686.

<sup>141</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht...*, concr. p. 74.

meten el contrato al Derecho español y no sólo las cuestiones de forma, cuando declaran que es obligatorio e irrevocable para ambos contratantes, aunque no haya sido escriturado notarialmente (“Käufer und Vermittler erklären diesen Vertrag nach den in Spanien geltenden Gesetzen auch ohne notarielle Beurkundung als für beide Seiten rechtsverbindlich und unwiderruflich”)<sup>142</sup>.

## B) Elección de leyes sin vinculación con el contrato.

42. El Reglamento previene el riesgo de que las partes sometan el contrato a la ley de un Estado con el que no tiene ninguna otra conexión (*mangel objektiver Beziehung*)<sup>143</sup>. Para ello, contempla dos hipótesis:

43. 1ª) *Que la situación esté totalmente integrada en un Estado miembro (essentially domestic contract, situations connected exclusively to one country, rein innerstaatliche Sachverhalte)*<sup>144</sup>. Como hemos visto, según el Reg. Roma I, “[c]uando 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” (art. 3.3 Reg. Roma I) (= *normas imperativas del territorio estatal de localización, zwingende Vorschriften*). La nueva redacción del art. 3.3 Reg. Roma I tiene su origen en una propuesta del Consejo, que, en realidad, no altera el criterio de fondo, puesto que es el mismo sostenido por el art. 3.3 del Convenio de Roma de 1980 (“[...] 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’”) (R. WAGNER)<sup>145</sup>. *Ejemplo 1*: Es ineficaz la cláusula de sumisión al Derecho inglés contenida en un contrato de comisión para la conclusión de contratos de venta de divisas a plazo en el que los comitentes eran alemanes y la sociedad comisionaria tenía, de hecho, su sede en Alemania (sentencia LG Hamburg 31 mayo 1990)<sup>146</sup>. *Ejemplo 2*: Las disposiciones imperativas de Derecho interno que protegen al trabajador resultan aplicables a un contrato de trabajo en el que las partes, evidentemente a iniciativa de la empresa, se han sometido a un Derecho extranjero, único elemento de extranjería de la relación laboral (sentencia Corte de casación francesa, Sala social, 12 noviembre 2002)<sup>147</sup>.

Como observa el considerando 15 Reg. Roma I “no se pretende realizar cambios sustanciales”, sino adaptar la formulación anterior a la disposición correspondiente del Reglamento Roma II<sup>148</sup>. *Ejemplo 1*: En 1969, un tribunal tuvo que resolver si un determinado elemento era “pertinente” o relevante para considerar si un contrato era esencialmente doméstico o, por el contrario, era internacional. El litigio se refería a la comisión que debía cobrar una agencia inmobiliaria. El caso estaba muy conectado con Queensland. Pero había un elemento extranjero: La empresa demandante se había constituido conforme a las leyes de Hong Kong. ¿Era éste un elemento pertinente suficiente para entender que se estaba ante

<sup>142</sup> Sentencia BGH 24 noviembre 1989, *IPRspr.* 1989, Nr. 3.

<sup>143</sup> Ésta es una cuestión que ocupó seriamente al pensamiento clásico en material de contratos internacionales –preocupación muy superior a la importancia real del tema–: Se discutió tradicionalmente si las partes, para poder elegir la ley (extranjera) aplicable al contrato debían tener un *intérêt légitime*, existir una *a real connection with the contract* o hacerlo *bona fide intention*. De lo contrario, se aseguraba, se regulaba el contrato mediante el recurso a una *conexión abusiva (missbrauchliche Anknüpfung)*. Unas excelentes exposiciones de esta preocupación dogmática son las de H. HEISS, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischen Internationalen Privatrecht?”, *RebelsZ*, 65, 2001, pp. 634-653, conccr. pp. 651-652, y D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., conccr. pp. 72-74 y 118-121.

<sup>144</sup> *Id.*, ad ex., S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, pp. 71-72.

<sup>145</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 98-104; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

<sup>146</sup> *RIW*, 1990, p. 1020.

<sup>147</sup> Texto en *RCDIP*, 2003, p. 446, con nota de F. JAULT, y *JDI Clunet*, 2004, p. 131, con nota de S. DION.

<sup>148</sup> Se trata del art. 14.2 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), que dice así: “Cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados 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 cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo”. Sobre esta disposición, *vid.*, ad ex., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008, p. 97.

un caso auténticamente internacional? El tribunal consideró que la elección del Derecho de Hong Kong para regir el contrato no había sido hecha de buena fe<sup>149</sup>. Con el Convenio de Roma de 1980 y el Reg. Roma I, no se hubiera tratado de averiguar cuál es la intención de las partes, sino de saber si todos los elementos relevantes están conectados con un solo ordenamiento jurídico<sup>150</sup>. *Ejemplo 2*: Los contratantes eligen Derecho francés, aunque el contrato –salvo la elección de la ley aplicable– únicamente está relacionado con la República Federal de Alemania: En este caso, se deberán aplicar aquellas disposiciones alemanas que sean imperativas; es decir, de cuyo cumplimiento las partes no puedan abstenerse mediante pacto en contrario (R. WAGNER)<sup>151</sup>.

44. 2ª) *Que la situación esté totalmente integrada en el territorio de la UE*. El Reg. Roma I establece que “[c]uando 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 las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.4 Reg. Roma I) (*EU-Binnen-Sachverhalten, Binnenmarktsachverhalte*)<sup>152</sup>. Se trata de una disposición –conocida como *cláusula del Mercado interior* (*internal market clause, Binnenmarkt-klausel*)– que establece un paralelismo con la situación anterior, sólo que no se trata de asegurar la aplicación del Derecho imperativo nacional (*die Anwendung zwingenden nationalen Rechts*), sino evitar la elusión del Derecho comunitario (*die Umgehung von Gemeinschaftsrechts*)<sup>153</sup>.

Con esta disposición, en efecto, se desea asegurar el respeto de las normas comunitarias imperativas cuando el caso está conectado por completo con el territorio comunitario: el único elemento de extranjería es la sumisión al Derecho de un tercer Estado (*das Recht eines Drittstaats*) no integrado en la UE. De ahí la expresión “[...] todos los demás elementos extranjeros pertinentes [...]” (art. 3.4 Reg. Roma I) (= *normas imperativas del territorio comunitario de localización*)<sup>154</sup>. Dicho con otros términos, el art. 3.4 Reg. Roma I “significa que las normas imperativas del Estado miembro del foro que desarrollan una Directiva tienen que se aplicadas cuando el contrato no tiene importantes contactos con Estados no miembros” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)<sup>155</sup>. Se trata de una disposición que no existía en el Convenio de Roma de 1980 y que está inspirada en la opinión de algunos autores (O. LANDO, R. MICHIELS/H.-G. KAMANN) –que defendieron la aplicación por analogía del art. 3.3 del Convenio de Roma de 1980 a las situaciones puramente intracomunitarias– y en el art. 14.3 del Reglamento Roma II<sup>156</sup>. La solución ha sido

<sup>149</sup> *Golden Acres Ltd v Queensland Estates Pty Ltd* [1969] QdR 378.

<sup>150</sup> J.J. FAWCETT/J.M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett. Private International Law*, 4ª ed., Oxford, 2008, p. 696.

<sup>151</sup> R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

<sup>152</sup> J. FETSCH, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag: die Pflicht zur Anwendung der Eingriffsnormen anderer EG-Staaten*, Tübingen, 2002, p. 247; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439, conocr. pp. 393-394; O. LANDO, “The Law Applicable to the International Sale of Goods”, *RabelsZ*, 75, 1993, pp. 155 y ss., conocr. p. 163; S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, pp. 72-74; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., conocr. p. 121; A. STAUDINGER, “Rom, Brüssel, Berlin, und Amsterdam: Chiffren eines europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge”, *ZfRV*, 41, 3, 2000, pp. 93-104, conocr. pp. 95-96.

<sup>153</sup> S. LEIBLE, “La Propuesta para un Reglamento ‘Roma I...’”, pp. 553-555; S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, conocr. p. 534; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

<sup>154</sup> Tras una larga discusión en el grupo de trabajo del Consejo se decidió aceptar la propuesta de la Comisión, que inicialmente proponía que “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 aplicables al caso particular” (art. 3.5 Propuesta Roma I), aunque limitando su alcance a aquellos supuestos en que, a salvo la elección del Derecho, todos los demás elementos se hallaran en uno o varios Estados miembros. *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 104-107; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

<sup>155</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conocr. pp. 1718-1719.

<sup>156</sup> *Vid.* O. LANDO, “The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, *CMLR*, 1987, pp. 159-214, conocr. pp. 180-182; R. MICHIELS/H.-G. KAMANN, “Europäisches Verbraucherschutzrecht und IPR”, *JZ*, 1997, pp. 601-609, conocr. p. 604. El art. 14.3 del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), dice así: “Cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación 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 no impedirá 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”. Sobre esta disposición, *vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales...*, p. 98.

criticada por el prof. P. LAGARDE: “La fórmula es excesiva, pues no hay fraude en eludir una disposición simplemente imperativa del Derecho objetivamente aplicable, procediendo a la elección de una ley que no la conocía. En realidad, esta disposición volvería a erigir toda disposición simplemente imperativa del Derecho comunitario, desde el momento en que fuera objetivamente aplicable, en una disposición internacionalmente imperativa, o, dicho de otro modo, en una ley de policía”<sup>157</sup>.

Obsérvese que: a’) El momento determinante para apreciar el carácter intracomunitario (*EU-interne Sachverhalte*) o no del caso es el de la elección del Derecho aplicable. b’) En el caso del Derecho comunitario formulado por Directivas, la transposición al Derecho estatal que debe tomarse en consideración es la del Estado en el que se encuentre el tribunal que conozca del litigio (= *Umsetzung nach der lex fori*)<sup>158</sup>. c’) Es irrelevante, a estos efectos, que el Estado o Estados con el que el contrato esté conectado sea miembro de la UE, pero no parte del Reglamento (caso de Dinamarca y Reino Unido).

**45.** En ambos casos, se pretende “dar jaque a la elección de una ley extranjera en un contrato interno, cuando la elección parece inspirada por el fraude” (B. AUDIT)<sup>159</sup>. Se trata de disposiciones inspiradas en el Reg. Roma II (art. 14.2 y 3), si bien en éste la localización interna de la situación se aprecia no en el momento de la elección de ley, sino “en el momento en que ocurre el hecho generador del daño”.

**46.** Por el contrario, cuando el contrato sea objetivamente internacional (= esté conectado con dos o más Estados, sean o no miembros de la UE), nada impedirá, en principio, que las partes elijan la ley aplicable al mismo, aunque sea la de un Estado extracomunitario. A diferencia del art. 10.5 C.c. español, nada hay en el Reg. Roma I que exija que la ley a que las partes se hayan sometido “tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”. El Reg. Roma I se ha decantado justo por la solución contraria: las partes pueden elegir la ley de cualquier país, aunque el contrato carezca de vínculos efectivos con él<sup>160</sup>. La amplitud con la que el Reg. Roma I reconoce a las partes la facultad de elegir una ley estatal no conectada, de manera objetiva, con el contrato internacional no obedece a la confianza depositada por sus autores en los operadores económicos. Responde, más bien, a la seguridad de que el orden público económico está asegurado por otras disposiciones del propio Reglamento: las que regulan los contratos celebrados por los consumidores y los contratos individuales de trabajo (arts. 5 y 6 Reg. Roma I) –orden público de protección– y las que proclaman la aplicabilidad de las leyes de policía de Estados especialmente conectados con el contrato (art. 9 Reg. Roma I) –orden público de dirección–<sup>161</sup>.

### C) El “contrato sin ley”.

**47.** Hemos visto que las partes disponen de una amplia libertad para regular un contrato internacional. Pueden someterlo simultáneamente a una o varias leyes. Pueden, incluso, someterlo a una ley estatal con la que el contrato no esté especialmente conectado. De tan amplia libertad, algunos pueden inferir fácilmente que, en realidad, ninguna ley estatal se impone por completo a las partes. Como ha señalado B. AUDIT, de ahí a afirmar que también es posible que las partes decidan no someter el contrato –o, al menos, una parte de él– a ninguna ley estatal, no media más que un paso<sup>162</sup>. Se trata de la polémica figura del *contrato sin ley*<sup>163</sup>. El *contrato sin ley* sería un contrato internacional regido exclusivamente

<sup>157</sup> P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349, conctr. pp. 336-337.

<sup>158</sup> R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

<sup>159</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 681.

<sup>160</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 681.

<sup>161</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 681-682; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation”, *RCADI*, 2000, t. 287, pp. 13-426, conctr. pp. 368-384.

<sup>162</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 686.

<sup>163</sup> J.-P. BERAUDO, “Faut-il avoir peur du contrat sans loi?”, *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 93-112; S.M. CARBONE, “Il ‘contratto senza legge’ e la convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 1983, vol. XIX, pp. 279-287; P. FISCHER, “Bemerkungen zur Lehre von Alfred Verdross über den ‘quasi-völkerrechtlichen’ Vertrag im Lichte der neuesten Entwicklung – Zugleich ein Beitrag zur Theorie über die vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Staaten und transnationalen Unternehmen”, en *Ius humanitatis: Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross*, Berlin, 1980, pp. 379-401; L. GANNAGÉ, “Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal aimé”, en *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, 2007, pp. 417 y ss.; P. LEVEL, “Le contrat dit sans loi”, *TCFDIP*, 1964-1966, pp. 209-231; Y. LOUS-SOUARN/J.D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969, conctr. pp. 602-604; M. PAUKNEROVA, “Le ‘contrat sans loi’ in Czech

por la voluntad de las partes sin sometimiento a ninguna ley estatal. La posible existencia de un contrato internacional que no esté regido, como *lex contractus*, por un ordenamiento jurídico estatal supondría, como ha señalado parte de la doctrina, bien un supuesto de “inmunidad legislativa” de dicho contrato (W. WENGLER) o bien una “neutralización del poder normativo del Estado” (P. MAYER)<sup>164</sup>.

**48.** Contra la admisibilidad de los *contratos sin ley* (*Rechtsordnungslose Verträge*), se ha recordado pronunciamientos jurisprudenciales. Así, *ad ex.*, la sentencia Cour de cassation, chambre civile, 21 junio 1950, *Messageries Maritimes*, afirmó que “tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d’un État”<sup>165</sup>.

**49.** A favor de dicha posibilidad, se ha alegado, confundiendo la realidad, *dos hechos*:

**50.** 1º) No sólo la anterior sentencia, sino también otras decisiones judiciales han admitido la autonomía privada hasta el punto de excluir alguna disposición imperativa del ordenamiento jurídico que, de otro modo, sería aplicable, sin referirse sin embargo a ninguna ley estatal. La autonomía de la voluntad ha podido, en casos internacionales, con el Derecho imperativo interno sin apoyo en ninguna otra norma estatal. Se ha reconocido, *ad ex.*, la validez de una cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional que obligaba a un Estado a someterse al arbitraje, posibilidad que estaba prohibida para los supuestos internos (*ad ex.*, Cour de cassation, chambre civile, de 2 mayo 1966, *Galakis*)<sup>166</sup>. Lo mismo ha ocurrido con las cláusulas valor-oro y otros mecanismos de revalorización automática de las deudas pecuniarias. *Ejemplo*: La Corte de casación francesa declaró que las partes de un contrato internacional pueden acordar una cláusula oro, incluso en contra de las normas imperativas de Derecho interno que rigen su contrato: la validez de tal cláusula sería reconocida en Derecho francés de conformidad con la noción francesa de orden público internacional (= no toda norma imperativa interna, tiene imperatividad internacional) (Cour de cassation, chambre civile, de 21 junio 1950, *Messageries Maritimes*)<sup>167</sup>. Se trataba de un préstamo internacional en dólares canadienses a favor de una empresa francesa. Dicho préstamo fue concluido en el período de entreguerras. Incluía una cláusula-oro y la posibilidad de que, a elección del prestatario, se amortizase en Canadá o en los Países Bajos. Posteriormente, las cláusulas valor-oro fueron suspendidas tanto por el Derecho canadiense como por el Derecho francés, aunque no por el holandés. Se les reprochaba que fomentasen la inflación. La empresa francesa se acogió al principio nominalista incluso en Holanda. Si la Corte de casación francesa dictó tal decisión es porque “permitiendo al prestatario incumplir la causa, se hubiera perjudicado mucho a los prestatarios nacionales en los mercados internacionales” (B. AUDIT)<sup>168</sup>.

En realidad, caben dos explicaciones. Una sería que, más allá de las normas estatales, existen normas especialmente aptas para el tráfico internacional que tribunales estatales y arbitrales descubren o reconocen: tales normas existirían “más allá” del Derecho estatal. Otra sería que, en realidad, se trata de normas materiales especiales de origen jurisprudencial. Son normas materiales especiales porque contienen una regulación sustantiva, material y directa que es especial para los supuestos de situaciones privadas internacionales<sup>169</sup>. No existen “más allá” del Estado. Son los propios Estados los que, mediante

---

and European Private International Law”, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 775 y ss.; T. REIMANN, *Zur Lehre vom “rechtsordnungslosen” Vertrag*, Bonn, 1970; S.C. SYMEONIDES, “Contracts subject to Non-State Norms”, *AJCL*, 2006, pp. 209 y ss.; H. TAGARAS, “Le contrat sans loi en droit international privé et en droit non étatique”, *Rév. Hellénique de Droit international*, 2006, 1, pp. 119 y ss.; A. VERDROSS, “Gibt es Verträge die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerrecht unterliegen?”, *ZfRV*, 6, 1965, pp. 129-134.

<sup>164</sup> *Vid.*, *ad ex.*, P. MAYER, “La neutralization du pouvoir normative de l’État en matière de contrats d’État”, *JDI Clunet*, 113, 1986, pp. 5-78; W. WENGLER, “Immunité législative des contrats multinationaux”, *RCDIP*, 60, 1971, pp. 637-661.

<sup>165</sup> Texto en *RCDIP*, 1950, pp. 609-615, con nota de H. BATIFFOL y S., 1951.1, pp. 1-3, con nota de J.-P. NIBOYET.

<sup>166</sup> Texto en *JDI Clunet*, 93, 1966, p. 648 y ss., con nota de P. LEVEL, y *RCDIP*, 56, 1967, pp. 553 y ss., con nota de B. GOLDMAN.

<sup>167</sup> Texto en *RCDIP*, 1950, p. 609 con nota de H. BATIFFOL.

<sup>168</sup> B. AUDIT, “How do mandatory rules of Law function in international civil litigation?”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, 18, 2007, pp. 37-50, *concr.* p. 43.

<sup>169</sup> Sobre la categoría de normas materiales especiales de DIPr. o normas materiales especiales para las situaciones privadas internacionales, *vid.*, *ad ex.*, B. OPPETIT, “Le développement des règles matérielles”, *TCFDIP*, 1988, pp. 121-139; M. SIMON-DEPITRE, “Les règles matérielles dans le conflit de lois”, *RCDIP*, 1974, pp. 591-606.



Convenios internacionales, normas de carácter general o la jurisprudencia de sus propios tribunales crean este tipo de normas. Esto último puede explicarse con facilidad. Las codificaciones estatales fueron una inmensa obra legislativa del siglo XIX. A lo largo, del siglo XX tuvieron que hacer frente a fenómenos para los que no estuvieron pensadas. Este fue el caso, *ad ex.*, de la hiperinflación del período de entre-guerras o de la intervención del Estado en el comercio internacional, en el que el arbitraje privado constituye el medio de arreglo de diferencias por excelencia. Los tribunales, en realidad, se encontraron con unos sistemas de DIPr., en general, formados por unas pocas normas, salvo alguna excepción, que no estaban pensadas para esa realidad. En consecuencia, desarrollaron judicialmente el sistema jurídico<sup>170</sup>.

De las dos explicaciones, la segunda es más sencilla, menos brillante, pero creo que más ajustada a la realidad.

**51.** 2º) Es una práctica frecuente del mundo de los negocios, que procedimientos arbitrales relativos a contratos internacionales se desarrollen y resuelvan conforme a los usos comerciales internacionales y, en general, la denominada *Nueva Lex Mercatoria*, a la que, con diversas denominaciones, suelen referirse algunos contratos internacionales. La propuesta de Reglamento Roma I apuntaba a esta posibilidad: “Las partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria” (art. 3.2, apartado primero, Propuesta Roma I). Ahora bien, un análisis detallado de los trabajos preparatorios revela algunos datos de interés – que han sido puestos de relieve por O. LANDO/P.A. NIELSEN, S. LEIBLE y R. WAGNER<sup>171</sup>—:

1º) En los planes de la Comisión, no figuraba permitir, con carácter general, la remisión a la *Lex mercatoria*: Ésta, con razón, les pareció bastante imprecisa.

2º) En realidad, la Comisión pretendía algo mucho más modesto: que se pudiese elegir principios y reglas de Derecho material reconocidos internacional o comunitariamente como los *UNIDROIT Principles of International Commercial contracts* y los *Principles of European Contract Law*.

3º) La Comisión planeaba que las partes pudiesen decidirse por la aplicación directa de tales principios y reglas con independencia de cuál fuese el ordenamiento jurídico aplicable desde un punto de vista conflictual. En caso de laguna, podría recurrirse a los principios generales subyacentes en dicha regulación y, sólo subsidiariamente, al Derecho estatal competente según el Reg. Roma I. La propuesta de la Comisión estaba inspirada en el art. 7.2 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

No obstante, el texto final del Reglamento ha dado lo que, sin duda, algunos considerarán un paso atrás: “El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional” (considerando 13 del Preámbulo al Reg. Roma I). A lo más, el Reg. Roma I se remite a lo que pueda ocurrir en el futuro: “En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas”(considerando 14 Reg. Roma I). Parece, pues, que los firmes defensores de la *nueva Lex Mercatoria* tendrán que esperar.

**52.** Cabe preguntarse qué es lo que ha desencadenado este *cambio de actitud* durante el proceso de elaboración. Fueron los Estados miembros los que se opusieron a la propuesta de la Comisión *por varios motivos*: a) Esos principios y reglas de Derecho material podían suponer un medio muy sencillo de eludir el *Derecho imperativo*; b) no sólo carecían de *legitimación democrática*, sino que podían poner en peligro la *justicia contractual*, especialmente cuando fuesen elaborados no por organizaciones internacionalmente reconocidas, sino por organizaciones corporativas especializadas; c) el sistema de integración de lagunas mediante el recurso, en última instancia, a un Derecho estatal, supondría la aplicación de varias fuentes jurídicas, lo que *dificultaría la aplicación del Derecho* y conduciría a la *inseguridad jurídica*; d) no está claro *quién* tiene que decidir cuándo puede considerarse que un principio o una regla ha sido internacional o comunitariamente reconocido; e) por último, no estaban claras ni la *dirección que*

<sup>170</sup> Para una análisis en profundidad de las razones y vías seguidas por los órganos judiciales, *vid.* el fascinante estudio de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Granada, 2004.

<sup>171</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, *concr.* pp. 1695-1698; S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, pp. 68-70; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 379.

*deberían tomar los trabajos futuros* ni si en el Tratado de Roma existe *base jurídica* suficiente para semejante instrumento legal (R. WAGNER)<sup>172</sup>.

53. La actitud del Reg. Roma I ante la *nueva Lex Mercatoria* y sus diversas modalidades va a suscitar un aluvión de críticas, más *ad nauseam* que por la variedad o solidez de los argumentos. Debo advertir que el ruido del debate es muy superior a la importancia teórica y práctica de la *nueva Lex Mercatoria*<sup>173</sup>. Por todo ello, creo que tiene razón la UE en la postura adoptada. Lo que ha venido a decir es que el tiempo de la *Lex Mercatoria* aún no ha llegado, que ni la seguridad ni la calidad jurídica de las soluciones están garantizadas. Por tanto, habrá que esperar a trabajos futuros, probablemente en el seno de la UE<sup>174</sup>. Quizá un paso en esta dirección sea la publicación, en 2008, del proyecto de *Marco común de referencia (Common Frame of Reference)*, un documento elaborado por un grupo de juristas coordinados por el prof. C. VON BAR<sup>175</sup>. La puerta no está definitivamente cerrada<sup>176</sup>.

#### D) Momento de la elección de la ley del contrato.

54. ¿Cuándo pueden las partes fijar la ley aplicable a su contrato internacional? Es ésta una cuestión que recibe respuestas diferentes según los ordenamientos o que no siempre ha sido resuelta de manera clara. La discusión dogmática se ha centrado en dos polos. Por un lado, el de si sólo es posible la conclusión del acuerdo sobre el Derecho aplicable *antes* de la conclusión del contrato o si puede formularse también *después (ex post choice)*. Y, por otro, el de si, designado por los contratantes ese ordenamiento jurídico estatal, pueden revocar su declaración anterior.

55. La falta de una norma específica sobre tiempo hábil para la admisibilidad de tal declaración ha originado, en algunos sistemas estatales de DIPr., respuestas doctrinales o jurisprudenciales no exentas de imaginación ni sutileza, pero contradictorias y, por consiguiente, incapaces de satisfacer la exigencia de seguridad que reclama el tráfico mercantil internacional<sup>177</sup>. De aquí la importancia práctica de

<sup>172</sup> R. WAGNER, "Der Grundsatz der Rechtswahl...", pp. 379-380 y bibliografía allí señalada.

<sup>173</sup> *Vid., ad ex.*, sobre esta cuestión, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Los contratos internacionales y el mito de la 'nueva Lex Mercatoria'", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, 2006, pp. 55-80.

<sup>174</sup> En este mismo sentido, R. WAGNER, "Der Grundsatz der Rechtswahl...", p. 380.

<sup>175</sup> C. VON BAR (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of reference (DCFR)*, prepared by the Study Group on a European Civil code. *Vid.* N. JANSEN/R. ZIMMERMANN/G. WAGNER/F. FAUST/H. EIDENMÜLLER, "Le cadre commun de référence pour le droit privé européen", *Rev.trim.dr.eur.*, 44, 4, 2008, pp. 761-810; S. LEIBLE, "Choice of the Applicable Law", pp. 70-71; D. MARTINY, "Common Frame of Reference und Internationales Vertragsrecht", *ZEuP*, 2007, pp. 214-228; D. MAZEAUD, "Principes du droit européen du droit du contrat, Project de cadre commun de référence, Principes contractuels communs", *Rev.trim.dr.eur.*, 44, 4, 2008, pp. 723-740.

<sup>176</sup> En este sentido, *ad ex.*, S. LEIBLE/M. LEHMANN, "Die Verordnung...", pp. 528-544, concur. p. 533: "Claro está que esto no es el fin" (*Das ist freilich nicht das Ende*). Sobre la posibilidad e, incluso, conveniencia de elaborar un instrumento contractual normativo, como alternativa metodológica al servicio no sólo de la integración europea, sino también del comercio internacional, y los problemas que plantea, *vid., ad ex.*, los excelentes análisis, en la doctrina española, de N. BOUZA VIDAL, "La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea (Consideraciones sobre el Plan de Acción de la Comisión de febrero de 2003)", en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, 2005, pp. 1309-1334, L. Díez PICAZO/E. ROCA TRÍAS/A.M. MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002, y A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU*, Copenhague, 2003, concur. pp. 237-310. Además, siguen siendo muy sugerentes los trabajos de J. DREXL, "Continuing contract law harmonization under the White Paper of 1985? Between minimum harmonisation, mutual recognition, conflict of laws and Uniform Law", en S. GRUNDMANN/J. STUYK (Eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague, 2002, pp. 113-116, y S. GRUNDMANN/W. KERBER, "European system of contracts law – a map for combining the advantages of centralised und decentralised rule-making", en S. GRUNDMANN/J. STUYK (Eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague, 2002, pp. 295-351.

<sup>177</sup> *Vid., ad ex.*, U. BAUER, *Grenzen nachträglicher Rechtswahl durch Rechte Dritter im Internationalen Privatrecht*, Pfaffenweiler, 1992; M.B. JASPERS, *Nachträgliche Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtspraxis in England, Frankreich, Dänemark und Deutschland*, Frankfurt am Main, 2002; W. MÖLLENHOFF, *Nachträgliche Rechtswahl und Rechte Dritter*, Berlin, 1993; P.M. NORTH, "Varying the proper law", en *Multum Non Multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Karlsruhe, 1980, pp. 205-220; D.G. PIERCE, "Post-

que el Reg. Roma I contenga una disposición específica: Las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato “en cualquier momento” (art. 3.2 Reg. Roma I). Lo más habitual será que lo hagan al tiempo de la conclusión<sup>178</sup>. Nada se opone, sin embargo, a que se pongan de acuerdo sobre la ley aplicable al contrato *después* de su conclusión –incluso en el transcurso del proceso–. A favor de esta solución –que es la acogida por el art. 3.2 Reg. Roma I– militan las mismas razones que apoyan la autonomía de la voluntad conflictual<sup>179</sup>.

**56.** Desde el punto de vista de la situación anterior a dicha designación, pueden producirse, por tanto, dos situaciones diversas:

1ª) Que los contratantes no hubieran fijado la *lex contractus* al tiempo de concluir su operación: Las partes pueden cambiar la ley elegida durante la vigencia del contrato, incluso en el caso de que previamente no hubiesen elegido la ley rectora del contrato<sup>180</sup>. En este caso, el contrato internacional se regiría por la ley designada por el art. 4 Reg. Roma I. Esta última ley retrocedería ante la designada por las partes en un momento posterior. De ordinario, no se tratará “más que de la confirmación de un acuerdo insuficientemente explícito” (B. AUDIT)<sup>181</sup>. Ahora bien, tanto si se trata de una aclaración del ordenamiento jurídico (*eine Klarstellung der Rechtsordnung*) que las partes han tomado como punto de partida, durante la negociación del contrato, como si se trata de una auténtico *pactum de lege utenda modificativo* (*wirkliche Neuvereinbarung*), es evidente que las partes deben respetarlo y que, en principio, cabe suponer que los efectos del mismo se retrotraen al momento de la conclusión del contrato (*auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück*) (D. MARTINY)<sup>182</sup>.

2ª) Que las partes hayan elegido una ley al tiempo de la conclusión; pero decidan designar otra ley para la totalidad o parte del contrato en un momento posterior.

**57.** Desde el punto de vista de la forma de dicha elección, cabe admitir dos escenarios distintos: que la elección sea *expresa o implícita*<sup>183</sup>. La *elección expresa o explícita* se verifica mediante la estipulación de un nuevo *pactum de lege utenda*. La *elección implícita* que se produce, de ordinario, cuando ambas partes litigan en el transcurso de un procedimiento conforme a una ley estatal determinada<sup>184</sup>. Es cierto que la jurisprudencia tiende, con frecuencia, a concluir que las partes ha elegido el Derecho del foro (*ad ex.*, el Derecho alemán), cuando apoyan su argumentación en preceptos jurídicos nacionales (*ad ex.*, el BGB o el HGB) (D. MARTINY)<sup>185</sup>. Pero no se trata de un modo de

---

Formation choice of law in contract”, *Modern Law Review*, 1987, pp. 176-201; L. RAAPE, “Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts”, en *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn, 1954, pp. 111-120; G. REINHART, “Zur nachträglichen Änderung des Vertragsstatuts nach Art. 27 Abs. 2 EGBGB durch Parteivereinbarung im Prozess”, *IPRax*, 1995, pp. 365-371; H. SCHACK, “Rechtswahl im Prozess?”, *NJW*, 1984, pp. 2736-2740; A. SPICKHOFF, “Nachträgliche Rechtswahl: Interlokales und intertemporales Kollisionsrecht, Form, Rückwirkung und Beweislast”, *IPRax*, 1998, pp. 462-465; M. TOMASZEWSKI, “La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit”, *RCDIP*, 1972, vol. XXXVI, pp. 600-621.

<sup>178</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 107-109.

<sup>179</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 687.

<sup>180</sup> S. POILLOT-PERUZZETO, “Le règlement Rome I...”, *concr.* p. 6.

<sup>181</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 687.

<sup>182</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., *concr.* p. 116.

<sup>183</sup> *Vid.*, *ad ex.*, sentencia BGH 19 enero 2000, *JZ*, 2000, p. 115 con nota de O. SANDROCK.

<sup>184</sup> K. BUCHTA, *Die nachträgliche Bestimmung des Schuldstatuts durch Prozessverhalten im deutschen, österreichischen und schweizerischen IPR*, München, 1986; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., *concr.* pp. 103-107; H. SCHACK, “Keine stillschweigende Rechtswahl im Prozess!”, *IPRax*, 1986, 6, pp. 272-274. Si las partes litigan representadas por abogados, entonces la eficacia de una elección implícita del Derecho aplicable a través del comportamiento procesal de aquellas dependerá del poder de representación, pero, como ha observado H.P. MANSEL, “Kollisions- und zuständigkeitsrechtlicher Gleichlauf der vertraglichen und deliktischen Haftung”, *ZvglRW*, 86, 1987, pp. 1-24, *concr.* p. 13, cabe sobrentender que dicha facultad está implícita en el poder de defender los intereses de sus clientes, apoyando o, por el contrario, impugnando las relaciones contractuales objeto del litigio, por más que esto no deje de ser, en palabras de D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., *concr.* p. 104, “una pura ficción” (*eine reine Fiktion*).

<sup>185</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., *concr.* p. 103, nota 3, con abundantes referencias jurisprudenciales.

designación del Derecho aplicable privativo de la *lex fori*: cabe la posibilidad de que las partes construyan sus alegatos ante el tribunal sobre la base de disposiciones jurídicas de un ordenamiento extranjero<sup>186</sup>.

**58.** Desde el punto de vista del alcance temporal de la elección tardía de ley aplicable, las partes pueden, en principio, establecer que sus efectos sean retroactivos y se retrotraigan hasta el momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*) o que, por el contrario, sólo se produzcan desde el momento de la novación del contrato (*ex nunc*). Esta solución es la más respetuosa con la voluntad de las partes. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es la solución a seguir en caso de que los contratantes no lo indiquen o lo hagan, pero con ambigüedad. En este caso, parece aconsejable seguir al art. 116.3 de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987 y a cierta jurisprudencia alemana: la solución más sencilla para evitar que el contrato esté sometido sucesivamente a varias leyes estatales es interpretar que, salvo disposición en contra de la partes, el acuerdo de elección de Derecho aplicable novatorio retrotrae sus efectos al momento de la conclusión del contrato<sup>187</sup>.

**59.** En caso de *elección tardía* de la ley contractual, el Reglamento establece *dos precisiones*:

**60.** 1ª) Que “[t]oda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la *validéz formal del contrato* [...]” (art. 3.2, *in fine* Reg. Roma I). Esta disposición era necesaria; porque el Reglamento somete la forma del contrato a la ley reguladora del fondo; si bien lo hace con carácter alternativo, para favorecer el *favor negotii* (art. 11 Reg. Roma I). Cabía, pues, plantearse qué incidencia podría tener el cambio de la *lex causae* o ley rectora del fondo del asunto, cuando ésta rige también las cuestiones formales (*Formgültigkeit*). Para despejar esta cuestión, conviene distinguir *dos supuestos*. Primero: Que el contrato internacional sea formalmente válido conforme a la ley originariamente aplicable e, inicialmente, no lo sea conforme a la nueva *lex causae*, más exigente en cuestiones de forma. En este supuesto, el contrato seguiría siendo formalmente válido (= una eventual nulidad formal carecería de eficacia retroactiva y, por tanto, no le afectaría). Permitir que la nueva ley supusiese la invalidez formal sería contrario a la voluntad de los contratantes –que, es evidente, no han podido querer eso–. Otra interpretación, además, sería incompatible con la razón de ser de las normas de conflicto con conexiones alternativas habituales en la designación del estatuto formal que es el *favor negotii*. Segundo: Que el contrato internacional ser formalmente nulo en su origen y, en principio, válido conforme a la nueva ley designada por las partes. En este supuesto, el contrato sería finalmente válido desde el punto de vista de las cuestiones de forma: se produciría una “sanación a través de un conflicto móvil” (*es kommt zu einer Heilung durch Statutenwechsel*) (D. MARTINY)<sup>188</sup>.

**61.** 2ª) Que “[t]oda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, [...] no afectará a los *derechos de terceros*” (art. 3.2, *in fine* Reg. Roma I)<sup>189</sup>. No cabe, por tanto, una elección de ley que perjudique los derechos válidamente adquiridos por terceros conforme a la ley que regía el contrato con anterioridad (*Rechte Dritter*). Se sigue, pues, la *prohibición de empeoramiento o afectación* (*Beeinträchtigungs- oder Verschlechterungsverbot*) de los derechos de terceros que acogen algunos ordenamientos jurídicos estatales –caso, *ad ex.*, del § 11.3 de la Ley austríaca de DIPr. de 15 junio 1978 y del art. 116.3, apartado 2, de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987–. Según dicha prohibición, el pacto novatorio de ley aplicable es una *res inter alios acta*

<sup>186</sup> *Vid.*, *ad ex.*, sentencia OLG Hamm 13 octubre 1998, *RIW*, 1999, p. 787, en la que los litigantes razonaron a partir del Derecho del Estado norteamericano de Minnesota.

<sup>187</sup> En este sentido, *ad ex.*, sentencia BGH 22 enero 1997, *IPRax*, 1998, p. 479, con nota de A. SPICKHOFF, “Nachträgliche Rechtswahl: Interlokales und intertemporales Kollisionsrecht, Form, Rückwirkung und Beweislast”, *IPRax*, 1998, pp. 462-465. En contra, *vid.* sentencia OLG Frankfurt 13 febrero 1992, *IPRax*, 1992, p. 314; sentencia LG Essen 20 junio 2001, *IPRax*, 2002, p. 396, con nota de C. KRAPFL, “Zur Zulässigkeit des Erfolgshonorars für Rechtsanwälte und Steuerberater bei hinreichendem Auslandsbezug”, *IPRax*, 2002, pp. 380-384.

<sup>188</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, p. 1 y ss., con cr. p. 117.

<sup>189</sup> Idea originariamente defendida por L. RAAPE, “Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts”, en *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn, 1954, pp. 111-120, con cr. p. 115.

que no puede perjudicar a los terceros sin su consentimiento. *Ejemplo*: Los contratantes no pueden someterse a una Ley (*ad ex.*, la inglesa) que ignore la validez de la operación concluida por las partes, de una de sus cláusulas o de los actos realizados por ellas hasta ese momento.

El Reglamento Roma I no define quiénes son los *terceros* ni *cuándo* adquieren un derecho frente a los contratantes (*ad ex.*, si una estipulación a favor de tercero es o no irrevocable una vez aceptada por éste). Sería deseable que se impusiese una *interpretación autónoma* en los tribunales nacionales de los Estados miembros. Esta solución debería imponerse en aras de la armonía internacional de soluciones y de la uniformidad del Derecho comunitario. Sería la mejor a la hora, *ad ex.*, de resolver si la elección de las partes tiene efecto retroactivo o no (= *solución uniforme e igual para todos*). En su defecto, creo que debiera recurrirse a la ley rectora del contrato anterior al cambio (*antigua lex causae*) (= *solución uniforme, cualquiera que fuese el tribunal aplicable, aunque, en concreto, pudiese ser diferente según la ley estatal aplicable*). Por el contrario, no veo cuáles puedan ser las ventajas de la solución propuesta por algún prestigioso autor: que dichas cuestiones se sometan por el juez del foro a los principios de DIPr. de éste (B. AUDIT)<sup>190</sup>. La solución material, en este caso, podría ser diferente según la ley estatal aplicable y, además, no se aseguraría tampoco la armonía internacional de soluciones (= *que los jueces de cada Estado parte del Reg. Roma I aplicasen la misma ley estatal, aunque ésta fuese distinta en cada caso concreto y su contenido pudiera ser diferente*).

### III. Contratos internacionales de consumo.

#### 1. Consideraciones preliminares.

62. El art. 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales instituyó un régimen especial para los contratos concluidos por los consumidores. Dicho régimen se caracterizaba, sumariamente, por *tres notas* (G. PIZZOLANTE):

1ª) Al igual que, conforme al régimen general de los contratos internacionales previsto por el Convenio de Roma, las partes no sólo podían elegir la ley reguladora del contrato, sino que disponían de una amplia libertad: podían elegir cualquier ley, aunque no presentase ningún vínculo con el contrato, y podían modificar su elección inicial.

2ª) A diferencia, sin embargo, del régimen general de los contratos internacionales previsto por el Convenio de Roma, dicha elección de ley no podía producir el resultado de privar al consumidor de la protección garantizada por las disposiciones imperativas del país en el que residía habitualmente. Para que este *blindaje jurídico* operase, era necesario que concurriesen determinadas circunstancias reveladoras de la confianza depositada por el consumidor en su propia ley:

a) que la conclusión del contrato hubiese estado precedida en el país de residencia habitual del consumidor por una oferta específica o una publicidad y que el consumidor hubiese realizado en su país los actos necesarios para la conclusión del contrato;

b) que el otro contratante hubiese recibido el encargo en el país de residencia del consumidor;

c) que, si el contrato supusiese una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado del país de residencia a un país extranjero y hubiese hecho el encargo en él, el viaje hubiese sido organizado por el vendedor con el fin de favorecer la venta.

3ª) A diferencia, también, del régimen general de los contratos internacionales previsto por el Convenio de Roma, en defecto de elección de ley y siempre que concurrieran las anteriores condiciones, no se acudía a la conexión más estrecha (art. 4 del Convenio de Roma de 1980), sino a la ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual<sup>191</sup>.

<sup>190</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 688. Sobre los principios de DIPr., *vid.*, *ad ex.*, H. MUIR WATT, "Les principes généraux du droit international privé", *JDI Clunet*, 1997, pp. 403-415; B. OPPETIT, "Les principes généraux en droit international privé", *Archives de philosophie du droit*, t. 32, 1987, pp. 179-187; W. WENGLER, "Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits", *RCDIP*, 1952, pp. 595-622 y 1953, pp. 37-60.

<sup>191</sup> G. PIZZOLANTE, "Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I')", en "Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA", en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 1.

**63.** Con motivo de su aplicación práctica, el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 fue objeto de crítica por un amplio sector doctrinal, que detectó *puntos débiles* en la reglamentación que ofrecía a los contratos concluidos por consumidores. Primero: Desde el punto de vista de los sujetos tutelados, el art. 5 del Convenio de Roma protegía al *consumidor pasivo*; pero no ofrecía una protección jurídica adecuada al *consumidor activo o móvil* (*consumatore 'mobile'*) —es decir, a “aquél que, con el fin de efectuar una adquisición o recurrir a un servicio, se ha trasladado a un país diverso de aquel en que reside habitualmente”<sup>192</sup>—. Segundo: Desde el punto de vista económico, muchos se cuestionaban si, con el transcurso del tiempo, el art. 5 del Convenio de Roma era adecuado a las nuevas técnicas de comercialización a distancia y, en especial, al comercio electrónico<sup>193</sup>. Tercero: Desde el punto de vista metodológico, se criticaba la eventual aplicación cumulativa de la ley elegida por las partes y de las disposiciones imperativas del país de residencia habitual del consumidor (*double protection rule, raisin theory*): “En caso de litigio, esta solución compleja implica costes de procedimiento suplementarios, en absoluto justificados por la cuantía a menudo escasa del contencioso de consumo” —había observado la Comisión—<sup>194</sup>.

**64.** Los contratos de consumo son objeto de un extenso precepto (el art. 6 Reg. Roma I), que es una norma de conflicto, cuya *principal característica* es la restricción de la autonomía de la voluntad en aras de la protección del consumidor: La ley rectora de un contrato internacional de consumidores es la ley del país de residencia habitual del consumidor, salvo que las partes hayan elegido otra ley estatal que disponga un mayor nivel de protección para el consumidor<sup>195</sup>. Cabe preguntarse por la razón de ello.

<sup>192</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 1.

<sup>193</sup> *Id.*, *ad ex.*, M. FALLON/J. MEEUSEN, “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé”, *RCDIP*, 91, 2002, pp. 435-490; L.E. GILLIES, “Choice-of-Law rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation”, *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 89-112; G. IORIO FIORELLI, *Il contratto elettronico tra armonizzazione materiale e diritto internazionale privato*, Padova, 2006; S. LEIBLÉ, “Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor”, *Estudios sobre Consumo*, 85, 2008, pp. 9-22; L. DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet”, en *Id.*, *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, 2009, pp. 11-65; G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 1; K. SIEHR, “Telemarketing und Internationales Recht des Verbraucherschutzes”, *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts. JKR*, 1998, pp. 151-201; Z. TANG, “Parties’ Choice of Law in E-Consumer Contracts”, *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 113-136.

<sup>194</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas 15 diciembre 2005, COM(2005) 650 final. *Vid.* O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, *concr.* pp. 1708-1709.

<sup>195</sup> La bibliografía sobre los contratos internacionales de consumo es abundantísima. Sólo desde la perspectiva de las cuestiones de Derecho aplicable, pueden indicarse, *ad ex.*, los siguientes estudios: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, 1992; B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, 2003; B.-M. BALLER, *Der Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes in persönlicher und internationaler Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung Dritter am Kreditvertrag*, Frankfurt am Main, 2001; K. BITTERICH, “Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Schutzstandards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung”, *RIW*, 2006, pp. 262-270; A. BOGGIANO, “International Standard Contracts”, *RCADI*, 1981, vol. 170, pp. 9-113; B. BÖHM, *Verbraucherschutz im internationalen Privatrecht*, Bayreuth, 1993; D. DAL BO, “La Direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”, *DCI*, 1993, vol. VII, pp. 567-580; E. DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet. Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Coimbra, 2002; U. DROBNIG, “Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr”, en *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung. Festschrift für F.A. Mann*, München, 1977, pp. 591-615; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el Mercado interior europeo*, Granada, 2003; M. FALLON, “Le droit des rapports internationaux de consommation”, *JDI Clunet*, 1984, pp. 765-847; P. FRANZINA, “Norme di conflitto comunitarie in materia di contratti con consumatori e corretto funzionamento del Mercato interno”, *RDI*, 2009, pp. 122-129; M. FRIGO, “L’efficacia delle condizioni generali di contratto alla luce delle convenzioni di Roma e di Vienna del 1980”, *DCI*, 1993, pp. 521-538; L. FUMAGALLI, “Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1994, pp. 15-32; T.C. HARTLEY, “Consumer Protection Provisions in the EEC Convention”, en P.M. NORTH (Ed.), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, a Comparative Study*, Amsterdam, 1982, pp. 111-124; U. HÜBNER, “Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR”, *NJW*, 1980, pp. 2601-2607; A.-C. IMHOFF-SCHIEER, *Protection du consommateur et contrats internationaux. Études suisses de droit international*, Genève, 1981; E. JAYME, “Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Droit international et droit communautaire, (Actes du colloque, Paris, 5-6 avril 1990)*, Paris, 1991, pp. 77-86; *Id.*, “Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1978, pp. 105-123; C. KESSEDIAN, “La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles- Vingt ans après”, en *Pri-*

Para comprender tanto su justificación como el método adoptado por el Reg. Roma I deben tenerse en cuenta estas ideas:

1<sup>a</sup>) En las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE –así como en muchos otros Estados– existen disposiciones imperativas que protegen a ciertas clases de contratantes que se consideran económicamente mucho más débiles que las empresas con las que contratan. Tal es el caso, no único, pero sí paradigmático, de los contratos de consumidores<sup>196</sup>. Unas veces, se trata de contratos internos. Otras, de contratos internacionales.

---

vate Law in the International Arena, *Liber Amicorum K. Siehr*, The Hague, 2000, pp. 329-340; L. KRÄMER, *La CEE et la protection du consommateur*, Bruxelles, 1988; P. LAGARDE, “Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l’Union européenne”, en *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études offertes à J. Ghestin*, 2001, pp. 511-521; O. LANDO, “Consumer Contracts and Party Autonomy in the Conflicts of Law”, en *Mélanges A. Malmström*, Estocolmo, 1972, pp. 141-164; L. DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável aos contratos com consumidores”, *ROA*, 61, 2001, pp. 155-170; L.D. LOACKER, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht: zum Anwendungsbereich von Artikel 5 des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens aus österreichischer und deutscher Sicht*, München, 2006; G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, Berlin, 1993; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *ZVglRW*, 2004, pp. 131-189, esp. pp. 166-170; P. MANKOWSKI, “Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung: Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?”, *ZVglRW*, 2006, pp. 120-163; ID., “Consumer Contracts under Article 6”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 121-160; F.A. MANN, “Unfair contracts terms act 1977 and the conflict of laws”, *ICLQ*, 1978, pp. 661-689; R. MICHIELS/H.-G. KAMANN, “Europäisches Verbraucherschutzrecht und IPR”, *JZ*, 1997, pp. 601-609; H.W. MICKLITZ, “La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Bilan de onze années d’application”, *RIDC*, 1990, pp. 101-124; A.-M. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l’Union Européenne*, Marseille, 2001; C.G.J. MORSE, “Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention”, *ICLQ*, 1992, pp. 1-21; L. NIGLIA, “The ‘Rules’ Dilemma – The Court of Justice and the Regulation of Standard form consumer contracts in Europe”, *The Columbia Journal of European Law*, 2006-2007, pp. 125-146; R. DE NOVA, “La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto”, *RDIPP*, 1978, pp. 107-135; F. OSMAN, “La loi applicable aux contrats transfrontières de crédits a la consommation”, *DPCEI*, 1992, pp. 279-306; H.H. OTTO, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR*, Göttingen, 1984; P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Geneve, 1985, pp. 129-135; M. PELICHET, “Les ventes aux consommateurs”, *RCADI*, 1980, vol. 168, pp. 185-230; G. PIZZOLANTE, “L’incidenza del diritto comunitario sulla determinazione della legge applicabile ai contratti dei consumatori”, *RDIPP*, 2005, pp. 377-406; G. PIZZOLANTE, “I contratti con i consumatori nella proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *RDIPP*, 2006, pp. 987-998; ID., “I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento ‘Roma I’”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento ‘Roma I’ – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 50-61; ID., “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa; F. POCAR, “La legge applicabile ai contratti con i consumatori”, en AA.VV., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, pp. 303-316; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, 2006; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (Propuesta de modificación del art. 5 del Convenio CE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)”, *Gac.Jur.UE*, 2002, pp. 75-91; ID., “Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)”, en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 231-242; ID., “Incorrecta transposición de la noción de ‘vínculo estrecho con el territorio comunitario’ de las Directivas de consumo (STJCE de 9.9.2004, as. 70/03 Comisión c. España)”, *RDCE*, 2005, pp. 535-551; N. REICH, *Internal market and diffuse interests. An introduction to EC trade law*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, 1990; M. REQUEJO ISIDRO, “Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional”, *REDI*, 2005, vol. 57, pp. 257-288; K. SACHSE, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privat- und Prozessrecht*, Tübingen, 2006; J. SAUVEPLANNE, “Consumer protection in Private International Law”, *NILR*, 1985, pp. 100-122; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, en F. FERRARI/S. LEIBL (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, pp. 89-110; M.I. SPAGNOLETTI ZEULI, “La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto ed il Diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1978, pp. 530-548; A. STAUDINGER, “Rom, Brüssel, Berlin, und Amsterdam: Chiffren eines europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge”, *ZJRV*, 41, 3, 2000, pp. 93-104; H. STOLL, “Zur Neuordnung des internationalen Verbrauchervertragsrechts”, en J. BASEDOW Y OTROS, *Aufbruch nach Europa 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 463-477; M. TAMBURINI, “Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo”, en *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale (Studi in memoria di Mario Giuliano)*, Cedam, Padova, 1989, pp. 869-879; T. TREVES, “Un nuovo labirinto normativo in tema di legge applicabile alla vendita: le vendite ai consumatori”, en *Studi G. Broggin*, Milano, 1997, pp. 561-576; U.M. WEBER-STECHER, *Internationales Konsumvertragsrecht: Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht; (LugÜ, IPRG, EVÜ, EGBGB)*, Zürich, 1997; R.G. WILLHELM, *Verbraucherschutz bei internationalen Fernabsatzverträgen: der Schutz deutscher Verbraucher bei internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen im Fernabsatz unter Berücksichtigung des europäischen Verbraucherschutzes*, Hamburg, 2007; E. ZABALO ESCUDERO, “Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el DIPr.”, *REDI*, 1985, pp. 109-126.

<sup>196</sup> Vid., ad ex., J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Protección de los consumidores y Derecho de los contratos”, *Anuario de Derecho civil*, 47, 2, 1994, pp. 305-324.

2ª) En este último supuesto, algunos sistemas de DIPr. ofrecen también una especial protección a esas categorías de contratantes débiles<sup>197</sup>. No en vano, observaban algunos antiguos autores, el Derecho interno se proyecta sobre el DIPr. como la luz sobre los objetos, que proyecta la silueta de éstos, aunque deformando su figura.

3ª) En tales supuestos –uno de los cuales es el de los contratos concluidos por consumidores–, la libertad de elección de ley podría ser utilizada en perjuicio de la parte contractual más débil: Empresas, empresarios o profesionales concluyen contratos con partes (consumidores, trabajadores) que no disponen del mismo *poder de negociación (bargaining power)*. Dichos contratos son, en realidad, *contratos de adhesión*: la intervención de la parte más débil se reduce, en la mayoría de las ocasiones, a la facultad de asentir, sin introducir modificaciones de relieve, o abstenerse de contratar. Entre las cláusulas del contrato a las que se somete, figura la *cláusula de elección de ley*. De ordinario, la *ley elegida* no es más que la *ley impuesta* al consumidor (o trabajador), si quiere contratar (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>198</sup>. Si esto fuera así, la justicia contractual saldría malparada.

4ª) Para impedirlo, caben varios métodos:

1º) Se puede recurrir a las denominadas *leyes de policía* (normas internacionalmente imperativas, normas de aplicación inmediata, normas de aplicación necesaria...): Éste método consiste, en esencia, en aplicar las normas materiales del foro (la *lex fori*) previstas para los supuestos internos también a los supuestos internacionales. Dicho con otros términos, las disposiciones imperativas de Derecho interno protectoras de los consumidores serían aplicables también a las situaciones privadas internacionales de las que conocieran las autoridades o tribunales estatales. Existiría una estrecha correlación entre *fórum* y *ius*: Si existen razones para que dichas autoridades estatales se consideren competentes, también las habrá para que se apliquen sus normas. Ahora bien, como se ha señalado, “este remedio es inadecuado a una vasta escala: supone prácticamente la intervención de un juez, no se aplica más que a disposiciones puntuales y depende de la aplicación de diferentes factores” (B. AUDIT)<sup>199</sup>.

2º) Se pueden dictar *normas de conflicto especiales* que acojan la autonomía de la voluntad conflictual *ad cautelam*; es decir, que ésta sólo sea posible cuando no prive a la parte contractualmente más débil de la protección jurídica que le hubiera dado el ordenamiento jurídico objetivamente aplicable en defecto de autonomía de la voluntad, del Estado de su residencia habitual o del Estado del lugar de ejecución del contrato de trabajo. Por consiguiente, la autonomía de la voluntad conflictual –que es la regla general para los contratos internacionales– sigue siendo la conexión principal para estos tipos contractuales. No se trata de suprimirla, sino de permitir que se recurra a ella a favor de disposiciones más favorables para las personas protegidas (= que la autonomía conflictual no se emplee para “vaciar” el *ius cogens* protector de la parte contractual más débil en cada uno de estos sectores sociales). Es, en todo caso, una *protección conflictual* y no una *protección sustancial*: las concretas normas protectoras se encontrarán en la correspondiente *lex causae*. *Ejemplo*: El art. 6 Reg. Roma I presume, aunque admite prueba en contrario, que la elección de ley en un contrato internacional de consumo tiene como finalidad privar al consumidor de los beneficios que le atribuyen las normas imperativas del país en que tiene su residencia habitual (considerando 1 Reg. Roma I): sólo admite, por tanto, la autonomía de la voluntad conflictual, cuando ésta no perjudica a los derechos reconocidos en las disposiciones legislativas de su Estado de residencia habitual<sup>200</sup>.

<sup>197</sup> A. FERRER CORREIA, “La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais”, en *Droit international et droit communautaire*, Paris, 1991, pp. 97-133; B. VON HOFFMANN, “Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen”, *Rabels Z.*, 1974, pp. 396-420; M. KELLER, “Schutz des Schwächeren im internationalen Vertragsrecht”, en *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Zürich, 1983, pp. 175-188; J. KROPHOLLER, “Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei”, *Rabels Z.*, 1978, pp. 634-661; F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflit des lois)*, Bruxelles, 1995; P. MAYER, “La protection de la partie faible en droit international privé”, en J. GHESTIN/M. FONTAINE (Dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belge*, Paris, 1966, pp. 513-552; I. PINGEL, “La protection de la partie faible en droit international privé (Du salarié au consommateur)”, *Droit Social*, 1986, pp. 133-139; F. POCAR, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *RCADI*, 1984, vol. 188, pp. 339-418.

<sup>198</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>199</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 694.

<sup>200</sup> Técnicamente, pues, como ha observado P. BERTOLI, “Il ruolo della Corte di giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento ‘Roma I’”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento ‘Roma I’. Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 9-29, concr. pp. 19-20, no se trata de una *norma de conflicto materialmente orientada*; puesto que no pretende la aplicación de la ley más favorable al consumidor, sino evitar que, mediante el *pactum de lege utenda*, se debilite la posición del consumidor.



Ni el Convenio de Roma de 1980 ni el Reg. Roma I ofrecen una definición de parte débil: aunque, de ordinario, se piensa en el trabajador o el consumidor, la cuestión se plantea también a propósito de los prestatarios, arrendatarios, los avalistas o fiadores ocasionales, el profesional en un contrato de dependencia o, incluso, el asegurado<sup>201</sup>. Pero la ausencia de una definición genérica de la categoría jurídica no impide que el concepto de “parte débil” –al menos de la noción de “parte (o contratante) débil” jurídicamente relevante para esta normativa– se infiera fácilmente de sus textos articulados. El Convenio de Roma de 1980 dispuso reglas particulares para dos tipos de contratos (los contratos celebrados por los consumidores [art. 5] y los contratos individuales de trabajo [art. 6]). Por el contrario, el Reg. Roma I ha previsto soluciones particulares para *cuatro supuestos particulares*: los contratos de transporte (art. 5 Reg. Roma I), los contratos de consumo (art. 6 Reg. Roma I), los contratos de seguro (art. 7 Reg. Roma I) y los contratos individuales de trabajo (art. 8 Reg. Roma I)<sup>202</sup>.

**65.** Una de las características de nuestro tiempo es la importancia creciente de los contratos internacionales de consumo concluidos a través de internet (los denominados *contratos B2C*)<sup>203</sup>. Con respecto a ellos, deben quedar claras dos cuestiones distintas, aunque relacionadas. Primera: Una vez que comience a aplicarse el Reg. Roma I, la determinación de la ley aplicable a los mismos se realizará conforme al art. 6 Reg. Roma I. Existen buenas razones para ello: Ni la Directiva comunitaria sobre comercio electrónico en el Mercado interior (art. 1.4 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 junio 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el Mercado interior [Directiva sobre el comercio electrónico], DO L 178 de 17 julio 2000) ni las Directivas comunitarias sobre protección de consumidores ni la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ([art. 26 LSSI], BOE nº 166 de 12 julio 2002 y corr. errores BOE nº 187 de 6 agosto 2002) regulan la cuestión de la ley aplicable a los contratos B2C (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>204</sup>. Segunda: Pese a su importancia, ni el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ni su heredero, el Reg. Roma I, contienen normas de conflicto específicas para los contratos B2C.

## 2. Ámbito de aplicación del art. 6 Reg. Roma I.

**66.** En dicho precepto se define a este *tipo de contrato* como “el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, siempre que el profesional: /a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o /b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera incluido en el ámbito de dichas actividades” (art. 6.1 Reg. Roma I).

Cuando no se reúnan estos requisitos, la ley aplicable se determinará conforme a las reglas generales del Reg. Roma I (arts. 3 y 4) (art. 6.4 Reg. Roma I). En definitiva, la norma de conflicto especial para los contratos internacionales de consumidores sólo regula aquellos contratos que reúnen ciertas *condiciones*, que la mejor doctrina, considera *subjetivas, materiales y espaciales* (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>205</sup>. Faltando cualquiera de ellas, la cuestión de la determinación de la ley aplicable al contrato internacional se resuelve conforme a las normas de conflicto generales del Reg. Roma I.

### A) Condiciones subjetivas.

**67.** El art. 6.1 Reg. Roma I fija el *ámbito subjetivo o personal de aplicación* del régimen especial

<sup>201</sup> Vid. H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 30.

<sup>202</sup> Vid. O. BOSKOVIC, “La protection de la partie faible dans le règlement ‘Rome I’”, *D.*, 2008, pp. 2175-2179.

<sup>203</sup> Sobre las diversas modalidades de la contratación internacional *on line*, incluidos los contratos B2C, *vid., per omnia*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Internet”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª ed., Granada, 2008, pp. 749-799 y bibliografía allí indicada.

<sup>204</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>205</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

para los contratos internacionales de consumidores (*personal scope of application, persönlicher Anwendungsbereich*): Determina así cuáles son los contratos de consumidores que se someten a la norma especial para este tipo de contratos y no a las normas generales para los demás contratos dispuestas por el Reg. Roma I. Para ello, sigue el camino trazado por el art. 15.1 del Reglamento 44/2001 y la jurisprudencia comunitaria dictada en su aplicación<sup>206</sup>. Es perfectamente coherente con ellos: El art. 6.1 Reg. Roma I sólo es aplicable a los contratos entre consumidores y empresarios (= *Anwendbarkeit auf Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern*) (*ad ex.*, S. LEIBLE/M. LEHMANN, D. SOLOMON)<sup>207</sup>. En cualquier caso, aclara importantes cuestiones. Cuatro de ellas tienen que ver con la figura del consumidor. Otra se refiere a la figura del profesional que contrata con el consumidor:

**68.** 1ª) El consumidor (*consumer, consommateur, Verbraucher*) es, en todo caso, una “persona física”<sup>208</sup>. Esta solución del Reg. Roma I al viejo problema del ámbito subjetivo de la noción de consumidor viene avalada por dos ideas fundamentales. Primera: La noción de consumidor empleada por el art. 6.1 Reg. Roma I no es esencialmente distinta de la utilizada por las Directivas comunitarias dictadas en protección del consumidor: las instituciones comunitarias podrán ser muchas cosas, pero no tildadas de “jurídicamente esquizofrénicas”. Dicho con otros términos, existía ya un precedente en este sentido: la STJCE 22 noviembre 2001, *Cape Snc y OMAI Srl*, C-541/99 y C-542/99, *Rec.*, p. I-9049, apartados 16 y 17, declaró que la noción de consumidor, tal como era definida por la Directiva 93/13/CEE, debía ser interpretada en el sentido de que se refería exclusivamente a las persona físicas (= una sociedad, en el caso de que se trataba, no podía ser considerada un consumidor)<sup>209</sup>. Segunda: La orientación acogida por el propio TJCE y las instituciones comunitarias acoge la idea –como ha subrayado G. PIZZOLANTE– de que “la diversificación entre actividades profesionales y extraprofesionales sólo puede tener sentido con referencia a las personas físicas, dada la imposibilidad en *re ipsa* de que una persona jurídica obre para fines no vinculados a su propio estatuto”<sup>210</sup>.

No cabe invocar el régimen jurídico previsto para los consumidores a favor de las pequeñas y medianas empresas. *Ejemplo*: en el pasado, la jurisprudencia francesa admitió que se aplicase la Ley de 10 enero 1978 sobre la protección e información de los consumidores de productos y servicios a una sociedad, que ejercía actividades económicas como agencia inmobiliaria, que contrató un sistema de alarma destinado a proteger sus locales (sentencia de la Corte de casación de 28 abril 1987)<sup>211</sup>. Esta interpretación iría contra el tenor literal del art. 6.1 Reg. Roma I, que se refiere a los contratos de consumo como contratos celebrados “por una persona física”. Tampoco cabe la analogía; puesto que se trata de una disposición especial dentro del sistema previsto por el Reg. Roma I y las disposiciones jurídicas de esta naturaleza deben interpretarse siempre con carácter restrictivo. Por consiguiente, dado que las personas

<sup>206</sup> Se trata de la STJCE 21 junio 1978, *Bertrand/Ott*, C-150/77; STJCE 19 enero 1993, *Shearson Lehman Hutton/T.V.B.*, C-89/91; STJCE 15 septiembre 1994, *Wolfgang Brenner y otros/Dean Witter Reynolds Inc.*, C-318/93; STJCE 3 julio 1997, *F. Benincasa y Dentalkit s.r.l.*, C-269/95; STJCE 27 abril 1999, *Hans-Hermann Mietz/ Intership Yachting Sneek BV.*, C-99/96; STJCE 11 julio 2002, *Rudolf Gabriell*, C-96/00; STJCE 20 enero 2005, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, C-464/01. *Vid.*, *per omnia*, P.A. NIELSEN, “Article 15”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels I Regulation*, München, 2007, pp. 306-319.

<sup>207</sup> S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, *concr.* pp. 536-537; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 93-94.

<sup>208</sup> *Vid.*, *ad ex.*, F. DENKINGER, *Der Verbraucherbegriff: eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa*, Berlin, 2007; E.H. HONDIUS, “The notion of consumer: European Union versus Member States”, *The Sidney Law Review*, 28, 1, 2006, pp. 89-98; D. MARTINY, “Verbraucherverträge”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 645-703, *concr.* pp. 662-664; M.L. ULTSCH, *Der einheitliche Verbraucherbegriff: §§ 13, 14 BGB: nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben*, Baden-Baden, 2006; K.-U. WIEDENMANN, *Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht: eine Untersuchung zur Störung der Vertragsparität im Verbraucher-Unternehmer-Verhältnis und den Instrumenten zu deren Kompensation*, Frankfurt am Main, 2004.

<sup>209</sup> *Vid.* JCP, G, 2002, II, p. 10047, con nota de G. PAISANT, y D., 2002, p. 2929, con nota de J.-P. PIZZIO.

<sup>210</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3, nota 16.

<sup>211</sup> *Rev.trim.dr.civ.*, 1987, p. 537, con nota de J. MESTRE.

jurídicas no pueden ser consumidores, los contratos concluidos entre un profesional (persona física o jurídica) y una persona jurídica a la que ofrece sus bienes o servicios están excluidos del art. 6 Reg. Roma I (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>212</sup>.

La solución finalmente acogida por el Reg. Roma I no gustará a los que, durante todos estos años, han denunciado que las personas jurídicas se pueden encontrar en una situación de debilidad contractual muy semejante a la de las personas físicas, ya se trate de pequeñas y medianas empresas o de organizaciones sin ánimo de lucro como, *ad ex.*, fundaciones, asociaciones y ONGs<sup>213</sup>. En palabras de una prestigiosa jurista italiana, “[I]a definición de consumidor interpretada en los términos indicados comporta la negativa consecuencia de que la aplicación de las normas protectoras contemple sólo el último eslabón de la cadena económica, dejando privados de tutela a los sujetos operantes en los estadios precedentes” (G. PIZZOLANTE)<sup>214</sup>.

69. 2ª) Para que dicha persona física sea considerada consumidor, debe obrar fuera de su marco profesional: concluye el contrato “para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional” –expresión tomada del art. 5.1 del Convenio de Roma de 1980–. *Ejemplo 1*: No se considera consumidor al médico que adquiere un ordenador para su consulta; mientras que sí lo será si lo adquiere para su domicilio privado<sup>215</sup>. *Ejemplo 2*: Es un consumidor el médico que confía a un agente autorizado la conclusión de contratos bursátiles (sentencia OLG Düsseldorf 26 mayo 1995)<sup>216</sup>. La precisión es importante; porque aclara varios datos: a) Este requisito –como ha puesto de relieve G. PIZZOLANTE– no se confunde con la intención del consumidor, sino que equivale al uso y al destino al que, de ordinario, está predisposto: para ello, deberá analizarse el tipo de acto realizado, las circunstancias concretas que lo han acompañado y el bien objeto del acto<sup>217</sup>. b) El contrato no será un contrato internacional de consumo si se celebra para atender necesidades profesionales; aunque quien lo concluya no esté familiarizado con el objeto del mismo<sup>218</sup>. Es éste un supuesto al que algún autor se refiere como el del *falso consumidor* (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>219</sup>. c) Obsérvese que, tal como está redactado el art. 6.1 Reg. Roma I, el consumidor es la contraparte contractual del profesional y no el potencial usuario de los bienes o servicios adquiridos que no haya participado directamente en la conclusión del negocio ni los destinatarios de los efectos de tal contrato (familiares, convivientes, empleados domésticos): El Reglamento se aleja así de la jurisprudencia comunitaria, según la cual el consumidor final no es necesariamente aquel

<sup>212</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa. Digamos que “contratante débil” es sólo aquel, como el consumidor o el trabajador, al que el Reg. Roma I reconoce la condición de tal. Por tanto, una persona jurídica, aunque sea una empresa de menos de 10 trabajadores, no puede ser legalmente “consumidor” a los efectos del art. 6 Reg. Roma I. Todo lo anterior no empece el hecho de que, en el comercio internacional, contraten empresas con intereses contrapuestos y con grandes diferencias de poder económico. Por eso se entiende la preocupación de algunos autores, en particular ante la amplitud con que está reconocida la autonomía conflictual (art. 3 Reg. Roma I), por proteger a esas pequeñas empresas, a la parte más débil. Al servicio de esta causa, hay disponibles dos vías. Primera: Un expediente torpe y simplista, propio de un *jurista kamikaze*, dispuesto no sólo a suicidarse profesionalmente, acabando con la poca reputación profesional que pueda tener y llevando a su cliente al sacrificio: considerar “consumidor”, pese a los argumentos anteriormente apuntados, a estas pequeñas empresas a efectos del art. 6 Reg. Roma I. Segunda: apurar los mecanismos que se encuentran en el propio Reg. Roma I (localización de los elementos del contrato en distintos Estados miembros, normas materiales imperativas, normas de conflicto especiales) para construir un cierto *principio tuitivo* que proteja, *ad ex.*, al distribuidor frente al principal o fabricante. Ésta es la vía seguida, con gran finura jurídica, por H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 19-35.

<sup>213</sup> *Vid.*, *ad ex.*, A. DURÁN AYAGO, *Protección de las PYMES en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Barcelona, 2008; G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3.

<sup>214</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3.

<sup>215</sup> S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, *concr.* p. 63.

<sup>216</sup> *RIW*, 1995, p. 769.

<sup>217</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 4.

<sup>218</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 695.

<sup>219</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

que ha adquirido el producto (STJCE 12 octubre 1995, *Piageme/Peeters*, C-85/94, *Rec.*, p. I-2955, apartado 25; STJCE 14 julio 1998, *Goerres*, C-385/96, *Rec.*, p. I-4431, apartado 24)(G. PIZZOLANTE)<sup>220</sup>.

70. 3ª) Es indiferente, por el contrario, que el consumidor al que se refiere el art. 6.1 Reg. Roma I tenga su residencia habitual dentro o fuera de la UE: es una norma de conflicto bilateral independiente de donde tenga su residencia habitual el consumidor (D. SOLOMON)<sup>221</sup>.

En efecto, al afirmar el art. 5.1 de la Propuesta de la Comisión que los contratos de consumo “se regirán por la *ley del Estado miembro* en que el consumidor tenga su residencia habitual”, era evidente que estaba pensado en el consumidor con residencia habitual en un Estado comunitario. Esta exigencia servía tanto para formular una condición de aplicabilidad del supuesto de hecho como para formular el punto de conexión. Desde el punto de vista técnico, el art. 5.1 de la Propuesta de la Comisión era una *norma de conflicto bilateral incompleta* o, lo que es lo mismo, una *norma de conflicto multilateral incompleta*: “Habría podido remitir al derecho de muchos Estados, pero sólo a aquellos que fuesen miembros del Reglamento” (S. LEIBLE)<sup>222</sup>. *Ejemplo*: De acuerdo con los criterios generales del Reg. Roma I, si un consumidor con residencia habitual en Turquía hubiera contratado con una empresa alemana, Quelle, a través de la página [www.quelle.de](http://www.quelle.de), la consuecencia hubiera sido, por un lado, la inaplicabilidad de la norma de conflicto especial para los contratos internacionales de consumidores y, por otro, la licitud de una elección del Derecho aplicable al contrato, sin limitación alguna, o, en su defecto, la aplicación de la ley del vendedor (arts. 3 y 4 Reg. Roma I)<sup>223</sup>.

En contra del art. 5.1 de la Propuesta de la Comisión y de los resultados a los que conducía, la doctrina defendió su conversión en una *norma de conflicto bilateral perfecta* –que, como finalmente ha ocurrido, prescindiese de la exigencia de que la residencia habitual del consumidor fuese intracomunitaria– y, para ello, formuló *varias críticas* (K. BITTERICH, E.-M. KIENINGER, P. LAGARDE, S. LEIBLE, O. LANDO/P.A. NIELSEN, P. MANKOWSKI, D. SOLOMON): a) No era coherente con el Reg. Roma I, que es una normativa *erga omnes* (= designa la ley aplicable, aunque sea la de un tercer Estado). b) La norma de conflicto especial para contratos de trabajo (otro supuesto con una parte contractual débil) operaba aunque el lugar de cumplimiento del contrato estuviese dentro o fuera del territorio de la UE –lo que, como es obvio, sembraba la duda de la razón para que los contratos con consumidores fuesen una excepción–. c) En realidad, existía la sospecha de que se trataba de un *error importado (Fehlimport)* (P. MANKOWSKI) del art. 16 del Reg. 44/2001, que presupone que el consumidor tiene su residencia habitual en un Estado miembro; pero lo que puede tener sentido en una norma de competencia judicial internacional, en cambio, puede carecer de él, tratándose de una norma de competencia legislativa<sup>224</sup>. d) Olvidaba que el consumidor es una parte contractualmente débil, necesitada de protección por una norma de conflicto bilateral, al margen de cuál sea el país de su residencia habitual<sup>225</sup>. Con su desaparición del texto del Reg. Roma I finalmente aprobado, luce con claridad meridiana la idea de que la norma de conflicto especial para los contratos concluidos por consumidores protege a éstos, aunque tengan su residencia habitual en un Estado extracomunitario (G. PIZZOLANTE)<sup>226</sup>. Dicho con otros términos, ha desaparecido del

<sup>220</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3.

<sup>221</sup> D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, p. 94.

<sup>222</sup> S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 19.

<sup>223</sup> S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 19.

<sup>224</sup> P. MANKOWSKI, “Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 2006, 2, pp. 101-114, concr. p. 106.

<sup>225</sup> Sobre todos estos argumentos, *vid.*, *ad ex.*, K. BITTERICH, “Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Schutzstandards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung”, *RIW*, 2006, pp. 262-270, concr. p. 267; E.-M. KIENINGER, “Der Rom I-Vorschlag: Eine geglückte Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?”, *ZEuP*, 2007, pp. 22-27, concr. p. 26; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349, concr. p. 342; S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, pp. 19-20; O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Proposal”, *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 29-51, concr. p. 40; P. MANKOWSKI, “Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung: Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?”, *ZVglRW*, 2006, pp. 120-163, concr. pp. 160 y ss.; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 94-96.

<sup>226</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 2.

texto finalmente aprobado lo que no era más que una exigencia de “eurocentrismo injustificado” (*eurocentrisme injustifié*) (H. KENFACK)<sup>227</sup>.

71. 4ª) Al igual que la *mujer del César* no sólo debe ser honesta, sino también parecerlo, el consumidor no sólo debe serlo, para beneficiarse del art. 6 Reg. Roma I, sino que tiene que parecerlo: el contrato debe haberse celebrado para un uso “que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional” (= reconocibilidad por el profesional o empresario [*Erkennbarkeit für den Unternehmer*]) (D. SOLOMON)<sup>228</sup>. Es éste un supuesto distinto al anterior. Se trata de la hipótesis del *consumidor oculto* (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>229</sup>. Ésta queda excluida del art. 6 Reg. Roma I mediante una *cláusula de protección* (*Schutzklausel*) (P. MANKOWSKI)<sup>230</sup>. Dicha cláusula es semejante a la que emplea el art. 120 de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987. *Justificación*: No es razonable exigirle al profesional que contrata con un consumidor que se ajuste a la normativa específica para éste, si la parte contractualmente más débil se presenta ante los demás como si fuera un empresario o profesional. Es razonable, en cambio, exigirle que, si se presenta con una falsa apariencia en el tráfico jurídico, se atenga a sus consecuencias.

72. Un problema que se puede presentar en la práctica es el de los denominados *actos mixtos, contratos mixtos o contratos con doble finalidad* (*mixed contracts*) (P. MANKOWSKI)<sup>231</sup>. Cabe, en efecto, preguntarse cuál es el régimen jurídico al que deberán someterse aquellos contratos que se celebren para satisfacer tanto necesidades profesionales como personales: si el régimen general previsto para los contratos internacionales (arts. 3 y 4 Reg. Roma I) o si el régimen especial dispuesto para los contratos internacionales de consumidores (art. 6 Reg. Roma I). No es, en absoluto, un problema nuevo: a) Ya la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980, que excluye de su ámbito de aplicación a las compraventas de consumidores, resolvió dicho problema, señalando que sus disposiciones no se aplicarían a las compraventas “de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso” (art. 2, letra a), Convención de Viena de 1980). b) En el ámbito de la competencia judicial internacional, la jurisprudencia comunitaria considera que tales contratos son contratos concluidos por consumidores salvo que el uso profesional resulte absolutamente marginal e insignificante en el contexto global de la operación<sup>232</sup>. Por consiguiente, en tanto no se encuentre un criterio interpretativo mejor, cabrá entender que el criterio determinante para resolver la cuestión será la finalidad principal a la que se destine el bien adquirido. En la práctica, desde el punto de vista probatorio, puede ser decisivo el modo en que el adquirente del bien o el beneficiario del servicio se dirija al vendedor o proveedor. *Ejemplo 1*: Quien adquiera un ordenador para uso familiar y también profesional en un pequeño negocio no podrá invocar la protección del art. 6 Reg. Roma I, si presentó una solicitud a un distribuidor en papel parcialmente impreso con los datos profesionales de su empresa<sup>233</sup>. *Ejemplo 2*: El farmacéutico que adquiera un automóvil para uso particular y/o profesional (servicio a domicilio de medicamentos) no podrá beneficiarse de las ventajas reconocidas a los consumidores, si al distribuidor le exigió, al tiempo de conclusión del contrato, las ventajas privativas de los industriales (*ad ex.*, Plan Renove Industrial).

Desde otra perspectiva de examen, la jurista italiana G. PIZZOLANTE ha defendido esta misma conclusión: Por un lado, ha recordado que los bienes objeto del contrato pueden ser de tres tipos: bienes instrumentales a la actividad comercial o profesional, bienes necesariamente de consumo y bienes promiscuos (= aquellos que pueden ser utilizados o no con fines estrictamente comerciales o profesionales); por otro, ha subrayado que la expresión “uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o pro-

<sup>227</sup> Vid. H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 31, nota 126.

<sup>228</sup> D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 102-103.

<sup>229</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>230</sup> Claramente a favor de esta cláusula, P. MANKOWSKI, “Art. 5 des Vorschlags...”, pp. 120-163, concr. pp. 136-139.

<sup>231</sup> P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 139.

<sup>232</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª ed., Granada, 2008, p. 564.

<sup>233</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 695.

fesional” no significa que el destino del bien objeto del contrato sea *exclusivamente* el de un uso personal o familiar (= *zona límite* serían los actos realizados por el consumidor persona física en parte con fines profesionales o empresariales y en parte con fines personales o familiares, que deberían calificarse *a posteriori* que incluiría en la normativa proteccionista los contratos en que fuese prevalente el “uso no profesional”)<sup>234</sup>.

73. 4ª) Para que exista un contrato de consumo, a efectos del art. 6 Reg. Roma I, es necesario que el consumidor contrate con un “profesional” que, además, debe obrar “en el ejercicio de su actividad comercial o profesional”: un contrato internacional celebrado entre particulares (*ad ex.*, la venta de un automóvil de segunda mano) no es subsumible en el art. 6 Reg. Roma I, dado que no cabe presumir que ninguno de los contratantes sea una “parte débil” con respecto al otro. Otra cosa sería si hubiese un “profesional”. Dado que se trata de una expresión utilizada por una norma jurídica comunitaria para definir a uno de los dos sujetos de la relación jurídica obligacional y que su significado podría variar según el Estado miembro de que se trate, debiera considerarse un *concepto propio* del Reg. Roma I<sup>235</sup>. Como consecuencia de ello, debiera interpretarse de manera uniforme y no conforme al significado que pueda tener en una concreta legislación estatal (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>236</sup>. Por otra parte, el art. 6 Reg. Roma I no exige, para que se considere un profesional que ejerce una actividad comercial o profesional, ni que se trate de una persona jurídica ni que esté inscrito en ningún Registro público de comerciantes o sociedades. Como consecuencia de todo ello, “debe considerarse ‘profesional’ tanto a la persona física como a la jurídica, sea pública o privada, que utiliza el contrato en el ejercicio de su actividad comercial o profesional” (G. PIZZOLANTE)<sup>237</sup>.

El hecho de que el profesional debe obrar “en el ejercicio de su actividad comercial o profesional” supone que debe existir un “nexo de causalidad entre la actividad del profesional dirigida hacia el Estado del consumidor y el contrato concluido entre este profesional y el consumidor” (P. LAGARDE)<sup>238</sup>. *Ejemplo*: Un portugués con residencia habitual en Portugal que se traslade a Madrid para comprar en un establecimiento de *El Corte Inglés* no puede pretender que se le aplique la ley de su país de origen por el mero hecho de que la empresa española tenga allí una filial que vende los mismos productos<sup>239</sup>.

74. Como consecuencia de todo lo anterior, caen bajo el ámbito de aplicación del art. 6 Reg. Roma I sólo los contratos entre empresas y consumidores –poco importa, a estos efectos, que la iniciativa económica u oferta corresponda a la empresas (B2C) o, algo mucho menos frecuente, al consumidor (C2B)–; mientras que, por el contrario, escapan a su ámbito de aplicación los contratos entre consumidores (C2B): Se trata de una regulación “nada espectacular, pero, sin duda, llena de sentido” (D. SOLOMON)<sup>240</sup>.

## B) Condiciones objetivas.

75. El Convenio de Roma de 1980 sólo consideraba contratos celebrados por los consumidores los que tuviesen “por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios [...], así como a

<sup>234</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 4.

<sup>235</sup> Sobre la distinción entre *conceptos propios, amplios, compartidos y externos* a efectos de calificación, así como la calificación de los términos empleados por Convenios o, en general, instrumentos internacionales, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 9ª ed., Granada, 2008, pp. 261-264 y 269-271.

<sup>236</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>237</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 4.

<sup>238</sup> P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727-780, *concr.* p. 744.

<sup>239</sup> El ejemplo es de F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, profesor español y miembro de la delegación española que negoció el texto del Reg. Roma I. Así lo reconocen los profesores que utilizan este ejemplo: P. MANKOWSKI, “Muss zwischen ausgerichteter Tätigkeit und konkretem Vertrag bei Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ein Zusammenhang bestehen?”, *IPRax*, 2008, pp. 333-339, *concr.* pp. 336-337, y P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727-780, *concr.* pp. 745-746.

<sup>240</sup> D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, p. 94.

los contratos destinados a la financiación de tales suministros” (art. 5.1 Convenio de Roma de 1980) (*contracts for the supply of goods and services*). El Convenio de Roma, por tanto, partía de un *principio minimalista*: Se establecía un régimen especial para protección del consumidor que se circunscribía a un “catálogo cerrado de contratos” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>241</sup>. Esto suponía, en la práctica, la exclusión del art. 5.1 del Convenio de Roma de importantes contratos internacionales de consumidores como los contratos de *time-sharing*, que tienen bienes inmuebles por objeto, o de licencia o venta de *copyright*, cuyo objeto es un bien inmaterial.

76. El Reg. Roma I ha renunciado a esta definición, sin dejar de mantener un régimen especial para proteger a los consumidores en la contratación internacional. En su lugar, el art. 6 Reg. Roma I parte de un *principio maximalista*: El art. 6 Reg. Roma I regula, básicamente, todo contrato internacional entre una empresa o profesional y un consumidor (*material scope of application, sachlicher Anwendungsreich*) (= *in principle all kinds of contracts*)<sup>242</sup>. Se trata del “cambio más importante y más sustancial” que se ha realizado con respecto a la clase de contratos cubiertos por el art. 6 Reg. Roma I (P. MANKOWSKI)<sup>243</sup>. Contratos como el de *time-sharing* o de licencia o venta de *copyright*, por consiguiente, están comprendidos, en la actualidad, en su ámbito material de aplicación. Tratándose de comercio electrónico, se cuestionó si el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 se refería exclusivamente a la adquisición de software, libros, música o películas en disquetes, CDs o DVDs o si también abarcaba dicha adquisición cuando se realizaba a través de descarga directa: gracias al Reg. Roma I, luce con claridad meridiana la idea de que la normativa de protección de consumidores se aplica a todos los supuestos anteriores y resulta, por tanto, indiferente si el consumidor adquiere un disquete, CD o DVD o copia directamente el software, libro, música o película adquiridos al disco duro de su ordenador (S. LEIBLE/M. LEHMANN)<sup>244</sup>. Por último, con el art. 6 Reg. Roma I, carece de sentido la discusión de si éste protege a los consumidores cuando concluyen contratos que tienen por objeto un préstamo sin un propósito financiero definido (los denominados *independent loans*), la financiación de la adquisición de bienes inmuebles, un crédito al consumo o una licencia sobre derechos de propiedad industrial o comercial<sup>245</sup>.

77. De este régimen jurídico especial para contratos internacionales de consumo están excluidos algunos contratos, pese a que se refieren a las relaciones entre un consumidor y un profesional (art. 6.4 Reg. Roma I). Los contratos excluidos se someten al régimen general previsto por el Reg. Roma I (en particular, los arts. 3, 4 y 9) o bien a un régimen jurídico especial que no se encuentra en el Reglamento. El art. 6.4 Reg. Roma I dispone *cinco excepciones*: sólo las dos primeras existían ya en el Convenio de Roma de 1980; las otras tres son nuevas (O. LANDO/P.A. NIELSEN)<sup>246</sup>. Se trata de los siguientes tipos de contratos:

78. 1º) Los contratos de prestación de servicios, cuando deban prestarse al consumidor exclusivamente en un país distinto de su residencia habitual (art. 6.4, letra a], Reg. Roma I) (*supply of services exclusively in another country than in which the consumer has his habitual residence, Ausnahme reiner Auslandsdienstleistungen*) (P. MANKOWSKI, D. SOLOMON)<sup>247</sup>. Queda así excluido de la protección al consumidor el viajero que contrata en su país, antes de un viaje al extranjero, el hotel y otras prestaciones (excursiones), el estudiante que contrata un curso de enseñanza de idiomas en el extranjero o el deportista que concluye un contrato relativo a actividades de ocio, como el buceo o el alpinismo (B. AUDIT, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>248</sup>.

<sup>241</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>242</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas, 15 diciembre 2005, COM (2005) 650 final. *Vid.* S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, concur. p. 537; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 96-97.

<sup>243</sup> P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 123.

<sup>244</sup> S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom I”)”, *RIW*, 8, 2008, pp. 528-544, concur. p. 537.

<sup>245</sup> *Vid.* P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 123-125 y bibliografía allí indicada.

<sup>246</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concur. pp. 1709-1710.

<sup>247</sup> P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 156-158; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 103-105.

<sup>248</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 695; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

La exclusión de este tipo de contratos se explica por la concurrencia de dos causas (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ): a') Son contratos que se ejecutan íntegramente en el territorio de un Estado que no es el de la residencia habitual del consumidor. En muchos casos, es, además, el país en el que se encuentra la sede del profesional. El hecho de que la conclusión del contrato pueda haber sido precedida por el lanzamiento de publicidad en el país originario del consumidor no altera la naturaleza de las cosas; b') Con este tipo de contratos, las empresas atienden a clientes de muchos y muy diferentes países. Admitir que se pudiera aplicarles la legislación del Estado de residencia habitual de cada uno de ellos supondría que las empresas tendrían que desplegar un esfuerzo enorme para informarse del contenido de todos esos ordenamientos jurídicos y esto incrementaría enormemente los costes de dichas empresas. Dado que lo repercutirían anticipadamente sobre el precio cobrado al consumidor, éste, a la postre, saldría perjudicado<sup>249</sup>. Por otra parte, concluyendo el mismo contrato, los diferentes consumidores gozarían de un régimen no uniforme de protección: ésta dependería del Estado de su residencia habitual. Ninguna de estas dos consecuencias parece deseable<sup>250</sup>.

Como resultado de la exclusión del art. 6 Reg. Roma I, a estos contratos se les aplican las normas generales: en consecuencia, se verán sometidos a la ley elegida por las partes (art. 3 Reg. Roma I) y, en su defecto, a la ley del Estado de residencia habitual del profesional (art. 4 Reg. Roma I). Como existe la posibilidad de que el empresario imponga al consumidor una ley mucho más favorable a sus intereses, un sector de la doctrina se ha apresurado a sugerir la conveniencia de que, a través de un desarrollo judicial del art. 6 Reg. Roma I, en este tipo de contratos, se considere que la ley competente no puede ser otra que la del Estado donde se prestan íntegramente los servicios (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>251</sup>.

**79. 2º)** Los contratos de transporte distintos de los viajes combinados (en el sentido de la Directiva 90/314/CEE del Consejo de 13 junio 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados) (art. 6.4, letra b], Reg. Roma I) (*contracts of carriage other than package travel, Ausnahme von Beförderungsverträgen*) (P. MANKOWSKI, D. SOLOMON)<sup>252</sup>. Según este criterio, los viajes combinados (*package tours*) se regirían por el art. 6 Reg. Roma I: la protección dispensada a los contratos internacionales de consumidores alcanzaría a contratos en los que, a cambio de un precio global, se ofrecen servicios de transporte y alojamiento. Por el contrario, quedarían fuera los contratos de transporte de los que se ocupa el art. 5 Reg. Roma I<sup>253</sup>.

**80. 3º)** Los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (conforme a la Directiva 94/47/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 octubre 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) (art. 6.4, letra c], Reg. Roma I) (*tenancy agreements, contracts relating to a right in rem in immovable property, Ausnahme von Immobilienverträgen*) (P. MANKOWSKI, D. SOLOMON)<sup>254</sup>. Según este criterio, están excluidos del art. 6 Reg. Roma I tres tipos de contratos cuyo objeto es un bien inmueble, con independencia de si su finalidad es personal o profesional: las compraventas de bienes inmuebles, los arrendamientos de bienes inmuebles (sean de corta o larga duración) y los contratos de garantía sobre bienes inmuebles (*ad ex.*, de constitución de hipoteca) (considerando 27 Reg. Roma I). La *ratio* de la exclusión es doble: a') *Económico-jurídica*: Son contratos que presuponen un importante poder adquisitivo por parte de un comprador que no necesita de una especial protección. b') *Conflictual*: Tales contratos se

<sup>249</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

<sup>250</sup> No obstante, en contra de esta excepción, *vid., ad ex.*, S. LEIBLE, "Mercado interior, comercio electrónico...", *concr.* pp. 17-18.

<sup>251</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

<sup>252</sup> P. MANKOWSKI, "Consumer Contracts under Article 6", pp. 153-155; D. SOLOMON, "Verbraucherverträge", pp. 97-98.

<sup>253</sup> En contra de esta excepción, *vid., ad ex.*, S. LEIBLE, "Mercado interior, comercio electrónico...", *concr.* p. 17.

<sup>254</sup> P. MANKOWSKI, "Consumer Contracts under Article 6", pp. 143-149; D. SOLOMON, "Verbraucherverträge", pp. 98-101.



rigen por la ley elegida por las partes (art. 3 Reg. Roma I) o, en su defecto, por la *lex rei sitae* (art. 4.1, letra c], Reg. Roma I). En ninguno de ambos supuestos, se produce la aplicación de una ley imprevisible que pueda sorprender al consumidor (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>255</sup>. Por el contrario, de la protección especial dispensada a los consumidores por el art. 6 Reg. Roma I se benefician los contratos de *time-sharing*, tal como son definidos por la Directiva 94/47/CE, con independencia del país en el que se encuentre el bien inmueble<sup>256</sup>. Existe una buena razón: esta Directiva comunitaria protege el consumidor, siempre que el inmueble esté en territorio comunitario<sup>257</sup>. En la República Federal de Alemania, alguna decisión judicial en la misma línea, consideró que el Convenio de Roma de 1980 era inaplicable, cuando el bien inmueble objeto de multipropiedad se hallaba fuera del territorio comunitario (sentencia BGH 19 marzo 1997)<sup>258</sup>.

**81. 4º)** Están también excluidos, en la medida en que no integren la prestación de un servicio financiero, los “derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisiciones de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva” (art. 6.4, letra d], Reg. Roma I) (*financial contracts*) (P. LAGARDE/A. TENENBAUM, P. MANKOWSKI)<sup>259</sup>. En definitiva, con una redacción demasiado prolija, la exclusión del art. 6 Reg. Roma I se refiere a los contratos sobre adquisición de valores negociables mediante OPA y a contratos relativos a participaciones en organismos de inversión colectiva. Dicho, con otros términos, la excepción se refiere a cualquier clase de valor mobiliario, con excepción de los que constituyen medios de pago, susceptible de ser negociado en los mercados de capitales<sup>260</sup>. Para entender correctamente el *sentido y alcance de la exclusión*, deben tenerse claras estas dos ideas:

1ª) Los servicios financieros, que son prestados por un profesional a un consumidor, entran en el ámbito material de aplicación del art. 6 Reg. Roma I: “A efectos del presente Reglamento, los servicios financieros como servicios y actividades de inversión y servicios accesorios prestados por un profesional a un consumidor, según se menciona en las secciones A y B del anexo I de la Directiva 2004/39/CE y los contratos de venta de participaciones en organismos de inversión colectiva, tengan o no cabida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) [(1) = (1) DO L 375 de 31.12.1985, p. 3. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2008/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 76 de 19.3.2008, p. 42)], deben estar sujetos al artículo 6 del presente Reglamento. En consecuencia, cuando se haga referencia a los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta al

<sup>255</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>256</sup> Sentencia BGH de 26 octubre 1993 (*Treuhandgesellschaft* austríaca que administraba un inmueble en régimen de *time-sharing*), *IPRax*, 1994, p. 449 con nota de W. LORENZ, pp. 429-430, y, en contra, sentencia OLG Düsseldorf de 14 enero 1994, *RIW*, 1994, p. 420 con nota de P. MANKOWSKI.

<sup>257</sup> *Vid., ad ex.*, M. BOHMER, *Das deutsche internationale Privatrecht des Timesharing*, Tübingen, 1993; M.C. DIAS URBANO DE SOUSA, *Das Timesharing an Ferienimmobilien in der EU: eine rechtvergleichende Studie unter Berücksichtigung der Timesharing-Richtlinie (94/47/EG)*, Baden-Baden, 1998; T. HILDENBRAND/A. KAPPUS/G. MÄSCH, *Time-Sharing und Teilzeit-Wohnrechtsgesetz (TzWrG): Handbuch, Kommentar und Leitentscheidungen*, Stuttgart, 1997; U. KELP, *Time-Sharing-Verträge*, Baden-Baden, 2005. Debe tenerse en cuenta que la directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 enero 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 L 33 de 3 febrero 2009) deberá ser transpuesta al Derecho de los Estados miembros antes del 23 febrero 2001. Esta nueva Directiva (art. 12) dispone que: 1º) Cuando la legislación aplicable al contrato de *time-sharing* sea la de un Estado miembro, los derechos que la Directiva otorga al consumidor son irrenunciables. 2º) Cuando la legislación aplicable al contrato de *time-sharing* sea la de un tercer Estado, el consumidor tendrá derecho a la protección que le brinde la Directiva, pero tal como haya sido desarrollada por la legislación del foro, en casos vinculados con la UE; es decir, si: a’) alguno de los inmuebles está situado en el territorio de un Estado miembro; b’) 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.

<sup>258</sup> Texto en *IPRax*, 1998, p. 285, y en *RCDIP*, 1998, pp. 610-631, con nota de P. LAGARDE.

<sup>259</sup> *Vid.* P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727-780, conr. pp. 748-759; P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 149-153.

<sup>260</sup> *Vid.* M.C. VILLATA, *Gli strumenti finanziari nel diritto internazionale privato*, Padova, 2008.

público o las ofertas públicas de emisión de valores negociables, y a la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, estas referencias deben incluir todos los aspectos que sean vinculantes para el emisor o el oferente, pero no aquellos aspectos relacionados con la prestación de servicios financieros” (considerando 26 Reg. Roma I). Por consiguiente, los contratos relativos a tales servicios se regirán por la autonomía de la voluntad en los términos que veremos más adelante y, en su defecto, por la ley del país de residencia habitual del consumidor o cliente de dichos servicios financieros<sup>261</sup>.

2ª) Los que sí están excluidos del ámbito material de aplicación del art. 6 Reg. Roma I son los contratos sobre adquisición de valores negociables mediante OPA y los contratos relativos a participaciones en organismos de inversión colectiva (valores negociables, futuros, opciones, contratos de permuta financiera [*swaps*] y análogos) (*the so-called MIFID-contracts*) (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, P. LAGARDE/A. TENENBAUM, O. LANDO/P.A. NIELSEN, G. PIZZOLANTE)<sup>262</sup>. Existe una buena razón para ello: La conexión elegida para los contratos internacionales de consumidores (país de residencia habitual del consumidor) es desafortunada para este tipo de operaciones, en el que resulta necesaria tanto “la uniformidad en los términos y condiciones de una emisión o de una oferta” (considerando 28 Reg. Roma I), que no sería posible, si quedaran sujetas a la ley de residencia habitual de cada uno de los consumidores que suscribiese o adquiriese títulos, como el que “todos los aspectos contractuales importantes de una oferta que sean vinculantes para el emisor o el oferente estén regidos por una ley única” (considerando 29 Reg. Roma I).

Se ha señalado que la distinción rechina en los supuestos en que el consumidor se relaciona directamente con el emisor de valores o con el fondo de inversión: En tales casos, habrá que diferenciar entre la suscripción –que estará excluida del art. 6 Reg. Roma I– y la venta –que sí estará sometida al art. 6 Reg. Roma I–<sup>263</sup>.

82. 5º) Por último, están también excluidos los contratos concluidos en el seno de un sistema multilateral de compra y venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros (art. 6.4, letra e], Reg. Roma I)<sup>264</sup>. Sería, en efecto, inadecuado que la ley del país de residencia habitual del consumidor pudiera interferir “con las normas aplicables a los contratos concluidos en el marco de esos sistemas o con el operador de dichos sistemas” (considerando 28 Reg. Roma I).

### C) Condiciones espaciales.

83. Para que el consumidor pueda oponer el régimen protector especial del art. 6 Reg. Roma I, es necesario que, además, la otra parte con la que contrata (“el profesional”) sea una persona que “ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual” (art. 6.1, letra a], Reg. Roma I) o “por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de esas actividades” (art. 6.1, letra b], Reg. Roma I). Se trata de *dos exigencias alternativas* que proceden del art. 15.1, letra c], del Reglamento 44/2001, en el que se alude a “cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por

<sup>261</sup> Sentencia OLG Düsseldorf de 14 enero 1994 (actividad de un *broker*), *RIW*, 1994, p. 420 con nota de P. MANKOWSKI.

<sup>262</sup> Las expresiones inglesas *EU MiFID rules* o *MIFID-contracts* aluden a los mercados de instrumentos financieros (*Markets in Financial Instruments*). Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conr. p. 1710; G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, nº 5; L. ZITIELLO, *La MiFID in Italia: la nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari: l’attuazione della direttiva n. 2004/39, il D. lgs. n. 164/2007, i regolamenti Consob e Banca d’Italia di attuazione, il c. d. terzo livello/ a cura di...*, 2ª ed., Torino, 2009.

<sup>263</sup> S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, conr. p. 65.

<sup>264</sup> *Vid.*, ad ex., R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, pp. 384-385.

cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviese comprendido en el marco de dichas actividades”<sup>265</sup>. Este dato no es baladí. Lejos de obedecer a un prurito de erudición, como ha explicado P. MANKOWSKI, tuvo una importancia decisiva ante los intentos de los *grupos de presión (lobbyist)* –en especial, pero no exclusivamente, las empresas comprometidas en el comercio electrónico (un comercio en el que participan empresas tan importantes como Microsoft, Bertelsmann y el Deutsche Bank)– para que no se siguiera la *country of destination rule*: Desde que entró en vigor el art. 15.1, letra c], del Reglamento 44/2001, tales grupos de presión tenían la batalla perdida<sup>266</sup>.

**84.** Desde el punto de vista de las *condiciones espaciales de aplicación (territorial scope of application, räumlich-situativer Anwendungsbereich)*, el régimen jurídico establecido por el art. 6.1 Reg. Roma I puede resumirse en las siguientes ideas fundamentales:

1ª) Para ofrecer la protección especial para el consumidor, el art. 6.1 Reg. Roma I, en el fondo, exige que “concurra algún factor que permita ‘localizar’ total o parcialmente la operación de consumo en el ‘Estado de residencia habitual’ del consumidor” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>267</sup>. Dicho con otros términos, el art. 6.1 Reg. Roma I está diseñado para proteger a un tipo de consumidor: el *consumidor pasivo*. Un consumidor pasivo es aquel al que, en su país, se le dirigen ofertas por parte de empresas y profesionales que o bien operan habitualmente en dicho país, sean o no extranjeros, o bien son empresas y profesionales que, aunque extranjeros, dirigen sus actividades hacia dicho país (*targeted activity criterion*). En estos contratos, la iniciativa corresponde a la empresa o profesional que al realizar la oferta en el país de residencia habitual del consumidor o dirigirla hacia él acepta que desea contratar con consumidores que tienen su residencia habitual en otro país (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>268</sup>. Es perfectamente comprensible que se pueda aplicar la ley del país de residencia habitual del consumidor a tales contratos: es una ley previsible, conectada con el caso, que ahorra costes para ambas partes, y que ha sido implícitamente asumida por la empresa o profesional que voluntaria y conscientemente ha optado por operar o dirigir sus actividades hacia consumidores que se encuentran en otros países. Es irrelevante, a estos efectos, que el consumidor sea consciente o no de que la empresa o profesional que le hace una oferta tenga su sede en el extranjero o esté constituida conforme a las leyes de otro país.

2ª) La aplicabilidad del art. 6.1 Reg. Roma I está subordinada al cumplimiento de *dos condiciones cumulativas*: el criterio del *doing business* o del *stream of commerce* en el país de residencia habitual del consumidor y el criterio de que el contrato esté “comprendido en el ámbito de dichas actividades”. El *carácter cumulativo* de ambas condiciones se apoya en el considerando 24 Reg. Roma I.

3ª) El criterio alternativo del *doing business* “ancla” el contrato en el país donde el consumidor vive. La presencia en dicho país de la empresa o profesional que contrata con el consumidor no requiere un determinado grado de arraigo: puede tratarse de una filial, una sucursal, una agencia, una oficina de ventas, un establecimiento temporal o, incluso, un comercial enviado de propósito al país de residencia del consumidor.

4ª) El criterio alternativo al anterior del *stream of commerce* supone que el contrato ha sido posible; porque, con carácter previo, ha habido una “actividad dirigida” al país de residencia habitual del consumidor (considerando 24 Reg. Roma I). El criterio de la orientación de las actividades hacia un Estado procede del art. 15 R. 44/2001. Es aplicable, sobre todo, a los contratos internacionales de consumidores a través de internet; pero también puede aplicarse a contratos mediante anuncios en prensa, llamadas telefónicas, mensajes SMS, e-mails, etc. El Reg. Roma I acoge la *tesis de la focalización*: No basta que los mensajes comerciales de la empresa o profesional puedan ser captados en un país (*ad ex.*, a través de una página web visible en internet) (= el mero hecho de que

<sup>265</sup> Una consecuencia práctica de esta filogénesis jurídica es la conveniencia de recurrir a la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión sobre el art. 15 del Reglamento 44/2001, si es que se quiere evitar interpretaciones discordantes de la noción de “actividad dirigida”, según se apliquen normas de competencia judicial internacional o normas de competencia legislativa. El texto de esta Declaración común puede consultarse en [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/justciv\\_council/justciv\\_es.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/justciv_council/justciv_es.pdf).

<sup>266</sup> Vid. P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 125-126.

<sup>267</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>268</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

un sitio Internet sea accesible no basta para que el art. 6 Reg. Roma I resulte aplicable [considerando 24 Reg. Roma I]), sino que es preciso que estén “dirigidos” a uno o varios países concretos en que el consumidor tenga su residencia habitual (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO)<sup>269</sup>. Surge, pues, una cuestión interpretativa de gran importancia: cuándo puede considerarse que una actividad comercial está “dirigida” hacia un determinado país. Para contestarla, deben tenerse en cuenta dos datos: a’) El hecho de que, según el considerando 24 Reg. Roma I, “la lengua o divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente”, significa que ni el idioma ni la moneda de pago son por sí mismas, aisladas de cualquier otro elemento, un factor que permita fundar una presunción *iuris et de iure*. *Ejemplo*: El anuncio en inglés de un producto en internet no significa que la empresa anunciante quiera contratar especialmente con los consumidores británicos. b’) Como otras cuestiones de prueba, ésta recaerá sobre el consumidor que invoca la protección especial del art. 6.1 Reg. Roma I y, para ello, podrá apoyarse en un conjunto de indicios, entre los que, además de la moneda o lengua, deben aparecer otros. *Ejemplo*: Si una emisora de televisión por satélite o un servidor de internet situados en Francia emite exclusivamente programas/anuncios en inglés, se refiere, como medio de pago, a la libra esterlina, indica los costes de transporte desde El Havre a puertos ingleses (*shipping and handling*) y anuncia productos que sólo pueden encontrarse en supermercados ingleses, es que quieren “captar”, como clientes, a consumidores británicos.

5ª) El *criterio cumulativo* a cualquiera de los dos anteriores de que el contrato esté “comprendido en el ámbito de dichas actividades” está pensado para proteger a las *empresas multiproductos*. La aplicabilidad del art. 6.1 Reg. Roma I sólo alcanza y, por tanto, protege al consumidor frente a los productos previamente ofertados en su país de residencia habitual. Por el contrario, el art. 6.1 Reg. Roma I no se aplica a los contratos que el consumidor pueda concluir en su propio país de residencia habitual con una empresa que produce diferentes productos, cuando unos hayan sido especialmente ofertados en este país –mediante una “actividad dirigida” al país de residencia habitual del consumidor– y otros no y el contrato se refiera a estos últimos<sup>270</sup>.

### 3. Determinación de la ley aplicable al fondo del contrato: Los puntos de conexión.

85. Este tipo de contratos “se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual [...]” (art. 6.1 Reg. Roma I). Existe, sin embargo, la posibilidad de que las partes elijan una ley distinta, a condición de que esta elección no prive al consumidor de la protección brindada por las normas imperativas de la ley que hubiera sido aplicable en defecto de elección (la ley del Estado de residencia habitual del consumidor) (art. 6.2 Reg. Roma I). “La necesidad de proteger al consumidor –se ha apuntado– conduce a relegar la autonomía de la voluntad a segundo plano”<sup>271</sup>. En realidad, lo que se ha hecho es establecer una conexión principal (la autonomía de la voluntad, aunque limitada) y una conexión subsidiaria (el Estado de residencia habitual del consumidor): Concurriendo las condiciones subjetivas, objetivas y espaciales anteriormente expuestas, el contrato internacional de consumo se rige por la ley elegida por las partes, siempre que se cumplan determinados requisitos, y, a falta de dicha elección, por la ley del Estado en el que el consumidor tenga su residencia habitual<sup>272</sup>.

<sup>269</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I”*. *Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8, concr. p. 6.

<sup>270</sup> En este sentido, *ad ex.*, G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, nº 5.

<sup>271</sup> S. POILLOT-PERUZZETO, “Le règlement Rome I...”, concr. p. 8.

<sup>272</sup> Quienes, para determinar cuál es la conexión principal y cuál es la subsidiaria, sigan el tenor literal de la norma o crean que, en ella, la autonomía de la voluntad ha sido relegada y no meramente limitada propenderán, sin duda, a alinearse con el sector doctrinal que considera que la conexión principal del art. 6 Reg. Roma I es el país de residencia habitual del consumidor; quienes pensamos que la autonomía de la voluntad sólo ha sido limitada y que, en todo caso, entre varias interpretaciones posibles, hay que preferir la que más armoniza el régimen común de los contratos con los regímenes especiales, nos inclinamos

**86.** Como ha recordado P. MANKOWSKI, es un hecho indubitado que, durante los trabajos preparatorios del Reg. Roma I, la disposición más acaloradamente discutida del Convenio de Roma de 1980 fue su art. 5 – el consagrado a la protección internacional de los consumidores–: lo acreditan nada menos que ocho propuestas de reforma, susceptibles de combinarse entre sí para formar un número mucho mayor<sup>273</sup>. El art. 6.1 Reg. Roma I se ha decantado por una de entre varias posibles soluciones:

1ª) La propuesta de la Comisión disponía que: “Los contratos de consumo en el sentido y en las condiciones previstos en el apartado siguiente se regirán por la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual” (art. 5.1) (= *systematically applying the law of the consumer’s place of residence*)<sup>274</sup>. Esta propuesta estaba inspirada en el art. 120 de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987, que establece que los contratos que tienen, como objeto, una prestación para la satisfacción de necesidades personales o familiares del consumidor, se rigen, bajo ciertos presupuestos, por el Derecho de la residencia habitual del consumidor con exclusión de cualquier eventual elección de ley por las partes<sup>275</sup>. Según la Comisión, con dicho precepto se proponía “una nueva norma de conflicto, sencilla y previsible, consistente en la única aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor, sin modificar esencialmente el margen de maniobra del profesional en la concepción de sus contratos. En efecto, la solución del Convenio fue objeto de numerosas críticas en el marco del Libro Verde porque a menudo conduce al desmembramiento – es decir, la aplicación simultánea de la ley del profesional y las disposiciones imperativas de la ley del consumidor– [...] Entre las soluciones posibles para evitar el desmembramiento –que son dos: o la aplicación íntegra de la ley del profesional o la del consumidor– solamente la última es compatible con el alto nivel de protección del consumidor exigido por el Tratado. Esta solución parece también equitativa habida cuenta de la realidad económica: mientras que un consumidor solo efectúa compras transfronterizas ocasionalmente, la mayoría de los profesionales que practican el comercio transfronterizo pueden repartir los costes vinculados al estudio de otro Derecho entre un gran número de operaciones. Por último, en la práctica esta solución no modifica esencialmente la situación del profesional para el que la dificultad en la concepción de sus contratos tipo reside precisamente en el cumplimiento de las disposiciones imperativas del Derecho de consumo. Ahora bien, ya bajo el Convenio, estas disposiciones imperativas son las del país de residencia habitual del consumidor”<sup>276</sup>. Había, pues, *dos grandes razones* que justificaban esta solución: sencillez (*Einfachheit*) y previsibilidad (*Berechenbarkeit*). No es extraño que un sector doctrinal se alinease con esta propuesta, tras apuntar, además, toda una *serie de argumentos complementarios* de los dos anteriores (D. SOLOMON): a) si se admitía la autonomía de la voluntad conflictual, se admitía, en realidad, el derecho de las empresas –no de los consumidores– a elegir la ley aplicable (= la iniciativa de designar la ley aplicable corresponde al empresario [*contratos de consumo como contratos de adhesión*]); b) la autonomía de la voluntad conflictual, de ser admitida, no era tan amplia como se creía –se trataba, en definitiva, de elegir entre las disposiciones jurídicas imperativas del ordenamiento elegido por las partes y las del país de residencia habitual del consumidor (= el Derecho imperativo como límite real a las facultades de los contratantes)–; c) era irreal, dada la escasa cuantía de la mayoría de las transacciones de consumo transfronterizas, que el consumidor tipo fuese capaz de apreciar la ventaja de una solución jurídica basada en la eventual aplicabilidad de normas jurídicas procedentes de diferentes legislaciones nacionales o de alegar y, en su caso, probar una ley extranjera más favorable para él (= imposibilidad de que el consumidor asuma algunos costes de transacción)<sup>277</sup>.

---

a sostener la interpretación que he defendido en el texto principal. Así, *ad ex.*, implícitamente H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 33: “[...] las reglas aplicables han permanecido inalteradas con respecto al Convenio, aunque el art. 6 comience por formular una conexión objetiva a favor de la ley del país en el que el consumidor tiene su residencia habitual y no sea más que en un segundo tiempo cuando se pone de relieve la autonomía de la voluntad”. Se trata de una cuestión muy formalista; pero, en Derecho, los formalismos tienen su importancia. Otra cosa es que, se siga una u otra interpretación, el resultado práctico sea el mismo. Insistir, pues, en esta cuestión no sólo sería excesivo, sino que me recordaría aquella anécdota de dos conductores que chocaron de frente y discutían sobre “quién había chocado antes”.

<sup>273</sup> *Vid.* P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 122.

<sup>274</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas 15 diciembre 2005, COM(2005) 650 final. *Vid.* P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 122.

<sup>275</sup> *Vid.*, *ad ex.*, W. FISCHER, “Die Bestimmung der charakteristischen Leistung bei Abzahlungsgeschäften oder die ungewollte Schutzgesetzanwendung mittels Regelanknüpfung nach schweizerischen IPR-Gesetz”, *ZvglRW*, 88, 1989, p. 14.

<sup>276</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas 15 diciembre 2005, COM(2005) 650 final.

<sup>277</sup> *Vid.*, *per omnia*, D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, concr. pp. 90-92 y bibliografía allí indicada.

Pese a ser una nueva norma de conflicto “sencilla y previsible” en palabras de la Comisión, no fue finalmente aceptada: A las pequeñas empresas y a sectores empresariales vinculados con el comercio electrónico les pareció que el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 era preferible a la supresión de la autonomía de la voluntad<sup>278</sup>. Había buenas razones para ello, aunque a algunos especialistas no sea éste un resultado que les guste<sup>279</sup>. En efecto, de haber sido aprobada, hubiera instaurado – como ha denunciado la mejor doctrina (*ad ex.*, G. PIZZOLANTE)– con “escasa flexibilidad desde el punto de vista de la ley aplicable” (= que no autoriza al juez a aplicar una normativa distinta de la ley del país de residencia habitual del consumidor, aunque haya otra más conectada con el asunto o que proteja mejor los intereses materiales del consumidor), lo que, además, vendría agravado por la imposibilidad de aplicar la *cláusula de excepción* (art. 4.3 Reg. Roma I) en estos casos<sup>280</sup>. Ciertamente –tal como han apuntado O. LANDO/P.A. NIELSEN– la propuesta de la Comisión se basaba en un *prejuicio* (que el consumidor pueda encontrar mejor protección en la ley de su país de residencia habitual que en la ley elegida para el contrato), constituía un *impedimento* para el funcionamiento del Mercado Interior (las empresas tendrían que informarse sobre la totalidad de los ordenamientos jurídicos de los países en los que distribuyesen sus bienes y servicios) y, con el pretexto de un *obstáculo menor* (si las empresas quieren evitar los costes asociados a la *double protection rule*, les basta con abstenerse de insertar en sus contratos-tipo cláusulas de elección de un Derecho distinto al del país del consumidor), ignoraba una tendencia natural (muchas empresas prefieren la autonomía de la voluntad conflictual para hacer que su propio Derecho resulte aplicable, aunque deban tomar en consideración las normas imperativas del país del consumidor)<sup>281</sup>.

2ª) Asimismo se propuso dejar el texto del art. 5 del Convenio de Roma, si bien alterando sus condiciones de aplicación, para que abarcara a los *consumidores activos* (= *generally maintaining Article 5 as it was but including the mobile [active consumer] and extending it to more types of contracts*)<sup>282</sup>.

3ª) Por último, se propuso extender las normas de conflicto comunes en materia de obligaciones contractuales –lo que, en la práctica, se traduciría en la aplicación de la ley del vendedor– y disponer simultáneamente, con carácter general, la aplicación de las normas imperativas del Estado en que el consumidor estuviese domiciliado (= *generalising Article 3 and 4, but combined with a general application of the mandatory rules of the State of the consumer’s residence*)<sup>283</sup>. De haberse aprobado esta última propuesta, el contrato concluido por consumidores hubiera estado potencialmente regido por dos leyes: la ley elegida por las partes (o, en su defecto, la ley del país de establecimiento del profesional) y, además, las normas imperativas previstas por la ley del país en que el consumidor tuviese su domicilio. “Probablemente esta conclusión –se ha apuntado– habría garantizado una mayor previsibilidad de la ley aplicable al supuesto de hecho, pero habría aumentado los casos de fraccionamiento” (G. PIZZOLANTE)<sup>284</sup>.

<sup>278</sup> Vid. O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concur. p. 1708.

<sup>279</sup> A favor de la supresión de la autonomía conflictual de la voluntad en los contratos internacionales concluidos por consumidores, se manifestaron, entre otros, K. BITTERICH, “Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Schutzstandards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung”, *RIW*, 2006, pp. 262-270, concur. p. 268; 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*, t. VI, 2006, pp. 541-568, concur. pp. 566-567; G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, Berlin, 1993, concur. p. 68; P. VON WILMOWSKY, “Der internationale Verbrauchervertrag im EG-Binnenmarkt – Europarechtliche Gestaltungsspielraum für kollisionsrechtlichen Verbraucherechts”, *ZEuP*, 1995, pp. 735 y ss., concur. p. 739.

<sup>280</sup> Dicha imposibilidad fue defendida en apartado 4.7.2.3. del Dictamen del Consejo Económico y Social publicado en el *DOUE C 108* de 30 abril 2004. Vid. G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 7.

<sup>281</sup> Vid. O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concur. pp. 1708-1709.

<sup>282</sup> Vid. P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 122.

<sup>283</sup> Vid., *ad ex.*, S. FRANCO, “Le règlement ‘Roma I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, concur. p. 62, nota 78; P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 122.

<sup>284</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 1.

**A) Autonomía de la voluntad conflictual limitada.**

**87.** Las partes pueden elegir la ley aplicable a un contrato internacional de consumidores (art. 6.2 Reg. Roma I) (*limited party autonomy*):

1º) Se mantiene, pues, en principio, la posibilidad de recurrir a la autonomía de la voluntad de que disponen conforme al art. 3 Reg. Roma I. Ésta fue una exigencia explícita del Reino Unido y la República Federal de Alemania, durante el proceso de elaboración del Reg. Roma I<sup>285</sup>. Los contratantes, por tanto, dispondrán de las mismas posibilidades de elección que tienen las partes en la mayoría de los demás contratos (= elección de la ley que estimen más adecuada, modificación de ésta, posibilidad de elegir varias leyes para las distintas partes separables del contrato o sólo para una parte del mismo). Asimismo sobre ellos pesarán las mismas exigencias que corresponden a la generalidad de los contratantes (= necesidad de una elección clara [expresa o tácita] a favor de una ley con carácter estatal).

2º) Pero dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual (art. 6.2 Reg. Roma I) (= *criterio de la inderogabilidad in peius*) (*preferential law approach, Günstigkeitsprinzip, Günstigkeitsvergleich*) (S. LEIBLE, P. MANKOWSKI)<sup>286</sup>. De otro modo, “la elección de la ley aplicable podría transformarse en una imposición fraudulenta con perjuicios para el contratante más débil” (G. PIZZOLANTE)<sup>287</sup>. Dado que, como antes se ha señalado, el art. 6 Reg. Roma I no es una norma de conflicto materialmente orientada, no es necesario determinar cuál de los ordenamientos conectados con el contrato resultaría más beneficioso para el consumidor<sup>288</sup>. Basta, para que el *pactum de lege utenda* sea válido, que la ley elegida no ofrezca una protección jurídica al consumidor que sea inferior a la que le otorgan las disposiciones imperativas de la ley del país de su residencia habitual. La limitación de la autonomía de la voluntad conflictual ha sido el precio que se ha tenido que pagar para llegar a una solución de compromiso entre sus defensores a ultranza y quienes pretendían que se suprimiera totalmente en los contratos internacionales de consumidores.

3º) Si dicho pacto no fuera válido, se recurriría a la ley designada por la conexión supletoria (país de residencia habitual del consumidor).

**88.** Todo el régimen jurídico del art. 6.2 Reg. Roma I gira, por tanto, sobre una *cuestión nuclear*: si la elección produce “el resultado de privar al consumidor de la protección que le proporcionen las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo y contenidas en la Ley del país en que dicho consumidor tenga su residencia habitual” (art. 6.2 Reg. Roma I). Obsérvese que: a’) Entre tales disposiciones, cabe entender no sólo las normas especiales para la protección de los consumidores, sino también las normas y desarrollos jurisprudenciales propios del Derecho general de los contratos que “igualmente sirvan para proteger a la parte débil del contrato” (S. LEIBLE)<sup>289</sup>. b’) Nadie discute que el carácter imperativo o, en su caso, dispositivo de las disposiciones del país de residencia habitual del consumidor debe resolverse *unilateralmente* conforme a dicho ordenamiento jurídico estatal. Algún prestigioso jurista alemán ha defendido –creo que con acierto– que, si se cumplen las condiciones del art. 6.2 Reg. Roma I, la especial voluntad de eficacia internacional de estas normas debiera presumirse *iuris et de iure* (S. LEIBLE)<sup>290</sup>. c’)

<sup>285</sup> S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, concr. P. 63, nota 79.

<sup>286</sup> Vid. S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 20; P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 140-142.

<sup>287</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 8.

<sup>288</sup> Hay que agradecerle a los autores del Reg. Roma I que hayan ahorrado así a los intérpretes una tarea que es de todo menos fácil: Para verificar cuál es la ley más favorable al consumidor, deberían cotejarse, al menos, dos ordenamientos jurídicos. De ordinario, uno sería más favorable que el otro en algunas cuestiones, pero no en todas. En estos casos, que serían los más frecuentes, se precisaría un examen de conjunto y, con base en él, decantarse por uno u otro: no cabrían componendas, escogiendo unas disposiciones de este ordenamiento jurídico y otras del o de los restantes, que supusiesen la aparición de un régimen jurídico favorable al consumidor como una especie de *tertius genus*. La opción por una ley estatal debería hacerse *in toto*. Dadas las consecuencias jurídicas que dicho cálculo podría suponer, correspondería al profesional prever y valorar la compatibilidad de la ley elegida con las disposiciones imperativas protectoras de los consumidores.

<sup>289</sup> S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 21. Vid. J.-P. PIZZIO, “La protection des consommateurs par le droit commun des obligations – Colloque Droit du marché et droit commun des obligations”, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1998, pp. 53-69.

<sup>290</sup> S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 21.

Pero el art. 6.2 Reg. Roma I no ha precisado ni *cómo se debe verificar* que la ley elegida no es una ley impuesta al consumidor para privarle de derechos esenciales ni *quién debe acreditar* cuál de las leyes en presencia es más favorable al consumidor (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ)<sup>291</sup>.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la alternativa —como señalan los anteriores autores— es saber si se debe comparar norma a norma, institución a institución o, incluso, el Derecho de consumidores de los respectivos países en su conjunto. Pero, cabe apreciar, además, otra posible complicación: literalmente interpretado el art. 6.2 Reg. Roma I, bastaría que la ley elegida por las partes privara al consumidor de un solo derecho considerado irrenunciable, para que se tuviese que aplicar el Derecho nacional de su país de residencia habitual; aunque éste, considerado *in toto*, resulte más perjudicial para el consumidor que el determinado conforme al *pactum de lege utenda* (= ignorar o considerar nulo el acuerdo sobre elección de Derecho aplicable supondría, en conjunto, más perjuicios que beneficios para el consumidor). Por esto se ha defendido, con el argumento de que el art. 6 Reg. Roma I debe ser contemplado e interpretado desde una óptica de *favor*, que cabría la posibilidad de integración de las normas más protectoras del país de residencia habitual del consumidor, cuestión por cuestión y no *in toto*, con las normas del ordenamiento jurídico elegido por las partes (= *criterio de la eventual combinación de las disposiciones de las leyes abstractamente aplicables*) (G. PIZZOLANTE)<sup>292</sup>. Se trata de una interpretación ingeniosa, bienintencionada, favorable al consumidor y respetuosa de lo querido por los contratantes que eligieron la ley rectora de su negocio; pero que obviamente tendrá que ser confirmada por la jurisprudencia. Es fácil adivinar que sus objetores se escudarán en la idea de que, si se fraccionan los ordenamientos jurídicos de los Estados A y B, el resultado final no será otro que la aplicación de un *tertius genus* inexistente en la realidad.

En cuanto a la segunda cuestión (el *onus probandi*), los anteriores autores apuntan que, dado el silencio del Reg. Roma I, corresponderá al Derecho del país cuyos tribunales conozcan del asunto litigioso resolver quiénes deben probar que el Derecho imperativo del Estado de residencia habitual del consumidor resulta más favorable para él que el elegido para regir el contrato. Dicho con otros términos, se trataría de una cuestión procesal de prueba que cada tribunal resolverá conforme a su propia *lex fori*. Algunos podrán temer que, en la medida en que las leyes procesales de los Estados miembros de la UE sean distintas en este punto, se produzcan interpretaciones divergentes de un país a otro. Lo más probable, sin embargo, es que esta divergencia interpretativa no se produzca: No es difícil imaginar que los tribunales de los Estados miembros resuelvan que, puesto que el régimen jurídico del art. 6 Reg. Roma I es un régimen especial para los contratos internacionales de consumidores, corresponda a éstos acreditar que la aplicación de la ley elegida por ellos con el empresario o profesional encubría, en realidad, una ley impuesta con la finalidad de privarles de la protección de algunos importantes derechos. Si no consiguen probarlo, la elección de ley será válida, si se ajusta al régimen general del art. 3 Reg. Roma I.

Personalmente creo que tiene razón el prof. S. LEIBLÉ cuando apunta a que el régimen jurídico instituido por el art. 6.2 Reg. Roma I se basa en *dos criterios de solución* para las mencionadas cuestiones, que denomina “conexión alternativa con juicio de la mayor protección (*Günstigkeitsprinzip*)”: Primero: El juicio valorativo corresponderá *de oficio* al órgano judicial que conozca del fondo del asunto. Segundo: Dicho juicio no será una comparación en abstracto de dos ordenamientos jurídicos, sino en concreto de cuál de ellos satisface mejor, en el caso concreto de que se trate, las pretensiones del consumidor<sup>293</sup>. Ahora bien, debo confesar que, a mi pesar, es todavía una interpretación para la que, hoy por hoy, no existe apoyo en la jurisprudencia comunitaria.

<sup>291</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

<sup>292</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALLERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, nº 7.

<sup>293</sup> S. LEIBLÉ, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 21: “El juez tendrá que realizar de oficio el juicio de mayor protección, teniendo que recurrir al derecho que se corresponda mejor con las pretensiones manifestadas por el consumidor en el proceso (por ejemplo, el desistimiento de la aceptación del contrato). Por lo demás continúa siendo aplicable el derecho elegido, no siendo necesaria una comparación global en abstracto, ya que es imposible determinar cuál de los dos ordenamientos comparados es en general más beneficioso para el consumidor. Esta cuestión se tendrá que resolver siempre según los intereses existentes en el caso concreto. Por lo demás la comparación de los derechos tendrá que ir referida al litigio en cuestión, es decir, al concreto interés del consumidor en la aplicación de un derecho en la situación de la que se trate. Solamente se podrán comparar sectores concretos”.



En definitiva, la comparación de leyes necesaria para aplicar el art. 6.2 Reg. Roma I plantea cuestiones que, por ahora, deben permanecer abiertas.

## B) País de residencia habitual del consumidor.

89. La ley objetivamente aplicable (en defecto de autonomía de la voluntad o, *rectius*, de una elección válida de ley en el sentido del art. 6.2 Reg. Roma I) es “la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual” (art. 6.1 Reg. Roma I) (= *there's no place like home*). El Convenio de Roma de 1980 subordinaba la protección de esta ley al hecho de que se tratase de un *consumidor estático* o *pasivo* (art. 5.3 *in fine* del Convenio de Roma de 1980). Había una buena razón para ello: carecía de sentido que, si se trataba de un *consumidor activo* –es decir, de un consumidor que, por su propia iniciativa, se desplazaba al extranjero–, pudiese ampararse bajo su propia ley en cualquier caso<sup>294</sup>. En la práctica, el problema que dicha reglamentación suscitaba no era otro que la necesidad de deslindar entre *consumidores pasivos y activos*. Para ello, el Convenio de Roma de 1980 formuló varias precisiones que permitían afirmar que se estaba ante un contrato internacional concluido por un *consumidor pasivo* (art. 5.2 del Convenio de Roma de 1980). El Reg. Roma I es, en esencia, tributario en esta cuestión del Convenio de Roma. En todo caso, la opción del Reg. Roma I a favor de la ley del país de residencia habitual del consumidor suscita tres interrogantes:

1ª) Si esa elección está subordinada al contenido de la ley del Estado de residencia habitual del consumidor o es independiente de él: Se debe aplicar dicha ley, aunque haya otra más conectada o más favorable para el consumidor (*ad ex.*, la ley de la sede social de la empresa/ley de la residencia habitual del profesional con quienes contrata) (G. PIZZOLANTE)<sup>295</sup>. Como ha señalado la mejor doctrina, la aplicabilidad de la ley del Estado en que el consumidor tiene su residencia habitual no depende de su contenido material, de los resultados que pueda producir su aplicación al caso concreto de que se trate ni de los objetivos perseguidos por el legislador que la haya dictado (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO)<sup>296</sup>.

2ª) Si existe alguna razón especial que justifique el recurso a dicha ley: La razón de ser de la elección del país de residencia habitual del consumidor no puede ser, por tanto, material, sino conflictual: su mayor conexión con el caso que cualquier otra ley. En efecto, desde el punto de vista de la empresa o el profesional que contrata con el consumidor es una ley perfectamente previsible; puesto que es la ley de un mercado en el que habitualmente opera o al que ha dirigido su actividad. En ambos casos, ha actuado de manera libre y consciente de los riesgos que ello suponía. Desde el punto de vista del consumidor, es la ley con la que se supone que estará más familiarizado. Por último, para ambas partes –en particular, cuando se trate de litigios de escasa cuantía– será, de ordinario, la ley que suponga menores costes (considerando 1 Reg. Roma I). El “país en el que el consumidor tenga su residencia habitual es”, en definitiva, una conexión de la que cabe afirmar tres virtudes: su claridad, la evidente previsibilidad del Derecho que declara aplicable y –al menos, en el caso de los contratos concluidos en territorio comunitario– el hecho de que favorece la correlación *forum y ius*, dado que, en los litigios internacionales de consumo, el órgano judicial competente será, de ordinario, el del Estado miembro en el que el consumidor esté domiciliado (art. 16 del Reg. 44/2001), órgano que podrá aplicar su propia ley (G. PIZZOLANTE)<sup>297</sup>.

3ª) Si, en caso de que el consumidor cambie de país de residencia habitual, surge un *conflicto móvil* y el contrato pasa a estar regido por la nueva ley o sigue sometido a la anterior al cambio. Es ésta

<sup>294</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 696.

<sup>295</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 10.

<sup>296</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento ‘Roma I’. Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8.

<sup>297</sup> G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 6.

una cuestión que está contemplada por el art. 19.3 Reg. Roma I: “La residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato”. *Ergo*, para la determinación de la ley aplicable al contrato internacional de consumo, cualquier cambio posterior de país de residencia habitual del consumidor es irrelevante.

#### 4. Determinación de la ley aplicable a la forma del contrato: Los puntos de conexión.

**90.** Una cosa es la ley aplicable al fondo del contrato (los derechos y obligaciones de las partes) y otra, la ley rectora de las cuestiones de forma, que tanta importancia tienen “como un instrumento de protección del consumidor” (P. MANKOWSKI)<sup>298</sup>. Éstas no se rigen por el art. 6 Reg. Roma I, sino por los arts. 11.4 y 11.5 Reg. Roma I:

1º) El art. 11.4 Reg. Roma I contiene *dos reglas complementarias*: a’) Una es puramente *negativa*: La que dispone que las normas de conflicto generales para las cuestiones de forma (art. 11, apartados 1 a 3, Reg. Roma I) no son aplicables a los contratos internacionales de consumo contemplados por el art. 6 Reg. Roma I (= contratos internacionales con consumidores pasivos). b’) La otra es *positiva*: La forma de este tipo de contratos deberá someterse a lo dispuesto por “ley del país en que tenga su residencia habitual el consumidor” (= la autonomía de la voluntad conflictual, sin límites o con ellos, no puede regir las cuestiones de forma de los contratos de consumidores comprendidos en el ámbito del art. 6 Reg. Roma I). Esta última disposición constituye una *norma de conflicto especial* para las cuestiones de forma de los contratos de consumidores, constituida por un *supuesto de hecho* que está formado por los contratos internacionales de consumidores –tanto si las partes han elegido el Derecho aplicable, como si no lo han hecho–, un *punto de conexión único*, que es el país de residencia habitual del consumidor, y una *consecuencia jurídica*, que es la aplicación exclusiva del Derecho del país de residencia habitual del consumidor (D. MARTINY)<sup>299</sup>. En todo caso, no se establece ninguna exigencia de forma especial para la elección de la ley aplicable por las partes<sup>300</sup>.

2º) El art. 11.5 Reg. Roma I establece una norma especial para las cuestiones de forma de ciertos *contratos cuyo objeto sea un bien inmueble*: “... [t]odo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: /a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rijan el contrato, y /b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo”. La amplitud con que está formulado el supuesto de hecho de esta norma (“todo contrato...”) evidencia con claridad que, en él, están incluidos tanto los contratos de empresa como los contratos de consumidores.

#### 5. Cuestiones particulares.

##### A) ¿Aplicabilidad del art. 9 Reg. Roma I a los contratos internacionales de consumidores?

**91.** Una *cuestión enormemente delicada* es la de si cabe aplicar a los contratos internacionales de consumo las denominadas normas internacionalmente imperativas o leyes de policía a las que se refiere el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 y, en la actualidad, el art. 9 Reg. Roma I (Cour de cassation,

<sup>298</sup> P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 143.

<sup>299</sup> D. MARTINY, “Verbraucherverträge”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 645-703, concr. p. 689.

<sup>300</sup> D. MARTINY, “Verbraucherverträge”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 645-703, concr. p. 689.

<sup>301</sup> Para una visión de conjunto de estos casos, *vid.* el comentario de P. LAGARDE a la sentencia BGH 19 marzo 1997, *RCDIP*, 1998, pp. 610-631 y, además, W. BACKERT, *Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Mosaik der Sonderanknüpfungen des deutschen internationalen Schuldvertragsrechts: eine Darstellung am Beispiel der “Gran-Canaria-Fälle”*, München, 2000; D. COESTER-WALTJEN, “Der Eskimomantel aus Spanien – Ist der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz zu kurz gestrichelt?”, en *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2001, pp. 297-319; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country in the European contract Conflict of Laws, the Rome Convention and the proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007, pp. 182-186.

chambre civile, 23 mayo 2006). *Ejemplo*: A finales de los años 80 y comienzos de los 90, turistas alemanes, que, durante sus vacaciones en las islas Canarias, habían adquirido bienes muebles (generalmente, ropa de cama), interpusieron, a su regreso, acciones ante los tribunales alemanes, solicitando la rescisión de los anteriores contratos (los denominados *Gran Canaria-Fälle*)<sup>301</sup>. Éstos no sólo eran contratos internacionales –y, por tanto, estaban sometidos al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones internacionales–, sino que, además, estaban regidos por la ley española, que era la elegida por las partes. Desafortunadamente, para los consumidores alemanes, aunque España era un Estado comunitario, aún no había adaptado su legislación a la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos concluidos fuera de los locales comerciales. *Ejemplo*: La sentencia OLG de Hamm 12 diciembre 1998 consideró que era válida la sumisión a la ley española, que no contemplaba la posibilidad de revocar el contrato, por parte de una turista alemana que había comprado ropa de cama en Gran Canaria y, además, se negó a aplicar la excepción de orden público<sup>302</sup>. Para su desgracia, además el Tribunal federal alemán rehusó aplicar, a estos casos, la legislación alemana, que era más favorable a los consumidores alemanes, en concepto de ley de policía (sentencia BGH 19 marzo 1997): El art. 5 del Convenio de Roma de 1980 era una cláusula especial de aplicación de las leyes de policía que prevalecía sobre su art. 7, que era una cláusula general de aplicación; de tal manera que, cuando el contrato entraba en el ámbito de aplicación del art. 5.1, y ninguna de las condiciones exigidas por el art. 5.2 se cumplía, entonces el art. 7 no era aplicable<sup>303</sup>.

**92.** Bajo el imperio del Convenio de Roma de 1980, la doctrina se dividió en *dos bandos irreconciliables* con respecto a la posible aplicación de normas internacionalmente imperativas a los contratos internacionales de consumidores en el caso de que la norma de conflicto especial para éstos no les protegiera adecuadamente: a) Según un sector doctrinal, la regla hermenéutica *lex specialis derogat legi generali* impedía la aplicación cumulativa (o, en su caso, subsidiaria) de las normas de conflicto especiales y de las normas materiales imperativas: si dos normas atribuyen efectos jurídicos incompatibles al mismo supuesto de hecho, prevalece la regla particular (la norma de conflicto especial para los contratos internacionales de consumidores) sobre la regla general (las normas materiales internacionalmente imperativas) (*ad ex.* P. MANKOWSKI)<sup>304</sup>. A su favor tenían otro argumento más: ¿Por qué introducir tantas limitaciones o distingos entre los diferentes contratos de consumidores contemplados o excluidos por el Convenio de Roma de 1980, si luego resulta que se les aplican las leyes de policía? b) Por el contrario, según otro sector doctrinal, conforme al criterio interpretativo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, dado que la ley (el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 [equivalente al actual art. 9 Reg. Roma I]) no distinguía, no cabía excluir que se aplicase a un contrato internacional de consumo la protección dispensada por una de las denominadas *leyes de policía*, cuando ésta resultase más favorable, más protectora, de la parte contratante más débil (el consumidor): Según estos autores, disposiciones jurídicas protectoras de los consumidores que no podían apoyarse en la norma de conflicto específica para los contratos internacionales de consumo, podían, sin embargo, hacerse valer como normas internacionalmente imperativas o leyes de policía (*ad ex.*, P. BÜLOW, B. VON HOFFMANN, E. JAYME, A. SINAY-CYTERMANN)<sup>305</sup>. *Ejemplo 1*: En la República Federal de Alemania, la primera de estas tesis fue finalmente asumida como propia por la jurisprudencia, gracias a la sentencia BGH 19 marzo 1997<sup>306</sup>. *Ejemplo 2*: En Francia, la sentencia Cour de cassation, 1re civ., 23 mayo 2006 endosó la segunda tesis y reconoció la posibilidad de

<sup>302</sup> Sentencia OLG Hamm de 12 diciembre 1998, *IPRax*, 1990, p. 242 con nota de E. JAYME.

<sup>303</sup> Texto en *IPRax*, 1998, p. 285, y en *RCDIP*, 1998, pp. 610-631, con nota de P. LAGARDE. En contra, a favor de la solución más favorable al consumidor (*Günstigkeitsprinzip*), antes, la sentencia OLG Stuttgart 18 mayo 1990, *IPRax*, 1991, p. 332. *Vid.* P. MANKOWSKI, “Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht”, *IPRax*, 1991, pp. 305-313.

<sup>304</sup> P. MANKOWSKI, “Keine Sonderanknüpfung deutschen Verbraucherschutzes über Art. 34 EGBGB”, *DZWiR*, 1996, pp. 273 y ss.

<sup>305</sup> P. BÜLOW, “Keine Sonderanknüpfung deutschen Verbraucherschutzes über Art. 34 EGBGB”, *EuZW*, 1993, pp. 435 y ss., conocr. 436-437; B. VON HOFFMANN, “Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalen Anwendungsbereich”, *IPRax*, 1989, p. 261 y ss., conocr. p. 266; E. JAYME, “Haustürgeschäfte deutscher Urlauber in Spanien – Horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht”, *IPRax*, 1995, pp. 220 y ss., conocr. p. 236; A. SINAY-CYTERMANN, “La protection de la partie faible en droit international privé”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 737.

<sup>306</sup> Texto en *IPRax*, 1998, p. 285, y en *RCDIP*, 1998, pp. 610-631, con nota de P. LAGARDE.

aplicar la ley de la residencia habitual del consumidor en virtud del art. 7 del Convenio de Roma de 1980<sup>307</sup>.

**93.** En la actualidad, según la *doctrina dominante*, el art. 9 Reg. Roma I se refiere exclusivamente a un tipo de normas materiales internacionalmente imperativas: las denominadas “normas institucionales”, que tutelan el denominado *orden público de dirección* y no el denominado *orden público de protección*. Esta interpretación se apoya en *dos argumentos*:

1º) El *tenor literal* del art. 9.1 Reg. Roma I, cuando define las *leyes de policía*: “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”. Dicho con otros términos, aun a riesgo de simplificar en demasía, las normas a las que alude el art. 9 Reg. Roma I salvaguardarían intereses generales y no intereses particulares, como, *ad ex.*, la protección de los contratantes más débiles (como los consumidores) (L. D’AVOUT)<sup>308</sup>. Por consiguiente, el art. 6 Reg. Roma I sería la única vía para la protección de los consumidores en los contratos que éstos lleven a cabo (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>309</sup>.

2º) La *previsibilidad del resultado de los litigios* que el Reg. Roma I pretende asegurar (considerando 6). Como ha señalado H. KENFACK a propósito de las leyes de policía, no sólo “[...] tal remedio supone la intervención del juez, depende de elementos fácticos y, por consiguiente, introduce elementos que no van en el sentido de la previsibilidad de las soluciones”, sino que “[...] la articulación entre las leyes de policía y las reglas específicas para la protección de las partes débiles debe ser escrutada con el riesgo de ver a las primeras tener un efecto nefasto sobre las segundas”<sup>310</sup>.

**94.** Pero el anterior argumento tiene *posibles réplicas*. En efecto, se puede observar con G. PIZZOLANTE que: a) El apartado 3.2.8.3 del *Libro verde* de 14 enero 2003 de la Comisión sobre la transformación en instrumento comunitario del convenio de roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales y la renovación del mismo, Doc. COM(2002) 654 definitivo, preveía que el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 (equivalente al actual art. 6 Reg. Roma I) no se opusiese a la aplicación de eventuales leyes de policía y seguridad (art. 7 [equivalente del actual art. 9 Reg. Roma I]) que estuviesen en condiciones de ofrecer una protección complementaria, siempre que se satisficiesen sus condiciones de aplicación territorial; b) El art. 9 Reg. Roma I se refiere a las disposiciones aplicables “cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el pre-

<sup>307</sup> Vid. texto en *RCDIP*, 2007, pp. 85-95, con nota de D. COCTEAU-SENN, en *JDI Clunet*, 2007, p. 537, con nota de A. SINAY-CY-TERMANN, y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “Le sort de la théorie des clauses spéciales d’application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l’article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980)”, *Dalloz cahier droit des affaires*, 2006, n° 35, pp. 2464-2469. Por el contrario, no puede considerarse un precedente de esta línea jurisprudencial francesa, la sentencia de la Corte de casación de 19 octubre 1999, texto en *RCDIP*, 2000, p. 29, con nota de P. LAGARDE, y en *JDI Clunet*, 2000, p. 328, con nota de J.B. RACINE, que anuló una sentencia del Tribunal de apelación en la que se sostenía que el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 únicamente podía operar en supuestos no contemplados por el art. 5 de este Convenio, habida cuenta que la *ratio decidendi* de la sentencia de casación que lleva a anular la resolución de instancia es el hecho de que se hubiese aplicado el Convenio de Roma a un supuesto en el que todavía no era aplicable.

<sup>308</sup> Vid. L. D’AVOUT, “Le sort des règles impératives dans le règlement ‘Rome I’”, *D.*, 2008, p. 2165. En Alemania, donde, según la doctrina dominante, no son leyes de policía (*Eingriffsnormen*) las normas protectoras de ciertas categorías de individuos considerados partes contractualmente débiles (*Parteischutzvorschriften*), los tribunales han dudado ocasionalmente de esta interpretación (*vid.*, *ad ex.*, la sentencia 26 octubre 1993, *IPRax*, 1994, p. 449, y la sentencia 19 marzo 1997, *RCDIP*, 1998, p. 610 con nota de P. LAGARDE). Sostenida la tesis dominante originariamente en la primera mitad de los años 90 por la sentencia BAG 29 octubre 1992, *IPRax*, 1994, p. 123, según la cual la norma que protegía los derechos de los empleados en caso de cesión de empresa (§ 613a BGB) no tenía carácter internacionalmente imperativo, ha sido finalmente confirmada por la sentencia BGH 13 diciembre 2005, *IPRax*, 2006, p. 272 con nota de T. PFEIFFER, “Verbraucherrechtliche Eingriffsnormen im Spannungsfeld von EG-Recht und nationaler Rechtssetzung”, *IPRax*, 2006, pp. 238-241, según la cual no son normas de intervención las normas protectoras de ciertas categorías de individuos, aunque tiendan a promover, de manera refleja, los intereses de la colectividad (“Belange der Allgemeinheit reflexartig mitgeschützt werden”). *Vid.* A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, pp. 217-237, *concr.* pp. 228-229; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439, *concr.* pp. 373 y 375-378.

<sup>309</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>310</sup> H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 37.

sente Reglamento”, sin realizar ninguna distinción dentro de las leyes de policía; c) la tutela del contratante débil –en particular, el consumidor– obedece a un interés general, que no se confunde con la protección de los individuos de que se pueda tratar en un caso concreto, y, por tanto, es susceptible de subsumirse en los diversos supuestos de hecho que tienen cabida en el art. 9 Reg. Roma I<sup>311</sup>; d) la distinción de las normas imperativas según que estén dirigidas a proteger el interés de la colectividad o de los particulares olvida que todas las normas imperativas protegen un interés general –por eso son inderogables–, incluso cuando se protege a individuos concretos, que la distinción es difícil en la práctica y que la protección de una parte contractualmente débil se ha convertido en un interés comunitario; e) de la propia jurisprudencia *Arblade* se infiere que la protección de la parte débil es un objetivo de interés general que puede justificar la adopción de normas de aplicación necesaria<sup>312</sup>.

95. En el pasado, el recurso a las leyes de policía a favor de los consumidores, se justificó por los estrechos límites que imponía el art. 5 del Convenio de Roma de 1980. Estos límites han desaparecido en el art. 6 Reg. Roma I. Es posible, por tanto, que tenga razón A. BONOMI cuando afirma que “la necesidad (o la tentación) de recurrir al instrumento de las leyes de policía para completar la protección de los consumidores se manifestará con menos frecuencia en el porvenir”<sup>313</sup>. ¿Pero y si, finalmente, no fuera así? Me temo que, si se atiende al interés que esta cuestión sigue suscitando entre los autores, no sería arriesgado afirmar que, cual *Ave Fénix*, la defensa de la aplicabilidad de las normas materiales imperativas a los contratos internacionales concluidos por consumidores renacería de sus cenizas y sólo se extinguiría el día que reiterada jurisprudencia nacional o, incluso, comunitaria acabe con ella definitivamente. Es ésta, por tanto, una cuestión que debe permanecer abierta, máxime, si tenemos en cuenta, *dos datos* que no son baladías:

1º) Que “[l]os casos muestran que, cuando los tribunales sintieron la necesidad de proteger a los consumidores en situaciones distintas de las cubiertas por el art. 5.2 del Convenio de Roma, así lo hicieron. Los tribunales alemanes declararon que era más importante ayudar a los consumidores alemanes que administrar la especial clase de justicia otorgada por las normas de conflicto del Convenio de Roma” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)<sup>314</sup>. *Ejemplo 1*: En los casos antes mencionados de las Islas Canarias, los tribunales de instancia recurrieron a expedientes tales como la *excepción de orden público* (sentencia A.G. Lichtenfels de 24 mayo 1989) o la *doctrina del abuso de derecho (Rechtsmissbrauch)* (sentencia LG Hamburg 21 febrero 1990), que les permitieron aplicar el Derecho alemán y reconocer el derecho de los consumidores alemanes a rescindir los contratos concluidos<sup>315</sup>. Incluso algunas decisiones defendieron, en Alemania, el *efecto horizontal (horizontale Drittwirkung)* de una Directiva comunitaria no traspuesta (la Directiva 85/577) en España, país cuya legislación debía regir el contrato, como una norma impera-

<sup>311</sup> Que las normas protectoras de la parte contractualmente débil pueden, en determinadas circunstancias, ser consideradas normas de aplicación inmediata es una tesis ampliamente difundida en la doctrinas alemana, francesa y belga. *Vid.*, *per omnia*, sobre esta espinosa cuestión, A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, concur. pp. 229-232 y ulteriores referencias allí citadas, ardiente defensor de la posibilidad de que, bajo ciertos supuestos, las normas protectoras de los contratantes débiles puedan seguir considerándose leyes de policía, habida cuenta de que las propias Directivas comunitarias de consumidores aluden al interés general que supone la protección de éstos, de que la jurisprudencia *Arblade* se dictó en un caso en el que estaban en juego intereses de ciertos individuos (en concreto, intereses laborales) y de que la adaptación del Derecho comunitario a la interpretación restrictiva del art. 9.1 Reg. Roma I sería auténticamente revolucionaria para los sistemas de DIPr. de varios Estados miembros.

<sup>312</sup> G. BIAGIONI, “Articolo 9 – Norme di di applicazione necessaria in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3; G. PIZZOLANTE, “I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento ‘Roma I’”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento ‘Roma I’*, Padova, 2006, pp. 50-61, concur. p. 59; ID. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 11.

<sup>313</sup> A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, concur. p. 222.

<sup>314</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concur. p. 1724.

<sup>315</sup> *Vid.* P. MANKOWSKI, “Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht”, *IPRax*, 1991, pp. 305-313.

tiva (*ad ex.*, sentencia OLG Celle 28 agosto 1990)<sup>316</sup>. *Ejemplo 2*: En Francia, la Corte de casación ha reconocido la posibilidad de aplicar la ley de la residencia habitual del consumidor en virtud del art. 7 del Convenio de Roma de 1980 (sentencia Cour de cassation, Ire civ., 23 mayo 2006)<sup>317</sup>.

2º) Que, incluso desde el campo teórico adverso a la aplicación cumulativa de los arts. 6 y 9, se es consciente tanto de la dificultad de tan siquiera enumerar las leyes de policía existentes o de que éstas permanezcan “congeladas” en el tiempo como de la posibilidad de que supuestos sangrantes de la vida real no sean debidamente tutelados por la normativa conflictual específica para la protección de los consumidores. Para *casos extremos*, se ve la posibilidad de recurrir a las leyes de policía como “último recurso” en defensa de los débiles y para casos absolutamente excepcionales. Así lo ha expresado un profesor de la Universidad de Toulouse: “¿Conviene quejarse de la restricción a las derogaciones posible a la ley normalmente aplicable? Salvo excepción relativa a una injusticia ‘manifiesta’ en la protección de las partes débiles, una respuesta negativa se impone” (H. KENFACK)<sup>318</sup>.

Por todo esto resulta prudente, en tanto que la jurisprudencia comunitaria no haya resuelto esta importante cuestión, no desdeñar la potencial aplicabilidad de las normas internacionalmente imperativas como *último recurso* en defensa de los consumidores para casos extremos<sup>319</sup>.

## B) La protección del “consumidor activo”.

96. Como hemos visto, existe un gran ausente, una persona desprotegida, en el art. 6 Reg. Roma I: el *consumidor activo*. Se entiende por *consumidor activo* “aquél que se desplaza, para consumir, a un país concreto diferente al país donde tiene su residencia habitual (*the Mobile Consumer*) (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>320</sup>. En principio, la ley rectora de los contratos internacionales concluidos por consumidores activos se fijará conforme a las reglas generales del Reg. Roma I (arts. 3 y 4). En la práctica, dicho con otros términos, esto supone que a dicho contrato se le aplica la ley elegida por las partes y, en su defecto, la ley del Estado donde tiene su sede la empresa con la que contrata la prestación de bienes y servicios.

97. El marco legal previsto para la generalidad de los contratos no es, sin embargo, el más adecuado para los contratos internacionales de consumidores. Dos datos refuerzan esta afirmación:

1º) Bajo la apariencia de una impecable elección de ley por los contratantes puede ocultarse, en realidad, la imposición al consumidor activo por parte de la empresa de una ley muy favorable a sus intereses (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>321</sup>. Es posible que la ley elegida no esté conectada al negocio jurídico más que por el *pactum de lege utenda*. Es posible que, para la organización empresarial que celebra actos patrimoniales en masa, dicha elección sea una *estrategia defensiva* frente a los intereses de los concretos consumidores activos, para los que tales operaciones acostumbra a ser actos

<sup>316</sup> Sentencia OLG Celle de 28 agosto 1990, *IPRax*, 1991, p. 334, con nota de P. MANKOWSKI, p. 305. *Vid.* también sentencia LG Wiesbaden 14 agosto 1990, *MDR*, 1991, p. 156; sentencia LG Hildesheim 11 febrero 1991, *IPRax*, 1993, p. 173; sentencia AG Bremerhaven 27 junio 1990, *EuZW*, 1990, p. 294. Hubo que esperar unos años para que la jurisprudencia comunitaria obrara en dos frentes. Primero: La jurisprudencia comunitaria negó la existencia del denominado *efecto horizontal* (*horizontale Drittwirkung*) con motivo de un contrato de enseñanza a distancia en Italia (= la Directiva de 20 diciembre 1985 sobre contratos a domicilio [STJCE 14 julio 1994, *Faccini Dori/Recreb Srl*, C-91/92, *Rec.*, p. I-3325]) y de un contrato de crédito al consumo en España (= la Directiva de 22 diciembre 1986 sobre créditos al consumo no transpuesta en España [STJCE 7 marzo 1996, *Corte Inglés*, C-192/94, *Rec.*, p. I-1296]). Segundo: Admitiendo, bajo determinadas circunstancias, la obligación de indemnizar los daños causados a los particulares por parte del Estado que no transpuso la Directiva correspondiente o lo hizo tardíamente (STJCE 19 noviembre 1991, *Francovich, Bonifaci/República italiana*, C-9/90, *Rec.*, p. I-5357). *Vid.*, *ad ex.*, A.J. BAUMERT, *Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinienbestimmungen*, Frankfurt am Main, 1994; C. CLASSEN, *Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien: von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadenersatzanspruch*, Berlin, 1999.

<sup>317</sup> *Vid.* texto en *RCDIP*, 2007, pp. 85-95, con nota de D. COCTEAU-SENN, en *JDI Clunet*, 2007, p. 537, con nota de A. SINAY-CYTERMANN, y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “Le sort de la théorie des clauses spéciales d’application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l’article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980)”, *Dalloz cahier droit des affaires*, 2006, n° 35, pp. 2464-2469.

<sup>318</sup> H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 38.

<sup>319</sup> *Vid.*, *ad ex.*, en este mismo sentido, H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 39.

<sup>320</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>321</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

aislados (= *la mejor defensa es un buen ataque*). Ejemplo: Todos los años, en temporada de rebajas, miles de consumidores españoles vuelan a Londres para comprar en grandes almacenes. Para Harrods, grandes almacenes londinense que son propiedad del magnate egipcio MOHAMED AL-FAYED, sería engorroso e, incluso, antieconómico, negociar con sus compradores de todo el mundo, caso por caso, la ley aplicable a sus respectivos contratos. Entra a la perfección en la lógica empresarial la utilización del recurso generalizado a la sumisión a una ley estatal mediante las condiciones generales de contratación. Cabe suponer que se sometían a la ley inglesa. Pero nada impediría, en principio, la sumisión a la ley egipcia. Ahora bien, en este caso, cabría preguntarse qué sentido tendría, habida cuenta que la mayoría de los consumidores no saben quién es el propietario de los almacenes, la empresa con la que contratan es una persona jurídica y la ley egipcia no está conectada con las circunstancias fácticas de la mayoría de estos casos.

2º) La desprotección del consumidor activo por el art. 6 Reg. Roma I anula las ventajas del Mercado único europeo: Si el consumidor quiere estar protegido por el Derecho Internacional Privado debe contratar con las empresas nacionales y abstenerse de hacerlo con empresas radicadas en otros Estados miembros de la UE (= *las empresas de los otros Estados comunitarios no estarían en posición de competir en condiciones de igualdad*)<sup>322</sup>.

**98.** Cabe preguntarse, pues, cuáles son las *vías legales para asegurar la protección al consumidor activo*. Dado que escapa al objeto de esta exposición todo lo que no esté relacionado directamente con el Reg. Roma I, basta señalar que existen tres expedientes técnicos para proteger al consumidor activo:

1º) Con independencia de la ley elegida para regir el contrato, el consumidor activo tiene derecho a la protección que le brinda una serie de Directivas comunitarias, cuando el caso es “comunitario”; es decir, guarda una especial vinculación con la UE (= *aplicabilidad del Derecho armonizado de protección de consumidores*) (M. VIRGÓS/F.J. GARCIMARTÍN)<sup>323</sup>. En efecto, las normas de conflicto de leyes contenidas en algunas Directivas que regulan cuestiones concretas en materia de obligaciones contractuales tienen prioridad sobre las disposiciones del Reg. Roma I (art. 23 Reg. Roma I), siempre que se trate de casos “estrechamente conectados con la UE”. Este último extremo se verifica cuando se cumplen las “condiciones de aplicación espacial” de la Directivas. Se trata de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril 1993 (cláusulas abusivas), la Directiva 97/7/CE de 20 mayo 1997 (contratos a distancia), la Directiva 99/44/CE de 25 mayo 1999 (determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo), la Directiva 98/27/CE de 19 mayo 1998 (acciones de cesación), la Directiva 2002/65/CE de 23 septiembre 2002 (comercialización a distancia de servicios financieros) y la Directiva 2008/48/CE de 23 abril 2008 (crédito al consumo)<sup>324</sup>.

Asimismo, aunque no precisen su ámbito espacial de aplicación, podrán ampararse en los derechos que reconocen a los consumidores estos cuando el contrato presente un vínculo estrecho con la UE en los supuestos contemplados por la Directiva 85/577/CEE de 20 diciembre 1985 (contratos negociados

<sup>322</sup> La incompatibilidad de la falta de protección del consumidor activo con la idea de Mercado interior fue ya defendida y analizada con especial brillantez por A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)”, en *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Univ. Cantabria, Madrid, 2003, pp. 231-242, y, en la actualidad, siguiendo su estela, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>323</sup> M. VIRGÓS/F.J. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, 2007, pp. 166-175.

<sup>324</sup> Sobre estas Directivas, *vid., ad ex.*, L. BARTOLI, “Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori”, *RDI*, 78, 1995, pp. 324-344; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; L. FUMAGALLI, “Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 30, 1994, pp. 15-32; E. JAYME, “Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, en *Droit international et droit communautaire (Actes du colloque, Paris, 5-6 avril 1990)*, Paris, 1991, pp. 77-86; *Id.*, “Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR”, *ZHR*, 1978, pp. 105-123; E. JAYME/C. KOHLER, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *RCDIP*, 84, 1995, pp. 1-40; S. KLAUER, *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer EVÜ und EG-Richtlinien*, Tübingen, 2002; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)”, en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 231-242; *Id.*, “Nota a STJCE 9 septiembre 2004”, *REDI*, 2004, pp. 938-944; *Id.*, “Incorrecta transposición de la noción de ‘vínculo estrecho con el territorio comunitario’ de las Directivas de consumo (STJCE de 9.9.2004, as. 70/03 Comisión c. España)”, *RDCE*, 2005, pp. 535-551; P. VON WILMOWSKY, “EG-Freiheiten und Vertragsrecht”, *JZ*, 1996, pp. 590-596.

fuera de establecimientos mercantiles), la Directiva 87/102/CEE de 22 diciembre 1986 (crédito al consumo) y la Directiva 90/314/CEE de 13 junio 1990 (viajes combinados)<sup>325</sup>.

2º) Cuando se trate de “casos no comunitarios”, existe la posibilidad de que un desarrollo jurisprudencial lleve a los tribunales a ignorar la ley elegida por las partes y aplicar la ley conectada con el caso, la ley del Estado en que se encuentra la sede de la empresa con la que ha contratado el consumidor (= *ley del mercado en que ha contratado el consumidor*). Esta es una vía que está por verificar ante los tribunales y que ha sido defendida con especial vigor por algún autor (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>326</sup>.

3º) Por último, tanto si se trata de “casos comunitarios” como de “casos no comunitarios”, siempre quedaría, como último recurso de defensa del consumidor activo, la oponibilidad de la excepción de orden público en aquellos supuestos en que las consecuencias de la aplicación de una ley extranjera sean manifiestamente incompatibles con principios jurídicos considerados esenciales por el ordenamiento jurídico del tribunal que conozca del asunto.

## IV. Las leyes de policía.

### 1. Consideraciones preliminares.

**99.** La determinación de la ley rectora del contrato internacional sirve para fijar el marco jurídico en el que se desenvuelven los derechos y obligaciones de las partes. Pero dicho marco sólo alcanza, en principio, a los intereses de los particulares. Un *contrato internacional* es, por definición, un *contrato intersistemático*; es decir, un contrato que está vinculado con diferentes sistemas u ordenamientos jurídicos: si sólo estuviese conectado con uno, sería un contrato interno y no un contrato internacional. Dado que los ordenamientos no sólo protegen intereses privados, sino también intereses públicos o generales (*ad ex.*, el patrimonio histórico), es necesario plantearse *tres cuestiones*, que están fuertemente relacionadas:

1º) Si cabe aplicar al contrato internacional normas distintas de las reguladoras que preserven los intereses públicos de los Estados conectados con el contrato internacional de que se trate.

2º) Si las partes pueden utilizar la facultad de elegir la ley aplicable para escapar a una ley que les incomoda.

3º) Si, al margen incluso de la autonomía de la voluntad, las partes pueden instalarse en un Estado determinado con el fin de eludir una ley contraria a sus intereses, al amparo del art. 4 Reg. Roma I, que es el que fija el Derecho aplicable en defecto de autonomía de la voluntad.

**100.** La respuesta a estas tres cuestiones ha venido de las *normas internacionalmente imperativas* (*internationally mandatory rules*, *international zwingende Normen*) o, como las denomina el Reg. Roma I, las *leyes de policía* (art. 9)<sup>327</sup>. La idea común a todas ellas es, en esencia, muy simple: El ám-

<sup>325</sup> Sobre estas Directivas, *vid.*, *ad ex.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>326</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el Mercado interior europeo*, Granada, 2003, pp. 197-254.

<sup>327</sup> *Vid.*, *ad ex.*, K. ANDEREGG, *Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht*, Tübingen, 1989; H. BATHIFOL/PH. FRANCESCakis, “L’arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé”, *RCDIP*, 1959, pp. 259-276; K.P. BERGER, “Die Einwirkung drittstaatlicher Eingriffsnormen auf internationale Verträge am Beispiel islamischer Zinsverbote”, en H. HERRMANN/K.P. BERGER/U. WACKERBARTH (Hrsg.), *Deutsches und Internationales Bank- und Wirtschaftsrecht im Wandel*, Berlin, New York, 1997, pp. 322-340; P. BERNARDINI, “Provvedimento di embargo nei confronti della Libia”, *DCI*, 1994, vol.VIII, pp. 355-374; G. BIAGIONI, “Articolo 9 – Norme di di applicazione necessaria in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa; M. BOGDAN, “Foreign Public Law and article 7 (1) of the Rome convention: some reflections from Sweden”, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 671 y ss.; A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zürich, 1998; ID., “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, pp. 217-237; P. CALLÉ, *L’acte public en droit international privé*, Paris, 2004; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Le renouveau du particularisme en droit international privé”, *RCADI*, 1978-II, t. 160, pp. 181-263; M. Co-



ESTER, "Die Berücksichtigung fremdenzwingenden Rechts neben dem Vertragsstatut, Rechtsmethodische und -politische Überlegungen zu Art. 7 Abs. I des europäische Vertragsübereinkommens vom 16.6.1980", *ZVglRWiss*, 1983, pp. 1-30; H. COING, "Zur Anwendung zwingenden ausländischer Verträge, Artikel 7 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht", *Wertpapier Mitteilungen*, 1981, pp. 810-813; Y. DERAÏNS, "L'impact des crises politiques internationales sur les contrats internationaux et l'arbitrage commercial international", *IBLJ*, 1992-II, pp. 151-166; M.P. DIAGO DIAGO, "El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberley", *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 72-91; A. DICKINSON, "Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?", *JPIL*, 2007, pp. 53-88; U. DRAETTA, "Interesi di mora e svalutazione monetaria", *DCI*, 1989, pp. 276-277; U. DROBNIG, "Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen - eine Interessenanalyse", *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1985, pp. 159-179; M. ERNE, *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen. Rechtsvergleichende Studie aus den internationalen Vertragsrecht*, Zürich, 1985; J. FETSCH, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag: die Pflicht zur Anwendung der Eingriffsnormen anderer EG-Staaten*, Tübingen, 2002; C. FORWICK, *Extraterritoriale US-amerikanische Exportkontrollen. Folgen für die Vertragsgestaltung*, Heidelberg, 1993; PH. FRANCESCAKIS, "Droit naturel et Droit international privé", en *Mélanges J. Maury*, t. I, Paris, 1960, pp. 113-152; ID., "Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles de conflits de lois", *RCDIP*, 1966, pp. 1-18; ID., "Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?", *TCFDIP*, 1966-1969, pp. 149-178; ID., "Lois d'application immédiate et droit du travail - L'affaire du comité d'entreprise de la 'Compagnie des Wagons-lits'", *RCDIP*, 1974, pp. 273-296; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, 2008; R. FREITAG, "Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO", *IPRax*, 2009, 2, pp. 109-116; J. GARCÍA LÓPEZ, "Los efectos de Derecho privado de las normas de intervención en el comercio internacional, una aproximación", *RFDUCM*, 1991/92, pp. 69-89; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción internacional*, Madrid, *Eurolex*, 1993; ID., "Las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias, un modelo de análisis", *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1992, pp. 221-235; A.L. GAROFALO, "Volontà delle parti e norme imperative nella convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti e nel nuovo sistema italiano di dir.int. privato", *RDIPP*, 1996, pp. 469-498; T. GIHL, "Lois politiques et droit international privé", *RCADI*, 1953-II, t. 83, pp. 163-254; P. GRAULICH, "Règles de conflit et règles d'application immédiate", en *Mélanges J. Dabin*, t. 2, Paris, 1963, pp. 629-644; I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Madrid, 1992; T.C. HARTLEY, "Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach", *RCADI*, 1997, pp. 337-426; G. VAN HECKE, "International Contracts and Domestic Legislative Policies", *Festschrift für F.A.Mann*, Munich, 1977, pp. 183-210; J.W.VAN HOME y B.A. CAPLAN, "Antiboycott Compliance", *IBLJ*, 1994-4, pp. 502-504; F. INNAMORATI, "L'esportazione di prodotti strategici, il ruolo del COCOM", *RDI*, 1992, vol. LXXV, pp. 91-119; J.L. IRIARTE ANGEL, "Transporte marítimo internacional de mercancías y normas imperativas de terceros Estados", *RGLJ*, 1989, pp. 7 ss.; A.J.E. JAFFEY, "Essential Validity of Contrats in the English Conflict of laws", *ICLQ*, 1974, pp. 1-31; J.-P. KARAQUILLO, *Étude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, 1977; R. KELLEY, "USA, contrôle du commerce et effets extraterritoriaux", *IBLJ*, 1992-II, pp. 167-188; P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, 1994; B. KRATZ, *Ausländische Eingriffsnormen und inländische Privatrechtsvertrag*, Frankfurt a.M., 1986; K. KREUZER, *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten. Zum Einfluss fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte*, Heidelberg, 1986; M. KUCKEIN, *Die "Berücksichtigung" von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht*, Tübingen, 2008; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country in the European contract Conflict of Laws, the Rome Convention and the proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007; I. KUNDA, "Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contracts", *Rev. dr. priv. com.*, 2007, pp. 210-222; O. LANDO, "The Conflicts of Laws of Contracts, General Principles", *RCADI*, 1984, vol. 189, pp. 225-448; ID., "The Substantive Rules in the Conflicts of Laws, Comparative Comments from the Law of Contracts", *Texas International Law Journal*, 1976, pp. 505-532; R. LEHMANN, *Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht. Zur Bedeutung und Anwendung des Art. 7. Abs. 1 RulPRÜ*, Frankfurt a.M., Bern, 1986; C. LOMBARDINI, "Effetti del diritto comunitario sui contratti e arbitrato del commercio internazionale", *DCI*, 1993, vol. VII, pp. 152-207; PH. MALAURIE, "Lois de police et méthodes de conflits de lois en matière de commerce extérieur", *Journées de la Société de législation comparée*, 1986, pp. 541-550; A. MARÍN LÓPEZ, "Las normas de aplicación necesaria en Derecho internacional privado", *REDI*, 1970, vol. XXI, pp. 19-35; F.A. MANN, "Contracts, Effects of Mandatory Rules", en K. LIPSTEIN (Ed.), *The harmonization of private international law by the E.E.C.*, London, 1978, pp. 31-37; P. MAYER, "Les lois de police étrangères", *JDI Clunet*, 1981, vol. XXVII, pp. 277-345; P. MENGGOZZI, "La Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il notaio e le norme di applicazione necessaria", *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1984, pp. 165-181 (también en Consiglio nazionale..., pp. 265-284); ID., "Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (La Conflict of Laws Revolution attraverso l'oceano)", *Archivio giuridico F.Serafini*, 1979, pp. 3-41; B. MERCADAL, "Ordre public et contrat international", *Droit et pratique du commerce international*, 1977, pp. 457-472; L. MIGLIORINO, "Applicazione extra-territoriale della legislazione degli Stati Uniti sul controllo dell'esportazione della tecnologia", *DCI*, 1990, pp. 225-244; ID., "Decisioni del Consiglio di sicurezza e provvedimenti nazionali di blocco dei beni di Stati di Stati stranieri", *RDIPP*, 1993, pp. 617-634; H. MUIR WATT, "Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois?)", *Archives de philosophie du droit*, t. 41, 1997, pp. 207-214; K.H. NEUMAYER, "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé", *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78; R. DE NOVA, "Norme autolimitate e autonomia delle parti", *DI*, 1971, vol. 25, pp. 239-252; G. PAU, "Le norme imperative nella convenzione CEE", *RDI*, 1982, vol. LXXV, pp. 868-872; J.A.. PÉREZ BEVIÁ, "Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *REDI*, 1982, vol. XXXIV, pp. 99-124; Y.P. QUINTIN, "Transferts de technologie et application extra-territoriale des contrôles sur les exportations américaines à la lumière de l'Export Administration Act de 1985", *RCDIP*, 1987, pp. 493-521; L.G. RADICATI DI BROZOLO, "Mondialisation,

bito de aplicación de la ley rectora del contrato puede verse restringido como consecuencia de la necesidad de tener en cuenta determinadas normas imperativas de otros ordenamientos –ya que, si pertenecieran al estatuto contractual, deberían ser aplicadas sin mayor problema– vinculadas con el supuesto.

La expresión *norma imperativa* debe ser aclarada; porque se utiliza, al menos, con dos acepciones parcialmente coincidentes. A veces, se habla de normas imperativas de orden interno; es decir, normas a las que no pueden renunciar ni ser objeto de acuerdo en contra por las partes (normas imperativas *en sentido doméstico*, *zwingende Normen*). Otras, se habla de normas imperativas de orden internacional para referirse a aquellas normas tan rigurosamente obligatorias que deben ser aplicadas incluso a las situaciones privadas internacionales (normas imperativas *en sentido internacional*, *international zwingende Normen*) (B. AUDIT, R. FREITAG)<sup>328</sup>.

**101.** El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales dedicó el art. 7 a las normas internacionalmente imperativas. De él procede el actual art. 9 Reg. Roma I. Entre una y otra norma existen, no obstante, significativas diferencias.

## 2. Las “leyes de policía”: Concepto y delimitación.

**102.** En primer lugar, el Reg. Roma I ha procedido a cubrir una laguna del Convenio de Roma de 1980, suministrando un concepto de leyes de policía. El art. 9.1 Reg. Roma I define las *leyes de policía*: “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”.

---

jurisdiction, arbitrage : vers des règles d’application seminécessaire ?”, *RCDIP*, 2003, pp. 1-36; R. RADTKE, “Schuldstatut und Eingriffsrecht. Systematische Grundlagen der Berücksichtigung von zwingenden Recht nach deutschem IPR und dem EG-Schuldvertragsübereinkommen”, *ZVglRWiss.*, 1985, pp. 325-357; O. REMIEN, “Foreign Trade in a Conflicts of Law Perspective, On the International Reach of Export and Import Restrictions”, *RabelsZ.*, 1990, pp. 478-480; B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, 2008; G.P. ROMANO, “Le choix des Principes UNIDROIT par les contractans à l’épreuve des dispositions impératives”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 473-495; M. SCHUBERT, “Internationale Verträge und Eingriffsrecht - Ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts”, *RIW*, 1987, pp. 729-746; J.C. SCHULTZ, “Dutch Antecedents and Parallels to article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980”, *RabelsZ.*, 1983, pp. 267-283; ID., “Les lois de police étrangères”, *TCFDIP*, 1982-1984, pp. 40-62; K. SCHURIG, “Mandatory Law, Interventionist Norms and New Conflicts Law”, *RabelsZ.*, 1990, pp. 217-250; A.K. SCHYNDER, “Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, Überlegungen zu einem Grundsatzentscheid des Schweizer Bundesgerichts”, *RabelsZ.*, 1995, pp. 293-308; K. SIEHR, “Foreign Interventionist Rules in National Economic Conflict Law”, *RabelsZ.*, 1988, pp. 41-103; G. SPERDUTI, “Les lois d’application nécessaire en tant que loi d’ordre public”, *RCDIP*, 1977, pp. 257-270; M.E. STORME, “Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract law”, *European Review of Private Law*, 15, 2, 2007, pp. 233-250; G. STRAUBE, *Sozialrechtliche Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, 2001; K. THORN, “Eingriffsnormen”, en F. FERRARI/S. LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, pp. 129-149; T. TREVES, “Norme imperative e di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980”, *RDIPP*, 1983, vol. XIX, pp. 25-41; C. VACCÀ, “Il Regolamento CEE n.3541/1992 concernente le richieste irachene relative ai rapporti contrattuali soggetti ad embargo”, *DCI*, 1993, vol. VII, pp. 243-248; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “L’ordre public dans les contrats internationaux en Europe, sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, en *Mélanges Philippe Malaurie*, 2005, pp. 393-411; G. VENTURINI, “Le sanzioni economiche italiane contro l’Irak”, *RDIPP*, 1990, pp. 909-917; J. VIROLE, “Les mesures françaises d’embargo à l’encontre de l’Irak (1990-1991)”, *IBLJ*, 1992-II, pp. 137-150; W. WENGLER, “Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie”, *ZVglRWiss.*, 1941, pp. 168-212; M. ZEPPEFELD, *Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im internationalen Wirtschaftsrecht*, Berlin, 2001; K. ZWEIFERT, “Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote”, *RabelsZ.*, 1942, pp. 283-307; ID., “Droit international privé et droit public”, 1965, pp. 645-666.

<sup>328</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 156, nota 1; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6<sup>a</sup> ed., Köln, 2004, pp. 370-439, conccr. pp. 371-372. Sobre las distintas denominaciones con que se conoce a este tipo de normas (*internationally mandatory rules*, *overriding mandatory rules*, *peremptory rules*, *spatially conditioned internal rules*, *lois d’application immédiate*, *règles d’application immédiate*, *lois de police*, *lois d’application immédiate*, *norme di applicazione necessaria*, *norma autolimitata*, *norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, *normas materiales imperativas*, *leyes de aplicación inmediata*, *leyes de policía*, *Exclusivnormen*, *Eingriffsnormen*, *international zwingende Normen*, *Normen mit unmittelbarer Geltung*, etc.), *vid.*, *ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules...*, pp. 19-36.

**103.** Aunque la noción de ley de policía que ofrece el art. 9.1 Reg. Roma I no sea original, se trata de un *unicum* en el Derecho comparado que tiene *tres efectos* (A. BONOMI):

1º) Un *efecto clarificador* de la significación y alcance de la noción de leyes de policía, en especial para los juristas no especializados en DIPr. (= un subconjunto de la categoría más general de las normas imperativas, cuya característica fundamental es que están destinadas a proteger valores jurídicos a los que no puede renunciar el ordenamiento jurídico al que pertenecen).

2º) Un *efecto disuasivo* para los tribunales de los Estados miembros (= éstos no podrán recurrir a ellas mecánicamente para derogar las normas de conflicto empleadas por el Reg. Roma I, sino que tendrán que aplicarlas restrictivamente, en presencia de circunstancias excepcionales, cuando estén en juego valores cruciales para la organización política, social o económica del Estado).

3º) Un *efecto de uniformización* frente a las nociones de leyes de policía que pudieran existir en los Estados miembros de la UE (= es una noción comunitaria, uniforme y autónoma susceptible de suscitar una cuestión prejudicial ante el TJCE)<sup>329</sup>.

**104.** Cabe observar, ante todo, que la *noción de leyes de policía* (*overriding mandatory provisions, internationally mandatory provisions, lois de police*) es común a las normas imperativas del foro y a las de terceros Estados. Tanto en un caso como en otro, se trata de normas –también denominadas normas materiales imperativas, de aplicación necesaria, de orden público, etc.– que, por proteger intereses fundamentales del Estado se aplican en todo caso, aun en las situaciones privadas internacionales, con independencia del ordenamiento normalmente competente designado por la norma de conflicto<sup>330</sup>. Tales normas pueden tener un origen internacional y estar contenidas en un tratado –como, *ad ex.*, el Convenio de Bruselas de 25 agosto 1924 y los Protocolos que lo desarrolla y actualizan– o un origen interno<sup>331</sup>. Este tipo de normas suele tener dos grandes finalidades, que en ocasiones se entrelazan: una es la de protección a grupos sociales que son merecedores de las mismas –trabajadores, consumidores, menores, etc.– y otra es la dirigida a tutelar los intereses económicos y sociales de la comunidad –control de cambios, libre competencia, etc.–<sup>332</sup>.

**105.** El hecho de que el Reglamento Roma I, a diferencia del Convenio de Roma de 1980, defina las leyes de policía no obedece a un prurito de erudición ni a una veta docente, sino al deseo de asegurar la *uniformidad del Derecho comunitario*: Si no lo hubiera hecho, existiría el riesgo de que se hubiera dejado esta tarea a los tribunales de los Estados miembros y reapareciesen así las diferentes tradiciones nacionales y, con ellas, los consabidos problemas de calificación o *colisiones latentes* de que hablara F. KAHN. Pero no sólo ha conjurado el peligro de interpretaciones divergentes, sino que, además, ha marcado la diferencia entre *normas internacionalmente imperativas* y *normas imperativas* de Derecho interno. A estas últimas se refiere el considerando 37 Reg. Roma I, cuando explica que “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. El concepto de ‘leyes de policía’ debe distinguirse de la expresión ‘disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo’ y debe interpretarse de manera más restrictiva”<sup>333</sup>.

**106.** El *origen inmediato* de la noción de *leyes de orden público* empleada por el art. 9 Reg. Roma I es *comunitario* y se encuentra en el *caso Arblade*. En efecto, la STJCE 23 noviembre 1999, *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL, y Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL*, C-369/96 y C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, apartado 30, había aclarado que la expresión *leyes de policía y de seguridad* “se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de

<sup>329</sup> A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 217-237, concr. pp. 224-228.

<sup>330</sup> *Vid.*, *ad ex.*, A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral*, dos vols., Coimbra, 1991.

<sup>331</sup> J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Transporte marítimo internacional de mercancías y normas imperativas de terceros Estados”, *RGLJ*, 1989, pp. 7-28

<sup>332</sup> G. FARJAT, *L’ordre public économique*, Paris, 1963.

<sup>333</sup> *Vid.* H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, pp. 36-37.

la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”<sup>334</sup>. Dichas disposiciones, en todo caso, no pueden ser contrarias al Derecho comunitario: “La pertenencia de las normas nacionales a la categoría de leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Éste sólo puede tomar en consideración los motivos en que se sustentan dichas legislaciones a la luz de las excepciones a las libertades comunitarias expresamente previstas por el Tratado y, en su caso, como razones imperativas de interés general” (STJCE 23 noviembre 1999, *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL, y Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL, C-369/96 y C-376/96, Rec.*, p. I-8453, apartado 31).

**107.** A la luz del Reg. Roma I es posible proceder a *dos operaciones interpretativas*:

1ª) *Caracterizar las leyes de policía*. Como han señalado S. POILLOT-PERUZZETTO y K. THORN, la definición de ley de policía requiere un *elemento estructural* (disposición imperativa, *zwingende Vorschrift*), un *elemento funcional* (una aplicación exigida, cualquiera que sea la ley aplicable, cuando la situación entra en su campo de aplicación, *internationaler Geltungsanspruch*) y un *elemento material* (el interés público reflejado en la organización política, social o económica, *Vorschriften mit individueller Zielrichtung*)<sup>335</sup>.

2ª) *Diferenciar las normas imperativas (= normas de orden público interno) (dispositions simples impératives, mandatory provisions) de las leyes de policía (= normas de orden público internacional) (internationale mandatory provisions, dispositions internationalement impératives)*. Toda ley de policía es una norma imperativa; pero no toda norma imperativa es una ley de policía. De manera semejante, toda *norma de orden público internacional* es una norma imperativa; pero no toda *norma de orden público interno* (= conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico [*ad ex.*, las normas sucesorias que regulan las legítimas]) es una norma de orden público internacional (= considerado éste como un Derecho super-imperativo o conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico interno absolutamente irrenunciables, incluso en presencia de una situación privada internacional [*ad ex.*, en las sociedades occidentales, las normas que expresan el carácter monogámico del matrimonio])<sup>336</sup>. Se trata, pues, de una imperatividad internacional y no de una imperatividad meramente interna (B. AUDIT)<sup>337</sup>. Dentro de las normas imperativas internacionales cabe tanto un número indeterminado de disposiciones de Derecho público como normas de Derecho privado que señalan su ámbito de aplicación de manera expresa y con carácter exorbitante (B. AUDIT)<sup>338</sup>. Por el contrario, no es fácil determinar cuándo una norma es internacionalmente imperativa, si no delimita expresamente su ámbito de aplicación ni ha sido despejada esta cuestión por un precedente jurisprudencial<sup>339</sup>.

**108.** Conviene, por otra parte, no confundir el *orden público* y las *leyes de policía*, por más que ambos sirvan para la protección de una política legislativa<sup>340</sup>. Es cierto que, en ocasiones, los tribunales

<sup>334</sup> Vid. el comentario a esta sentencia de M. FALLON, *RCDIP*, 2000, pp. 710-737; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 142-145. Poco tiempo después, la STJCE 15 marzo 2001, *André Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL, C-165/98, Rec.*, p. I-2189, apartados 22-26, recurrió de nuevo a la noción de leyes de policía.

<sup>335</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I...”, concur. p. 10; K. THORN, “Eingriffsnormen”, concur. pp. 131-135. Para un análisis muy completo de los aspectos sustantivos de las normas internacionalmente imperativas, vid. I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 121-205.

<sup>336</sup> Vid., *ad ex.*, en este sentido, la sentencia de la Corte de casación francesa 10 julio 1992, *Air Afrique*, en *RCDIP*, 1994, p. 69, con nota de B. AUDIT, que declara que la ley francesa sobre el despido de un trabajador no protegido es una ley de orden público interno, pero no es una norma de aplicación inmediata.

<sup>337</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 703.

<sup>338</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 703.

<sup>339</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 703-704.

<sup>340</sup> Vid. S. BRÜNING, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, Berlin, 1997; A. BUCHER, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *RCADI*, 1993-II, t. 239, pp. 9-116; P. COURBÉ, “L’ordre public de proximité”, en *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, pp. 227-239; P. HAMMJE, “Droits fondamentaux et ordre public”, *RCDIP*, 1997, pp. 1-31; T.H. HEALY, “Théorie générale de l’ordre public”, *RCADI*, 1925-IV, t. 9, pp. 411-557; P. LAGARDE, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, Paris, 1959; ID., “Public Policy”, en K. LIPSTEIN (Dir.), *International Encyclopedia of comparative Law*, vol. III, Chap. 11, 1994; J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente: l’ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952; F. MOSCONI, “Exceptions to the Operation of Choice of Law rules”, *RCADI*, 1989-V, t. 217, pp. 9-214.

designan a éstas como *leyes de orden público*: con ello, quieren decir que ciertas normas jurídicas son aplicables, no obstante la existencia de una norma de conflicto, a todas las situaciones privadas internacionales localizadas en su territorio. Pero no es menos cierto que entre ambas instituciones existen *importantes diferencias*:

1ª) La denominada *excepción de orden público internacional* es un mecanismo de salvaguarda de principios jurídicos fundamentales del foro que permite descartar, en un caso concreto, la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto: Es una reacción ante el *contenido de una ley extranjera* que sólo procede *después* de que la norma de conflicto haya operado.

2ª) Por el contrario, en el supuesto de las *leyes de policía*, es posible verificar la aplicación imperativa de la ley del foro, pese a la competencia eventual de una ley extranjera. Ahora bien, no es una reacción ante el contenido de una ley extranjera lo que justifica este resultado, sino la *imperatividad particular de la ley del foro* (B. AUDIT)<sup>341</sup>. Es un fenómeno frecuente con el desarrollo del Estado social: en general, el Estado interviene en materia social y económica mediante la promulgación de una pluralidad de normas que constituyen el denominado *orden público económico*. El Estado pretende asegurar éste, con una *economía de razonamiento*: Cuando las situaciones privadas internacionales están comprendidas en el ámbito de aplicación de sus leyes de policía, los tribunales recurren a éstas, al margen de cuanto pueda disponer una norma de conflicto bilateral. De ahí que también se las denomine *leyes de aplicación inmediata* (P. FRANCESCAKIS).

**109.** Históricamente las *leyes de policía* constituyeron una manifestación del *particularismo jurídico*<sup>342</sup>. Eran un reflejo de las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos nacionales. Nada impide, sin embargo, que, como consecuencia de reformas legislativas paralelas o de procesos de integración supranacional, las legislaciones de diversos Estados se aproximen y, por tanto, compartan los mismos puntos de vista sobre el orden público económico. En el caso de la UE, varios casos resueltos por el Tribunal de Justicia han mostrado cómo el orden público económico puede tener una *inspiración comunitaria* (STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.*, p. I-3055 [= reconocimiento de un laudo arbitral extranjero]; STJCE 9 noviembre 2000, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, *Rec.*, p. I-9305 [=indemnización, según Directiva de 1986, a los agentes comerciales tras el cese de su contrato])<sup>343</sup>. *Ejemplo*: En este último caso, Eaton, una empresa constituida en California, designó a Ingmar,

<sup>341</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 270.

<sup>342</sup> Sobre las raíces históricas de esta técnica normativa, *vid.*, *ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 36-57.

<sup>343</sup> Sobre el caso *Eco Swiss*, *vid.*, *ad ex.*, A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, t. I (*Parte General: La competencia*), Madrid, 2009, pp. 659-660 e I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 257-261 y los comentarios de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia", *La Ley*, vol. 5, 1999, pp. 1893-1898; A. MOURRE, "Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt *Eco Swiss* de la Cour de Justice des Communautés européennes", *Cahiers de l'arbitrage*, vol. 1, 2002, pp. 77-82; S. POILLOT-PERUZZETO, "L'ordre public international en droit communautaire: à propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1er juin 1999 (*Aff. Eco Swiss China Time Ltd*)", *JDI Clunet*, 2000, p. 299-313; y C. PRIETO, *JDI Clunet*, 2000, p. 505. Para el caso *Ingmar*, *vid.*, *ad ex.*, los comentarios de H. AGUILAR GRIEDER, "Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I", *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 19-35, *concr.* p. 31; T. BALLARINO, "Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto", *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 5-18, *concr.* pp. 10 y 16; L. BERNARDEAU, "Droit communautaire et lois de police – À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98", *JCP*, 2001.I.328; 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 septiembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar Gb Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*)", *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 5, n° 9, 2001, pp. 259-279; R. FREITAG/S. LEIBLE, "Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?", *RIW*, 47, 2001, pp. 287-295; L. IDOT, *RCDIP*, 2001, pp. 107-120; E. JAYME, "Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich", *IPRax*, 2001, 3, pp. 190-191; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 135-142; O. LANDO, "The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents", en *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhaes Collaço*, vol. I, Coimbra, 2002, pp. 249-261; R. MICHAELS/H.G. KAMANN, "Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts - 'Amerikanisierung' des Gemeinschafts-IPR?", *EWS*, 12, 7, 2001, pp. 301-311; S. SCHWARZ, "Das international Handelsvertreter im Lichte von 'Ingmar' – Droht das Ende der Parteiautonomie im Gemeinschaftsprivatrecht?", *ZVglRWiss*, 101, 1, 2002, pp. 45-74; A. STAUDINGER, "Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Hausturwiderrufs- und Produkthaftungsrichtlinie", *NJW*, 54, 2.1, 2001, pp. 1974-1978; H.L.E. VERHAGEN, "The tension between party autonomy and European union law: some observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*", *JCLQ*, 51, 2002, pp. 135-154. En general, *vid.*,

empresa constituida en el Reino Unido, como su agente comercial en territorio británico. Las partes sometieron el contrato de agencia comercial a la ley de California. Tras el cese del contrato, se planteó la obligación de indemnización por clientela, que la normativa californiana no contemplaba. El TJCE consideró que los arts. 17 y 18 de la Directiva de 18 diciembre 1986 sobre los agentes comerciales independientes debían aplicarse, dado que la actividad de Ingmar se había desarrollado en territorio comunitario, con el fin de que no se distorsionase la competencia con los agentes comerciales que estuviesen sometidos a la ley de un Estado comunitario<sup>344</sup>.

**110.** La doctrina suele admitir la existencia de *dos tipos* de normas internacionalmente imperativas:

1º) *Normas de protección.* Son normas que protegen la situación de ciertos colectivos situados en una “posición contractual débil” –trabajadores, consumidores, menores, etc.– y que tratan de “restablecer el equilibrio” entre los contratantes.

2º) *Normas de dirección.* Son normas que protegen intereses generales o públicos, aunque las normas se dirijan a los sujetos privados. Éste es el caso, *ad ex.*, de las normas que protegen el acceso al mercado de los operadores económicos (normas *antitrust*), de las normas de control de sectores económicos estratégicos o especialmente protegidos –transferencia de tecnología, patrimonio histórico–, normas sobre control de la economía nacional –normas sobre inversiones extranjeras, control de cambios, etc.–, normas dictadas en cumplimiento de objetivos de política exterior –prohibición del comercio internacional con Estados determinados, nacionalizaciones, etc.–, normas de protección del medio ambiente –como las que regulan el comercio de especies protegidas–, etc. *Ejemplo 1:* Constituyen una clara muestra de normas internacionalmente imperativas de origen comunitario las disposiciones contenidas en determinados reglamentos comunitarios que impiden a entidades bancarias y compañías aseguradoras realizar ciertas operaciones con determinadas personas buscadas por crímenes contra la humanidad –caso, *ad ex.*, del serbio MILOSEVIC y las personas de su entorno (Reglamento CE nº 2488/ 2000 del Consejo de 10 noviembre 2000 y Reglamento CE nº 1205/2001 de la Comisión de 19 junio 2001)– u objetivo de la lucha contra el terrorismo internacional –caso, *ad ex.*, de OSAMA BIN LADEN o los talibanes de Afganistán (Reglamento CE nº 2580/2001 del Consejo de 27 diciembre 2001)–. *Ejemplo 2:* Otras veces las normas internacionalmente imperativas decretan el embargo contra un determinado país; es decir, la prohibición de comerciar en general o, más frecuentemente, de comerciar con determinados bienes procedentes (*ad ex.*, petróleo) o destinados (*ad ex.*, armas) a ciertos países –caso, *ad ex.*, de los embargos comerciales ordenados contra Libia (Reglamento CEE nº 3275/93 de 29 noviembre 1993), Sierra Leona (Reglamento CE nº 1745/2000 del Consejo de 3 agosto 2000), Somalia (Reglamento CE nº 147/2003 del Consejo de 27 enero 2003), Sudán (Reglamento CE nº 131/2004 del Consejo de 26 enero 2004) y Liberia (Reglamento CE nº 234/2004 del Consejo de 10 febrero 2004)<sup>345</sup>. *Ejemplo 3:* Para proteger su identidad cultural o, más exactamente, su patrimonio histórico, algunos Estados dictan una normativa que determina la ley aplicable a los bienes culturales, con independencia de cuál sea la ley rectora de los contratos internacionales mediante los cuales sus propietarios pretendan transferirlos: *grosso modo*, instauran la obligación de solicitar autorización para la exportación de dichos bienes, el derecho de adquisición preferente del Estado y la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los exportados ilegalmente. En el caso de España, conviven una normativa estatal –el art. 29 LPH–, una normativa comunitaria – la Directiva CEE 93/7/CEE de 15 marzo (restitución de bienes culturales que han salido de forma ilegal del

---

*ad ex.*, C. FERRY, “Contrat international d’agent commercial et lois de police”, *JDI Clunet*, 1993, pp. 299-307; M. FISCHER, “Der Handelsvertreter im deutschen und europäischen Recht”, *ZVglRWiss*, 101, 2, 2002, pp. 143-157; A. NUYTS, “L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *RCDIP*, 1999, pp. 31-74 y 245-265; É. PATAUT, “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. FUCHS/H. MUIR WATT/É. PATAUT (Dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 117-143; S. POILLOT-PERRUZZETO, “Ordre public et lois de police dans l’ordre communautaire”, *TCFDIP*, 2002-2005, pp. 65-116.

<sup>344</sup> Por el contrario, la sentencia de la Corte de casación francesa, Sala de lo comercial, 28 noviembre 2000, texto en *JDI Clunet*, 2001, p. 511, con nota de J.-M. JACQUET, sostuvo que la Ley francesa de 25 junio 1991, que transponía la Directiva de 18 diciembre 1986, era una ley de orden público interno, pero no una ley de policía en el orden internacional.

<sup>345</sup> *Vid.*, *ad ex.*, E.L. HIRSCHHORN, *The export control and embargo handbook*, 2ª ed., Dobbs Ferry, N.Y., 2005; E.-J. MESTMÄCKER/C. ENGEL, *Das Embargo gegen Irak und Kuwait: Entschädigungsansprüche gegen die Europäische Gemeinschaft und gegen die Bundesrepublik Deutschland - ein Rechtsgutachten*, Baden-Baden, 1991; N.C. NEUMANN, *Internationale Handelsembargos und privatrechtliche Verträge*, Baden-Baden, 2001.

territorio de un Estado miembro) y el Reglamento 116/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la exportación de bienes culturales.– y una normativa internacional –el Convenio UNIDROIT de 24 junio 1995 sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente–<sup>346</sup>.

**111.** La relación entre las normas de conflicto contenidas en el Convenio de Roma de 1980 y las normas de conflicto contenidas en las legislaciones de los Estados miembros planteó un *problema clásico*: ¿Podían los Estados miembros, una vez fueran partes en el Convenio de Roma de 1980, introducir nuevas normas de conflicto en su ordenamiento jurídico para grupos especiales de contratos que estuvieran incluidos en el ámbito material del Convenio de Roma? Existía el riesgo de que se desdificase unilateralmente. Existía también el peligro de que el Convenio multilateral “congelase” la normativa e impidiese que nuevas normas de conflicto, mejor concebidas y probablemente útiles como banco de pruebas para una revisión del Convenio de Roma, muriesen antes de nacer. Para conjurar esta contingencia, se dispuso el mecanismo previsto por el art. 23 del Convenio de Roma. Ahora bien, cabía preguntarse si la solución era la misma para las leyes de policía: ¿Podía un Estado miembro, vinculado por el Convenio de Roma, dictar con posterioridad una ley de policía que interfiriese en el Derecho declarado aplicable por una norma de conflicto convencional? Los criterios de interpretación literal, histórica y teleológica conducen a una misma solución: El Estado miembro era libre de dictar una normativa que era de importancia vital para su organización política, social o económica. El ejemplo de ley de policía frecuentemente sometida a cambios más común fue, durante mucho

<sup>346</sup> *Vid., ad ex.*, C. ARMBRÜSTER, “La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé”, *RCDIP*, 93, 4, 2004, pp. 723-744; T. ARMBRÜSTER, *Rückerstattung der Nazi-Beute: die Suche, Bergung und Restitution von Kulturgütern durch die westlichen Alliierten nach dem Zweiten Weltkrieg*, Berlin, 2008; S. BAUFELD, *Kulturbeschlagnahmen in bewaffneten Konflikten, ihre Rückabwicklung und der deutsch-russische Streit um die sogenannte Beutekunst*, Frankfurt am Main, 2005; J. BERNDT, *Internationaler Kulturgüterschutz: Abwanderungsschutz, Regelungen im innerstaatlichen Recht im Europa- und Völkerrecht*, Köln, 1998; Q. BYRNE-SUTTON (Ed.), *Les objets d'art dans l'Union Européenne: aspects juridiques et pratiques; actes d'une rencontre organisée le 27 septembre 1993*, Zürich, 1994; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Colex, Madrid, 2007; A.L. CALVO CARAVACA/C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Derecho a la cultura versus comercio internacional de obras de arte”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIV, n.º 705, 2008, pp. 195-219; A.L. CALVO CARAVACA, “Private international law and the Unidroit convention on 24th June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects”, en *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, pp. 277-294; J. CANDRIAN, *L'immunité des Etats face aux droits de l'homme et à la protection des biens culturels: immunité de juridiction des Etats et droits de l'homme, immunité d'exécution des Etats et de leurs biens culturels*, Zurich, 2005; G.A.L. DROZ, “La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)”, *RCDIP*, 1997, pp. 239-290; J. EL-BITAR, *Der deutsche und der französische Kulturgüterschutz nach der Umsetzung der Kulturgüterrückgabe-richtlinie: eine materiellrechtliche und kollisionsrechtliche Untersuchung*, Frankfurt am Main, 2007; K. FACH GÓMEZ, “Algunas consideraciones en torno al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, *AEDIP*, 2004, pp. 237-259; M.M. FRANZ, *Zivilrechtliche Probleme des Kulturgüterausstausches*, Frankfurt am Main, 1996; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La loi applicable au transfert de la propriété des biens culturels: spécialisation et matérialisation des règles du droit international privé”, en *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, 2002, pp. 187-208; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali: diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2001; G.H. GORNIG (Hrsg.), *Kulturgüterschutz: internationale und nationale Aspekte*, Berlin, 2007; A. HALSDORFER, *Privat- und kollisionsrechtliche Folgen der Verletzung von Kulturgüterschutznormen auf der Grundlage des UNESCO-Kulturgüterübereinkommens 1970*, Frankfurt am Main, 2008; A. JAEGER, *Internationaler Kulturgüterschutz: Rechtslage, Rechtspraxis, Rechtsentwicklung*, Köln, 1993; E. JAYME, *Nationales Kunstwerk und Internationales Privatrecht. Vorträge, Aufsätze, Gutachten*, Heidelberg, 2000; Id., “Il salvacondotto delle opere d'arte prestate dall'estero: problemi di Diritto internazionale privato”, en A.L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 11-22; O.R. KURPIERS, *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht – Grenzüberschreitende privatrechtliche Ansprüche auf Herausgabe von abhanden gekommenen und unrechtmässig ausgeführten Kulturgütern*, Frankfurt am Main, 2005; A. MÜLLER-KATZENBURG, *Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht*, Berlin, 1996; R. O'KEEFE, *The protection of cultural property in armed conflict*, Cambridge, 2006; K. ODENDAHL, *Kulturgüterschutz: Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems*, Tübingen, 2005; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Adhesión de España al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente de 1995”, *REDI*, 2003-I, vol. LV, pp. 573-577; K. SIEHR, “International Art Trade and the Law”, *RCADI*, 1993, vol. 243, pp. 9-292; E. SPINELLIS, *Das Vertrags- und Sachenrecht des internationalen Kunsthandels: zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Eingriffsnormen im heutigen internationalen Rechtsverkehr*, Osnabrück, 2000; G. STRAUCH, *Rechtsverhältnisse an Kulturgütern im internationalen Sachenrecht*, Berlin, 2007; B. THORN, *Internationaler Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention*, Berlin, 2005; A. WEIDNER, *Kulturgüter als res extracommercium im Internationalen Sachenrecht*, Berlin, Gruyter, 2001; M. WELLER/N.B. KEMLE/P.M. LYNEN (Hrsg.), *Kulturgüterschutz – Künstlerschutz: Tagungsband des Zweiten Heidelberger Kunstrechtstags am 5. und 6. September 2008 in Heidelberg*, Baden-Baden, 2009; V. WIESE, *Der Einfluss des EG-Rechts auf das Internationale Sachenrecht der Kulturgüter*, Tübingen, 2005.

tiempo, el de la normativa de control de cambios. Los cambios de coyuntura económica llevaron a los Estados miembros a dictar unilateralmente una abundante y, muchas veces, compleja normativa sobre control de cambios dirigida a tutelar el sistema monetario nacional y el equilibrio de la balanza de pagos<sup>347</sup>.

En la actualidad, la pregunta de si los Estados pueden dictar unilateralmente leyes de policía que interfirieran en las normas de conflicto comunitarias sigue conservando interés. Pero la respuesta es bien diferente. En efecto, ha habido dos cambios. Por una parte, al menos en los últimos treinta años, el Derecho comunitario se ha orientado hacia un profundo liberalismo jurídico: un neoliberalismo que se ha traducido en el respeto de las libertades comunitarias, que han avanzado a medida que retrocedían sus restricciones. Nunca como hasta ahora había sido el Derecho comunitario un Derecho de libertades como lo es hoy. Por otra parte, las normas de conflicto para los contratos internacionales han sido comunitarizadas por el Reg. Roma I y, como es bien sabido, la primacía del Derecho comunitario (*Anwendungsvorrang*) se predica –principal, aunque no exclusivamente– de este tipo de normas. Cabe, pues, seguir interrogándose sobre el alcance de la potestad normativa de los Estados. La mejor doctrina reconoce a los Estados dicha facultad –pueden, pues, dictar leyes de policía–, pero la subordina al cumplimiento de *tres condiciones*: que sea absolutamente imprescindible para salvaguardar los intereses políticos, sociales o económicos del Estado (= que la aplicación de la normativa comunitaria no los tutele debidamente [*principio de necesidad*]), que sea proporcionada al objetivo que se pretende alcanzar (= *principio de proporcionalidad*) y, por último, que no restrinja injustificadamente las libertades comunitarias<sup>348</sup>.

**112.** Cuestión distinta es el *régimen jurídico* al que el Reg. Roma I somete a las leyes de policía:

1º) Sólo es una ley de policía aquella disposición “cuya observancia un país considera esencial [...]” (art. 9.1 Reg. Roma I). El Convenio de Roma era más exigente: podía darse efecto, como leyes de policía, a disposiciones imperativas de otros país “con el que la situación presente un vínculo estrecho [...]” (art. 7.1 Convenio de Roma de 1980). B. AUDIT ha explicado las razones por las que la nueva normativa supone

<sup>347</sup> W. BRAUN, *Vertragliche Geldwertsicherung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr*, Berlin, 1982; W.F. EBKE, *Internationales Devisenrecht*, Heidelberg, 1990; ID., “Das internationale Devisenrecht im Spannungsfeld völkerrechtlicher Vorgaben, nationaler Interessen und parteiautonomer Gestaltung”, *ZVglRWiss*, 100, 4, 2001, pp. 365-395; W. DÜRCKES/L. FELLER, *Wertsicherungsklauseln*, 9ª ed., Heidelberg, 1982; G. ERTL, *Inflation, Privatrecht und Wertsicherung*, Wien, 1980; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439, concr. pp. 408-413; H. GROTHE, *Fremdwährungsverbindlichkeiten: das Recht der Geldschulden mit Auslandsberührung; Kollisionsrecht – materielles Recht - Verfahrensrecht*, Berlin, 1999; H.J. HAHN, *Das Geld im Recht*, Baden-Baden, 1986; ID., *Währungsrecht*, München, 1990; A. HARZ, *Die Schutzklauseln des Kapital- und Zahlungsverkehrs im EWG-Vertrag*, Köln, 1985; B. KLEINER, *Internationales Devisen-Schuldrecht: Fremdwährungs-, Euro- und Rechnungseinheitsschulden. Mit Mustertexten*, Zürich, 1985; U. REUTER, *Fremdwährung und Rechnungseinheiten im Grundbuch*, Frankfurt am Main, 1992; U. UNTEREGGE, *Ausländisches Devisenrecht und internationale Kreditverträge*, Heidelberg, 1991.

<sup>348</sup> *Vid., ad ex.*, J. BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, *RabelsZ*, 1995, pp. 1-55; E. BRÖDERMANN/H. IVERSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994; W. DRASCH, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht: Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- Wettbewerbsstatut*, Baden-Baden, 1997; M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté européenne”, *RCADI*, 1995, t. 253, pp. 9-282; J. FETSCH, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag: die Pflicht zur Anwendung der Eingriffsnormen anderer EG-Staaten*, Tübingen, 2002; A. FURRER, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext: das europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht*, Bern, 2002; M. GEBAUER, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts: eine Untersuchung nationaler Ansätze unter Berücksichtigung des italienischen und des deutschen Rechts*, Heidelberg, 1998; U. HÖPPING, *Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR: unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Produkthaftungsrechts und des Internationalen Vertragsrechts*, Frankfurt am Main, 1997; I. KLAUER, *Europäisierung des Privatrechts: der EuGH als Zivilrichter*, Baden-Baden, 1998; É. PATAUT, “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. FUCHS/H. MUIR WATT/É. PATAUT (Dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 117-143; L. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation”, *RCDIP*, 1993, pp. 401-424; F. RIGAUX, “Droit international privé et droit communautaire”, en *L’internationalisation du droit. Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 341-354; W.H. ROTH, “Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht”, *RabelsZ*, 1991, pp. 623-673; H.J. SONNENBERGER, “Europa-recht und Internationales Privatrecht”, *ZVglRW*, 1996, pp. 3-47; A.V.M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *RCADI*, 1992, t. 232, pp. 261-383; M. WILDERSPIN/X. LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *RCDIP*, 91, 2, 2002, pp. 1-38 y 289-313.



una *regresión*: a') Con el Convenio de Roma no cabía una aplicación mecánica de la noción abstracta de leyes de policía. Era necesario un juicio concreto de la situación particular que su aplicación produciría. Esto suponía un balance de intereses de la importancia respectiva de las conexiones, de la intensidad de las políticas legislativas seguidas por cada Estado y de la justicia del resultado; b') Con el Reg. Roma I, será suficiente que un Estado considere “esencial” esa normativa, un calificativo que cabe suponer que otorgará con más facilidad a las leyes de policía del foro que a las leyes de policía extranjeras<sup>349</sup>.

2º) En él, se distingue entre las que pertenecen al Derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (art. 9.2 Reg. Roma I) y al Derecho del Estado de ejecución del contrato (art. 9.3 Reg. Roma I). Ya el Convenio de Roma de 1980 se apoyaba en la distinción entre normas imperativas no pertenecientes al Derecho extranjero rector del contrato que forman parte del ordenamiento jurídico del foro (art. 7.2 del Convenio de Roma de 1980) (*las normas imperativas del foro*) y aquellas otras que, sin pertenecer tampoco al Derecho extranjero que regula el contrato, corresponden a un ordenamiento jurídico de un tercer Estado (art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980) (*las normas imperativas de un tercer Estado*)<sup>350</sup>.

3º) El Reglamento Roma I no contiene ninguna disposición expresa sobre las normas internacionalmente imperativas de la ley (extranjera) rectora del contrato internacional (la denominada *lex causae* o ley rectora del fondo del asunto) (*die Eingriffsnormen des Schuldstatus*)<sup>351</sup>. El Convenio de Roma tampoco ofrecía ninguna solución particular a este respecto. La justificación es muy simple: Una disposición de este tipo sería *superflua* (O. LANDO/P.A. NIELSEN) por *dos razones*. Primera: Cuando una norma de conflicto se refiere a una legislación estatal, su remisión comprende a “todas las normas jurídicas de la *lex causae*, incluidas las normas internacionalmente imperativas que, por definición, son partes importantes de la *lex causae*”. Segunda: Ni el art. 9 (leyes de policía) ni el art. 12 (ámbito de la ley aplicable) Reg. Roma I excluyen la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de la *lex causae*<sup>352</sup>. En definitiva –como ha apuntado A. BONOMI–, “este silencio confirma que tales normas deben ser aplicadas en el marco de la *lex contractus* a condición de que el caso de que se trate entre en su ámbito de aplicación y de estas últimas no sean contrarias al orden público del Estado del foro”<sup>353</sup>.

### 3. Las “leyes de policía” del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto.

**113.** La aplicación de las leyes de policía del Estado miembro, cuyos tribunales conocen del asunto (*lex fori*) constituye el supuesto más sencillo que se puede presentar ante los tribunales de un Estado miembro de la UE: el tribunal aplica su propia norma internacional imperativa, cualquiera que sea la ley rectora del contrato (art. 9.2 Reg. Roma I)<sup>354</sup>. Cuando esta disposición afirma que las disposiciones del Reglamento “no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro”, no hace sino poner en evidencia un fenómeno innegable: la creciente intromisión del Estado en la vida económica, mediante la promulgación de

<sup>349</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 704.

<sup>350</sup> El art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980 fue, desde sus orígenes, extremadamente discutido. No es extraño, pues, que el art. 22.1, letra a), del Convenio de Roma reconociese a los Estados miembros la facultad de formular una reserva al mismo. De ella hicieron uso Alemania, Eslovenia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Portugal y Reino Unido.

<sup>351</sup> Se trata de una cuestión que, según algunos, no está clara. *Vid., ad ex.*, en este sentido el comentario editorial “On the way to a Rome I Legislation”, *CMLR*, 43, 2006, pp. 913-922, concur. p. 921 o la discusión existente en la doctrina alemana: S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, p. 543. Ésta se explica porque tradicionalmente los tribunales alemanes han aplicado las normas de Derecho privado de la *lex causae*; mientras que, por el contrario, se han negado a aplicar algunas normas internacionalmente imperativas o leyes de policía extranjeras, invocando su condición de Derecho público extranjero (= criterio de la inaplicabilidad del Derecho público extranjero). *Vid., ad ex.*, en este sentido la sentencia BGH 27 febrero 2003, *NJW*, 2003, p. 2020. La inaplicabilidad del Derecho público extranjero, como cuestión de principio, fue una cuestión muy controvertida en el pasado y, hoy, es un dogma en gran medida superado. *Vid.*, en general, H.W. BAADE/K. LIPSTEIN, “Operation of foreign public law”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 3, chapter 12, Tübingen, 1991 y P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, 1994; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 196-204.

<sup>352</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concur. p. 1719.

<sup>353</sup> A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 217-237, concur. p. 232, nota 51.

<sup>354</sup> R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439.

normas aplicables tanto a supuestos privados internos como internacionales<sup>355</sup>. Tales normas regulan, de ordinario, parte del contrato y no la totalidad del mismo. En consecuencia, se produce un concurso de normas –y de ordenamientos– entre la ley (extranjera) reguladora del fondo del asunto y la ley (del foro) imperativa. *Ejemplo*: Rompiendo con la jurisprudencia anterior, desde finales de 2007, varias decisiones judiciales francesas han sostenido que las disposiciones protectoras del subcontratista contenidas en la ley francesa de 31 diciembre 1975 son leyes de policía, de obligado cumplimiento, siempre que el inmueble esté situado en Francia (sentencias Corte de casación 30 noviembre 2007, 30 enero 2008 y 8 abril 2008)<sup>356</sup>.

El art. 9.2 Reg. Roma I sigue los pasos, aunque con diferente redacción, del art. 7.2 del Convenio de Roma de 1980 y del art. 16 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)<sup>357</sup>.

**114.** La aplicabilidad de estas normas, sin embargo, está sometida a las siguientes *condiciones* (arts. 9.1 y 2 Reg. Roma I):

**115.** 1ª) Debe existir una ley de policía, cuya aplicación resulte ineludible al caso concreto (= *imperatividad de las leyes de policía*). En cuanto *ley de policía*, debe tratarse de una norma imperativa, no disponible por las partes, incluso en presencia de una relación jurídica en la que haya, al menos, un elemento extranjero (= *la ley de policía del foro es ius cogens internacional*). Que la norma extranjera sea de *ius cogens* es una condición que hay que apreciar de acuerdo con su propio sistema. *Ejemplo 1*: Según jurisprudencia alemana, la prohibición del pacto de “cuota litis” (*Verbot von Erfolgshonorarvereinbarungen, contingency fee*) que imponía a los abogados el § 49b Abs. 2 BRAO sería una norma internacionalmente imperativa (sentencia OLG Frankfurt a.M. 1 marzo 2000)<sup>358</sup>. *Ejemplo 2*: Una relación interesante de normas de dirección, si bien incompleta, puede hallarse en la Circular de 10 abril 2008, de la Secretaría General de Comercio Exterior, relativa al procedimiento y tramitación de las exportaciones y expediciones de mercancías y sus regímenes comerciales (BOE n° 105 de 1 mayo 2008). Su aplicación al concreto contrato de que se trate y a la concreta cuestión que suscite debe resultar ineludible; es decir, la ley de policía del foro debe tutelar intereses públicos que sólo queden protegidos, si se garantiza su aplicación forzosa al contrato (= *la ley de policía del foro es la vía exclusiva para la tutela de determinados intereses públicos*).

**116.** 2ª) Las leyes de policía deben aplicarse exclusivamente a situaciones comprendidas en su “ámbito espacial de aplicación” (= *definición legal de las condiciones espaciales de aplicación*). Los legisladores nacionales suelen regular imperativamente situaciones enteramente nacionales y se olvidan de concretar si tales normativas son aplicables o no al tráfico internacional (D. BUREAU/H. MUIR-WATT)<sup>359</sup>. Es el “desfase legislativo del DIPr.” (el Derecho interno se desarrolla y el DIPr. se estanca) (P. LALIVE)<sup>360</sup>. Para que estas normas internacionalmente imperativas del Derecho del foro resulten aplicables al contrato internacional, tales normas deben indicar expresamente su propia proyección a casos internacionales. En caso contrario, la norma sólo se debería aplicar a casos internos o “puramente nacionales”. Por vía interpretativa no pueden “crearse” leyes de policía que el legislador no previó ni consideró. En caso

<sup>355</sup> *Vid.*, *per omnia*, el sugestivo estudio de D. BLANQUER CRIADO, “La influencia del Derecho Público sobre el Derecho de la contratación”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Curso 2007/2008, t. XLVIII, pp. 159-458.

<sup>356</sup> *Vid.* JDI *Clunet*, 2008, p. 1073, con nota de L. PERREAU-SAUSSINE.

<sup>357</sup> DOUE L 199 de 31 julio 2007. *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008, pp. 86-87.

<sup>358</sup> *IPRax*, 2002, p. 399, con nota de C. KRAPFL, “Zur Zulässigkeit des Erfolgshonorars für Rechtsanwälte und Steuerberater bei hinreichendem Auslandsbezug”, *IPRax*, 2002, pp. 380-384. *Vid.*, en general, sobre esta cuestión, J. SCHEPKE, *Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts: gegenläufige Gesetzgebung in England und Deutschland*, Tübingen, 1998, y, sobre su estado actual en Alemania, M. KILIAN, “Anwaltliche Erfolgshonorare und die bevorstehende Reform des Vergütungsrechts”, *ZRP*, 36, 2003, pp. 90-95, y J. TEUBEL/H.P. SCHONS, *Erfolgshonorar für Anwälte: Gebühren- und Vergütungsvereinbarungen nach neuem Recht*, München, 2008. En España, la cuestión ha tomado un giro radical con motivo de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno) 4 noviembre 2008.

<sup>359</sup> D. BUREAU/H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Tome II, *Partie spéciale*, Paris, 2007, pp. 300-362, *concr.* pp. 314-318.

<sup>360</sup> P. LALIVE, “Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)”, *RCADI*, 1977, vol. 155, pp. 1-424, *concr.* pp. 14-87.

contrario, todo depende del juez competente, que precisará si, a su juicio, una norma imperativa es “internacionalmente” imperativa y se aplica, por ello, a casos internacionales”, lo que no parece muy conveniente por vulnerar el principio de “previsibilidad del resultado de los litigios” y el principio de “seguridad en cuanto a la ley aplicable” (Cons. 6 Reg. Roma I)<sup>361</sup>. *Ejemplo*: Un tribunal de Luxemburgo declaró que las normas luxemburguesas sobre el tipo de interés en los contratos de mutuo estaban previstas para los contratos puramente internos –en particular, los contratos de crédito al consumo celebrados en Luxemburgo entre entidades de crédito y personas físicas– y, por tanto, no eran aplicables a un contrato internacional (sentencia Tribunal d’arrondissement de Luxemburgo 27 marzo 1990)<sup>362</sup>.

**117.** 3<sup>a</sup>) La ley de policía debe indicar que su aplicación procede en casos “internacionales” y con independencia de cuál sea la ley que rija el contrato según las normas de conflicto del Reglamento Roma I (= *irrelevancia de la lex causae*): “[...] 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 [...]” (art. 9.1, *in fine*, Reg. Roma I).

**118.** 4<sup>a</sup>) Cada Estado determina los casos en los cuales la observancia de “sus” leyes de policía es “esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos” (SAP Madrid 3 mayo 2006) (= *formulación “unilateral” de los intereses estatales*). Por tanto, el ámbito de aplicación en el espacio depende de cada Estado y no pueden formularse reglas universales al respecto. Podría creerse que el art. 9.2 Reg. Roma I genera un riesgo: que los Estados –por vía legislativa o jurisprudencial– dejen sin contenido el Reg. Roma I mediante la técnica de considerar internacionalmente imperativas a muchas de sus normas. Este peligro, sin embargo, no es real; puesto que a los Estados, protegido su mínimo imperativo, les interesa que la contratación internacional se desarrolle por cauces racionales. *Ejemplo*: La legislación alemana protege a los compradores de pisos prohibiendo y sancionando con la nulidad las cláusulas por las que los promotores o constructores de viviendas aceptan cantidades de los compradores sin, a cambio, ofrecerles garantías que aseguren dichas cantidades (§§ 3 y 7 de la MaBV): generalmente se ha considerado que dicha prohibición constituía una norma material imperativa que, con independencia de cualquier elemento extranjero, era aplicable si el inmueble se encontraba en Alemania. Por eso no se comprende tan bien que la sentencia OLG Hamm 7 febrero 1977 sostuviese que dicha norma internacionalmente imperativa debía respetarse por todo constructor con sede en Alemania, tanto si la obra a realizar debía ejecutarse en Alemania o en el extranjero<sup>363</sup>. Parece más razonable confiar al legislador de este último país, cualquiera que sea, la eventual protección de los compradores, si es que lo estima oportuno (R. FREITAG)<sup>364</sup>.

**119.** 5<sup>a</sup>) Desde el punto de vista de las *consecuencias jurídicas* de la infracción de las leyes de policía del foro, cabe diferenciar *dos tipos de supuestos*:

1<sup>o</sup>) Cuando las leyes de policía del foro contienen la sanción jurídica a su incumplimiento, bastará con imponerla. Es la solución más lógica: que sea el propio ordenamiento jurídico que formula las normas internacionalmente imperativas el que establezca los medios adecuados para asegurar su eficacia<sup>365</sup>. *Ejemplo*: Tras señalar el art. 81.1 TCE que “serán incompatibles con el Mercado común y

<sup>361</sup> Como señala R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6<sup>a</sup> ed., Köln, 2004, pp. 370-439, concr. p. 372, la fijación del carácter internacionalmente imperativo de una disposición sólo deja de ser problemática, cuando ésta fija expresamente su voluntad de aplicación frente a la *lex contractus*, con independencia de lo que ésta disponga; pero, si como es habitual, no existe disposición expresa y, en ocasiones, tampoco precedente, sólo queda una solución: averiguar, recurriendo a los principios generales de interpretación cuál es el sentido y finalidad de dicha disposición, lo cual supone el reconocimiento de la estrecha relación que existen entre la finalidad de la norma (*Gesetzeszweck*) y su voluntad de aplicación (*Geltungswille*).

<sup>362</sup> Texto en *RDIPP*, 1991, pp. 1097-1102.

<sup>363</sup> Texto en *NJW*, 1977, p. 1594.

<sup>364</sup> R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6<sup>a</sup> ed., Köln, 2004, pp. 370-439, concr. pp. 401-402.

<sup>365</sup> *Vid.*, en este sentido, sentencia BGH 17 diciembre 1959, *NJW*, 1960, p. 1101, y *RabelsZ*, 25, 1960, p. 645, con nota de K.H. NEUMAYER.

quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”, el art. 81.2 TCE dispone que: “los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”. La entente *–rectius*, el acuerdo o la decisión de la asociación de empresas– es nula de pleno derecho; porque vulnera las normas internacionalmente imperativas propias del Derecho antitrust<sup>366</sup>.

2º) Cuando las leyes de policía del foro no disponen la sanción jurídica a su incumplimiento, se debe recordar que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención” (art. 6.3 C.c.); por tanto, el juez debe analizar la ley de policía vulnerada e inferir, de su fundamentación y de su finalidad, cuál sea la sanción más adecuada. En consecuencia, no siempre será necesario declarar la nulidad del contrato, que está considerada como un “último recurso” dispuesto exclusivamente para los casos más graves. En Derecho español, coexisten dos líneas jurisprudenciales: a’) Según la tendencia jurisprudencial mayoritaria, el incumplimiento de las normas internacionalmente imperativas de carácter administrativo que no contienen una sanción expresa a dicha vulneración, como son las normas sobre inversiones extranjeras, control de cambios, etc., no comporta la “nulidad del contrato”. Sólo se derivan efectos administrativos o se obstaculiza la “eficacia plena del contrato”: multas, sanciones, imposibilidad de inscripción del contrato en Registros públicos, inmovilización de los pagos internacionales, etc. (STS 3 enero 1991, SAP Madrid 20 enero 1994, STS 13 octubre 1983); pero el contrato es válido y las prestaciones son exigibles entre las partes. b’) Según una corriente jurisprudencial minoritaria, la infracción de las normas internacionalmente imperativas puede suponer la nulidad del contrato, cuando así lo exija la norma infringida para defender el interés estatal de que se trate (SAP Santa Cruz Tenerife, Sala Civil, de 16 febrero 1985). De ambas tesis, la primera es preferible; ya que resulta la más favorable a la seguridad del tráfico jurídico internacional.

#### 4. Las “leyes de policía” del Estado de ejecución de las obligaciones.

120. Mucho más complejo –y discutido– es el tratamiento que reciben las normas imperativas de un tercer Estado (*drittstaatliche Eingriffsnormen*)<sup>367</sup>. Para comprender su exacto significado y alcance, debe tenerse en cuenta que:

1º) El planteamiento teórico de este problema se encuentra ya, aunque resuelto en sentido no coincidente, en juristas tales como L.I. DE WINTER, W. WENGLER, K.H. NEUMAYER y K. ZWEIGERT, cuya autoridad he ejercido una influencia considerable en las posibles soluciones<sup>368</sup>.

2º) Suscitado reiteradamente ante los tribunales, éstos han recurrido a expedientes técnico-jurídicos diversos que han llevado a resultados diferentes no siempre satisfactorios. Así, entre otros argumentos, se ha invocado:

<sup>366</sup> Vid., ad ex., A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, pp. 909-912.

<sup>367</sup> Vid., ad ex., R. FREITAG, “Berücksichtigung fremder zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 440-468; ID., “Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO”, *IPRax*, 2009, 2, pp. 109-116; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country in the European contract Conflict of Laws, the Rome Convention and the proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007.

<sup>368</sup> Vid. un análisis de la contribución a este tema del primero de estos autores en I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 528-529. Para los otros, vid. W. WENGLER, “Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie”, *ZVglRWiss.*, 1941, pp. 168-212; ID., “Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien”, *Rabels Z.*, 47, 1983, pp. 215-266; ID., “Jurisdiction to Prescribe or Prohibitions to Resort to Specific Reactions?”, en *Le droit international ‘a l’heure de sa codification – Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione – International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, t. IV, Milano, 1987, pp. 411-432; K.H. NEUMAYER, “Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé”, *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78; K. ZWEIGERT, “Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote”, *Rabels Z.*, 1942, pp. 283-307; ID., “Droit international privé et droit public”, 1965, pp. 645-666.

a) *Su naturaleza de Derecho público. Ejemplo 1:* Esta idea se halla parcialmente latente en la doctrina del *Act of State*, en virtud de la cual los tribunales estadounidenses no controlaban las nacionalizaciones realizadas por otros Estados dentro de su territorio y no podían, por consiguiente, atender a las reclamaciones de los antiguos propietarios de una empresa azucarera nacionalizada, en 1960, por el Gobierno cubano (Sentencia Tribunal Supremo de Estados Unidos 23 marzo 1964 [*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*])<sup>369</sup>. *Ejemplo 2:* Los tribunales ingleses se apoyaron en la naturaleza penal de la ley confiscatoria de los bienes de la familia real española por la II República para no aplicar aquélla en 1935 (*Banco de Vizcaya v. D. Alfonso de Borbón y Austria*)<sup>370</sup>. *Ejemplo 3:* Por el contrario, aun partiendo del principio de que un Estado no ejecuta las leyes penales o impositivas de otros, han reconocido la legitimación del Estado español para representar y dirigir las sociedades filiales de Rumasa en el Reino Unido (*Rumasa S.A. v. Multinvest [Williams & Humbert Ltd. V. Williams & Humbert Trade Marks –Jersey- Ltd.]*)<sup>371</sup>.

b) La constitución del reflejo de una muy concreta *opción política*. *Ejemplo:* En el caso del *gasoducto siberiano*, un tribunal holandés admitió que, en ciertas circunstancias, el juez debe dar prioridad a disposiciones imperativas del Derecho extranjero, pero a condición de que el contrato esté suficientemente conectado con el país de que se trate, lo que no era el caso: Se trataba de un contrato, que tenía por objeto la entrega de piezas de alta tecnología destinadas a la construcción de un gasoducto en Siberia, concluido entre una sociedad francesa (CEPSA) y una sociedad holandesa (Sensor Nederland B.V.), aunque controlada —a través de otra filial— por una empresa norteamericana y, por consiguiente, sometida a la prohibición de ejecución de los contratos en curso destinados a la construcción del gasoducto siberiano decretada por Estados Unidos, como represalia por el aumento de la represión política en Polonia a comienzos de los años 80 (Sentencia Tribunal de distrito de La Haya 17 septiembre 1982 [*CEP c. Sensor Ned. B.V.*])<sup>372</sup>.

c) La ilicitud del contrato por ser contrario al *orden público* o las *buenas costumbres* (la denominada doctrina de la *Sittenwidrigkeit* basada en el art. 138 BGB). *Ejemplo 1:* Argumento esgrimido por un tribunal británico que declaró ilícito —y, por lo tanto, no accedió a la pretensión de una parte de recuperar su dinero— un contrato que tenía por objeto transportar whisky a los Estados Unidos, operación que finalmente fracasó; pero que suponía la infracción de la “ley seca” norteamericana, que, según el tribunal, debía ser tomada en consideración, dado que se dirigía contra un *malum in se* (Sentencia Court of Appeal 13 diciembre 1928 [*Foster v. Driscoll*])<sup>373</sup>. *Ejemplo 2:* Argumento empleado también por el Tribunal federal alemán para denegar la solicitud de indemnización, dirigida contra la compañía aseguradora, por los daños sufridos por tres valiosas estatuillas de bronce, que habían sido sacadas ilegalmente de Nigeria y transportadas a Hamburgo (Sentencia BGH 22 junio 1972 [*Allgemeine Versicherungsgesellschaft v. E.K.*])<sup>374</sup>.

d) La incidencia de la ley del lugar de *ejecución del contrato*. *Ejemplo:* Una sociedad inglesa encargó a una naviera española (Sota y Aznar) que transportase una carga de yute desde Calcuta a Barcelona para su entrega a unos clientes españoles. A cambio, pagaría 50 libras esterlinas por tonelada: la mitad se pagaría en Londres a la partida del navío y el resto a su llegada al puerto de destino. Unos meses antes de que ésta se efectuara, el Gobierno español dictó una normativa fijando topes máximos por tonelada de flete (la cantidad de pesetas equivalente, en aquella época, a 10 libras esterlinas) y señalando

<sup>369</sup> Vid. I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 236 y ss.; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia internacional de las nacionalizaciones. Nombre comercial y marcas*, Madrid, 1988, p. 46.

<sup>370</sup> (1935) 1 KB 140.

<sup>371</sup> H.L., 12 diciembre 1985, (1986) 1 All ER 129. Vid. I. SEIDL-HOHENVELDERN, “The Rumasa decisión of the House of Lords and the doctrine of severance of corporations”, en *Contemporary Problems of International Law. Essays in Honour G. Schwanzberger*, London, 1988, pp. 262 y ss.

<sup>372</sup> Texto en RCDIP, 1983, p. 473. Vid., ad ex., B. AUDIT, “Extra-territorialité et commerce international. L’affaire du gazoduc sibérien”, RCDIP, 1983, pp. 401-434; J. BASEDOW, “Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gerichte Niederlande: Pres. Rb. Den Haag 17.9.1982 (Fall Sensor)”, *Rabels Z.*, 1983, pp. 141 y ss.; T.M. DE BOER/R. KOTTING, “Der niederländische Richter und das US-Gasröhren-Embargo”, *IPRax*, 1984, pp. 108-112; J.-M. JACQUET, “La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international”, *JDI Chunet*, 1985, pp. 327-405; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 71-74.

<sup>373</sup> C.A. (1929) 2 KB 470. Vid. I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 45-46.

<sup>374</sup> BGHZ, 59, 1973, pp. 82-87, comentada por A. BLECKMANN, “Sittenwidrigkeit wegen Vertosses gegen den ordre public international. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22 Juni 1972”, *ZaöRV*, 1974, pp. 112 y ss., e I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 75-76.

las sanciones por incumplimiento de esta normativa. Dado que eran inferiores a la cantidad estipulada y los destinatarios de la mercancía rehusaron abonar la diferencia, el transportista demandó a la sociedad inglesa ante los tribunales británicos, que, no obstante estar sometido el contrato al Derecho inglés, conforme al cual era válido, rechazaron la demanda y estimaron una normativa imperativa de un Estado extranjero –la ley española– que podía ejercer cierto control sobre el cumplimiento del contrato. Para el tribunal inglés, el contrato no podía ejecutarse en virtud de la *doctrine of frustration of contracts*: Los jueces ingleses aceptaron la defensa interpuesta por los expendedores de la mercancía que rehusaban pagar la mitad de la deuda que quedaba, acogiéndose a una normativa española, aunque el contrato se rigiese por el Derecho inglés, dado que no se podía prestar asistencia a la violación de las leyes de otros países independientes (*Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar*)<sup>375</sup>. Dicho con otros términos, un contrato, válido conforme al Derecho que lo regula, “es ineficaz cuando implica la ejecución de prestaciones consideradas ilícitas por el Derecho del Estado extranjero en el que estas últimas deben ser efectuadas (*lex loci solutionis*)” (A. BONOMI)<sup>376</sup>.

3º) Lejos de ser un fenómeno aislado, con anterioridad al art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980 –que constituye el antecedente inmediato del art. 9.3 Reg. Roma I–, la admisibilidad de las normas imperativas de terceros Estados fue expresamente reconocida por algunos tratados internacionales, en particular el Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (art. 7), el Convenio de La Haya de 14 marzo 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios (art. 16) y, sobre todo, el polémico art. VIII.2.b del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional<sup>377</sup>. Por otra parte, hay una cierta semejanza entre el art. 7.1 del Convenio de Roma y el art. 18 de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987 o el art. 3079 del Código civil de Quebec de 1991<sup>378</sup>.

4º) Por último, partidarios y adversarios de la reglamentación jurídica de esta cuestión en términos semejantes a los del art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980 centraron su argumentación de *lege ferenda* en tres cuestiones: se trataba de saber si, al menos, alguna de las diversas modalidades de unilateralismo es compatible –o no– con el método bilateral de atribución o localización, si debe prevalecer la solidaridad con determinadas políticas legislativas de otros Estados o, por el contrario, se debe rechazar tales normas, representativas de un intervencionismo estatal, fuente –según algunos– de todo tipo de males o, finalmente, si hay que tener en cuenta tales normas en virtud de razones prácticas o de realismo o, por el contrario, esto es absolutamente inaceptable por la inseguridad jurídica que las normas ajenas a la *lex causae* pueden provocar<sup>379</sup>.

**121.** El art. 9.3 Reg. Roma I admite que, además de las leyes de policía del foro, un tribunal pueda aplicar leyes de policía de terceros Estados, siempre que, además de cumplir todas las exigencias requeridas a las leyes de policía del foro, se trate de las leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones y dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Como consecuencia del cumplimiento de las anteriores condiciones, el juez del foro dispondrá de la facultad de tomar en consideración tales leyes de policía extranjera, modulando las consecuencias jurídicas de la infracción de leyes de policía de otros países. Aunque tiene algunas *importantes diferencias* con respecto al art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980, el art. 9.3 Reg. Roma I sigue su estela y supone el reconocimiento de un hecho contemporáneo: “El creciente comercio y tráfico han hecho a los Estados interdependientes y la solidaridad entre ellos necesaria” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)<sup>380</sup>.

<sup>375</sup> C.A. (1920) 2 KB 287. Vid. I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 82-85; M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA/J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/S. MUÑOZ MACHADO (Dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, t. III, Madrid, 1986, pp. 753-825, concr. pp. 816-817.

<sup>376</sup> A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, concr. p. 233.

<sup>377</sup> Sobre estos preceptos convencionales y otros posteriores al Convenio de Roma, vid. I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 508 y ss. Para el art. VIII.2.b del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, vid., más adelante, el epígrafe IV, 5.

<sup>378</sup> Vid., ad ex., J.L. CHENAUX, “L’application par le juge des dispositions impératives étrangères non désignées par la règle de conflit du for. Etude de l’article 18 du projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1988, pp. 61 y ss.; A.E. VON OVERBECK, “Le norme di applicazione necessaria”, en G. BROGGINI (Ed.), *Il nuovo Diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990, pp. 32 y ss. Para éstos y otros ejemplos de DIPr. comparado, vid. I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 89-118.

<sup>379</sup> Vid., con mayor detenimiento, estos argumentos en I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 542-543.

<sup>380</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concr. p. 1720.

**122.** Bajo el imperio del art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980 y de la jurisprudencia que le precedió, se interpretó que uno de los presupuestos de la toma en consideración de las normas imperativas de terceros Estados era la existencia de un *vínculo estrecho* (*close connection, Inlandsbezug, stretto legame*) entre la situación y el país que dictó la norma, vínculo que debería apreciarse caso por caso y que los jueces podrían considerar suficiente o no<sup>381</sup>. Las *importantes diferencias* antes sólo mencionadas tienen que ver con este presupuesto. Dicho requisito ha sido sustituido por la exigencia de que las obligaciones surgidas del contrato hayan sido ejecutadas o deban serlo en el país cuyas leyes de policía se pretende tomar en consideración y de que, según éstas, el cumplimiento del contrato resulte ilegal<sup>382</sup>. Como consecuencia de ello, “en esencia, la aplicación del art. 9.3 Reg. Roma I todavía es dejada a la discreción de los tribunales, pero la discreción es ahora más limitada” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)<sup>383</sup>. Esta norma es una solución de compromiso con los Estados que formularon reservas al art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980, especialmente el Reino Unido<sup>384</sup>. El resultado –se ha recordado– se parece a una síntesis de las viejas teorías de W. WENGLER y K. ZWEIGERT: se ha reconocido una conexión especial para las normas de intervención, cuando éstas se oponen al cumplimiento de la obligación<sup>385</sup>.

**123.** Gracias a ambas restricciones ha sido posible consensuar un texto y que, en particular, el Reino Unido se haya incorporado al Reg. Roma I. Desde un punto de vista político –si se entiende que “la política es el arte de lo posible” (frase, de ordinario, atribuida a O. VON BISMARCK)–, parece un precio a pagar razonable. Desde un punto de vista doctrinal, sin embargo, en especial si se toman en consideración las razones que pueden justificar la toma en consideración de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados (= la voluntad de los Estados de cooperar con los Estados extranjeros en la persecución de políticas comunes o de no prestar asistencia a la violación de las leyes de los demás Estados independientes, el deseo de evitar “conflictos de deberes” a una de las partes, sometida a mandatos procedentes de diversos ordenamientos jurídicos absolutamente incompatibles, o la pretensión de asegurar la uniformidad internacional de decisiones, facilitando así su circulación), las limitaciones introducidas pueden parecer poco justificadas (A. BONOMI)<sup>386</sup>.

<sup>381</sup> Vid. la sentencia Hogue Raad 13 mayo 1966 en el caso *Alnati* (“Van Nievelt, Goudriann en Co’s Stoomvaart Maat N.V. c. N.V. Hollandse Assurantie Societeit”), en *RCDIP*, 1967, p. 522, con nota de T. STRUYCKEN y *JDI Clunet*, 1978, p. 340, con nota de SCHULTZ, así como el comentario de I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 66-69. En Alemania, la doctrina dominante interpretó que, para la aplicación del art. 34 EGBGB, era necesaria la existencia de ese vínculo estrecho, pese a que, literalmente, dicha disposición nada señalaba al respecto. Pero la doctrina lo dedujo de dos elementos característicos de las normas internacionalmente imperativas: un elemento subjetivo (la voluntad de validez [*Geltungswillen*]) y un elemento espacial (una relación suficientemente estrecha [*das Merkmal 'der genügend engen Beziehung'*]). Éste sería el caso, *ad ex.*, de la *ubicación del inmueble* en Alemania (*die Belegenheit des Grundstücks*), a propósito de las normas alemanas sobre tráfico jurídico de bienes inmuebles, sobre contratos de construcción o sobre arrendamientos de inmuebles, o del mercado afectado (la denominada *doctrina del efecto* [*die Auswirkung den inländischen Markt*]) por comportamientos colusorios, con independencia de lugar donde éstos se planeen o tengan su sede las empresas participantes. Además, la doctrina observó la relación entre la finalidad de la norma internacionalmente imperativa y la intensidad de la correspondiente conexión: cuanto mayor valor social tenía la norma, menos conexión se exigía; cuanto menor importancia tenía, mayor conexión con el ordenamiento jurídico del foro era necesaria. Vid., *ad ex.*, D. COESTER-WALTJEN, “Der Eskimomantel aus Spanien – Ist der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz zu kurz gestriekt?”, en *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2001, pp. 297-319, conr. pp. 314-315; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439, conr. pp. 373-375; W. KOHTE, “Verbraucherschutz im Licht des europäischen Wirtschaftsrechts”, *EuZW*, 1990, pp. 150-156; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 212-227.

<sup>382</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conr. p. 1721.

<sup>383</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conr. p. 1721.

<sup>384</sup> S. LEIBL/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, conr. p. 542. Sobre dicha reserva, *vid.* D. MARTINY, “Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 – seine Folgen für die Anwendung zwingenden Rechts”, *IPRax*, 1987, pp. 277-280.

<sup>385</sup> S. LEIBL/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, conr. p. 542.

<sup>386</sup> Sobre esta crítica, *vid.* G. BIAGIONI, “Articolo 9 – Norme di di applicazione necessaria in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 7, y, en especial, A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 217-237, conr. pp. 235-236.

**124.** *Grosso modo*, puede afirmarse que la jurisprudencia estatal sobre normas internacionalmente imperativas de terceros Estados ha estado dominada por las circunstancias del caso concreto y ha sido incapaz de elevarlas al nivel de categoría. Ha sido la doctrina internacionalprivatista la que ha intentado encontrar soluciones generales para el tratamiento de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados a través de *tres justificaciones teóricas* (R. FREITAG):

1ª) La denominada *teoría del poder* (*power theory, Machttheorie*). Es la más antigua. Sostiene que la remisión de la norma de conflicto a un Derecho se refiere a la totalidad de normas que lo integran, sean públicas o privadas, a condición de que, además, el Estado extranjero esté en condiciones de hacer cumplir dichas normas. Esto ocurre cuando bienes o actos a realizar se sitúan en el territorio de dicho Estado.

2ª) La *teoría del estatuto obligacional* (*Schuldstatuttheorie*). Representa una evolución de la anterior, que ha tenido una especial acogida en algunos Estados comunitarios (Bélgica, Francia y Reino Unido). En efecto, por una parte, vuelve a sostener que las remisiones de la norma de conflicto del foro no sólo comprenden las normas meramente imperativas, sino también las normas internacionalmente imperativas; por otra parte, añade que cabe tomar en consideración las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados, pero no a través del Derecho de colisión, sino en virtud del propio Derecho sustantivo o material (*ad ex.*, integrando la prohibición de control de cambios extranjera, sobrevenida e imprevisible para las partes, en la base del negocio jurídico, la cláusula *rebús sic stantibus*, la fuerza mayor o el caso fortuito, circunstancias éstas que serían valoradas conforme al Derecho sustantivo aplicable al fondo del asunto).

3ª) La *teoría de la norma de conflicto especial* (*kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung*). Por último, ésta doctrina –también denominada *teoría de la conexión especial* (*Sonderstatut theory*)–, que es la dominante en Alemania, Austria y Suiza, se apoya en dos ideas básicas. Primera: La aplicabilidad o, al menos, toma en consideración de las normas internacionalmente imperativas es independiente de la *lex contractus*. Segunda: No hay razones para diferencias dichas normas, tanto si pertenecen a la *lex fori*, como a la *lex causae* o a *terceros Estados*. En la práctica, supone subordinar la toma en consideración de éstas últimas a una pluralidad de elementos: su voluntad de aplicación (*Anwendungswille*), la estrecha conexión con el asunto (*enge Beziehung*), la armonía internacional de soluciones (*rechtspolitische Interessengleichklang*) y el hecho de que la *lex fori* y el Derecho extranjero compartan unos mismos valores jurídicos aplicables al caso concreto de que se trate (*Wertungsgleichklanges*)<sup>387</sup>.

## A) Elementos del supuesto de hecho.

### a) Leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones.

**125.** Respecto a las normas materiales imperativas extranjeras, el Reg. Roma I sólo contempla la posibilidad de que se tomen en consideración las del Estado de ejecución de la obligación<sup>388</sup>. *Ergo* no se apreciarán las de los demás Estados. La solución finalmente retenida por los autores del Reglamento busca la seguridad jurídica (= excluye la posible aplicación, en cualquier grado que sea, de cualquier norma material imperativa). Para ello, exige lo que B. AUDIT ha denominado un *criterio de proximidad* (*critère de proximité*) (= que el contrato se ejecute en el país del que ella emana)<sup>389</sup>. Esta exigencia responde a dos motivos (O. LANDO/P.A. NIELSEN):

1º) *Evitar la aplicación imperialista de leyes de policía*. Esta limitación trata de asegurar que sólo se aplicarán al contrato internacional las leyes de policía de aquellos Estados, cuyos intereses públicos,

<sup>387</sup> Para una exposición de las tres teorías justificativas de la toma en consideración de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados así como de alguna de sus variantes, *vid.*, *ad ex.*, R. FREITAG, “Berücksichtigung fremder zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, conccr. pp. 443-455; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 57-64 y 268-288.

<sup>388</sup> Sobre las normas internacionalmente imperativas extranjeras en la contratación internacional, *vid.*, *ad ex.*, E. BENZENBERG, *Die Behandlung ausländischer Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht: eine Studie unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Schuldrechts*, Jena, 2008.



defendidos por leyes de policía, pueden resultar afectados por el contrato. Evita así que el contrato sea potencialmente objeto de aplicación de las leyes de policía de los ordenamientos jurídicos de todos los países del mundo. Con ello, se elimina la posibilidad de una reglamentación excesiva (*Überregulierung*) de los contratos internacionales y, en particular, la aplicación imperialista de ciertos Derechos estatales, que se autodeclaran aplicables a una gran cantidad de contratos internacionales que no necesariamente presentan estrechos vínculos con dichos países.

2º) *Permitir una aplicación realista de las Leyes de policía.* El país de ejecución de las obligaciones que nacen del contrato es un país donde el contrato internacional repercute de modo real y tangible. Es el país donde se entregan las mercancías o donde se efectúa el pago, es el país donde se prestan los servicios, donde se edifica una obra, donde se obtienen permisos de importación y exportación, etc. Es el país que dispone de un “dominio efectivo” sobre la situación contractual y, por ello, es posible y factible aplicar realmente sus leyes de policía al contrato en cuestión. Declarar la aplicación de las Leyes de policía de un país que no es el país de ejecución del contrato podría haber resultado una mera declaración de intenciones, pues con frecuencia, dicha aplicación puede no ser fácticamente posible<sup>390</sup>.

**126.** Ahora bien, ¿tiene sentido que la eventual consideración de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados se circunscriba a los supuestos en que éstas son las vigentes en el país de ejecución de la obligación internacional? Sin duda, habrá quienes opinen que el criterio decisivo que debió considerarse es que los intereses del Estado estén comprometidos o no. Existen, en efecto, supuestos en que los intereses de un Estado se ven afectados por actos realizados fuera del territorio del Estado en el que se debe cumplir la obligación. *Ejemplo: el caso del gasoducto siberiano* (Sentencia Tribunal de distrito de La Haya 17 septiembre 1982 [*CEP c. Sensor Ned. B.V.*]), antes referido<sup>391</sup>.

#### b) “Ilegalidad” de la ejecución del contrato.

**127.** Otro requisito, cumulativo al anterior, para considerar las normas internacionales imperativas extranjeras es que la ejecución sea *ilegal*: Según el art. 9.3 Reg. Roma I, únicamente cabe dar efecto a las leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones “*en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal*”. *Ratio iuris*: No cualquier norma jurídica merece la condición de ley de policía. Debe tratarse de normas jurídicas de tal relevancia que la ejecución del contrato sea “ilegal” (= *prohibida por la ley*) —concepto que no necesariamente es equiparable al de la nulidad de dicha ejecución—. La práctica jurisprudencial es muy abundante a este respecto en sectores como la normativa extranjera de control de cambios o la protección de los bienes culturales. Sin embargo, ¿*Quid iuris* en el caso de que la ley del lugar de ejecución de la obligación no declare ilegal ésta, sino que opte por otras posibilidades? Así ocurre cuando el legislador suspende la ejecución del contrato, la condiciona al cumplimiento de determinados requisitos o permite solicitar a una autoridad u órgano judicial que no preste asistencia a la solicitud administrativa o pretensión procesal presentada por uno de los contratantes, rogando el cumplimiento del contrato o de una cláusula particular de éste (B. AUDIT)<sup>392</sup>.

### B) Consecuencia jurídica.

#### a) Aplicación facultativa de las leyes de policía de terceros Estados.

**128.** El juez del foro no está obligado, sino sólo facultado a dar efecto a ciertas leyes de policía de terceros Estados: “También *podrá* darse efecto[...]

<sup>389</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 704.

<sup>390</sup> P.A. NIELSEN/O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conccr. pp. 1720-1721, explican el camino que llevó al Reino Unido a exigir que se recortase la posibilidad de tomar en consideración normas imperativas de terceros Estados: “Las discusiones —señalan estos autores— se centraron en encontrar un compromiso que restringiese el ámbito de la disposición y redujese a un mínimo cualquier incertidumbre legal”. El resultado fue el actual art. 9.3 Reg. Roma I.

<sup>391</sup> *Vid.*, *supra*, epígrafe IV, 4.

<sup>392</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 704.

plio “criterio de oportunidad” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>393</sup> o, si se prefiere, de una *facultad discrecional* (*the discretionary power*)<sup>394</sup>. Según el art. 9.3, su decisión deberá tener en cuenta dos datos:

1º) La “naturaleza y objeto” de las normas imperativas extranjeras en cuestión (*the nature and purpose requirement*)<sup>395</sup>. Por “naturaleza” cabe entender su carácter público o penal, prohibitivo o permisivo, general o especial, “aunque ninguno de estos rasgos sea decisivo” (B. AUDIT)<sup>396</sup>. Por “objeto”, cabe suponer que se refiere al sector de la vida social regulado por la disposición correspondiente. Según ésta idea, habría segmentos de la vida social (como el Derecho monetario, la protección de bienes culturales o las relaciones de competencia entre empresas) más inclinados que otros a ser regulados por disposiciones consideradas normas internacionalmente imperativas o, simplemente, leyes de policía.

Se formula así una especie de *doble barrera*: No basta que el ordenamiento jurídico extranjero recurra a las leyes de policía para salvaguardar un interés general digno de especial protección jurídica, sino que es necesario que, además, su punto de vista sea compartido por el ordenamiento jurídico del foro (*criterio de la doble barrera o test de la homogeneidad sustancial de la lex causae y la lex fori*) (I. GUARDANS I CAMBÓ)<sup>397</sup>.

2º) Las “consecuencias que derivarían de su aplicación o inaplicación” (*the consequences of the application and non-application requirement*)<sup>398</sup>. El juez del foro sólo podrá dar efecto a las leyes de policía de terceros Estados, cuando éstas no sólo existieran, sino que estuvieran vigentes antes de la conclusión del contrato; de tal suerte que los contratantes no hubieran podido ignorarlas.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, disposiciones constitucionales de algunos Estados pueden oponerse a la aplicación de ciertas leyes de policía de terceros Estados (P. KAYE)<sup>399</sup>.

## b) Consecuencias del incumplimiento de leyes de policía de terceros Estados.

**129.** Por último, el art. 9.3 Reg. Roma I exige considerar las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de la correspondiente norma material imperativa extranjera. Es una exigencia que figuraba ya en el Convenio de Roma de 1980. Como el texto reglamentario no distingue, puede tratarse tanto de las consecuencias para los particulares como de las consecuencias para el Estado extranjero cuya disposición imperativa se cuestiona. La apreciación de ambas no es excluyente. Tal es el caso, *ad ex.*, de las disposiciones imperativas dictadas por algunos Estados, ordenando el bloqueo, incluso en el extranjero, de cuentas bancarias pertenecientes a nacionales de determinados Estados (sentencia Tribunal de grande instance de Paris de 21 diciembre 1979, embargo de las cuentas iraníes en los bancos estadounidenses, incluidas sus sucursales en el extranjero, ordenado por las autoridades norteamericanas bajo la presidencia de J. CARTER, en 1979, como respuesta a la denominada “crisis de los rehenes”)<sup>400</sup>. En hipótesis de este género, que suelen tener su origen en una crisis internacional de dimensiones variables, corresponde al tribunal ante el que se litiga despejar la cuestión de si el cumplimiento de una medida extranjera de ese tenor es compatible con la reputación de la banca local, contrario al orden público del foro, si existen contramedidas locales o si debe prestar su cooperación al Estado extranjero que ha dictado la disposición imperativa correspondiente<sup>401</sup>.

**130.** En todo caso, el art. 9.3 Reg. Roma I no habla de “aplicar” estas normas, sino de “dar efectos” a las mismas (*to give effect, donner effect, dare efficacia, Wirkung verleihen*)<sup>402</sup>. Como ha señalado, con particular acierto, M<sup>a</sup>. P. DIAGO DIAGO, ante el juez del foro se abren varias posibilidades:

<sup>393</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

<sup>394</sup> *Vid., ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 241-245.

<sup>395</sup> *Vid., ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 228-234.

<sup>396</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 704.

<sup>397</sup> Aunque con distinta terminología a la que empleo en el texto, I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Madrid, 1992, pp. 556-557.

<sup>398</sup> *Vid., ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 234-241.

<sup>399</sup> P. KAYE, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, pp. 248-261.

<sup>400</sup> Texto en *RCDIP*, 1980, p. 382. *Vid.* F. GIANVITTI, “Le blocage des avoirs officiels iraniens par les États-Unis (executive order du 14 novembre 1979)”, *RCDIP*, 1980, pp. 279-303.

<sup>401</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 705.

<sup>402</sup> *Vid., ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 245-247; R. FREITAG, “Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO”, *IPRax*, 2009, 2, pp. 109-116, concr. pp. 114-115.

1º) Aplicar todas o algunas de las sanciones civiles recogidas en el Derecho extranjero, cuyas leyes de policía se han vulnerado o aplicar tales sanciones; pero de “manera modulada” por el juez en atención al caso concreto. Esta primera posibilidad debe prevalecer en el caso de que el Derecho extranjero cuyas normas de intervención han sido vulneradas incorpore, de manera expresa, una sanción civil al contrato. En efecto, en estos casos, los contratantes pueden y deben haber previsto fácilmente cuál es la consecuencia de la infracción de estas normas,

2º) Aplicar las sanciones previstas en la *lex contractus*, de modo que la infracción de las leyes de policía extranjeras será tenida en cuenta como un “dato fáctico” (*Foreign Law as Local Data*) que habrá de ser subsumido en la Ley del contrato. Esta segunda tesis debe prevalecer en el caso de que el Derecho extranjero cuyas normas de intervención han sido vulneradas no incorpore, de manera expresa, una sanción civil al contrato; ya que, en estos casos, puede resultar desproporcionado exigir a los contratantes que prevean las consecuencias de la infracción de estas normas extranjeras recogidas en las “normas generales” del Derecho extranjero (pues las “normas específicas infringidas”, nada disponen al respecto). Por el contrario, sí que resulta proporcionado exigir a los contratantes que prevean la aplicación de las consecuencias jurídicas recogidas en la ley del contrato y que se producen como resultado de la vulneración de normas internacionalmente imperativas extranjeras<sup>403</sup>.

## 5. Normas imperativas de terceros Estados y Convenios internacionales.

131. Fuera del Reg. Roma I, pero no por ello menos aplicables por el juez del foro, quedan ciertos Convenios internacionales y disposiciones de Derecho comunitario que contemplan la posibilidad de aplicar normas internacionalmente imperativas a ciertos supuestos de la contratación internacional (arts. 23 y 25 Reg. Roma I). *Ejemplo 1*: El polémico art. VIII.2.b del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, surgido de los acuerdos de Bretton Woods<sup>404</sup>. *Ejemplo 2*: El art. 3 del Convenio (UNESCO) de París, de 17 noviembre 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales<sup>405</sup>.

<sup>403</sup> M.P. DIAGO DIAGO, “El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberley”, *CDT*, vol. 1, nº 1, Marzo 2009, pp. 72-91.

<sup>404</sup> K. EHLERS-MUNZ, *Die Beachtung ausländischen Devisenrechts: Bretton Woods und nationaler Autonomies Recht*, Hamburg, 1991; I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 178-224; H. JAMES, *International monetary cooperation since Bretton Woods*, Washington, DC, 1996.

<sup>405</sup> *Vid.*, *ad ex.*, P. ASKERUD, *Preventing the Illicit Traffic in Cultural Property: A Resource Handbook for the Implementation of the 1970 UNESCO Convention*, Paris, 1997; B. BOER, “Protection of Movable Cultural Heritage Property Act 1986”, *Environmental and Planning Law Journal*, 4, 1987, pp. 63-66; M.F. BOLAÑO, “International Art Theft Disputes: Harmonizing Common Law Principles with Article 7 (b) of the UNESCO Convention”, *Fordham International Law Journal*, 15, 1991-1992, pp. 129-173; I. CARACCILO, “Analogie e differenze tra la Convenzione Unesco del 1970 sui mezzi per vietare e prevenire il trasferimento illecito di proprietà del patrimonio culturale e la Convenzione Unidroit del 1995 sulla restituzione dei beni culturali rubati o illecitamente esportati”, en P. PAONE (Ed.), *La protezione internazionale e la circolazione comunitaria dei beni culturali mobili*, Napoli, 1998, pp. 41-89; E. CLÉMENT, “The UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Paris, 1970)”, en H. LAYTON (Ed.), *Illicit Traffic in Cultural Property: Museums against Pillage*, Amsterdam, 1993, pp. 45-52; ID., “The Aims of the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property and Action Being Taken by UNESCO to Assist in its Implementation”, en K. WALKER TUBB (Ed.), *Antiquities: Trade or Betrayed; Legal, Ethical and Conservation Issues*, London, 1995, pp. 38-56; C.C. COGINS, “United States Cultural Property Legislation: Observations of A Combatant”, *International Journal of Cultural Property*, 7, 1998, pp. 52-68; L.D. DUBOFF y otros (Eds.), “Proceedings of the Panel on the U.S. Enabling Legislation of the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 4, 1976, pp. 97-134; S.D. EDELSON, “Concerted International Effort in the Trade of Cultural Property”, *Law and Policy in International Business*, 16, 1984, pp. 1249-1273; R. FRAOUA, *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Paris, 1970): Commentaire et aperçu de quelques mesures nationales d'exécution*, UNESCO, Doc. CC-86/WS/40, 1986; F. GEISINGER-MARIÉTHOZ, “Le projet de ratification par la Suisse de la Convention de l'UNESCO de 1970 sur l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 119, 2000, pp. 273-311; S. GIMBRÈRE/P. TINEKE, “The Protection of Cultural Property: from Unesco to the European Community with Special Reference to the Case of the Netherlands”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 23, 1992, pp. 223-273; J.B. GORDON, “The Unesco Convention on the Illicit Move-

## V. Conclusión.

132. En nuestro país, *apóstoles del análisis económico del Derecho (Law & Economics)* (en especial, C. PAZ-ARES, F. GARCIMARTÍN, J. CARRASCOSA) llevan años defendiendo que el Derecho privado debe ser *eficiente*<sup>406</sup>. El DIPr. operaría como el Derecho de la “localización eficiente de las situaciones privadas internacionales”: debe aplicarse el Derecho estatal, cuya aplicación *ex ante* genere menores costes a todos los sujetos implicados<sup>407</sup>. Han justificado las razones y mostrado los medios para ello. A la postre, esto será, muy probablemente, lo único que –al menos, a parte de la doctrina– importe: *si el Reglamento Roma I es eficiente*. Como aún no ha podido generar jurisprudencia, cualquier respuesta no tiene más que un valor especulativo. Aunque la exposición haya versado tan sólo sobre algunas cuestiones puntuales, creo –con toda la prudencia que requieren los vaticinios– que la respuesta será afirmativa: el Reglamento Roma I será eficiente. Por lo pronto, será más eficiente que su antecesor –el Convenio de Roma de 1980–. Desde luego, será mucho más eficiente que el vetusto art. 10.5 de nuestro Código civil.

133. En términos generales, el Reglamento Roma I es una necesaria *mise au point* del Convenio de Roma de 1980. Aunque aún esté por ver cómo incide en la realidad jurídica internacional y quepa discrepar de algunas de las concretas soluciones que aporta, supone *importantes avances* en, al menos, *tres frentes*:

1º) Ha reducido los *costes de transacción* empresariales. Para ello, ha despejado algunas de las cuestiones que la autonomía conflictual planteaba y establecido reglas especiales para contratos parti-

---

ment of Art Treasures”, *Harvard International Law Journal*, 12, 1971, pp. 537-556; A. HALSDORFER, *Privat- und kollisionsrechtliche Folgen der Verletzung von Kulturgüterschutznormen auf der Grundlage des UNESCO-Kulturgüterübereinkommens 1970*, Frankfurt am Main, 2008; A.G. HINGSTON, “U.S. Implementation of the UNESCO Cultural Property Convention”, en P. MAUCH MESSENGER (Ed.), *The Ethics of Collecting: Whose Culture? Cultural Property: Whose Property?*, Albuquerque, New Mexico, 1989, pp. 129-147; L.A. HOFKIN, “The cultural Property Act: The Art of compromise”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, 12, 1988, pp. 423-450; W. KAPLAN, “Assistance under the 1970 UNESCO Cultural Property Convention: Canada’s Request to the United States”, *Stanford Journal of International Law*, 22, 1986, pp. 123-152; N.R. LENZNER, “The Illicit International trade in cultural property: does the UNIDROIT Convention provide an Effective Remedy for the Shortcomings of the UNESCO Convention?”, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, 15, 1994, pp. 469-507; A. LO MONACO, “Sulla restituzione di beni culturali rubati all’estero second la convenzione dell’UNESCO”, *RDI*, 71, 1988, pp. 842-855; S.H. McNUTT/A. SALAZAR HOBSON, “The UNESCO Convention on Cultural Property: Overdue for Implementation”, *University of California Davis Law Review*, 15, 1982, pp. 1067-1092; C.L. MORRIS, “In Search of a Stolen Masterpiece: The Causes and Remedies of International Art Theft”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 5, 1988, pp. 59-81; P.J. O’KEEFE, *Commentary on the UNESCO 1970 convention in Illicit Traffic*, Leicester, 2000; M. PAPAGEORGE KOUROUPAS, “U.S. Efforts to Protect Cultural Property: Implementation of the 1970 UNESCO Convention”, en K. WALKER TUBB (Ed.), *Antiquities: Trade or Betrayed; Legal, Ethical and Conservation Issues*, London, 1995, pp. 83-93; L.V. PROTT, “International Control of Illicit Movement of the Cultural Heritage: The 1970 UNESCO Convention and Some Possible Alternatives”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 10, 1983, pp. 333-351; ID., “The 1970 UNESCO Convention on Illicit Traffic: Present Practice and Future Development”, en *La protezione internazionale dei beni culturali: atti del Convegno celebrativo del 30º anniversario della Convenzione dell’Aja sulla protezione dei beni culturali nei conflitti armati (Firenze, 22-24 novembre 1984)*, Roma, 1986, pp. 121-138; ID., “Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention und nach der UNESCO-Konvention”, *ZVglRWiss.*, 95, 1996, pp. 188-202; ID., “UNESCO celebrates Thirtieth Anniversary of Its Convention on Illicit Traffic”, *International Journal of Cultural Property*, 9, 2000, pp. 347-349; F. SHYLLON, “The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration”, *Uniform Law Review*, 5, 2000, pp. 219-241; W. SIEROSZEWSKI, “Les origins et les principes de la convention de 1970 sur les mesures à prendre pour empêcher l’exportation, l’importation et le transfert illicites des biens culturels”, *Annuaire de l’A.A.A.*, 44, 1974, pp. 63-73; E.G. WHITLAM, “The 1970 Unesco Convention: An Historical Overview”, en L.V. PROTT/J. SPECHT (Eds.), *Protection or Plunder?: Safeguarding the Future of Our Cultural Heritage; Papers of the UNESCO Regional Seminar on the Protection of Movable Cultural Property, Brisbane, Australia, 1986*, Canberra, 1989, pp. 14-18; E. WIEDERKEHR SCHULER, *Kulturgüterschutz – freier Kunstmarkt: Zwei international Konventionen; Unidroit und UNESCO 1970*, Zürich, 2000.

<sup>406</sup> C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. 3, Valencia, 1995, pp. 2843-2900; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales, una aproximación económica”, *REDI*, 1995-II, vol. XLVII, pp. 11-41; ID., *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, 2002, pp. 22-25; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, Año 62, n° 2065, 2008, pp. 2351-2378.

<sup>407</sup> Para una exposición de conjunto, *vid.*, *ad ex.*, E.A. O’HARA/L.E. RIBSTEIN, “Conflict of Laws and Choice of Law”, en B. BOUCKAERT/G. DE GEEST (Ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, University of Ghent and University of Utrecht, 2000, versión *on line*, pp. 631-660, conccr. p. 631.

culares. Cierto es que no ha estado especialmente afortunado a la hora de regular las relaciones entre la competencia judicial y la competencia legislativa –o, expresado en términos más sencillos, si la elección del tribunal supone implícitamente también la del Derecho aplicable al contrato internacional–. No es menos cierto que ha dado un portazo a la nueva *Lex Mercatoria* y eventualmente a las –por lo demás, excelentes– codificaciones conocidas como *Principios* (los *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* y los *European Principles of Contract Law*). Pero, en todo caso, no es menos cierto que la existencia de respuesta a ambas cuestiones resulta preferible al silencio anteriormente vigente bajo el Convenio de Roma de 1980 desde el punto de vista de la seguridad jurídica y que, por lo que respecta a los *Principios* o sobre todo un *Marco común de referencia*, queda abierta la posibilidad de su posible consideración en el futuro como un haz de soluciones materiales a los problemas de la contratación internacional.

2º) Ha incrementado la defensa que los *consumidores* podían esperar del ordenamiento jurídico. Para ello, ha mantenido el *Günstigkeitsprinzip* frente a una solución más radical que no necesariamente favorecía a los consumidores (la aplicación exclusiva del ordenamiento jurídico del país de residencia habitual del consumidor), ha extendido el ámbito de aplicación de la norma de conflicto especial para los contratos internacionales concluidos por consumidores a, en principio, todo tipo de contrato, ha recurrido a la noción de “actividad dirigida” para justificar la competencia de la ley del país en que el consumidor tiene su residencia habitual y ha precisado las cinco excepciones objetivas –de las que sólo dos estaban ya en el Convenio de Roma de 1980– que deben regirse por las normas de conflicto generales previstas por el Reg. Roma I y no por su art. 6.

3º) Ha encauzado correctamente la posible aplicación de las *normas internacionalmente imperativas* de terceros Estados. En efecto, la admisión –tan polémica– de las normas imperativas de terceros Estados no constituye, sino un reflejo de un fenómeno más profundo, que no cabe ignorar: la incidencia –creciente– de la intervención estatal sobre la autonomía –menguante– de los particulares. No es, por lo demás, una característica privativa del Reg. Roma I, ni siquiera del Derecho contemporáneo, que se pueda ignorar; por lo que la existencia de una norma como el art. 9 Reg. Roma I –que faculta, pero no obliga al juez– resulta preferible a la ausencia de toda previsión legal. Dicha disposición sigue facultando a los tribunales, pero su discrecionalidad se ha visto reducida por dos exigencias (la aplicabilidad de las normas internacionalmente imperativas del Estado de ejecución si, además, convierten en ilegales las obligaciones surgidas del contrato), que evitan que el Derecho público extranjero pueda erosionar excesivamente a la *lex contractus* y dañar los intereses comerciales.

**134.** Con este nuevo Reglamento comunitario, la sociedad ha ganado seguridad jurídica y libertad. Es la contribución que cabía esperar de los juristas. No es poco en estos tiempos de crisis que vivimos. Por otra parte, hubiera sido necio por mi parte no trazarles un retrato fiel, con luces y sombras, de este Reglamento comunitario. Me temo que, a corto, plazo oiremos un *coro de plañideras*, quejándose amargamente de las “oportunidades perdidas”: que si se ha esquivado a la *Lex Mercatoria*, como alternativa metodológica, que si los Principios de Unidroit han sido preteridos... Parece que les hubieran hurtado el Paraíso con el que soñaban: un Edén poblado por una sociedad o comunidad internacional de comerciantes honrados y benéficos, dotados de un ordenamiento surgido y aplicado al margen de los Estados. Quienes no se percatan de la desigual luminiscencia de las obras humanas y sólo admiten filias (o fobias) inquebrantables representan intereses ocultos (quizá los suyos propios) o se olvidan que, como escribió MARCEL PROUST, no hay más paraísos que los perdidos. En todo caso, intentar satisfacer el anhelo de justicia de nuestra sociedad constituye la *grandeza y servidumbre* de nuestra profesión.

# LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE CONSUMIDORES EN LA LEY 34/2002 DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ  
*Profesora titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 15.08.2009 / Aceptado: 25.08.2009

**Resumen:** Las normas de Derecho Privado en materia de consumidores contenidas en la Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y la Ley de transposición de dicha Directiva en el ordenamiento jurídico español la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de *comercio electrónico* (LSSI) son muy escasas, y la mayoría presentan un “carácter aclaratorio”. Entre estas normas aclaratorias de Derecho internacional privado destacan las contenidas en los arts. 26 y 29 de la LSSI relativas a la Ley aplicable a los contratos electrónicos y la determinación del lugar de celebración de los contratos *online*, respectivamente.

**Palabras clave:** *Business to Consumer*, normas de conflicto, comunitarización del Derecho internacional privado, comercio electrónico.

**Abstract:** The rules of private law on consumers in Directive 2000/31 of 8 June 2000 on certain legal aspects of the information society, in particular electronic commerce in the Internal Market (Directive on e-commerce) and the Act transposing the Directive on the legal Spanish Law 34/2002 of July 11, services of information society and electronic commerce are very rare, and most have a “character clarification”. These rules of private international law clarificatory highlighted in the arts. 26 and 29 of the LSSI concerning the law applicable to electronic contracts and determining the place of conclusion of contracts online, respectively.

**Key words:** *Business to Consumer*, conflict of law, Private international law of the European Community, E-commerce.

**Sumario:** I. Consideraciones previas. II. El art. 26 LSSI: Ley aplicable a los contratos electrónicos. Errores cometidos por el legislador español. 1. Los arts. 2 y 3 LSSI en relación con el art. 26 LSSI. 2. Olvido de la competencia judicial internacional. III. Condiciones de aplicación del art. 26 LSSI a los contratos de consumidores. IV. Normas de Derecho internacional privado español aplicables a los contratos electrónicos de consumidores. 1. Determinación de los tribunales competentes. 2. Determinación de la Ley aplicable. A) Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores pasivos. B) Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores activos o consumidores personas jurídicas. V. Aspectos que deberían ser reformados del art. 26 LSSI. VI. El art. 29 LSSI: el lugar de celebración de los contratos electrónicos. VII. Condiciones de aplicación del art. 29.1: *Business to Consumer*. VIII. Presunción: celebración del contrato en el lugar de *residencia habitual* del consumidor (*Business to Consumer*). IX. La importancia de determinar el lugar de determinar el lugar de celebración del contrato electrónico *Business to Consumer* desde un punto de vista de Derecho internacional privado. 1. Competencia judicial internacional: art. 22.3 LOPJ. 2. Determinación de la ley aplicable: art. 10.5 Cc. X. Presunción: en defecto de pacto el lugar en que está establecido el prestador (*Business to Business*). XI. Aspectos que deberían ser reformados del art. 29 LSSI.

## I. Consideraciones previas

1. Las normas de Derecho Privado en materia de consumidores, en especial, y en el resto de materias objeto del Derecho internacional privado, con carácter general, contenidas en la Directiva 2000/31 de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) [*Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000, pp. 1-16*] y la Ley de transposición de dicha Directiva en el ordenamiento jurídico español la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de *comercio electrónico*, (en adelante la LSSI) son muy escasas, y la mayoría presentan un “carácter aclaratorio”<sup>1</sup>. Entre estas normas aclaratorias de Derecho internacional privado destacan las contenidas en los arts. 26 y 29 de la LSSI relativas a la Ley aplicable a los contratos electrónicos y a la determinación del lugar de celebración de los contratos *online*, respectivamente.

El art. 26 establece: *Ley aplicable. Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley.*

El art. 29 señala: *Lugar de celebración del contrato. Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.*

*Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.*

2. La Directiva sobre comercio electrónico parte de la importancia de proteger a los consumidores en esta modalidad de contratación, señalando en su Considerando 7 que “es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores que la presente Directiva establezca un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior”; y en su Considerando 11 que “la presente Directiva no afecta al nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses de los consumidores fijados en los instrumentos comunitarios”. Entre estos instrumentos comunitarios se citan las Directivas comunitarias en materia de consumidores, como la de contratos a distancia, o la de la publicidad engañosa y comparativa<sup>2</sup>.

3. Los contratos electrónicos pueden ser de dos tipos, teniendo en cuenta los intervinientes, *Business to Business* o comercio electrónico entre profesionales o empresas, y *Business to Consumer* o comercio electrónico entre empresas y consumidores<sup>3</sup>. Es a este último tipo de contratos al que se hará referencia en el estudio.

4. Veamos por separado cada uno de estos preceptos para entender su importancia desde un punto de vista de Derecho internacional privado.

## II. El art. 26 LSSI: Ley aplicable a los contratos electrónicos. Errores cometidos por el legislador español

5. El art. 26 establece textualmente: *Ley aplicable. Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley.*

---

<sup>1</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 34

<sup>2</sup> M.E. CLEMENTE MEORO, “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 211/212, agosto/septiembre de 2002, p. 3.

<sup>3</sup> A.R. DEL ÁGUILA, *Comercio electrónico y estrategia empresarial*, Madrid, 2000, pp. 35 y ss; G. BOTANA GARCÍA, “Noción de Comercio Electrónico”, en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 61-62; E. FERNÁNDEZ GÓMEZ, *Comercio electrónico*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 36-37; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 223.

En realidad el art. 26 LSSI, aunque utiliza la expresión *Ley aplicable*, no regula cuál debe ser la Ley aplicable a los contratos electrónicos *Business to Consumer*, sino que, por el contrario, hace una remisión a las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español<sup>4</sup>. El origen de lo dispuesto en el art. 26 LSSI es el art. 1.4 de la Directiva que señala que “*la presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia*”. Esta aclaración ya se señalaba en el Considerando 23 de la Directiva al establecer que “no es objetivo de la presente Directiva fijar normas adicionales de Derecho internacional privado relativas a conflictos entre legislaciones y no afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia”<sup>5</sup>. Así lo ha recogido la LSSI que no hace referencia a los tribunales competentes en materia de contratación electrónica y sólo hace referencia expresa a la ley aplicable los contratos electrónicos sin solucionar este problema.

6. Son muchos los errores que el legislador español comete con la introducción del art. 26 LSSI. De ahí, que la doctrina, por lo general, tampoco haya estado muy fina en la interpretación de este precepto. Hubiera bastado con que no hubiera mencionado absolutamente nada sobre las normas de Derecho internacional privado reguladoras de los contratos electrónicos *Business to Consumer*. Veamos cuáles son esos errores.

### 1. Los arts. 2 y 3 LSSI en relación con el art. 26 LSSI

7. El art. 26 LSSI no establece cuál es la Ley aplicable a los contratos electrónicos sino simplemente nos remite a las normas de Derecho internacional privado que ya existen en el ordenamiento jurídico español que resuelven el problema de la Ley aplicable a los contratos internacionales. Este precepto, por tanto, se vuelve inútil al no conseguir el objetivo para que el que se elaboró. Además de inútil, el art. 26 *in fine*, va en contra de las propias normas de Derecho internacional privado cuando señala que, en todo caso en la aplicación de la *lex contractus*, hay que tener en consideración los arts. 2 y 3 de la LSSI. Estos preceptos pueden ir en contra de las normas de Derecho internacional privado, pues en realidad los arts. 2 y 3 LSSI no son normas que establezcan el régimen general sobre la Ley aplica-

---

<sup>4</sup> Vid. sobre el art. 26 LSSI, G. BOTANA GARCÍA, “Noción de Comercio Electrónico”, en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 5-62; I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, París, 2002; A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001; A. CALVO ANDÚJAR, “Artículo 26”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, p. 411-425; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009; J.M. CENDOYA MÉNDEZ VIGO, “La protección de los consumidores”, en R. MATEU DE ROS/J.M. CENDOYA MÉNDEZ VIGO (Coords.), *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 123-142; A. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, “Artículo 2” *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 91-102; Id., “Artículo 3”, *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp.103-118; S. FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Comares, Granada, 2006; E. FERNÁNDEZ GÓMEZ, *Comercio electrónico*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002; G. RUBIO GIMENO, “Validez y perfección del contrato electrónico”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, pp.41-55; M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 25-64; R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 65-195; R. PINOCHET OLAVE, *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Marcial Pons, Barcelona, 2001; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, pp. 221-252; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La contratación electrónica en el tráfico externo”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 181-199; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico” en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001,

<sup>5</sup> R. PINOCHET OLAVE, *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pp. 120-121.



ble a los contratos electrónicos sino que, simplemente, señalan el ámbito subjetivo de aplicación de la LSSI<sup>6</sup>.

8. Son muchas las teorías erróneas que se han utilizado para intentar comprender el sentido del art. 26 LSSI en relación con los arts. 2 y 3 LSSI, reguladores del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa española. Por ello, se intentará, de la forma más sencilla posible, poner orden en la interpretación y aplicación de estos preceptos desde un punto de vista de Derecho Internacional privado, es decir, desde el punto de vista de la regulación de los contratos electrónicos internacionales *Business to Consumer*.

9. Brevemente hay que señalar que dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la LSSI se diferencia entre *prestadores de servicios establecidos en España* (art. 2 LSSI), *prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo* (art. 3 LSSI) y *prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo* (art. 4 LSSI). Sin embargo, el art. 26 LSSI sólo menciona que habrá que tomar en consideración para la aplicación de la Ley designada por las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español lo establecido en relación con los prestadores establecidos en España, en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo, ex arts. 2 y 3 LSSI, respectivamente, pero no lo relativo a los prestadores establecidos en terceros Estados. Esta exclusión no tiene ningún sentido desde el punto de vista de la búsqueda de la Ley aplicable a los contratos electrónicos. Es una exclusión inútil e ilegal.

10. El art. 2 LSSI recoge el principio de control de origen cuando señala que la LSSI será de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos; y a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente en España. Con este precepto se sujeta al prestador de servicios a las normas que conforman el “ámbito normativo coordinado” de la Directiva 2000/31, cuya definición se encuentra en el art. 2 h) “Definiciones” de la Directiva 2000/31<sup>7</sup>.

11. El art. 3 LSSI delimita igualmente el ámbito de aplicación subjetivo de la LSSI, extendiéndose su aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y afecte a un grupo de materias que están excluidas del “ámbito normativo coordinado” de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, por referirse en su gran mayoría a ámbitos normativos ya armonizados en Directivas anteriores. El art. 3 LSSI es la transposición al ordenamiento jurídico español de las excepciones a la aplicación de la ley del país de origen contempladas en el art. 3.3 de la Directiva y más concretamente en el Anexo de la Directiva sobre comercio electrónico<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> A. CALVO ANDÚJAR, “Artículo 26”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 414-415; M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 45-49; J.M. VILLAR URIBARRI, “El régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 390-392.

<sup>7</sup> A. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, “Artículo 2”, *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 94-95; M.D. GRAMUNT FOMBUENA, “El estatuto jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 22-23; M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 60-63; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, pp. 232-233.

<sup>8</sup> A. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, “Artículo 3”, *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp.105-106; S. FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Comares, Granada, 2006, p. 132; M.D. GRAMUNT FOMBUENA, “El estatuto jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 23 M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, pp. 233-234.

De esas materias excluidas del “ámbito normativo coordinado” de la Directiva sobre comercio electrónico las que nos interesan son las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores (art. 3.1.d LSSI) y la elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato (art. 3.1.e LSSI).

1º. *Las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores* (art. 3.1.d LSSI). Con esta excepción se intenta proteger a los consumidores que contratan en Internet. Pero esta protección ya se les otorga en el Reglamento (CE) núm. 593/2008 de 17 de junio de 2008 (Reglamento Roma I) sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales cuyo art. 6 establece una serie de puntos de conexión específicos que regulan los contratos en los que interviene un consumidor. Igualmente existen numerosas Directivas comunitarias cuyo objetivo primordial es favorecer los intereses del consumidor y proteger a los consumidores frente a los profesionales partiendo de que son la parte débil de la relación contractual<sup>9</sup>. Por tanto, esta referencia especial que hace el art. 3.1.d) LSSI a los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor no tiene ningún sentido ni valor, puesto que jamás lo dispuesto en una normativa de producción interna, como es la LSSI, puede ir en contra de lo dispuesto en un Reglamento comunitario, como el Reglamento Roma I, o en las Directivas comunitarias que transpone; o sustituir el régimen de protección del consumidor que existe en las normas de Derecho internacional privado españolas<sup>10</sup>.

2º. *Régimen de la elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato* (art. 3.1.e LSSI). Las normas de Derecho internacional privado españolas parten de la autonomía conflictual de los contratantes, es decir, las partes son libres para elegir la Ley aplicable a su contrato, *ex art. 3* Reglamento Roma I. Sin embargo, cuando en el contrato interviene un consumidor esta autonomía de la voluntad no es tan amplia, pues se intenta favorecer al consumidor para evitar que el empresario le imponga su voluntad. En el caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el art. 6 Reglamento Roma I, el contrato se regirá por la Ley elegida por los contratantes si se verifican las exigencias del art. 6.2 Reglamento Roma I y, en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor. La Ley debe haber sido elegida con los requisitos y dentro de los límites que marca el art. 3 Reglamento Roma I. Las partes pueden así, elegir la Ley del Estado que tengan por conveniente, cambiar la elección anterior de la Ley aplicable, elegir varias Leyes aplicables al mismo contrato o sólo la Ley reguladora de una parte del contrato, etc. Pero la Ley elegida debe ser una Ley estatal y su elección, expresa o implícita, debe ser clara. No cabe aplicar al contrato la Ley presunta o hipotéticamente elegida por los contratantes. Sin embargo, el art. 6.2 establece un régimen especial de elección de Ley en el caso de los consumidores. Indica el art. 6.2 Reglamento Roma I que la elección de Ley reguladora del contrato de consumidores “no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1 [del art. 6 Reglamento Roma I]”. Por tanto, si la Ley elegida por las partes ofrece una protección jurídica al consumidor que resulta inferior a la que brindan las disposiciones imperativas de la Ley del Estado de la residencia habitual del consumidor, dicha Ley elegida no se aplicará al contrato<sup>11</sup>. Ahora bien, el Reglamento Roma I no señala si este principio de “mayor favorabilidad” debe apreciarlo el juez de oficio o si son las partes las que deben probarlo, y si esta “comparación” entre legislaciones debe hacerse norma por norma, institución por institución, u ordenamiento jurídico por ordenamiento jurídico considerado en su totalidad<sup>12</sup>.

**12.** En ningún caso, para determinar la ley aplicable a un contrato electrónico se debe tener en cuenta los arts. 2 y 3 de la LSSI, dado que las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español tienen su propio ámbito de aplicación material, espacial y temporal. En definitiva, los

<sup>9</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 265-300.

<sup>10</sup> A. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, “Artículo 3” *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, p. 111.

<sup>11</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 282-283.

<sup>12</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Viernes 30 de mayo de 2008, p. 8.

arts. 2 y 3 recogen normas que establecen el ámbito de aplicación subjetivo de la LSSI aplicable sólo a los contratos electrónicos internos. Podrán aplicarse también a los contratos electrónicos internacionales, no para determinar la ley aplicable, sino una vez fijada la *Lex contractus*, sin tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 2 y 3 LSSI, en virtud de las normas de Derecho internacional privado españolas, cuando éstas remiten al Derecho español. Se trata, en definitiva, de un grave error del legislador pues las normas de Derecho internacional privado contemplan sus propios mecanismos de protección de los derechos de los consumidores<sup>13</sup>.

**13.** En conclusión, los arts. 2 y 3 recogen normas que establecen el ámbito de aplicación de la LSSI aplicable a los contratos electrónicos internos o a los contratos internacionales si la Ley aplicable al contrato, en virtud de las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, remite al Derecho español. Esta misma consecuencia jurídica se recoge en el art. 3.4 LSSI aunque de forma muy confusa. Si se traduce correctamente, lo que viene a decir es que si las normas de conflicto españolas remiten a un Derecho distinto al del país en que reside o esté establecido el destinatario del servicio, es decir, en España, no le es aplicable el régimen jurídico del art. 3 LSSI. Es una afirmación superflua, vacía de contenido, que no era necesario recoger de forma expresa, pues es la consecuencia jurídica normal de la aplicación de los sistemas de Derecho internacional privado de la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeo-continetales.

## 2. Olvido de la competencia judicial internacional

**14.** Además de este error, no se entiende por qué el legislador español en el art. 26 LSSI sólo hace referencia al problema de la Ley aplicable a los contratos electrónicos y, sin embargo, no menciona el problema de la determinación del tribunal competente en materia de contratos electrónicos. Hay que tener en cuenta que para que podamos aplicar normas de Derecho internacional privado el contrato electrónico tiene que ser objeto del Derecho internacional privado. En este sentido si el contrato es entre particulares y presenta un elemento extranjero surgen tres problemas que las normas de Derecho internacional privado tienen que resolver. El primero de ellos es la determinación del tribunal competente que debe ser resuelto antes de pasar al problema de la determinación de la Ley aplicable. Presentan un orden jurídico-lógico, por lo que no se puede determinar la Ley aplicable si no se sabe cuál es el tribunal competente. Por ello, lo más acertado es que el legislador hubiera mencionado, en primer lugar, cómo se soluciona el problema de la competencia judicial internacional en materia de contratos electrónicos. Es cierto que la Directiva señala claramente en su art. 3.4 que *no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia*. Hay que mencionar que el legislador comunitario parte de que el problema de la “jurisdicción de los tribunales competentes” es algo distinto a las normas de Derecho internacional privado. Pero el legislador comunitario se equivoca, pues las normas de Derecho internacional privado regulan tanto el problema de la determinación del tribunal competente, como el problema de la determinación de la Ley aplicable y, por último regula el problema de la validez extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras. Una vez aclarado este error del legislador comunitario hay que tener en cuenta que el Anteproyecto de Ley de 30 de abril de 2001 en su art. 27 sí mencionaba el problema de la determinación del tribunal competente. Lo que se le olvidó justamente al legislador en el Anteproyecto fue mencionar el problema de la Ley aplicable, aunque, sorprendentemente, en la LSSI no aparece mención alguna a este problema y sí a la ley aplicable. En realidad no hubiera hecho falta que la LSSI mencionara estos temas de Derecho internacional privado pues la Directiva ya había dejado claro que escapaban de la regulación de la misma<sup>14</sup>. Por eso, no se entiende que el legislador

<sup>13</sup> A. CALVO ANDÚJAR, “Artículo 26”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, p. 413.

<sup>14</sup> J. PLAZA PANADÉS, “La contratación electrónica en el Anteproyecto español de la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico de 21 de enero del 2000”, *Revista Electrónica de Derecho Informático*, núm. 35, junio del 2001, pp. 3-4 y 17; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 244.

español volviera a introducir el dedo en la llaga para intentar dar solución a unos problemas de Derecho internacional privado sin orden ni concierto que, por otro lado, ya estaban solucionados.

### III. Condiciones de aplicación del art. 26 LSSI a los contratos de consumidores

15. ¿Cuándo es de aplicación la disposición contenida en el art. 26 de la LSSI a los contratos de consumidores objeto del Derecho internacional privado español? Varios son los requisitos que deben cumplirse para que pueda aplicarse lo recogido en el art. 26 LSSI:

1º El contrato debe ser *electrónico*. Según la LSSI un *contrato electrónico* o *contrato celebrado por vía electrónica* es todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” (según las definiciones que recoge el anexo de la LSSI, apartado h)<sup>15</sup>. Una empresa ofrece sus servicios por Internet y el usuario los adquiere por vía electrónica a través de la red; es decir, ambas partes tienen que manifestar su deseo de contratar por medios electrónicos<sup>16</sup>. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (núm. 1), Málaga, núm. 142/2006, 1 septiembre 2006 establece este criterio en relación con un contrato de reserva de billete de avión electrónico celebrado entre un consumidor y la Compañía Spanair<sup>17</sup>. Esta decisión es importante porque deja claro que “él régimen de contratación por vía electrónica que recogen los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico participan de los efectos previstos en el ordenamiento jurídico para el común de los contratos que hasta ahora habían sido objeto de regulación en nuestro derecho”. Lo único diferente es que un contrato electrónico “exige un común acuerdo entre las partes en la utilización de (...) medios electrónicos”, pero por lo demás su régimen jurídico se regula por las normas aplicables al resto de los contratos (Fundamento segundo).

2º Además debe intervenir un *consumidor*. Esta misma Ley considera que es *consumidor* una persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (según las definiciones que recoge el anexo de la LSSI, apartado e). Según este precepto son consumidores “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Sin embargo, la utilización de este concepto tradicional para definir al consumidor electrónico no está exento de problemas<sup>18</sup>. Normalmente el consumidor electrónico no es un simple consumidor pasivo sino que se adentra en el ciberespacio buscando la mejor oferta e información. Se trata de un consumidor “informado”<sup>19</sup>. Además la inclusión de las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor choca frontalmente con la definición de consumidor del art. 2 de la Directiva sobre comercio electrónico, pues el legislador comunitario excluye a las personas jurídicas. El art. 2 de la Directiva define al consumidor como “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su acti-

---

<sup>15</sup> R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGRO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 71-85; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 232.

<sup>16</sup> G. BOTANA GARCÍA, “Noción de Comercio Electrónico”, en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, p. 62; A. GUIADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 31; M.J. REYES LÓPEZ, “Un paso más en la protección del consumidor: contratación electrónica y conformidad y garantía”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 207, abril de 2002, p. 74.

<sup>17</sup> AC 2006/1888.

<sup>18</sup> M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 231.

<sup>19</sup> J.M. CENDOYA MÉNDEZ, “La protección de los consumidores”, en R. MATEU DE ROS/J.M. CENDOYA MÉNDEZ VIGO (Coords.), *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 135.

vidad económica, negocio o profesión”<sup>20</sup>. Sin embargo, la inclusión de las personas jurídicas en el ámbito subjetivo de la LSSI se justifica en el hecho de que la Directiva es una norma de mínimos<sup>21</sup>.

Ahora bien, estos conceptos no son aplicables para determinar la Ley que rige el contrato electrónico internacional de consumidores, puesto que se tratan de unas definiciones propias del ordenamiento jurídico español, que sólo son aplicables en los casos de los contratos internos.

3º Sin embargo, el tercer requisito es que el contrato sea *internacional*<sup>22</sup>. Sentadas estas bases el concepto de contrato electrónico, hay que preguntarse qué debe entender por contrato electrónico *internacional*. La internacionalidad de los contratos electrónicos es muy difícil de determinar cuando los elementos extranjeros no son conocidos por las partes<sup>23</sup>. Ellas pueden deliberadamente ocultar los elementos extranjeros o, por el contrario, inventarse tales elementos extranjeros, *ad ex.*, introduciendo elementos de extranjería en la página web del prestador de servicios falsos.

Existen muy pocas normas en el ordenamiento jurídico español que concreten el carácter internacional del contrato –como hace el art.1.1 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980- y menos aún en contratos en los que interviene un consumidor. Ahora bien, el Reglamento Roma I parece decantarse por la tesis del “elemento extranjero puro” al señalar en su art.1.1 que el Reglamento Roma I sólo es aplicable a las obligaciones contractuales “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”<sup>24</sup>. Según esta tesis un contrato electrónico es internacional cuando presenta un elemento extranjero, con independencia de la intensidad, relevancia o naturaleza del elemento extranjero. Es la llamada tesis del “elemento extranjero puro”, es decir, cualquier elemento extranjero internacionaliza el contrato electrónico y lo convierte en un contrato electrónico internacional, objeto de las normas de Derecho internacional privado. Cuando el contrato electrónico es internacional pasa a ser objeto del Derecho internacional privado por lo que son tres las cuestiones que dichas normas tiene que resolver: un problema de competencia judicial internacional o cuál es el tribunal competente para conocer de un litigio derivado de un contrato electrónico internacional; una vez solucionado el problema del tribunal competente, surge un segundo problema, la determinación de la ley aplicable al contrato electrónico internacional y, una vez dictada la sentencia, en tercer lugar, surge un problema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras o cómo se reconoce y/o ejecuta una decisión extranjera en materia de comercio electrónico ante un juez español. Como ya sabemos la LSSI sólo hace referencia al segundo de estos problemas y no para determinar la ley aplicable sino para remitirse a las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español.

**16.** En el caso de que el contrato electrónico en el que interviene un consumidor sea *internacional* los conceptos empleados por la LSSI para definir qué se entiende por contrato electrónico y por consumidor podrán aplicarse sólo en dos supuestos: a) cuando los jueces españoles sean competentes si la *lex contractus*, fijada por las normas de conflicto recogidas en el Reglamento Roma I, es la Ley española para fijar el Derecho material español aplicable al caso concreto; y b) para definir los conceptos empleados por las normas de Derecho internacional privado de producción interna en la determinación de la

<sup>20</sup> M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 46-47.

<sup>21</sup> A. GUIBADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 30.

<sup>22</sup> Sobre la “internacionalidad del contrato”, *vid.* S.M. CARBONE/R. LUZZATTO, “Contratti internazionali, autonomia privata e diritto material uniforme”, *Dir. comm. int.*, 7, 1993, pp. 755-790; *Id.*, *Il contratto internazionale*, Torino, UTET, 1994; G.-R. DELAUME, “What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”, *I.C.L.Q.*, 1979, pp. 258-279; J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, Paris, Dalloz, 1992, *passim*; P. LALIVE, “Sur une notion de «contrat international»”, *Multum Non Multa. Festschrift für Jurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Karlsruhe, 1980, pp. 135-155; O. LANDO, “International situations and «situations involving a choice between the laws of different legal systems»”, K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, Londres, 1978, pp.15-24; R. DE NOVA, “Quando un contratto è internazionale”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, pp. 667 y ss.; A. SINAGRA, “Natura e contenuto della internazionalità dei contratti”, *Études en l'honneur de Roberto Ago*, IV, Milano, A. Giuffrè, 1987, pp. 349-382.

<sup>23</sup> O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, Paris, 2002, p. 125

<sup>24</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado Vol. I*, 10ª ed., Granda, Comares, 2009-2010, p. 17; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, pp. 28-29.

ley aplicable a los contratos internacionales, en concreto, por los arts. 10.5 Cc y concordantes, *ex art.* 12.1 Cc –“*La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española-*, cuando no sea de aplicación ninguna norma de Derecho internacional privado convencional o comunitaria aplicable al respecto. En este sentido, si es de aplicación el Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable al contrato internacional electrónico *Business to Consumer* la calificación no puede hacerse jamás conforme al Derecho español sino a través de una calificación autónoma y propia que no tiene por qué coincidir con la calificación otorgada por el Derecho español.

#### **IV. Normas de Derecho internacional privado español aplicables a los contratos electrónicos de consumidores**

**17.** ¿Cuáles son las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español aplicables a los contratos electrónicos de consumidores a las que se refiere el art. 26 LSSI?

No existen normas específicas reguladoras de la contratación electrónica desde un punto de vista de Derecho internacional privado. Tanto el legislador comunitario como el legislador español eran conscientes de la dificultad de crear normas especiales de Derecho internacional privado aplicables a los contratos electrónicos. Por este motivo, la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico dejó la solución de los problemas de Derecho internacional privado fuera de su ámbito de acción y, justamente por ello, no se entiende que el art. 26 LSSI intente dar una solución a unos problemas jurídicos que escapan del ámbito de aplicación de la Directiva cuyo art. 1.4 transpone.

Dicho esto, hay que aplicar las soluciones tradicionales de Derecho internacional privado para determinar la Ley aplicable a los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor. Esta solución no está exenta de problemas pues los criterios tradicionales de Derecho internacional privado se pueden volver inoperantes en la realidad mundial de Internet, al no ser capaces de precisar una vinculación del supuesto concreto con un país<sup>25</sup>.

##### **1. Determinación de los tribunales competentes**

**18.** Hay que tener en cuenta que para resolver esta cuestión es necesario determinar antes los jueces y tribunales competentes, pues son los jueces o tribunales competentes en materia de contratos electrónicos de consumo los que tienen que dar respuesta a este problema. Sólo una vez que se soluciona el problema de la determinación de los tribunales competentes es posible dar un segundo paso en la búsqueda de la Ley aplicable. Tampoco existen normas especiales en la determinación de los tribunales competentes en materia de contratos electrónicos cuando interviene un consumidor. Por ello hay que aplicar las normas de competencia judicial internacional tradicionales aplicables a los contratos en los que interviene un consumidor, con independencia de que sean o no electrónicos.

**19.** Para determinar la competencia judicial internacional deben considerarse distintos instrumentos legales: 1º) Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, en vigor para España desde el 1 de marzo de 2002, y Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, que ha sido sustituido por el Reglamento 44/2001 en relación con los Estados parte del Convenio de Bruselas, que sólo ha quedado para aplicarse en relación con los territorios de los Estados comunitarios en los que el Reglamento 44/2001 no se aplica (básicamente determinados territorios de ultramar), en virtud del art. 299 TCE; y el Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988 que va a ser sustituido por el Convenio de Lugano II de 30 de octubre de 2007, aplicable en las relaciones entre Islandia Noruega y Suiza entre sí, y en las relaciones entre esos tres Estados y los Estados comunitarios, ambos del mismo nombre que el Reglamento 44/2001; 2º) Art. 22 LOPJ, que sólo se aplica subsidiariamente en el caso de que ningún instrumento internacional rijan la cuestión.

---

<sup>25</sup> A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 25.

**20.** El Reglamento 44/2001 es el instrumento internacional más importante para determinar la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles, dado su ámbito de aplicación material tan amplio, “materia civil y mercantil”. Todos los Estados comunitarios son participantes en el Reglamento 44/2001, por lo que distribuye o reparte la competencia judicial internacional en materia de contratos internacionales de consumo entre todos los Estados miembros de la Unión Europea. El Reglamento 44/2001 dispone de varios foros que protegen al consumidor en los arts. 15 a 17 del Reglamento 44/2001<sup>26</sup>.

**21.** Para que la protección del consumidor sea efectiva en lo que se refiere a la competencia judicial internacional contemplada en los arts. 15 a 17 Reglamento 44/2001, debe tratarse de uno de los siguientes contratos: 1) Una “venta a plazos” de “mercaderías”; 2) Un préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; 3) Cualquier otro contrato concluido por consumidores, siempre que la otra parte contratante ejerciera actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviera comprendido en el marco de dichas actividades. Este tercer inciso es una novedad incorporada por el Reglamento 44/2001 previsto, fundamentalmente, para los “contratos de consumo *online*”. El art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 impone la “carga de litigar” en el país de domicilio del consumidor a la empresa que opera habitualmente en dicho país (*Doing Business Rule*) o que dirige sus actividades a dicho país (*Stream-Of-Commerce Rule/Country-Of-Destination Rule*). Se protege así al “consumidor pasivo”, que es el consumidor que ha sido “asaltado” en el país de su domicilio por un profesional domiciliado en otro Estado miembro. Queda sin “protección jurisdiccional” el “consumidor activo”, consumidor que se desplaza a otro Estado comunitario para adquirir bienes o servicios, a menos que se trate de una venta a plazos de mercaderías o préstamo a plazos, caso en el que siempre está protegido. Este tercer inciso cubre “todo tipo de contrato”: ventas, alquileres, préstamos, licencias, permutas, etc. Se incluyen los contratos de *Time-Sharing*<sup>27</sup>.

**22.** Básicamente los foros recogidos por el Reglamento 44/2001 son los siguientes:

a) Si el demandante es el consumidor, siempre que el consumidor y el profesional estén domiciliados en un Estado participante en el Reglamento 44/2001, el consumidor puede demandar al empresario, a su elección, ante los tribunales siguientes (art. 16 Reglamento 44/2001): a) Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario. Para la precisión del domicilio de las personas físicas y jurídicas, se aplican los arts. 59 y 60 Reglamento 44/2001. O b) Tribunales del país en el que estuviera domiciliado el consumidor.

<sup>26</sup> *Vid.* sobre los foros de protección del consumidor recogidos por el Reglamento 44/2001, R. ARENAS GARCÍA, “Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968”, *REDI*, 1996-I, pp. 39-70; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho Internacional privado vol.II*, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp.653-662; M.V. CUARTERO RUBIO, “Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual”, *REDI*, 1995, vol.XLVII, pp. 81-118; E. FERNÁNDEZ MASIÁ, “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reg.44/2001”, *Estudios sobre consumo*, núm.63, 2002, pp. 9-24; E. GAMBARO / N. LANDI, “Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”, *European Business Law Review*, 2006-5, pp. 1355-1371; S. JODLOWSKI, “Les conventions relatives à la prorogation et à la derogation à la compétence internationale en matière civile”, *RCADI*, vol.143, 1974; A. KLEINKNECHT, *Die verbraucherschützenden Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht*, Münster, 2007; J.J. MARTÍN ARRIBA, “El derecho de los consumidores comunitarios a ser asesorados y a acceder a la justicia”, *La Ley (CE)*, núm.91, 30.XI.1994, pp. 1-4; J. NORMAND / F. BALATE, “Relations transfrontalières et consommation: Quels(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?”, *Cah.DE*, vol.26, 1990, pp. 273-351; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La contratación electrónica en el tráfico externo”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 195-199; M. PELICHET, “La vente internationale de marchandises et le conflit de lois”, *RCADI*, vol.201, 1987, pp. 9-210; K. SACHSE, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatund Prozessrecht*, Tübingen, 2006; M. TAMBURINI, “Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo”, *Studi M.Giuliano*, Padova, 1989, pp. 869-879; E. TEUBER, *Die internationale Zuständigkeit bei Verbraucherstreitigkeiten*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; H. UNBERATH / A. JOHNSTON, “The Double-Headed Approach of the ECJ concerning Consumer Protection”, *CMLR*, 2007, pp. 1237-1284.

<sup>27</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho Internacional privado vol.II*, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 654-655 y pp. 659-662; M. FALLON/J. MEEUSEN, “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé”, *RCDIP*, 2002, pp. 435-490.

b) Ahora bien, si el consumidor es el demandado la empresa sólo podrá interponer una acción contra el consumidor ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor (art. 16.2 Reglamento 44/2001). También pueden el consumidor y la empresa acudir a los tribunales expresamente pactados entre ellos. Pero, para ello, es preciso que tales pactos sean posteriores al nacimiento del litigio o permitieren al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en el Reglamento o que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de éste prohibiere tales acuerdos (art. 17 Reglamento 44/2001). En el caso de contratos electrónicos de consumo *Business to Consumer* cabe la *elección online* del tribunal estatal competente. La sumisión tácita a los tribunales de un Estado parte en el Reglamento 44/2001 (art. 24 Reglamento 44/2001) es plenamente operativa en la contratación con consumidores.

**23.** Si el Reglamento 44/2001 o ningún Convenio internacional es aplicable, los tribunales españoles podrán conocer de litigios relativos a contratos de consumo en los términos del art. 22 LOPJ, en los siguientes casos: 1º) Cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ); 2º) Cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22.2 LOPJ); 3º) Tratándose de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición, cuando el comprador tenga su domicilio en España (art. 22.4 LOPJ); 4º) Tratándose de “cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles”, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato (art. 22.4 LOPJ). En este caso, no se exige que el consumidor tenga su domicilio o residencia habitual en España. Ahora bien, este último foro recogido por el art. 22 LOPJ favorece demasiado al consumidor y perjudica al empresario que contrata *online*, pues va a quedar sometido a los tribunales españoles simplemente por el hecho de que su publicidad *online* sea visible en España. Por ello, lo más correcto es exigir además que el empresario tenga la intención de operar “hacia el mercado español” para captar clientes, básicamente mediante dos estrategias comerciales: *Doing Business* -cuando el empresario comercia normalmente en el país del domicilio del consumidor- y *Stream of Commerce* -cuando el empresario dirige sus actividades comerciales o profesionales, intencionadamente, y por cualquier medio, al Estado del domicilio del consumidor o a varios Estados, incluido el Estado del domicilio del consumidor-<sup>28</sup>.

## 2. Determinación de la Ley aplicable

**24.** Si los tribunales españoles son competentes para dirimir un litigio relativo a un contrato internacional electrónico de consumo deben determinar la Ley aplicable a este contrato internacional. No existen normas específicas en la determinación de la Ley aplicable a los contratos electrónicos por lo que hay que aplicar las normas de Derecho internacional privado españolas tradicionales. Pues bien la Ley aplicable se determina conforme al Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor el 17 de diciembre de 2009 y que ha venido a sustituir al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, del mismo nombre, que sólo será aplicable residualmente a los contratos internacionales celebrados con anterioridad a esa fecha y con posterioridad al 1 de septiembre de 1993<sup>29</sup>. Subsidiariamente serán de aplicación los arts. 10.5 y concordantes del Cc. en relación con los contratos celebrados con anterioridad al 1 de septiembre de 1993, fecha en la que entró en vigor el Convenio de Roma de 1980, y para los contratos internacionales excluidos del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo” A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado vol. II*, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 657-659.

<sup>29</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “La contratación electrónica en el tráfico externo”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 192-195.

<sup>30</sup> Sobre las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español anterior a la entrada en vigor del Convenio de Roma, *vid.* A.J. ADRIÁN ARNÁIZ, “Las conexiones subsidiarias en las obligaciones contractuales: sus fundamentos y estructuras jurídicas”, *REDI*, 1987, pp. 45-66; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios a las reformas del*



## A) Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores pasivos

25. El Reglamento Roma I es Derecho en vigor en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea salvo Dinamarca (art. 1.4 Reglamento Roma I). Contiene una norma de conflicto especialmente diseñada para determinar la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores: art. 6 Reglamento Roma I<sup>31</sup>. Ahora bien, ni la Directiva 2000/31/CE de 8 junio 2000 [comercio electrónico en el

---

*Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975)*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 520-529; A. REMIRO BROTONS, "Artículo 10.5", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t.I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 289-321.; J. SANTOS BRIZ, "Las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales en el nuevo Título Preliminar del Código civil", *DJ*, 1974, pp. 1370-1392. Sobre el Convenio de Roma aplicable a las obligaciones contractuales, *vid.*, en general, AA.VV., "Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti", *XV Tavola rotonda di Diritto Comunitario, Génova, 21-22 de mayo 1982*, Padova, 1983; TH. M. DE BOER, "The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective", *RabelsZ*, 1990, pp.24-62; Consejo Nacional del Notariado (ed.), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El CR sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980", en A.L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 41-143; ID., "Ley aplicable al contrato internacional", *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 49-96; ID., "Contratos internacionales I", "Contratos internacionales II: algunos contratos", "Operaciones internacionales de consumo" en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 448-684; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil internacional*, 2ª ed., revisada y puesta al día, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 521-563; J. FOYER, "Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JDI (Clunet)*, n°3, 1991, pp. 601-631; H. GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", *Rev. trim. dr. europ.*, 1981, pp. 215-285; ID., "La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journées de la Société de législation comparée*, 1985, pp. 287-304; A. GIARDINA, "La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano", *Riv. dir. int.*, 1981, pp. 795-820; I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, 1992; J.L. IGLESIAS BUIGUES, "Proyecto de Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *R.I.E.*, vol.7, 1980, pp. 995-1027; E. JAYME/M.L. FORLATI PICCHIO, *Giuridizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, Padova, Cedam, 1990; F.K. JÜENGER, "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations", *Virginia Journ. I.L.*, 1981, pp.123-141; ID., "Parteiautonomie und objective Anknüpfung in EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht", *RabelsZ*, 1982, pp. 57-83; P. LAGARDE, "Le nouveau droit droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287-340; O. LANDO, "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *Comm. Mark. Law Rev.*, 1987, pp. 159-214; K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978; D. MARTINY, "Das Römische Vertragsrecht-sübereinkommen vom 19. Juni 1980", *Z.E.u.P.*, 1993, pp. 298-305; C.G.J. MORSE, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Y. B. Eur. L.*, 1982, pp. 107-171; P.M. NORTH (ed.), *Contract conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam, 1982; A. ORTIZ-ARCE, "El anteproyecto de convenio de la CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Análisis del nuevo texto de marzo de 1978", *R.I.E.*, vol.6, I, 1979, pp. 79-98; F. PANTALEÓN, "Art.1902 C.c.", *Comentario del Código civil*, 2ª ed., Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1971-2003; R. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1991, 351 p.; F. POCAR, "L'unification des règles de conflit en matière de contrats dans la Communauté économique européenne", *Comunicazioni e Studi*, vol.XV, 1978, pp. 165-193; F. RIGAUX, "Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cah. droit eur.*, 1988, pp. 306 y ss.; A. RODRÍGUEZ BENOT, "El CR de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro" en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 497-534; G. SACERDOTI/M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, A. Giuffrè, 1993; M. VIRGÓS SORIANO, "El CR de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y S. MUÑOZ MACHADO, tomo III, Madrid, 1986, pp. 753-825; ID., "Obligaciones contractuales", pp. 143-207; id., "Art.10.5 C.c.", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., dirigido por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, t.I, vol.II, Madrid, Edersa, 1995 pp. 609-693; E. VITTA, "La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, pp. 837-852; ID., "Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, pp. 261-278; R.J. WEINTRAUB, "How to Choose Law for Contracts, and How Not to: The EEC Convention", *Texas Int.L.J.*, 1982, pp. 155-166; P.R. WILLIAMS, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *I.C.L.Q.*, 1986, pp.101-105; F. VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962.

<sup>31</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, 1992; B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, 2003; A. BOGGIANO, "International Standard Contracts", *RCADI*, 1981, vol.170, pp. 9-113; B. BÖHM, *Verbraucherschutz im internationalen Privatrecht*, Diss. Bayreuth, 1993; M. BOHMER, *Das deutsche internationale Privatrecht des timesharing*, 1993; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; N. DOWNES, "Conflicting Interest in Timeshare Contracts Revisited on the Occasion of the ECJ (First Chamber) Case C-73/04 Judgment 13 October 2005, Brigitte and Marcus Klein v. Rhodos Ma-

mercado interior], ni la LSSI, ni las Directivas comunitarias en materia de contratos celebrados por consumidores contienen normas sobre la determinación de la “Ley aplicable” a los contratos electrónicos internacionales de consumo (art. 1.4 Dir. CE y art. 26 LSSI). Tampoco el art. 6 Reglamento Roma I ha introducido normas o cautelas específicamente previstas o diseñadas para los contratos *online* o los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor. El legislador comunitario de 2008 fue consciente de ello. Por tanto, hay que aplicar el art. 6 Reglamento Roma I también a los contratos electrónicos de consumo. Sin embargo, el art. 6 Reglamento Roma I sólo regula ciertos contratos concluidos por con-

---

nagement Ltd”, *European Review of Private Law*, 2007-1, pp. 157 y ss.; D. DAL BO, “La Direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”, *DCI*, 1993, vol.VII, pp. 567-580; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003; M. FALLON, “Le droit des rapports internationaux de consommation”, *JDI Clunet*, 1984, pp. 765 y ss.; M. FRIGO, “L’efficacia delle condizioni generali di contratto alla luce delle convenzioni di Roma e di Vienna del 1980”, *DCI*, 1993, pp. 521-538; S. FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, 2006; L. FUMAGALLI, “Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1994, pp. 15-32; T.C. HARTLEY, “Consumer Protection Provisions in the EEC Convention”, en P.M. North (ed.). *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, a Comparative Study*, Amsterdam, 1982, pp. 111-124; M.W. HESSENLIK, “European Contract Law, A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?”, *European Review of Private Law*, 2007-3, pp. 323 y ss.; B.VON HOFFMANN, “Note AGB-Gesetz de 9 diciembre 1976”, *RCDIP*, 1977, pp. 636-638; A.C. IMHOFF-SCHEIR, *La protection du consommateur et contrats internationaux*, Ginebra, 1981; E. JAYME, “Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Droit international et droit communautaire. (Actes du colloque, Paris, 5-6 avril 1990)*, Paris, 1991, pp. 77-86; U. KELP, *Time-Sharing-Verträge*, Baden-Baden, Nomos, 2005; L. KRÄMER, *La CEE et la protection du consommateur*, Bruxelles, 1988; J. KROPHOLLER, “Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei”, *Rabels Z.*, 1978, pp. 634-661; P. LAGARDE, “Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l’Union européenne”, en *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle. Études offertes à J. Ghestin*, 2001, pp. 511-521; O. LANDO, “Consumer Contracts and Party Autonomy in the Conflicts of Law”, *Mélanges A.Malmström*, Estocolmo, 1972, pp. 141-164; L.D. LOACKER, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht: zum Anwendungsbereich von Artikel 5 des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens aus österreichischer und deutscher Sicht*, München, Sellier, 2006; M.B.M. LOOS, “The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization”, *European Review of Private Law*, 2007-3, pp. 515 y ss.; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n.103, pp. 131-189, esp. pp. 166-170; P. MANKOWSKI, “Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung: Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?”, *ZVglRW*, 2006, pp. 120-163; M. MARGHERITA SALVADORI, “La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma”, en G. SACERDOTI / M. FRIGO, *La convenzione...*, pp. 151-168; A-M. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l’Union Européenne*, Marseille, PUAM, 2001; C.G.J. MORSE, “Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention”, *ICLQ*, 1992, pp. 1-21; L. NIGLIA, “The “Rules” Dilemma – The Court of Justice and the Regulation of Standard form consumer contracts in Europe”, *The Columbia Journal of European Law*, 2006-2007, pp. 125-146; F. OSMAN, “La loi applicable aux contrats transfrontières de crédits a la consommation”, *DPCI*, 1992, pp. 279-306; M. PELICHET, “Les ventes aux consommateurs”, *RCADI*, 1980, vol.168, pp. 185-230; G. PIZZOLANTE, “L’incidenza del diritto comunitario sulla determinazione della legge applicabile ai contratti dei consumatori”, *RDIPP*, 2005, pp. 377-406; G. PIZZOLANTE, “I contratti con i consumatori nella proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *RDIPP*, 2006, pp. 987-998; G. PIZZOLANTE, “I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 50-61; F. POCAR, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *RCADI*, 1984, vol.188, pp. 339-418; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, 2006; A. QUINONES ESCÁMEZ, “Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)”, en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Univ.Cantabria, Madrid, 2003, pp. 231-242; ID., “Incorrecta transposición de la noción de ‘vínculo estrecho con el territorio comunitario’ de las Directivas de consumo (STJCE de 9.9.2004, as. 70/03 Comisión c. España)”, *RDCE*, 2005, pp. 535-551; M. REQUEJO ISIDRO, “Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional”, *REDI*, 2005, vol. 57, pp. 257-288; K. SACHSE, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privat- und Prozessrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006; J. SAUVEPLANNE, “Consumer protection in Private international law”, *NILR*, 1985, pp. 100-122; A. SYNAY-CYTERMANN, “Nota a Cass. 23 marzo 2006 Francia [contratos internacionales de consumo]”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 537-543; M. TAMBURINI, “Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo”, *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale (Studi in memoria di Mario Giuliano)*, Cedam, Padova, 1989, pp. 869-879; T. TREVES, “Un nuovo labirinto normativo in tema di legge applicabile alla vendita: le vendite ai consumatori”, *Studi G. Broggin*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 561-576; R.G. WILLHELM, *Verbraucherschutz bei internationalen Fernabsatzverträgen: der Schutz deutscher Verbraucher bei internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen im Fernabsatz unter Berücksichtigung des europäischen Verbraucherschutzes*, Hamburg, 2007; E. ZABALO ESCUDERO, “Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el DIPr.”, *REDI*, 1985, pp. 109-126.

sumidores a la hora de fijar su “Ley aplicable”. Para ello, el contrato debe cumplir ciertas “condiciones subjetivas”, ciertas “condiciones materiales” y ciertas “condiciones espaciales”.

Las condiciones *subjetivas* de aplicación que exige el art. 6.1 Reglamento Roma I son que contrato haya sido celebrado entre un “consumidor” y un “profesional”<sup>32</sup>. El Reglamento Roma I sólo protege al consumidor “pasivo”. Éste es el consumidor que recibe la oferta de contrato o publicidad de empresarios y profesionales radicados en el extranjero “en el Estado de su domicilio”. El consumidor pasivo no provoca la internacionalidad del contrato. Ha sido el empresario el que, al realizar sus ofertas ha asumido y aceptado que desea celebrar un contrato con consumidores que tienen su residencia habitual en otro país. El consumidor puede incluso no saber que el empresario que le ofrece sus bienes o servicios tiene su sede en un país extranjero. En concreto, el art. 6.1 *in fine* Reglamento Roma I copia estas exigencias del art. 15 R.44/2001. Tanto el Reglamento 44/2001 como el Reglamento Roma I estiman que el consumidor que puede acceder a una oferta por Internet en el país de su domicilio es un “consumidor pasivo” y por ello merece protección por parte de las normas de Derecho internacional privado. Están excluidos los consumidores activos, es decir, aquel consumidor que se desplaza para consumir al país del empresario o profesional, y las personas jurídicas del término consumidor, así como los falsos consumidores, es decir, las personas físicas que operan en la esfera de su actividad profesional, no en la esfera privada; y los consumidores ocultos, o los consumidores que en el tráfico internacional parecen actuar como un profesional. El “profesional” es el otro contratante que actúa “*en ejercicio de su actividad comercial o profesional*”.

En cuanto a las condiciones *materiales*, en general, todo contrato celebrado entre profesional y consumidor está cubierto por el art. 6 Reglamento Roma I<sup>33</sup>. El art. 6 Reglamento Roma I ha cambiado el enfoque anterior que adoptaba el art. 5 Convenio de Roma, que contenía un “catálogo cerrado de contratos” respecto de los cuales el consumidor estaba protegido por el precepto. Ahora bien, el art. 6.4 Reglamento Roma I enumera una serie de contratos que están excluidos de la regulación contemplada en el art. 6 Reglamento Roma I, para fijar la Ley aplicable a los contratos muy proteccionista de los consumidores. Están excluidos los siguientes contratos: contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquél en que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 6.4.a Reglamento Roma I); contratos de transporte que no sean “package tours” (art. 6.4.b Reglamento Roma I); contratos sobre inmuebles (art. 6.4.c Reglamento Roma I); contratos sobre adquisición de valores negociables mediante oferta pública de adquisición y contratos relativos a participaciones en organismos de inversión colectiva (art. 6.4.d Reglamento Roma I); y contratos celebrados en sistemas multilaterales de compra y de venta sobre instrumentos financieros (art. 6.4.e Reglamento Roma I).

Las condiciones *espaciales* de aplicación que exige el art. 6.1 Reglamento Roma I son: que el profesional ejerza “*sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual*”<sup>34</sup>. Es la regla “*Doing Business*”. O que el profesional haya dirigido, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al país de la residencia habitual del consumidor o a distintos países, incluido ese país. Por tanto se exige que la actividad del profesional sea una “actividad dirigida” al país de la residencia habitual del consumidor (Considerando 24 Reglamento Roma I). Es la regla “*Stream-Of-Commerce*”.

**26.** En el caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el art. 6 Reglamento Roma I, el contrato se regirá por la Ley elegida por los contratantes si se verifican las exigencias del art. 6.2 Reglamento Roma I y, en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor. En primer término, el contrato de consumidores se rige por la Ley elegida por los contratantes (art. 6.2 Reglamento Roma I y art. 3 Reglamento Roma I), en las

---

<sup>32</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, pp. 276-277.

<sup>33</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, pp. 271-275.

<sup>34</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, pp. 277-281.

condiciones expuestas anteriormente. En defecto de una válida elección de Ley “favorable al consumidor”, en el sentido del art. 6.2 Reglamento Roma I, el contrato se regirá por la Ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 6.1 Reglamento Roma I). Se trata de una norma de conflicto *neutra* que no tiene en cuenta el contenido de la Ley de la residencia habitual del consumidor, con independencia de los resultados a los que conduce la aplicación de dicha Ley y los objetivos perseguidos por el legislador.

## **B) Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores activos o consumidores personas jurídicas.**

27. Ahora bien, las personas jurídicas no son consideradas consumidores por el Reglamento Roma I, por lo que no puede determinarse la Ley aplicable al contrato de consumo cuando el consumidor es una persona jurídica por el art. 6 Reglamento Roma I, norma específica en materia de consumidores, sino por los arts. 3 y 4 Reglamento Roma I, normas que regulan la Ley aplicable a los contratos en general, cuando no existe una parte débil en el mismo. El Reglamento Roma I no considera a las personas jurídicas consumidores, pero sí que regula la Ley aplicable a cualquier contrato internacional, incluidos los celebrados por personas jurídicas. Igualmente, la Ley aplicable a los contratos electrónicos celebrados por consumidores *activos* se determina por las normas generales en materia de contratos internacionales, *ex* arts. 3 y 4 Reglamento Roma I<sup>35</sup>. Dicho de otro modo el consumidor que se desplaza para consumir al país del empresario o profesional, el que internacionaliza la relación jurídica, no está protegido por el Reglamento Roma I como parte débil del contrato, por lo que la determinación de la ley aplicable a los contratos celebrados por este consumidor activo y un profesional se debe hacer conforme a las reglas generales aplicables al resto de contratos, *ex* art. 3 y 4 Reglamento Roma I.

El primer punto de conexión que utiliza el Reglamento Roma I para determinar la *lex contractus* es la “autonomía de la voluntad conflictual” de las partes: las partes son libres de elegir la Ley que va a regular el contrato internacional realizado. Las partes tienen el derecho subjetivo de elegir la Ley aplicable a su contrato internacional que consideren más adecuada. No se exige un “vínculo objetivo” con el contrato, por lo que no se puede hablar de fraude de Ley en materia de contratos internacionales. Sin embargo, los arts. 3.3 y 3.4 Reglamento Roma I reconocen dos cláusulas anti-fraude aplicables a los casos internos y a los casos intracomunitarios, respectivamente<sup>36</sup>. En este sentido, aunque el art. 1.1 Reglamento Roma I exige para su aplicación que las situaciones impliquen un “conflicto de Leyes”, el art. 3.3 Reglamento Roma I señala que “*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*”. El art. 3.3 Reglamento Roma I, al igual que el art. 3.3 Convenio de Roma, regula los llamados “contratos internos”, cuyos elementos están localizados en un mismo ordenamiento jurídico salvo el Derecho elegido por los contratantes que es un Derecho extranjero. Según este precepto un contrato interno no se volvería internacional por el simple hecho de que las partes elijan un Derecho extranjero como ley aplicable. Igualmente el art. 3.4 Reglamento Roma I establece que se aplicarán las disposiciones del Derecho comunitario “*cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros*” y las partes hayan elegido como *lex contractus* de Ley de un Estado no miembro de la Unión Europea. El art. 3.4 Reglamento Roma I le da la posibilidad a las partes de elegir una Ley de un Estado no miembro del Reglamento Roma I. Ahora bien, dicha Ley elegida de un Estado no miembro se aplicará “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”. Esta regla relativa a los contratos domésticos –art. 3.3 Reglamento Roma I– que se hace aplicable a los contratos comunitarios se establece para evitar el fraude de Ley a las normas imperativas comunitarias. La aplicación del Derecho Comuni-

<sup>35</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, pp. 285-286.

<sup>36</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles, Granada, Comares, 2009, pp. 98-107.

tario de consumo en los casos “estrechamente vinculados con la Unión Europea” y la prevalencia de las soluciones de Derecho internacional privado contenidas en las Directivas comunitarias de consumo sobre las soluciones de Derecho internacional privado contenidas en el Reglamento Roma I (art. 23 Reglamento Roma I), evita que el contrato de consumo se rijan por la Ley elegida por las partes. En efecto, sea cual sea la Ley elegida por los contratantes, serán de aplicación al contrato las disposiciones de estas Directivas. Las Directivas comunitarias protegen no sólo al “consumidor activo”, sino a “todo consumidor”, siempre que se cumplan las “condiciones de aplicación espacial” de las Directivas. Es cierto que las Directivas comunitarias sólo cubren, expresamente, un caso específico: contrato de consumo respecto del cual se ha elegido como Ley aplicable, la Ley de un “tercer Estado”.

Hay que tener en cuenta varios datos para entender por qué este límite impuesto a los “contratos intracomunitarios” es difícilmente aplicable en la práctica:

1º) El problema de la traslación de esta regla a los contratos comunitarios, esto es, los contratos que se encuentran localizados en uno o varios Estados comunitarios, no tiene mucho sentido porque no existe una diferencia entre normas imperativas comunitarias aplicables a los casos puramente comunitarios y normas imperativas comunitarias aplicables a los casos internacionales.

2º) Las normas comunitarias, como las Directivas o los Reglamentos, prevalecen siempre sobre la voluntad de los contratantes, no por el art. 3.4 del Reglamento sino sobre la base del art. 23 del Reglamento Roma I. El art. 23 Reglamento Roma I dispone: “*Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales*”.

3º) Para entender este supuesto habría que distinguir entre dos tipos de normas comunitarias: la Directiva y el Reglamento, pues su funcionamiento y aplicación son distintos. No es igual, jurídicamente hablando, que el contrato se vea afectado por la aplicación de una Directiva que por la aplicación de un Reglamento comunitario. Cuando se trata de aplicar una Directiva comunitaria la transposición de la misma puede variar de un Estado miembro a otro. El art. 3.4 *in fine* del Reglamento soluciona este problema al disponer que se aplicará el Derecho comunitario tal y como se aplique en el Estado miembro del foro. Si, por el contrario, el contrato se ve afectado por disposiciones imperativas contenidas en Reglamentos comunitarios, visto que el Reglamento comunitario es único en todos los Estados miembros, los preceptos del mismo “que no puedan excluirse mediante acuerdo”, se aplicarán al contrato siempre, sin necesidad de que lo refleje expresamente el Reglamento Roma I.

4º) Además, las Directivas y Reglamentos comunitarios, en muchos casos, se aplican aunque no se encuentren todos los elementos del contrato localizados en uno o varios Estados miembros de la Unión Europea. Lo importante para que se aplique el Derecho comunitario es que se den los elementos necesarios de aplicación territorial que exija la propia norma comunitaria<sup>37</sup>. Los preceptos imperativos contenidos en Reglamentos o Directivas comunitarias sólo pueden aplicarse al contrato cuando éste aparezca cubierto por el ámbito de aplicación espacial de la normativa comunitaria. Así, *ad ex.*, las Directivas reguladoras de los contratos de consumidores sí recogen expresamente cuál es su ámbito de aplicación espacial. Pero, no todas las normas comunitarias recogen su ámbito de aplicación espacial. *Ad ex.*, la Directiva en materia de contrato de agencia no determina expresamente en el espacio su ámbito de aplicación. Por ello, es la jurisprudencia del TJCE la que ha señalado en la STJCE 9 noviembre 2000, *Ingmar vs. Eaton* que las normas de la Directiva 86/653/CEE de 18 diciembre 1986, sobre el contrato de agencia, se aplican siempre que el agente comercial ejercite su actividad “en un Estado miembro”<sup>38</sup>.

**28.** El art. 3.4 Reglamento Roma I recoge un mecanismo de lucha contra el fraude de Ley al Derecho Comunitario. ¿Cuándo se produce el fraude de Ley al Derecho comunitario en el Reglamento Roma I? Este fraude se produce cuando la situación presenta objetivamente todos sus elementos en el marco de la Unión Europea y, aún así, las partes deciden someter el contrato a un Ordenamiento jurídico

---

<sup>37</sup> *Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, p. 11.

<sup>38</sup> U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n.103, pp. 131-189, esp. pp. 132-133.

de un Estado no miembro del Reglamento Roma I. En este caso, el Derecho comunitario imperativo, siempre que se encuentre la situación jurídica dentro del ámbito de aplicación espacial de dicha normativa comunitaria, se aplicará al contrato junto con la Ley designada por las partes que será de aplicación en lo que no contraríe a las normas imperativas del Derecho comunitario en cuestión<sup>39</sup>.

**29.** El art. 3.1 Reglamento Roma I exige, para que la elección de Ley sea válida que la elección de la Ley sea “clara” y que se trate de una Ley “estatal”<sup>40</sup>. Se entiende que la elección de Ley es “clara” tanto si la elección de Ley es expresa como si se trata de una elección tácita. Lo que no cabe es acudir a una normativa no estatal como los Principios de UNIDROIT de 1994 y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos del profesor O. LANDO. El Reglamento Roma I en su Considerando 13 dice claramente que la elección de un Derecho no estatal es una simple “incorporación por referencia”; por lo que a esta posible *lex contractus* no se le puede reconocer como tal, desligada de cualquier ordenamiento jurídico estatal, la naturaleza de una verdadera cláusula de Derecho aplicable; sino que, por el contrario, ha de haber siempre un sistema estatal “subsidiario” que complete las lagunas y regule las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de las normas no estatales. Cabe elegir la Ley aplicable a todo el contrato o sólo a una “parte del contrato”, siempre que esta parte tenga autonomía jurídica y económica.

**30.** En defecto de elección de ley, el art. 4 Reglamento Roma I señala la Ley aplicable partiendo de ocho tipos de contratos<sup>41</sup>. Esta formulación a la hora de determinar la ley aplicable es muy novedosa pues el art. 4 Convenio de Roma no establece una lista de contratos sino que fija en abstracto la Ley

<sup>39</sup> P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349.

<sup>40</sup> *Vid., per omnia*, respecto al poder de las partes de elegir la ley aplicable a los contratos internacionales en la doctrina española, M. AGUILAR NAVARRO en M. AGUILAR NAVARRO *et alii*, *Derecho civil internacional*, 4ª ed., Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1975 (reimpresión en 1979), pp. 521-656; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la ley de 2 de mayo de 1975)*, vol.I, Madrid, Tecnos, 1977, pp.520-529; *Id.*, “Las obligaciones contractuales en el vigente Título Preliminar del Código Civil español”, *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, 1975, pp. 231-242; A.L. CALVO CARAVACA, “La ley aplicable a los contratos internacionales (el CR de 19 de junio de 1980)”, *Der. Neg.*, número 43, 1994, pp. 1-18; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al contrato internacional”, en *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 49-96; *Id.*, *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 494-517; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en A. MARÍN LÓPEZ *et alii*, *Derecho Internacional Privado II*, 8ª ed., Granada, 1994, pp.291-328; *Id.*, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 65-82; *Id.*, *Globalización y Derecho internacional privado*, LiberLibro.com, Albacete, 2002, pp. 98-109; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; pp. 11-167; O. CASANOVAS Y LA ROSA, “La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado”, *A.D.C.*, 1976, pp. 1003-1020; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, pp. 53-110; *Id.*, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Comares, 1998, *Id.*, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en el transporte internacional*, Granada, Comares, 1999; P. FERNÁNDEZ VIAGAS, “La autonomía de la voluntad en materia de obligaciones en el Derecho internacional de España y de la Zona de Protectorado en Marruecos”, *R.G.D.*, nº118-119, 1954, pp. 354-364; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “España se adhiere al CR de 19 de junio de 1980”, *REDI*, 1994, pp. 446-451; M. GUZMÁN ZAPATER, *Derecho Internacional Privado II*, Madrid, UNED, 1996, pp. 275-290; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado II* (revisada por N. BOUZA VIDAL), 10ª ed., Madrid, Atlas, 1987, pp. 292-317 y 336-364; J.A. PASTOR RIDRUEJO, “La ley aplicable al fondo de las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español”, *R.E.D.I.*, nº1, 1967, pp. 17-35; J.A. PÉREZ BEVÍA en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO *et alii*, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 257-292; J. QUERO MOLARES, “El principio de autonomía de la voluntad en derecho internacional privado”, *R.J.C.*, 1932, pp.214-237; A. REMIRO BROTONS, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t.I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 289-321; J. SANTOS BRIZ, “Las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales en el nuevo Título Preliminar del Código civil”, *D.J.*, nº4, 1974, pp.1363-1394; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *et alii*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Editorial Eurolex, 1995, pp. 143-207; *Id.*, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989; *id.*, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., dirigido por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, t.I, vol.II, Madrid, Edersa, 1995, pp. 609-694; *Id.*, “Artículo 10.10 C.c.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., dirigido por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, t.I, vol.II, Madrid, Edersa, 1995, pp. 769-788; *Id.*, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentario del Código civil*, Madrid, publicado por el Ministerio de Justicia, 1991, pp. 116-121.

<sup>41</sup> Sobre el art. 4 Convenio de Roma, *vid. per omnia*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*”, en A.-L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y*

aplicable a todos los contratos internacionales en general. El art. 4.1 Reglamento Roma I señala: “*A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará*” por las presunciones establecidas en los párrafos a) a h) del art. 4.1, que se refieren a ocho tipos de contratos distintos, cuya ley aplicable es siempre la de la residencia habitual del prestador característico.

Tal y como señala el Considerando 19 Reglamento Roma I, el art. 4 Reglamento Roma I contiene los siguientes puntos de conexión:

1º “*En defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato* (art. 4.1 Reglamento Roma I). En concreto, los ocho contratos son los siguientes:

a) el contrato de compraventa de mercaderías se rige por la Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;

b) el contrato de prestación de servicios se rige por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se rige por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;

d) el arrendamiento temporal de un bien inmueble, para un período máximo de seis meses consecutivos se rige por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;

e) el contrato de franquicia se rige por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;

f) el contrato de distribución se rige por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se rige por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2º En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reglamento Roma I). Se trata de una solución de claro carácter residual.

3º En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad”. Dicho de otro modo, si el contrato está más vinculado con otro país distinto al indicado por los apartados 1 y 2 del art. 4 se aplicará la ley de ese otro país (art. 4.3 Reglamento Roma I).

---

*Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (Directores), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2005, pp. 397-420; ID., “La lucha por la prestación característica (II): Los contratos internacionales de edición”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (Drs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2005, pp. 421-433; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional, la prestación característica*, Bolonia, 1994; ID., “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, n.74, 2004, pp. 11-46; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, pp. 111-144; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales, el art.4 del convenio de Roma de 1980”, *RJ La Ley (CE)*, núm.95, 4.IV.1995, pp. 1-6; G. KAUFMANN-KOHLER, “La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l’influence de la Suisse”, *ASDI*, 1989, pp.195 ss.; K. LIPSTEIN, “Characteristic Performance. A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contracts for the EEC”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1981, pp. 402-423; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, 1989; P.M. PATOCCHI, “Characteristic performance, A new myth in the conflict of Law?”, *Festschrift P. Lalive*, 1993, pp. 113-139; U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, 1993, pp. 513-540; F. VISCHER, “The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention”, en K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 25-30.

4º Los contratos no incluidos en los ocho contratos y aquellos que carezcan de prestación característica se regirán por la Ley del país con el que presenten los vínculos más estrechos (art.4. 4 Reglamento Roma I).

31. Con independencia de lo dispuesto en el art. 26 LSSI, todas estas normas de Derecho internacional privado son aplicables para determinar la competencia judicial internacional y la Ley aplicable a los contratos *Business to Consumer*. Dicho de otro modo, si el art. 26 LSSI desapareciera no tendría ninguna consecuencia jurídica desde el punto de vista de Derecho internacional privado. De ello debería tomar nota el legislador español.

## V. Aspectos que deberían ser reformados del art. 26 LSSI

32. El art. 26 LSSI debe desaparecer. Sólo podría tener una función aclaratoria y ni siquiera por las siguientes razones:

1º. Se olvida de las normas de Derecho internacional privado relativas a la determinación de los tribunales competentes en los contratos *online* en los que interviene un consumidor.

2º. No concreta cuáles son esas normas de Derecho internacional privado que un juez o tribunal español debe aplicar para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados *online* en los que interviene un consumidor.

3º Las normas de Derecho internacional privado aplicables para determinar la Ley aplicable a este tipo de contratos no recoge ninguna norma especial para los contratos de consumo *online*. Parece que el legislador era consciente de los problemas que podría plantearse y prefiere no entrar a regular este tema.

4º Por último, el art. 26 *in fine* es incompatible y va en contra de lo dispuesto en el Reglamento Roma I, donde se fija la Ley aplicable a los contratos decelerados por un consumidor y un profesional. Un Reglamento comunitario no puede aplicarse teniendo en cuenta los arts. 2. y 3 LSSI, que son dos preceptos que determinan el ámbito de aplicación subjetivo de una norma interna española aplicable a los contratos internos.

Con independencia de lo que disponga el art. 26 LSSI las normas de Derecho internacional privado españolas son las que regulan la competencia judicial internacional y la ley aplicable a los contratos *Business to Consumer*.

## VI. El art. 29 LSSI: el lugar de celebración de los contratos electrónicos

33. El art. 29 LSSI dispone que *los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual*<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Vid. sobre el art. 29 LSSI, L. ARRANZ ALONSO, "Los contratos del comercio electrónico", en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 197-269; A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001; A. CALVO ANDÚJAR, "Artículo 26", en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, p. 411-425; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento "Roma I" sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009; S. FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Comares, Granada, 2006; E. FERNÁNDEZ GÓMEZ, *Comercio electrónico*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002; M.A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERU, "Comentario al artículo 1262 del Código Civil tras la reforma introducida por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico", *Actualidad Civil*, 2003, pp. 259-271; S. GERBOLÉS RODRÍGUEZ, "Artículos 27, 28 y 29", en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 451-452; M. D. GRAMUNT FOMBUENA, "La protección del consumidor en los contratos electrónicos", en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 57-82; A. GUIASADO MORENO, "El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, pp. 28-47; R. MATEU DE ROS, "Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico", en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 65-195; A. RODRÍGUEZ BENOT, "La contratación electrónica en el tráfico externo", en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 181-199; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 37-92; G. RUBIO GIMENO, "Validez y perfección del contrato electrónico", en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 41-55.



*Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.*

El art. 29 LSSI regula dónde se presume celebrado un contrato electrónico *Business to Consumer* –comercio entre empresas y consumidores- y *Business to Business* –comercio entre empresas-<sup>43</sup>. Se trata de un precepto que tiene un mero carácter aclaratorio desde el punto de vista de Derecho internacional privado español pues establece un lugar “ficticio” donde deben presumirse celebrados los contratos electrónicos.

**34.** En los contratos electrónicos *Business to Consumer* el art. 29.1 LSSI contempla un régimen especial partiendo de la presunción de que el lugar de celebración del contrato es el lugar de la residencia habitual del consumidor<sup>44</sup>. Este régimen es distinto al contemplado en el régimen general de los contratos recogido en el art. 1.262 Cc. y en el art. 54 CCo. que presume que los contratos celebrados entre ausentes se celebran en el lugar en que se hizo la oferta<sup>45</sup>. Este lugar, en el caso de los contratos *online* sería el del establecimiento del proveedor que opera en Internet, lo que beneficiaría al empresario. Por ello, el art. 29.1 LSSI ha modificado los arts. 1.262 cc. y 54 CCo. en aras de los intereses de los consumidores. Esta nueva regulación de los arts. 1.262 Cc. y 54 CCo. no está exenta de críticas, pues estos artículos sólo se aplican a los contratos concertados a distancia y no a los contratos electrónicos en lo que se refiere a la determinación del lugar de celebración de “los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”<sup>46</sup>. Sin embargo, no era esa la verdadera intención del legislador que en el apartado 4 de la Exposición de Motivos de la LSSI señala expresamente que “se aprovecha la ocasión para fijar el momento y el lugar de la celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos civil y de comercio”. Finalmente el legislador obvia esta observación realizada en la Exposición de Motivos y diferencia claramente la determinación del lugar de celebración del contrato en la contratación electrónica y en la contratación a distancia. No puede olvidarse sin embargo que la contratación electrónica se celebra a través de un medio de comunicación a distancia y, por tanto, debería haberse unificado su regulación<sup>47</sup>.

Sin embargo, cuando el contrato electrónico es *Business to Business*, como no es necesario proteger a una parte débil en el contrato electrónico, el art. 29.2 LSSI presume que el contrato se celebra, en defecto de pacto entre las partes, en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

## VII. Condiciones de aplicación del art. 29.1: *Business to Consumer*

**35.** Centrándonos en el supuesto del contrato electrónico *Business to Consumer*, son varias las condiciones que deben cumplirse para que este precepto sea de aplicación:

1º Este precepto sólo es de aplicación cuando el contrato es *electrónico* o *celebrado por vía electrónica* tal y como se define en el apartado h, recogido en el Anexo-Definiciones de la LSSI, en virtud

<sup>43</sup> E. FERNÁNDEZ GÓMEZ, *Comercio electrónico*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 36-37.

<sup>44</sup> R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 155; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, p. 43; G. RUBIO GIMENO, “Validez y perfección del contrato electrónico”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 54.

<sup>45</sup> L. ARRANZ ALONSO, “Los contratos del comercio electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 210; R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 155.

<sup>46</sup> D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 67-71.

<sup>47</sup> D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, p. 63. Sobre la delimitación de los contratos a distancia, *vid.*, A. PANIZA FULLANA, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003, pp. 19-102.

del cual un contrato electrónico es todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” (según las definiciones que recoge el anexo de la LSSI). Una empresa ofrece sus servicios por Internet y el usuario los adquiere por vía electrónica a través de la red; es decir, ambas partes tienen que manifestar su deseo de contratar por medios electrónicos<sup>48</sup>. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (núm. 1), Málaga, núm. 142/2006, 1 septiembre 2006 establece este criterio en relación con un contrato de reserva de billete de avión electrónico celebrado entre un consumidor y la Compañía Spanair. Esta decisión es importante porque deja claro que “él régimen de contratación por vía electrónica que recogen los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico participan de los efectos previstos en el ordenamiento jurídico para el común de los contratos que hasta ahora habían sido objeto de regulación en nuestro derecho”. Lo único diferente es que un contrato electrónico “exige un común acuerdo entre las partes en la utilización de (...) medios electrónico”, pero por lo demás su régimen jurídico se regula por las normas aplicables al resto de los contratos (Fundamento segundo)<sup>49</sup>.

2º Cuando interviene un *consumidor*, definido en el apartado e del anexo citado, según el cual es toda persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Según este precepto son consumidores “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Sin embargo, la utilización de este concepto tradicional para definir al consumidor electrónico no está exento de problemas<sup>50</sup>. Normalmente el consumidor electrónico no es un simple consumidor pasivo sino que se adentra en el cyberspacio buscando la mejor oferta e información. Se trata de un consumidor “informado”<sup>51</sup>. Además la inclusión de las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor choca frontalmente con la definición de consumidor del art. 2 de la Directiva sobre comercio electrónico, pues el legislador comunitario excluye a las personas jurídicas. El art. 2 de la Directiva define al consumidor como “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”<sup>52</sup>. Sin embargo, la inclusión de las personas jurídicas en el ámbito subjetivo de la LSSI se justifica en el hecho de que la Directiva es una norma de mínimos<sup>53</sup>.

Ahora bien, estos conceptos no son aplicables para determinar la Ley que rige el contrato electrónico internacional de consumidores, puesto que se tratan de unas definiciones propias del ordenamiento jurídico español, que sólo son aplicables en los casos de los contratos internos.

3º Cuando el contrato es *interno*, es decir, cuando todos los elementos del contrato se encuentran localizados en España. Ahora bien, también puede ser aplicable a los contratos *internacionales* electró-

<sup>48</sup> G. BOTANA GARCÍA, “Noción de Comercio Electrónico”, en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, p. 62; A. GUIADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 31; R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 71-85; M.J. REYES LÓPEZ, “Un paso más en la protección del consumidor: contratación electrónica y conformidad y garantía”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 207, abril de 2002, p. 74; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 232.

<sup>49</sup> AC 2006/1888.

<sup>50</sup> M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 231.

<sup>51</sup> J.M. CENDOYA MÉNDEZ, “La protección de los consumidores”, en R. MATEU DE ROS/J.M. CENDOYA MÉNDEZ VIGO (Coords.), *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 135.

<sup>52</sup> M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 46-47.

<sup>53</sup> A. GUIADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 30.

nicos en los casos en los que la ley aplicable al contrato internacional electrónico de consumo se rige por la Ley española, en virtud de las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, a las que se remite el art. 26 LSSI, ya estudiado, y para determinar el lugar de *celebración* de los contratos *online* en la aplicación de los arts. 22.3 LOPJ y 10.5 Cc.

**36.** En definitiva, estos conceptos no son aplicables para determinar la Ley que rige el contrato electrónico internacional de consumidores, puesto que se tratan de unas definiciones propias del ordenamiento jurídico español, que sólo son aplicables en los casos de los contratos internos, o en los casos de contratos *internacionales* de consumo electrónicos si la *lex contractus* es la Ley española para fijar el Derecho material aplicable y para interpretar las normas de Derecho internacional privado de producción interna que utilizan el lugar de celebración del contrato, bien para fijar la competencia judicial de los tribunales españoles, en virtud del art. 22.3 LOPJ, o bien para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales, en virtud del art. 10.5 Cc. y concordantes.

### VIII. Presunción: celebración del contrato en el lugar de *residencia habitual* del consumidor (*Business to Consumer*)

**37.** Según el art. 29 LSSI se entiende celebrado el contrato electrónico cuando interviene un consumidor en el lugar donde éste tenga su *residencia habitual* (*Vid.* la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo de Aragón, Zaragoza, núm. 146/2007, 25 abril 2007<sup>54</sup>). Es una solución que parte del principio de protección de los intereses del consumidor frente al prestador de servicios *online*<sup>55</sup>. El término “residencia habitual” hay que interpretarlo conforme al Derecho español, y en concreto, el concepto recogido en los arts. 40 y 41 Cc. El concepto de “residencia habitual” es difícil de definir. Según el TS el término residencia habitual se considera como un elemento fáctico que hay que probar. Así, para el TS se entiende que una persona tiene residencia habitual en España si se cumplen dos condiciones: a) *Domus colere* o “presencia física” del consumidor en un lugar: y; b) *animus manendi* o la intención de seguir residiendo de forma habitual en España. En este sentido, si el consumidor tiene su residencia habitual en España y celebra un contrato por medios electrónicos se entiende celebrado en España.

**38.** Ahora bien, hay que preguntarse si tal presunción es *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Si se tiene en cuenta que el art. 29.1 LSSI parte de la salvaguarda de los intereses del consumidor dicha presunción sólo puede ser *iuris et de iure*, por lo que no cabe su exclusión por los contratantes ni prueba en contrario, sino que se trata de una disposición imperativa<sup>56</sup>. Sin embargo, esta postura no es unánime. Existe otra posición que parte de que las partes pueden pactar lo contrario, siempre que el consumidor no quede menos protegido que por la ley del país de su residencia<sup>57</sup>.

### IX. La importancia de determinar el lugar de celebración del contrato electrónico *Business to Consumer* desde un punto de vista de Derecho internacional privado

**39.** Pero, ¿por qué y para qué es necesario determinar el lugar de celebración en los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor? Realmente esta pregunta es difícil de entender desde el punto de vista del Derecho internacional privado, pues son escasos los supuestos en los que el tribunal competente o la ley aplicable se fijan por el lugar de celebración de los contratos. Sin embargo, son

<sup>54</sup> JUR 2008/111698.

<sup>55</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 99; M. D. GRAMUNT FOMBUENA, “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, p.74; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, p. 84

<sup>56</sup> D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 84-85.

<sup>57</sup> A. GUIADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, pp. 33-34.

dos los posibles supuestos en los que desde un punto de vista de Derecho internacional privado los jueces españoles deben aplicar el art. 29.1 LSSI en la determinación del lugar de celebración del contrato: 1) para determinar la competencia judicial internacional en virtud del art. 22.3 LOPJ que fija la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles cuando el lugar de celebración es España, y 2) para determinar la ley aplicable del contrato en virtud del art. 10.5 Cc<sup>58</sup>. Veamos los dos casos por separado.

### 1. Competencia judicial internacional: art. 22.3 LOPJ

40. El art. 22.3 LOPJ fija la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles cuando el lugar de celebración es España<sup>59</sup>. A diferencia del Reglamento 44/2001 que reparte la competencia judicial internacional entre los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, considerados en su globalidad, el art. 22.3 LOPJ sólo atribuye la competencia judicial internacional a los jueces y tribunales españoles en determinados casos. En concreto el art. 22.3 LOPJ señala que los tribunales españoles serán competentes en materia de obligaciones contractuales cuando éstas “hayan nacido” en España. Esta expresión se ha entendido como que el contrato se haya celebrado en España. Este art. 22 LOPJ, sin embargo, se aplica muy poco, puesto que el Reglamento 44/2001 desplaza, en materia de contratos, a las normas de producción interna que sólo serán aplicables en los casos en los que el contrato no pueda incluirse en el ámbito de aplicación material, espacial, temporal y personal del Reglamento 44/2001. Y, a su vez, con anterioridad el Convenio de Bruselas de 1968 había desplazado al art. 22 LOPJ, cuya redacción recoge las soluciones del Convenio de Bruselas de 1968. En definitiva, los foros recogidos en el art. 22 LOPJ tienen un mero carácter subsidiario pues sólo se aplican en defecto de instrumento internacional que regule la cuestión. Sin embargo, el foro recogido por el art. 22.3 del lugar de celebración del contrato en España no se encuentra recogido ni en el Convenio de Bruselas ni en el Reglamento 44/2001, por lo que su ámbito de acción es mayor que el resto de los foros contemplados en la LOPJ, que están copiados o inspirados directamente del Convenio de Bruselas, cuando no se pueden aplicar los instrumentos internacionales legales citados en la determinación de la competencia judicial internacional<sup>60</sup>.

41. En los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor se aplica el art. 29.1 LSSI para fijar la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles por el lugar de celebración del contrato *online*, *ex art.* 22.3 LOPJ, siempre que no pueda aplicarse un instrumento comunitario o internacional en la materia<sup>61</sup>. En este sentido, se presume que el contrato se celebró en el país de la residencia habitual del consumidor. Así, si un consumidor con residencia habitual en España celebra *online* un contrato con una empresa con domicilio en Estados Unidos se entiende que el contrato se ha celebrado en España, utilizando la presunción recogida en el art. 29.1 LSSI, y que, por tanto, son competentes los tribunales españoles para conocer del litigio, *ex art.* 22.3 LOPJ. En este caso no sería de aplicación el Reglamento 44/2001 para determinar la competencia judicial de los tribunales españoles porque el demandado, la empresa estadounidense, no tiene su domicilio en uno de los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, si la empresa con la que se contratara tuviera su domicilio en Francia, aunque el consumidor tuviera su residencia habitual en España, los jueces españoles no podrían decla-

---

<sup>58</sup> L. ARRANZ ALONSO, “Los contratos del comercio electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 211-212; R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp.156-159.

<sup>59</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, pp. 54-55.

<sup>60</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs), *Derecho internacional privado vol.II*, 10ª ed., 2009-2010, p. 463.

<sup>61</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, pp. 54-55, donde se plantea el problema de la fijación del foro del lugar de celebración de los contratos electrónicos, *ex art.* 22.3 LOPJ, antes de la solución adoptada por el art. 29 LSSI.

rarse competentes jamás en virtud del art. 22.3 LOPJ, puesto que sería de aplicación el Reglamento 44/2001 que no recoge el foro del lugar de celebración del contrato.

42. Con una relevancia muchísimo menor hay que citar el art. 51 LEC de 7 de enero de 2000 que atribuye, en relación con las personas jurídicas, la competencia territorial a los jueces y tribunales españoles del lugar donde la situación haya nacido. Esta competencia se establece de forma alternativa al lugar del domicilio y subsidiariamente en los casos en los que la Ley no disponga otra cosa<sup>62</sup>. De ahí la escasa importancia de determinación del lugar de celebración de los contratos electrónicos *Business to Consumer* en este supuesto concreto. Sin embargo, no puede dejar de citarse este precepto pues todavía existen algunos autores que siguen defendiendo la importancia en este caso de la determinación del lugar de celebración del contrato<sup>63</sup>.

## 2. Determinación de la Ley aplicable: art. 10.5 Cc.

43. También es importante, desde un punto de vista de Derecho internacional privado, concretar el lugar de celebración del contrato electrónico en el que interviene un consumidor para determinar la ley aplicable en virtud del art. 10.5 Cc<sup>64</sup>. El art. 10.5 Cc. es una norma de conflicto de producción interna que establece la Ley aplicable a los contratos internacionales, siempre que los Convenios o instrumentos comunitarios no sean de aplicación. El art. 10.5 Cc. señala: “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del *lugar de celebración del contrato*. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”.

Pues bien, el art. 10.5 Cc. establece, aunque como último punto de conexión, que el contrato deberá regirse por la Ley del *lugar de celebración del contrato*<sup>65</sup>. En este caso, el juez o tribunal español fijará dicho lugar de celebración del contrato por el art. 29.1 LSSI cuando en el contrato electrónico interviene un consumidor. Sin embargo esta solución se va a aplicar en escasísimos supuestos, dado el carácter subsidiario de la aplicación del art. 10.5 Cc.

44. El Reglamento Roma I ha desplazado pero no ha hecho inaplicables las normas de Derecho Internacional Privado españolas en materia de contratos en todos los supuestos<sup>66</sup>. Así, puede decirse que esta normativa interna, aunque reducido, tiene todavía un pequeño ámbito de acción y resulta aplicable en diversos supuestos:

a) Sigue rigiendo los contratos internacionales celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma –precedente normativo del Reglamento Roma I-, el 1 de septiembre de 1993. Si el contrato electrónico *Business to Consumer* se hubiera firmado en 1992 y el litigio se presentara ante un juez en el 2009, tendría que utilizar el art. 10.5 Cc. para determinar la ley aplicable al contrato internacional.

---

<sup>62</sup> D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, p. 40.

<sup>63</sup> M.A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, “Comentario al artículo 1262 del Código Civil tras la reforma introducida por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, *Actualidad Civil*, 2003, p. 270

<sup>64</sup> Sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español, *ex art. 10.5 Cc.*, *vid.* A.J. ADRIÁN ARNÁIZ, “Las conexiones subsidiarias en las obligaciones contractuales: sus fundamentos y estructuras jurídicas”, *REDI*, 1987, pp. 45-66; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975)*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 520-529; A. REMIRO BROTONS, “Artículo 10.5”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t.I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 289-321.; J. SANTOS BRIZ, “Las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales en el nuevo Título Preliminar del Código civil”, *DJ*, 1974, pp. 1370-1392.

<sup>65</sup> A. CALVO ANDÚJAR, “Artículo 26”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, 422.

<sup>66</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 52; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, pp. 145-161.

b) Se aplica a aquellos contratos excluidos del ámbito de aplicación material por el propio Reglamento Roma I, *ex art. 1.2* Reglamento Roma I<sup>67</sup>. Este segundo caso es más teórico que real. Así los contratos de consumidores se regulan en el art. 6 Reglamento Roma I. Cuando la propia normativa de Derecho uniforme excluye de su ámbito de aplicación determinados contratos internacionales se debe a la existencia de una normativa especial en la materia que, por supuesto, prima sobre la aplicabilidad de los artículos 10.5 y concordantes Cc. De este modo, la aplicabilidad del Reglamento Roma I, como ocurrió con el Convenio de Roma, se excluye allí donde existe una normativa especial *ad hoc* aplicable al caso, como sucede en materia de transportes o bien, existen reglas de conflicto especiales, como sucede en el campo de los seguros.

c) También rigen los contratos que suscitan cuestiones de Derecho interregional, *ex art. 22.2* Reglamento Roma I. En España, ciertas Comunidades Autónomas disponen de normativas propias relativas a los contratos, con importantes disposiciones e instituciones propias. Ello puede provocar conflictos de Leyes “internos”. Pues bien, el art. 22.2 Reglamento Roma I precisa que “*un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales*”. El principio básico es el de “no aplicación” del Reglamento Roma I a los contratos que suscitan problemas de Derecho interregional. La excepción es que el Estado miembro que así lo decida, puede aplicar el Reglamento Roma I a tales supuestos “interregionales”. Visto que el Estado español nada ha indicado al respecto, opera el principio general y la Ley aplicable a los contratos, en los supuestos de Derecho interregional, se fijará con arreglo a los arts. 10.5 Cc. y concordantes, y no a través del Reglamento Roma I. Esta solución es idéntica a la recogida por el Convenio de Roma. Así se señaló en la SAP Navarra 16 noviembre 2001, en la que el tribunal llegó a la conclusión, sobre la base del art. 10.5 Cc., de que un contrato de publicidad celebrado mediante escrito firmado primero en Pamplona y posteriormente en Vitoria, su lugar de celebración debía considerarse en Vitoria y no en Navarra, puesto que ni las partes habían elegido un Derecho Foral concreto –en este caso el Derecho Foral Navarro que es el que pretendía aplicar la decisión apelada- ni tenían vecindad civil ni residencia habitual común. En este mismo sentido puede verse el ATSJ Navarra 16 octubre 2008.

45. Ahora bien, estos casos citados son aislados, por lo que el lugar de celebración de los contratos *online* tiene escasa importancia en la determinación de la Ley aplicable a los contratos electrónicos internacionales.

#### **X. Presunción: en defecto de pacto el lugar en que está establecido el prestador (*Business to Business*)**

46. Se hará una mención muy breve a este supuesto pues el objeto de este trabajo son los contratos entre un profesional y un consumidor. Aunque el art. 29 LSSI pretende proteger a los consumidores, el art.29.2 LSSI establece una segunda presunción aplicable a los contratos celebrados entre profesionales o empresarios, en virtud de la cual, en defecto de pacto el contrato *online* se entiende celebrado en el lugar en el que esté establecido el prestador de servicios. En definitiva parte del “principio de país de origen” a diferencia de la presunción establecida para los casos en los que se celebra un contrato electrónico en el que interviene un consumidor. Así, frente al proteccionismo de los intereses de los consumidores recogido en la presunción del art. 29.1 LSSI, el art. 29.2 LSSI parte de que no es necesario que los profesionales o empresarios cumplan con todos los requisitos recogidos en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los países donde quieran desarrollar su actividad<sup>68</sup>. Con esta presunción se favorece y potencia el comercio electrónico puesto que el oferente que es el que más arriesga a nivel internacional va a quedar sujeto al Derecho que conoce y con el que está habituado a contratar<sup>69</sup>. Siempre

<sup>67</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 10.5 CC”, *Com. CC y Comp. For.*, 2ª ed., 1995”, p. 623.

<sup>68</sup> S. GERBOLÉS RODRÍGUEZ, “Artículos 27, 28 y 29”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 451-452.

<sup>69</sup> A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, pp. 60-61; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 85-88.

cabe, además, el pacto en contrario por lo que se otorga plena autonomía de la voluntad a los prestadores de servicios que actúan en Internet<sup>70</sup>.

## XI. Aspectos que deberían ser reformados del art. 29 LSSI

47. El art. 29 LSSI sólo sirve para aplicar el foro por el lugar de celebración del contrato y para determinar la ley aplicable por el lugar de celebración del contrato en aquellos casos en los que no se puede aplicar el Reglamento 44/2001 para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y el Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Ambas normas comunitarias desplazan lo dispuesto en las normas de producción interna y tiene un carácter meramente subsidiario. Lo mejor sería que el legislador español unificara las soluciones contempladas en las normas de producción interna recogiendo las soluciones comunitarias de los Reglamentos 44/2001 y Roma I. Así, el art. 22.3 LOPJ debería recoger las soluciones del Reglamento 44/2001 y, por tanto, debería desaparecer la determinación de los tribunales competentes por el lugar de celebración del contrato, solución no recogida por la normativa comunitaria, y a su vez, el art. 10.5 Cc. debería recoger las soluciones el Reglamento Roma I y, por tanto, debería desaparecer la determinación de la ley aplicable por el lugar de celebración del contrato que, tampoco, se encuentra recogida por el Reglamento Roma I.

48. Desde un punto de vista de técnica legislativa es inadecuado que una misma materia, la determinación del lugar de celebración de los contratos a distancia, sean o no electrónicos, se encuentre regulada en el Cc. y Co. además de en la Ley especial sobre comercio electrónico, cuando el legislador justamente quería evitar esta situación con la LSSI. Es una redacción muy confusa pues la determinación del lugar de celebración del contrato en los contratos electrónicos se regula en el art. 29 LSSI y la de los contratos a distancia en el art. 1.262 Cc., párrafo segundo *in fine* y en el art. 54 CCo., párrafo primero *in fine*, cuando en realidad muchos de esos tipos de contratos son a distancia sean o no electrónicos.

---

<sup>70</sup> A. GUIADO MORENO, "El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 33. D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 87-88.

# LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL SEGÚN EL REGLAMENTO ROMA I

CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA  
*Socio, AMYA Abogados*  
*Doctor en Derecho*

Recibido: 12.06.2009 / Aceptado: 23.06.2009

**Resumen:** El contrato de transporte internacional ha sido objeto de atención singular en el Reglamento Roma I, siguiendo la tendencia iniciada por el Convenio de Roma. Sin embargo, Roma I no se ha limitado a ser un mero retoque cosmético de la regulación del Convenio en esta materia, destacando particular, pero no exclusivamente, el tratamiento que ofrece del contrato de transporte de pasajeros. Por lo demás, este trabajo, quiere servir de guía de análisis de las normas generales de Roma I al contrato de transporte internacional con la finalidad de facilitar su aplicación a este negocio jurídico.

**Palabras clave:** Reglamento Roma I, Convenio de Roma, Ley aplicable, Contrato de Transporte

**Abstract:** Contracts of carriage have received a specific legal treatment under the Rome I Regulation following a trend initiated by the Rome Convention. However, Rome I has not merely introduced cosmetic changes with respect to the Rome Convention but has produced new rules particularly, although not exclusively, regarding carriage of passengers. In addition, this article aims to be a reference guide for the analysis of the Rome I general rules in order to facilitate its application to contracts of carriage.

**Key words:** Regulation Rome I, Rome Convention, Applicable Law, Contract of Carriage

**Sumario:** I. Introducción. II. Roma I: Aspectos generales, estructura y normas de aplicación. III. Ámbito de aplicación de Roma I: El contrato de transporte internacional. IV. Determinación de la ley aplicable al contrato de transporte internacional: 1. Contrato de transporte de mercancías. 2. Contrato de transporte de pasajeros. 3. Contratos de transporte y de consumo. 4. Aplicación de las leyes de policía. V. Ámbito de la ley aplicable al contrato de transporte internacional. VI. Ley aplicable a otras cuestiones relativas al contrato de transporte internacional

## I. Introducción.

1. Cuando este trabajo vea la luz estará a punto de cumplirse un año desde que el Reglamento (CE) N° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reg. Roma I) se publicó en el DOUE<sup>1</sup>. Conforme a su art. 29 (“Entrada en vigor y aplicación”), el Reg. Roma I entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, si bien su aplicación se ha fijado a partir del día 17 de diciembre de 2009<sup>2</sup>. Nos encontramos, por

<sup>1</sup> DOUE N° L 177 de 4 julio 2008.

<sup>2</sup> Salvo su artículo 26, que se aplicará desde el día 17 junio 2009. Este precepto establece dicha fecha como límite de los Estados miembros para notificar a la Comisión los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del Reg. Roma I y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales. Tras esa fecha, los Estados miembros notificarán a la Comisión toda denuncia de esos convenios. De igual modo, la Comisión deberá publicar en el DOUE en el plazo de seis meses después de recibir dichas notificaciones un listado de los convenios referidos y de las denuncias efectuadas.



lo tanto, en una época muy propicia para que se suscite el debate y la reflexión necesarios acerca de esta nueva normativa comunitaria conflictual, como demuestran las distintas actividades científicas que se han realizado hasta la fecha, y seguirán sin duda realizándose, para dar a conocer el Reg. Roma I<sup>3</sup>.

2. Con este artículo, nosotros queremos contribuir también a esa tarea de divulgación y de reflexión, si bien lo haremos desde una perspectiva particular, la del contrato de transporte internacional. Ya tuvimos la oportunidad de plantear un análisis similar por lo que respecta a la aplicación al contrato de transporte internacional del instrumento predecesor del Reg. Roma I, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR)<sup>4</sup>. Y queremos repetir ahora aquella iniciativa, con la misma justificación que ofrecimos en su momento, si bien haciendo hincapié en las novedades que, con relación al contrato de transporte internacional, presenta el Reg. Roma I frente al Convenio de Roma<sup>5</sup>. En todo caso, nuestra aspiración sigue siendo, ahora como entonces, la de que las personas afectadas por el Derecho de los transportes y que no estén familiarizadas con el marco de DIPr propio del contrato de transporte puedan acercarse confiadamente al Reg. Roma I cuando necesiten proyectar este instrumento normativo sobre los problemas de Derecho aplicable derivados de un contrato de transporte internacional.

3. Es cierto, y esto lo saben bien los expertos, que en el ámbito del contrato de transporte internacional nos encontramos ante un sector que goza de una significativa uniformidad jurídica material<sup>6</sup>. Desde el siglo pasado, el contrato de transporte internacional ha sido objeto de regulación uniforme por medio de distintos convenios internacionales (Derecho uniforme) que, bajo una versión u otra, vienen ofreciendo una regulación más o menos completa de ese negocio jurídico<sup>7</sup>. Así sucede con el precursor medio ferroviario<sup>8</sup>, pero ocurre, igualmente, con el transporte por carretera<sup>9</sup>, con el transporte marítimo<sup>10</sup>, con

<sup>3</sup> Baste como ejemplo la conferencia que bajo el título de “The Rome I Regulation.” se celebró en Verona los días 19 y 20 de marzo de 2009 y que, cuando se publique este artículo, habrá visto recogidas sus ponencias en una obra editada por F. FERRARI/S. LEIBLE (*Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009). Para un análisis de la Propuesta que inició el proceso que ha desembocado finalmente en Roma I, véase C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “La propuesta comunitaria de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Una primer aproximación”, en M. P. CÁNEDO ARRILLAGA (Coord.), *Diversas implicaciones del Derecho transnacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 331-365.

<sup>4</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “El contrato de transporte y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 337-372.

<sup>5</sup> Nos remitimos, en cualquier caso, a nuestro anterior trabajo para las referencias bibliográficas relativas al CR.

<sup>6</sup> M. OLIVENCIA RUIZ, “La tarea unificadora en materia de transporte”, en A. MADRID PARRA (Coord.), *Derecho uniforme del comercio internacional*, Madrid, McGrawHill, 1998, pp. 1-22.

<sup>7</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “Contratos internacionales de transporte por carretera, ferrocarril, marítimo y multimodal”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Curso de contratación internacional*, 2ª edición, Madrid, Colex, 2006, pp. 687-757, esp. pp. 687-689.

<sup>8</sup> En vigor actualmente está el Protocolo de Vilna de 3 junio 1999, por el que se modifica el Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 mayo 1980 (BOE nº 149 de 23 junio 2006), que contiene, entre otras, reglas uniformes aplicables tanto al contrato de transporte de pasajeros (Apéndice A del Convenio-Reglas CIV) como al contrato de transporte de mercancías (Apéndice B del Convenio-Reglas CIM). Véase, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “El nuevo régimen del transporte ferroviario internacional. El Protocolo de Vilnius de 1990”, *Derecho de los Negocios*, nº 148, 2003, pp. 1-12. Igualmente, con más detalle si bien centrado en el transporte de mercancías, A. EMPARANZA SOBEJANO/A. RECALDE CASTELLS (Coord.), *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, Madrid, 2008.

<sup>9</sup> Convenio de Ginebra de 19 mayo 1956, relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) (BOE nº 109 de 7 mayo; corrección de errores en BOE nº 142 de 15 junio 1995), modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 julio 1978 (BOE nº 303 de 18 diciembre 1982). En el ámbito del transporte internacional de viajeros por carretera, véase el Convenio de Ginebra de 1 marzo 1973, relativo al contrato de transporte internacional de pasajeros y equipajes por carretera (CVR), modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 julio 1978, que no están en vigor. Véase, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “El contrato de transporte y el Convenio de Roma de 19 junio 1980...”, pp. 363-382.

<sup>10</sup> El sector marítimo es el que goza de mayor falta de uniformidad, a pesar de los numerosos intentos repetidos realizados a lo largo del tiempo en favor de una regulación uniforme y universal aplicable al contrato de transporte marítimo de mercancías. En nuestro país, está vigente el Convenio de Bruselas de 25 agosto 1924, para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque (las denominadas impropriadamente “Reglas de La Haya”) (*Gaceta de Madrid* nº 212 de 31 julio), que deberán ser aplicadas, a juicio de nuestro Tribunal Supremo, bajo la forma de la Ley de 22 diciembre 1949 (BOE nº 358 de 24 diciembre), modificada por el Protocolo de 23 febrero 1968 (“Reglas de Visby”) y por el Protocolo de 21 diciembre 1979 (publicados ambos en el BOE nº 36 de 11 noviembre 1984). En el ámbito del transporte de pasajeros, véase el Convenio de Atenas de 13 diciembre 1974 (BOE nº 108, de 6 de mayo de 1987). Véase, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “El contrato de transporte y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980...”, pp. 395-415.

el transporte aéreo<sup>11</sup> y con otras modalidades diversas de organización del traslado de cosas y personas. Por regla general, y a pesar de que esa uniformidad a veces es problemática (como sucede, particularmente, en el medio marítimo)<sup>12</sup>, a quien quiera conocer el Derecho (material) aplicable a un contrato de transporte internacional le bastará, por lo general, con identificar el correspondiente instrumento uniforme. Pero, en ocasiones, podrá ocurrir que el problema litigioso que se le suscite al operador jurídico o bien no está contemplado en el correspondiente instrumento uniforme (y no puede ser atendido siquiera por vía interpretativa o analógica) o bien se trata de un problema derivado de un supuesto de hecho que queda fuera del ámbito de aplicación de ese instrumento. En estos casos, el recurso a las normas de conflicto será obligado y, tratándose de un *contrato* de transporte internacional, en los ordenamientos de los países comunitarios habrá que acudir al instrumento conflictual por excelencia aplicable a los contratos en general, que no es otro (que no será otro, a partir del 17 de diciembre de 2009) que Roma I.

4. En las páginas que siguen haremos una disección del Reg. Roma I desde la perspectiva del contrato de transporte. Nos centraremos, principalmente, en aquellas cuestiones que afectan directamente a ese contrato, pero no rehuiremos el tratamiento de aspectos de orden general en la medida en que sea necesario para entender mejor la aplicación de Roma I al contrato de transporte.

## II. Roma I: Aspectos generales, estructura y normas de aplicación.

5. El Reg. Roma I, como se ha dicho, sustituye al Convenio de Roma de 1980 en el sector del Derecho aplicable a los contratos internacionales<sup>13</sup>, en lo que es una manifestación más de la *comunitarización* del Derecho internacional privado amparada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en concreto, sus arts. 61 letra c) y 65 letra b)<sup>14</sup>.

6. Su objeto, por lo tanto, es el de proporcionar normas de conflicto<sup>15</sup> sobre los contratos internacionales que sean aplicables uniformemente en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Convenio de Montreal de 28 mayo 1999, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (BOE nº 122 de 20 mayo 2004), cuya entrada en vigor no ha producido el desplazamiento de las normas internacionales precedentes respecto de aquellos países que aún no han suscrito dicho Convenio, por lo que en este sector existe una superposición de textos uniformes. El Convenio de Montreal, así como sus predecesores (Convenio de Varsovia y Protocolos), se aplican tanto al transporte de mercancías como de pasajeros. Véase, M. ALBA FERNÁNDEZ, “El Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional de 1999. El comienzo de una nueva etapa”, *Derecho de los Negocios*, nº 173, 2005, pp. 7-24.

<sup>12</sup> Un nuevo intento de otorgar uniformidad a este sector acaba de venir de la mano del Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a finales de 2008 (A/RES/63/122) y que será objeto de un acto protocolario de firma en la ciudad de Róterdam en septiembre de 2009 (de aquí que se le denomine ya como “Reglas de Rotterdam”), a partir de cuyo momento el Convenio quedará sometido a la ratificación de los Estados correspondientes. Cuando se publique este artículo estará a punto de ver la luz un primer trabajo de desarrollo sobre estas Reglas: M. F. STURLEY/T. FUJITA/G.J. VAN DER ZIEL, *Rotterdam Rules: The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, London, 2009.

<sup>13</sup> Téngase en cuenta, al respecto, el art. 24 Reg. Roma I (“Relación con el Convenio de Roma”).

<sup>14</sup> Véanse, en este sentido, los Considerandos (1) a (5) del Reg. Roma I. Con antecedentes de este fenómeno, M. FALLON, “Les projets européens en matière de conflits de lois: une mise en contexte”, *Revue de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, 2006/4, pp. 503-547.

<sup>15</sup> El Reg. Roma I establece normas de conflicto aplicables a los contratos internacionales. No será aplicable a los conflictos de leyes interregionales (artículo 22.1 Roma I: “Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales”). Idem, artículo 19.2 CR.

<sup>16</sup> Conforme al art. 1.4 Reg. Roma I “[A] los efectos del presente Reglamento, se entenderá por ‘Estado miembro’ todos los Estados miembros a los que se aplica el presente Reglamento. No obstante, en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 7, el término ‘Estado miembro’ designará a todos los Estados miembros”. Dos notas sobre este precepto. Primera, el Reg. Roma I se aplicará en todos los Estados miembros salvo en aquéllos que hayan optado por quedarse al margen del mismo. Es el caso de Dinamarca (Considerando 46 Roma I) e, inicialmente, del Reino Unido (Considerando 45 Roma I), si bien este último país ha decidido recientemente quedar vinculado por el Reg. Roma I. También se aplicará el Reg. Roma I a la República de Irlanda (Considerando 44 Roma I). Segunda, el inciso final del precepto considera el territorio comunitario al completo, sin excepciones, a efectos de la aplicación del Reg. Roma I, a la hora de determinar cuando los elementos de una situación se encuentran localizados en un o varios Estados miembros (art. 3.4 Reg. Roma I) o a los efectos de la aplicación de las normas uniformes relativas al contrato de seguro (art. 7 Reg. Roma I).

Se trata de una norma que deberá aplicarse de oficio y de forma directa y con fuerza obligatoria en todos esos Estados<sup>17</sup>. Es, por decirlo de otro modo, la normativa principal aplicable en los Estados miembros de la Comunidad Europea al problema de la determinación de la ley aplicable a un contrato internacional.

7. No obstante, en la medida en que sea posible localizar normas de conflicto aplicables a los contratos internacionales en otros textos normativos, el Reg. Roma I ha querido aclarar su relación tanto con otras disposiciones de Derecho comunitario en la materia (art. 23) como con los convenios internacionales existentes, también en materia contractual (art. 24).

8. En el art. 23 (“Relaciones con otras disposiciones de Derecho comunitario”), Roma I indica que “[C]on excepción del artículo 7, el presente Reglamento se extenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales”. Se establece, por lo tanto, la primacía de las normas de conflicto comunitarias *especiales* en materia contractual frente a las establecidas en el Reglamento.

9. En el ámbito del contrato de transporte existe una norma que deberá ser tenida en cuenta a los efectos de la aplicación del art. 23 Reg. Roma I. Se trata del art. 6.1(a) del Reglamento (CEE) n° 3118/93, del Consejo de 25 de octubre de 1993, por el que se determinan las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro<sup>18</sup>. Este Reglamento, que es fundamentalmente una norma de ordenación del sector, se dictó con la finalidad de liberalizar el ejercicio del transporte de cabotaje en la Comunidad Europea, es decir, el transporte de mercancías por carretera realizado dentro de un mismo Estado comunitario (“Estado miembro de acogida”) por un transportista establecido en otro Estado comunitario distinto. Pues bien, en este marco, el citado art. 6.1(a) señala que las controversias que suscite un transporte de cabotaje con respecto a sus *condiciones de contratación* y a su *precio* deberán resolverse conforme al Derecho del Estado miembro de acogida. ¿Qué alcance tiene este precepto en el contexto que ahora nos ocupa?

10. No cabe la menor duda, por un lado, de que el art. 6.1(a) es una norma de DIPr destinada a regular una situación privada internacional, como es la del transporte de cabotaje contemplado en el Reglamento n° 3118/93, dado que la situación presenta un elemento extranjero con respecto a los demás elementos presentes en dicha situación (el hecho de que el transportista esté establecido en un Estado miembro distinto de aquél en el que se va a ejecutar íntegramente el traslado de la mercancía por carretera)<sup>19</sup>. Por otro lado, y no obstante lo anterior, el alcance del art. 6.1(a) del Reglamento n° 3118/93 como norma de DIPr ha generado alguna controversia doctrinal, que debe resolverse, a nuestro juicio, siguiendo la postura de quienes entienden que dicho precepto impone la aplicación de las normas imperativas del Estado miembro de acogida con independencia de la ley que resulte aplicable al contrato<sup>20</sup>. El encaje de este precepto, por lo tanto, es el de las denominadas “leyes de policía”, a las que se refiere el art. 9 Reg. Roma I y de las que daremos cuenta más adelante. Dicho con otras palabras, el contrato de transporte de cabotaje de mercancía por carretera de carácter comunitario se regirá, en atención a su carácter internacional, por la ley elegida por las partes o, en su caso, por la ley aplicable en defecto de elección<sup>21</sup>, pero ninguna de estas leyes podrá ir en contra de lo que establezca imperativamente la ley del Estado miembro de acogida. Al transportista de cabotaje, por lo tanto, le resultará muy conveniente conocer cuál es el marco normativo aplicable al contrato de transporte en el Estado miembro de acogida para evitar sorpresas en el caso de que surja una discusión o litigio en relación con la ejecución de ese contrato. Tén-

<sup>17</sup> “El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” (antefirma del Reg. Roma I).

<sup>18</sup> DOCE n° L 279 de 12 noviembre.

<sup>19</sup> Sobre la tesis del elemento extranjero para calificar de internacional una relación jurídica y someterla al ámbito del DIPr., véase, por todos, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 8ª ed., Granada, Comares, 2007, pp. 14-20.

<sup>20</sup> J. BASEDOW, “Zulässigkeit und Vertragsstatut der Kabotagentransporte. Zum Verhältnis von Marktöffnung und Wirtschaftskollisionsrecht in der Europäischen Gemeinschaft”, *ZHR*, 156, 1992, pp. 413-442.

<sup>21</sup> En los términos del art. 5 Reg. Roma I, que analizaremos más adelante.

gase en cuenta que, a pesar de los notabilísimos esfuerzos de convergencia que se están realizando últimamente en este sector<sup>22</sup>, la regulación del contrato de transporte de mercancías por carretera en la Comunidad Europea no es uniforme, salvo en el marco específico de los transportes internacionales *transfronterizos* sometidos al CMR<sup>23</sup>. Cada Estado, por lo tanto, sigue teniendo sus propias normas<sup>24</sup>.

**11.** Señalamos antes que el Reg. Roma I también regula su relación con los convenios internacionales *existentes*. A este fin dedica su art. 25 (“Relación con los convenios internacionales existentes”). El apartado 1 de dicho precepto sienta el principio general de que “[E]l presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales”<sup>25</sup>. Ahora bien, según su apartado 2, “por lo que respecta a las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros en la medida en que dichos convenios versen sobre las materias reguladas por el mismo”. En este sentido, por lo tanto, el cambio introducido por el Reg. Roma I en esta materia con respecto al art. 21 CR<sup>26</sup> es significativo y plantea problemas complejos, como ya se ha advertido recientemente<sup>27</sup>.

**12.** La anterior cuestión no es irrelevante por lo que se refiere al contrato de transporte, en la medida en que se trata, como dijimos, de un contrato particularmente sometido a instrumentos de Derecho uniforme bajo la forma de convenios internacionales, que si bien en su mayoría contienen normas materiales especiales, también acogen en su seno normas de conflicto aplicables a algunos aspectos del contrato<sup>28</sup>. Deberán analizarse, por lo tanto, con atención los convenios internacionales vigentes en materia de transporte a la luz de lo que establece el art. 25 Reg. Roma I en la medida en que dichos instrumentos contengan normas de conflicto. Y, por lo que respecta a los convenios *futuros* sobre conflictos de leyes en materias contractuales, téngase en cuenta que su celebración pertenece a la competencia de la Comunidad Europea.

**13.** Centrándonos ahora en la estructura del Reg. Roma I, hay que destacar que no se diferencia prácticamente de la propia del CR, salvo en aquellas cuestiones que tienen que ver con la naturaleza comunitaria del instrumento normativo elegido ahora como recipiente de las nuevas reglas. El Reg. Roma I consta de cuatro capítulos. El primero (arts. 1-2) está dedicado a la delimitación de su ámbito de aplicación. En el segundo (arts. 3-18), se recogen las normas uniformes sobre determinación de la ley aplicable al contrato internacional. El tercero (arts. 19-28), se denomina genéricamente “Otras disposiciones”. Y el cuarto y último (art. 29) versa sobre su entrada en vigor y aplicación. Algunos de estos preceptos ya los hemos visto en este apartado y los restantes serán objeto de análisis en apartados posteriores en su aplicación al contrato de transporte.

<sup>22</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “Integración europea y unificación del contrato de transporte”, *Estudios de Construcción y Transportes*, nº 90, enero-marzo 2001, pp. 35-44.

<sup>23</sup> El CMR, en todo caso, ha servido de catalizador de los impulsos de renovación nacional y de uniformidad del Derecho contractual de los transportes de mercancías por carretera en los países de la Comunidad Europea. C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “La incidencia del CMR en la armonización de la regulación del contrato de transporte en los Estados miembros de la Comunidad Europea”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDENA (Dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 745-764.

<sup>24</sup> En nuestro país esos esfuerzos de convergencia se han plasmado en el Proyecto de Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías, actualmente en tramitación parlamentaria, que aspira a sustituir las normas aplicables al contrato de transporte terrestre de mercancías previstas en el Código de Comercio y demás legislación especial.

<sup>25</sup> El art. 26 Reg. Roma I (“Lista de los convenios”) obliga a los Estados miembros a notificar a la Comisión los convenios a los que se refiere el artículo 25.1, de los que fueran parte, así como las denuncias de dichos Convenios. La Comisión, por su parte, se compromete a la elaboración y publicación en el DOUE de un listado de los convenios y denuncias correspondientes.

<sup>26</sup> Art. 21 CR: “El presente Convenio no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea o pase a ser parte”.

<sup>27</sup> P. FRANZINA, “Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual”, *CDT*, col. 1, nº 1, marzo 2009, pp. 92-101.

<sup>28</sup> Véanse, p.ej., los arts. 5.1, 16.5, 20.4, 28.1, 29.1, 32.1 y 32.3 CMR.

14. Debemos dejar constancia en este momento, por su parte, de la presencia en el Reglamento de algunas normas llamadas de *aplicación*, contenidas todas ellas en su Capítulo III. Estas normas reciben dicho nombre porque sirven para la aplicación de las restantes normas del Reglamento. Se trata, en concreto, de los arts. 19, 20, 21 y 22.1 Reg. Roma I.

15. El art. 19 Reg. Roma I (“Residencia habitual”), que no tiene equivalente en el CR, establece que a los efectos de la aplicación del Reglamento, “la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central” (art. 19.1 Roma I, párrafo primero), mientras que si se trate de una persona *física* que esté ejerciendo su actividad profesional, se entenderá como su residencia habitual la del “lugar de establecimiento principal de dicha persona” (art. 19.1 Reg. Roma I, párrafo segundo). Para el supuesto, no infrecuente en el sector del transporte, en que “el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquiera otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado” (art. 19.2 Reg. Roma I). En suma, la relevancia de su art. 19 estriba en que la residencia habitual es utilizada frecuentemente, como punto de conexión, por el Reg. Roma I y, en consecuencia, se consideró adecuado definir, como concepto propio del Reglamento, lo que es la residencia habitual a estos efectos. Por otro lado, el Reglamento ha querido dejar claro que “[L]a residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato” (art. 19.3 Roma I), en evitación de eventuales problemas de *conflicto* móvil en la aplicación de las normas del Reglamento.

16. Por su parte el art. 20 Reg. Roma I (“Exclusión del reenvío”), norma también prevista en el CR, recuerda que “[C]uando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”. Respecto del CR, que regulaba esta misma cuestión en su art. 15, el Reg. Roma I ha precisado, por una parte, que las normas jurídicas que deben ser aplicadas son las normas *materiales* del país correspondiente. Y, por otro lado, ha añadido la salvedad de que el propio Reglamento establezca en su texto lo contrario.

17. A su vez, el art. 21 (“Orden público del foro”), señala que “[S]ólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designado por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”. Se trata de un precepto que, si bien con una redacción ligeramente distinta, viene a recoger la regla que ya estaba prevista en el art. 16 CR. Hemos de decir, en todo caso, que en el contexto particular del contrato de transporte internacional serán escasas, por no decir nulas, las ocasiones en las que la aplicación de una determinada ley nacional a dicho contrato se enfrentará con las normas de orden público que puedan existir en esta materia en el ordenamiento jurídico del foro<sup>29</sup>.

18. Finalmente, por lo que respecta al art. 22.1 Reg. Roma I, que sigue la estela del art. 19.1 CR, dicho precepto establece que “[C]uando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento”. En supuestos de Estados federales o plurilegislativos, por lo tanto, habrá que comprobar si la aplicación de las correspondientes normas de conflicto del Reglamento nos conduce a alguna de esas unidades territoriales, porque, en su caso, en la medida en que contengan normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales (y, en nuestro caso, en materia de contrato de transporte: lo cual no será habitual en este particular sector de actividad) habrá que aplicar la normativa vigente en dicha unidad territorial.

---

<sup>29</sup> En un sector específico del transporte, y abordando conjuntamente el orden público y las llamadas “leyes de policía” (a las que nos referiremos más adelante), véase A. ZURIMENDI ISLA, “El orden público en el Derecho marítimo”, en J. M<sup>o</sup> DE EIZAGUIRRE (Coord.), *XII Jornadas de Derecho marítimo de San Sebastián*, Vitoria-Gasteiz, Gobierno Vasco, 2005, pp. 119-155.

### III. Ámbito de aplicación de Roma I: El contrato de transporte internacional.

19. En el apartado precedente ya hemos hecho alusión a los ámbitos *temporal* y *espacial* de aplicación del Reglamento. Ahora nos centraremos en su ámbito de aplicación *material*, cuestión a la que se dedica su art. 1, y en el denominado ámbito de aplicación *universal* (art. 2), preceptos ambos que componen el Capítulo I del Reg. Roma I (“Ámbito de aplicación”).

20. Por lo que respecta su ámbito de aplicación material, el art. 1.1 señala que el Reg. Roma I “se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”. Se recoge básicamente la formulación del art. 1.1 CR, pero añadiendo esa concreción a la materia civil y mercantil (con ecos del Reglamento (CE) n° 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)<sup>30</sup>. Igualmente, y como ocurre también con el art. 1.1 del Reglamento 44/2001, el Reg. Roma I excluye de su ámbito de aplicación, como no podía ser de otro modo (al menos desde una perspectiva de “civil law”) a las materias fiscales, aduaneras y administrativas (art. 1.1, párrafo segundo). Lo importante en todo caso es comprobar que, a la luz del art. 1.1 Reg. Roma I, el contrato de transporte cae inequívocamente dentro de su ámbito de aplicación, en la medida en que es un negocio jurídico generador de obligaciones (y cargas: destinatario) contractuales a cargo las partes del contrato y que puede dar lugar a una situación que implique un conflicto de leyes si es un contrato internacional, es decir, un contrato con elemento extranjero, con independencia del tipo y relevancia del elemento extranjero de que se trate (personal, real, formal, etc.).

21. Pero, por sino fuera suficiente con su art. 1.1 para reconocer la inserción del contrato de transporte en el ámbito de aplicación material del Reg. Roma I, ahí tenemos su art. 5 (“Contratos de transporte”), que, en plural, reconoce expresamente la aplicación del Reg. Roma I a este tipo de contrato y le otorga un régimen jurídico particular por lo que respecta a la identificación de la ley aplicable, que tendremos la ocasión de analizar en detalle más adelante.

22. El art. 1.2 Reg. Roma I, por su parte, excluye expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento algunas cuestiones, no todas ellas relevantes desde la perspectiva del contrato de transporte. Señalemos, sin embargo, aquéllas que pueden tener interés en este marco.

23. Así, en primer lugar, la letra (a) de dicho precepto excluye “el estado civil y la capacidad de las personas físicas”, cuestiones que deberán solventarse atendiendo a lo que establezca la ley nacional<sup>31</sup> de las partes del contrato de transporte, cuando sean personas físicas<sup>32</sup>.

24. Por su parte, el art. 1.1 (d) excluye a “las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable”<sup>33</sup>. Esta exclusión ha de ser tenida en cuenta en el ámbito del transporte cuando se utilicen en su formalización documentos de transporte, como p.ej. el conocimiento de embarque, que tienen carácter negociable por su naturaleza de títulos-valor de tradición<sup>34</sup>. Y, también, cuando en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de transporte (p. ej., pago del porte o cobro de reembolsos) se empleen títulos cambiarios o cheques<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> DOCE n° L 12/1, de 16 enero 2001.

<sup>31</sup> Artículo 9.11 Cc.

<sup>32</sup> Añade el art. 1.2 (a) Reg. Roma I que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13”. Este último precepto contempla el tratamiento de la eventual alegación de “incapacidad” por una de las partes del contrato (siendo personas físicas ambos contratantes) sobre la base del Derecho de un tercer país, cuando las dos partes del contrato fuesen capaces conforme a la ley del país de celebración del contrato. En el CR, el planteamiento es el mismo: véanse sus arts. 1.1(a) y 11.

<sup>33</sup> Artículo 1.2 (c) CR.

<sup>34</sup> G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Títulos-valores y documentos del transporte”, en A. MADRID PARRA (Coord), *Derecho uniforme del comercio internacional*, Madrid, McGrawHill, 1998, pp. 23-66.

<sup>35</sup> Sobre el transporte contra reembolso en el ámbito del CMR, A. RECALDE CASTELLS, “La entrega de las mercancías contra reembolso en el transporte internacional por carretera”, *Derecho de los Negocios*, n° 195, diciembre 2006, pp. 5-14.

25. También es relevante la exclusión de su letra (e) por lo que respecta a “los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente”<sup>36</sup>, muy frecuentes en los contratos de transporte, convenios que estarán sometidos a la regulación específica aplicable en cada caso<sup>37</sup>.

26. Del mismo modo, la letra (g) del art. 1.1 Reg. Roma I excluye de su ámbito de aplicación material “la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica”<sup>38</sup>. Es importante tener en cuenta esta referencia a la representación orgánica corporativa, sin duda, pero más lo es aún, en el sector del transporte, la exclusión que afecta al problema del carácter representativo de los intermediarios dado que en ese ámbito es frecuente la intervención de personas que actúan en condición de intermediarios<sup>39</sup>.

27. También podrá ser aplicable al caso del transporte, por su parte, la exclusión del art. 1.1 (i) Roma I referida a “las obligaciones que se deriven de los tratos previos a la celebración de un contrato”, que deja en manos de normativa específica el problema de la determinación de la ley aplicable a los tratos preliminares o a la fase pre-contractual<sup>40</sup>.

28. Quedan, por último, fuera del ámbito de aplicación material del Reg. Roma I las cuestiones relativas a la prueba y el proceso, en atención a lo que expresamente se dice al respecto en su art. 1.3<sup>41</sup>, que, no obstante, deja a salvo el régimen de la *carga de la prueba*, regulado en el art. 18 del Reglamento. Aquellas dos cuestiones quedarán en manos de la *lex fori*<sup>42</sup>; pero es importante destacar, como acabamos de decir, que el problema del *onus probandi* sigue en manos del Reglamento, máxime si tenemos en cuenta que esta particular cuestión suele ser especialmente trascendente en materia de responsabilidad del transportista, que suele gozar de un especial régimen probatorio, por lo que a su carga se refiere, en los distintos sistemas normativos. Es cierto que el problema de la carga de la prueba suele estar bien resuelto en los instrumentos convencionales reguladores del contrato de transporte por los distintos medios, pero, por un lado, siempre resultará conveniente insertar esa regulación en el correspondiente ordenamiento nacional de referencia y, por otro lado, no olvidemos que no siempre el supuesto de hecho litigioso caerá bajo el ámbito de aplicación del correspondiente convenio (p.ej., transporte de cabotaje).

29. Al comenzar este apartado señalamos que habríamos también de referirnos a lo que establece el art. 2 Reg. Roma I (“Aplicación universal”), que, con algunos cambios no relevantes en su redacción y en su título (“Carácter universal”), reproduce lo que ya decía el mismo precepto del CR. Según este artículo “[L]a ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”. El mandato del precepto es claro: habrá que aplicar al fondo de contrato de transporte internacional la ley que resulte de lo que establece el Capítulo II del Reg. Roma I (que analizaremos a continuación), sin importar si esa ley es o no la de un país que no sea parte del Reglamento.

<sup>36</sup> Artículo 1.2 (d) CR.

<sup>37</sup> Sobre el arbitraje en el sector del transporte, A.-L. CALVO CARAVACA/C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “El arbitraje de transporte” en A. DE MARTÍN MUÑOZ/S. HIERRO ANIBARRO (Coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 821-887.

<sup>38</sup> Artículo 1.2 (f) CR.

<sup>39</sup> J. L. GABALDÓN GARCÍA, “Intermediarios del transporte y porteadores contractuales”, *RDM*, n° 238, 2000, pp. 1723-1748; A. EMPARANZA SOBERANO, “La responsabilidad del transitario en el transporte marítimo”, en J. M<sup>o</sup> DE EIZAGUIRRE (Coord.), *XII Jornadas de Derecho marítimo de San Sebastián*, Vitoria-Gasteiz, Gobierno Vasco, 2005, pp. 157-202; C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “La regulación jurídico-privada de la actividad del transitario en el Derecho español. Un recordatorio”, *Estudios Deusto*, vol. 55/2, julio-diciembre 2007, pp. 157-183.

<sup>40</sup> Materia no mencionada expresamente por el art. 1.2 CR y cuya exclusión del Reg. Roma I se justifica en que la responsabilidad por la llamada *culpa in contrahendo* tiene tratamiento específico en el art. 12 del Reglamento (CE) n° 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) (DOUE n° L199 de 31 julio 2007). Véase, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: El Reglamento “Roma II”*, Granada, Comares, 2008, pp. 149-151.

<sup>41</sup> Arts. 1.2 (h) y 14 CR.

<sup>42</sup> Art. 3 LEC. Véase, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 8ª ed., Granada, Comares, 2007, pp. 439 ss.

#### IV. Determinación de la ley aplicable al contrato de transporte internacional.

30. El Capítulo II (“Normas uniformes”) del Reg. Roma I ofrece los cambios más significativos con respecto al sistema establecido en el CR<sup>43</sup>. En ese Capítulo se recogen las normas que permiten identificar la ley aplicable al contrato (en su caso, de transporte) internacional y a otras cuestiones vinculadas al mismo (cuestiones éstas a las que nos referiremos en el apartado VI de este trabajo).

31. Al igual que en el sistema del CR, el Reg. Roma I ofrece unas reglas de determinación de la ley aplicable al contrato internacional, que podríamos calificar de alcance *general*, es decir aplicables a una mayoría de contratos, y otras reglas aplicables a contratos *específicos*<sup>44</sup>. La diferencia con el CR estriba en que, por lo que a las reglas generales se refiere, el Reg. Roma I ha variado el modo de aplicación de esas normas (y su jerarquía interna) y, por lo que respecta a las normas específicas, ha incorporado algunas nuevas y, en general, ha modificado, en más o en menos, el contenido de las normas específicas preexistentes en el CR.

32. Las normas de carácter *general* son el art. 3 (“Libertad de elección”)<sup>45</sup> y el art. 4 (“Ley aplicable a falta de elección”)<sup>46</sup>. Las reglas referidas a contratos *específicos*, por su parte, son el art. 5 (“Contratos de transporte”), el art. 6 (“Contratos de consumo”)<sup>47</sup>, el art. 7 (“Contratos de seguro”), novedad esta última muy destacada con respecto al CR (que excluía dicho contrato de su ámbito de aplicación: art. 1.3, con excepción del reaseguro-1.4)<sup>48</sup> y, finalmente, el art. 8 (“Contratos individuales de trabajo”)<sup>49</sup>. Centraremos nuestra atención en lo que se refiere al contrato de transporte, resumiendo, en primer lugar, la posición del CR sobre este contrato, a efectos comparativos.

33. En el sistema del CR, la determinación de la ley aplicable al contrato (de transporte) internacional se regía, en primer lugar, por el principio de libre elección de ley consagrado de forma general en su art. 3 (que no se refería específicamente al contrato de transporte). En defecto de elección de ley aplicable al contrato (de transporte), y de acuerdo a lo establecido por el art. 4 CR, debía aplicarse la ley del país con el que el contrato (de transporte) presentase los vínculos más estrechos (apartado 1), presumiéndose, para el caso del contrato de transporte de *mercancías*, que este contrato presentaba los vínculos más estrechos con el país en que el transportista tuviese su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato siempre que este país fuese también aquél en que estuviese situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor (apartado 4)<sup>50</sup>. Cuando los puntos de conexión previstos en ese apartado 4 no coincidiesen (cláusula de *cierre*: apartado 5, primer inciso), o cuando resultase del conjunto de las circunstancias que el contrato de transporte de mercancías presentaba vínculos más estrechos con otro país (cláusula de *escape*: apartado 5, inciso final), entonces debía/podía volverse a la regla general del art. 4.1 CR. Por lo que respecta al contrato de transporte de *pasajeros*, la presunción del art. 4.4 CR no le era aplicable (por referirse sólo al transporte de *mercancías*, como acabamos de señalar), en cuyo caso se entendía que la determinación de los vínculos más estrechos (art. 4.1) se debía realizar, en primer lugar, conforme a la presunción general recogida en el apartado 2 del art.

<sup>43</sup> Cuyas normas en esta materia estaban recogidas en su Título II (“Normas Uniformes”).

<sup>44</sup> La ley aplicable identificada por las normas del Reg. Roma I ha de ser la de un Estado o, en su caso, a tenor lo que establece el art. 22 Reg. Roma I, como vimos, la de aquella unidad territorial de un Estado que tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales. En un mismo sentido, véase el art. 19.1 CR.

<sup>45</sup> Art. 3 CR (“Libertad de elección”).

<sup>46</sup> Art. 4 CR (“Ley aplicable a falta de elección”).

<sup>47</sup> Art. 5 CR (“Contratos celebrados por los consumidores”).

<sup>48</sup> En el sistema actual del Reg. Roma I se siguen excluyendo de su ámbito de aplicación material los contratos de seguro a los que se refiere su art. 1.2 (j).

<sup>49</sup> Art. 6 (“Contrato individual de trabajo”).

<sup>50</sup> Sobre el artículo 4.4 CR, véase, por todos, J. C. SCHULTZ, “The concept of characteristic performance and the effect of the EEC Convention on carriage of goods”, en P. M. NORTH, *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam 1982, pp. 185 ss.



4 (“prestación característica”)<sup>51</sup>, siendo también, aplicable, en su caso, la cláusula de *escape* del art. 4.5 inciso final<sup>52</sup>.

**34.** La regulación del art. 5 Reg. Roma I respecto del contrato de transporte difiere sustancialmente de la recogida en el CR. No sólo porque este contrato recibe ahora un tratamiento autónomo, al margen del marco general previsto en los antiguos arts. 3 y 4 CR (arts. 3 y 4 Reg. Roma I), sino porque ofrece una regulación diferenciada y específica del contrato de transporte de *mercancías* (art. 5.1 Reg. Roma I) y del contrato de transporte de *pasajeros* (art. 5.2 Reg. Roma I) y, dentro de cada uno de ellos, acoge normas de determinación de la ley aplicable que se separan en parte del sistema del CR. Veámoslas.

### 1. Contrato de transporte de mercancías

**35.** Por lo que respecta al contrato de transporte de *mercancías*, el art. 5.1 Reg. Roma I, en su inciso inicial, comienza recordando la primacía de la autonomía de la voluntad conflictual en este sector (“[E]n defecto de elección de ley aplicable al contrato para el transporte de mercancías de conformidad con el artículo 3”)<sup>53</sup>. Consecuentemente, para la determinación de la ley aplicable a un contrato de transporte internacional de mercancías habrá que considerar primero si las partes del contrato han elegido la ley (pacto de *lege utenda*) por la que desean que se rija el contrato del que son partes<sup>54</sup>. Dicha elección, en todo caso, deberá realizarse dentro del marco general definido por el art. 3 Reg. Roma I.

**36.** En primer lugar, y por lo que se refiere a la forma de elección de la ley aplicable al contrato (de transporte), a efectos de su validez, el art. 3.1, en su inciso segundo, recuerda que “[E]sta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. Huelga decir que, a la luz de la experiencia desarrollada bajo el CR acerca de la posibilidad de elección implícita o tacita de ley, será recomendable que la elección de ley se haga de modo expreso y con claridad.

**37.** Por lo que respecta, en segundo lugar, a las modalidades de elección de la ley aplicable al contrato de transporte, el Reg. Roma I sigue conservando la amplitud de posibilidades recogida en el art. 3 CR.

**38.** Por un lado, cabrá el *depeçage* o fraccionamiento legislativo voluntario del contrato, es decir, la facultad expresada por el art. 3.1 Reg. Roma I, en su inciso final, al señalar que “[P]or esta elección

<sup>51</sup> Art. 4.2: “Sin perjuicio del artículo 5, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento”.

<sup>52</sup> En el caso del contrato de transporte de *pasajeros* no era de aplicación la cláusula de *cierre*, porque siempre sería posible determinar la prestación característica, que es la que realiza el transportista o porteador.

<sup>53</sup> El art. 4.4 CR, en su inciso final señalaba que “[P]ara la aplicación del presente apartado, se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un sólo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías”. La pretensión de este apartado, como resulta obvio, no era definir qué es un contrato de transporte de mercancías, sino proporcionar una regla de calificación que facilitará la toma de decisiones con respecto a la determinación, en defecto de elección, de la ley aplicable a ciertos contratos marítimos que integran la categoría de contratos de utilización de un buque y cuya vinculación con el contrato de transporte viene siendo discutida por la doctrina y tribunales de muchos países (J. L. GABALDÓN GARCÍA/J. M<sup>o</sup> RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación marítima*, 3<sup>a</sup> ed., Marcial pons, 2006, pp. 449 ss.). El Reg. Roma I ha prescindido de una regla semejante a la del inciso final del art. 4.4 CR, pero ha trasladado una reflexión similar a su Considerando (22) donde señala expresamente que “[P]or lo que se refiere a la interpretación de los contratos de transporte de mercancías, no se pretende ninguna modificación sustantiva con respecto al artículo 4, apartado 4, frase tercera del Convenio de Roma. Por lo tanto, 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”.

<sup>54</sup> El pacto de *lege utenda* es un pacto distinto y autónomo del contrato en el que se inserta. Téngase en cuenta, en este marco, que el art. 3.5 Roma I indica que “[L]a existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13”.

las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente una parte del contrato”. Es decir, podrá elegirse tanto la ley aplicable a una parte concreta del contrato de transporte (y no a las demás, en cuyo caso estas partes no sometidas a ley alguna se regirán por la regla aplicable en defecto de elección) como, incluso, tantas leyes como partes distintas del contrato puedan diferenciarse. Recuérdese, en todo caso, que esta posibilidad de fraccionamiento legislativo voluntario del contrato debe realizarse con cautela para evitar incoherencias que hagan nula la elección. En el sector del transporte, como en otros muchos contratos, no será fácil encontrar ámbitos de aplicación coherente de esta figura peculiar del *depeçage*, lo cual no quiere decir que no pueda haberlos (p. ej., en los contratos de transporte sucesivo o cumulativo).

**39.** También recoge el Reg. Roma I la amplitud que ofrecía CR por lo que respecta al *momento* de elección de la ley aplicable al contrato de transporte internacional. Esta cuestión está regulada en su art. 3.2, primer inciso, donde se dice que “[L]as partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento”. Generosa libertad, por lo tanto, a la hora de determinar cuándo se podrá proceder a la elección de ley aplicable. Que sólo encuentra limitación, y justificada sin duda, en el segundo inciso del precepto analizado, cuando señala que “[T]oda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del art. 11 y no afectará a los derechos de terceros”.

**40.** El Reg. Roma I también acoge de modo general la posibilidad, ya establecida en el art. 3.3 CR, de someter el contrato de transporte a la ley de un país distinto de aquél en el que, en el momento de la elección de la ley, estén situados todos los elementos del contrato de transporte. Dicho con otras palabras, el art. 3.3 Reg. Roma I permite que un contrato interno de transporte pueda contener una cláusula de elección de ley extranjera, lo cual, como sigue diciendo el precepto, “no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”. Por lo tanto, la libertad de elección de una ley extranjera, cuando todos los elementos del contrato (menos el pacto de *lege utenda*) sean reconducibles a un mismo país, será válida, pero no podrá ir contra lo que establezcan las normas imperativas del país al que se reconduzcan todos aquellos elementos. La nueva versión de este precepto en Roma I ha prescindido de llamar “disposiciones imperativas”, como hacía el CR, a las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo (o, como decía el CR, a las disposiciones que no se permita derogar por contrato), para evitar los problemas sistemáticos y de interpretación que aquella expresión planteó durante la vigencia del CR<sup>55</sup>, pero no debe quedar duda de que se refiere a normas imperativas internas y no, en su caso, a las normas internacionalmente imperativas del nuevo art. 9 Reg. Roma I (art. 7 CR).

**41.** Con respecto a los contratos internos sometidos a ley extranjera por voluntad de las partes, el Reg. Roma I presenta, sin embargo, una novedad, limitativa, respecto del CR, en el apartado 4 de su art. 3. Según esta norma, “[C]uando 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”. La diferencia entre este apartado 4 del art. 3 Roma I y el apartado precedente del mismo precepto es clara. El art. 3.4 Reg. Roma I se refiere a contratos sometidos a ley extranjera por voluntad de las partes pero en los que el resto de sus elementos son reconducibles no a un mismo Estado, cualquiera que éste sea, sino a uno o varios Estados *miembros*. Y en consecuencia, con la finalidad de preservar la primacía del Derecho comunitario, al tratarse de Estados miembros (comunitarios, por tanto), el art. 3.4 Reg. Roma I establece, junto a la libertad de elección de ley extranjera, el principio limitativo de que dicha elección no podrá ir en contra de las normas imperativas contenidas

---

<sup>55</sup> T. TREVES, “Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980”, en AA.VV., *Verso una disciplina comunitaria Della legge applicabile ai contratti, XXV Tavola rotonda di Diritto Comunitario*, Padova, 1983, pp. 25 ss.

en el Derecho comunitario que resulte de aplicación directa o en las normas internas que sean transposición de la normativa comunitaria en la que se recogen las normas imperativas citadas.

42. Debe advertirse, por último, que, aunque no lo señale expresamente (como tampoco lo hacía el CR), el Reg. Roma I no exige que la ley elegida por las partes deba tener vinculación ninguna con el contrato o con alguno de sus elementos ni, mucho menos aún, que sea la ley de un Estado miembro<sup>56</sup>. Hay completa libertad en este particular aspecto, lo cual será relevante en el sector del transporte (particularmente en el marítimo), porque no son raras las ocasiones en que se elige como ley aplicable al contrato (p.ej., el Derecho inglés) una ley que no tiene relación alguna con dicho contrato, pero que se entiende preferible en atención al grado de conocimiento, perfección técnica y desarrollo de dicha normativa.

43. En defecto de elección válida de la ley aplicable al contrato para el transporte de mercancías, el art. 5.1 establece que “la ley aplicable será la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país”. Esta regla coincide, en buena parte, con la prevista en el art. 4.4 CR cuando decía que “[E]n este contrato, si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquél en que esté situado el lugar de carga o de descarga, o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene sus vínculos con este país”. La coincidencia radica, como puede verse, en que ambas normas exigen como puntos de conexión *concurrentes* uno que está vinculado con el transportista (su establecimiento principal o residencia habitual) y otros referidos a la operación de transporte (lugar de carga o de descarga o lugar de recepción o de entrega) o a la contraparte del transportista (establecimiento principal del expedidor o residencia habitual del remitente). La regla del Reg. Roma I no se formula en términos de presunción, como la del art. 4.4 CR, es cierto, pero, como veremos enseguida, esa diferente formulación no entraña consecuencia práctica alguna a la luz de las cláusulas de *cierre* (art. 5.2 Roma I, *in fine*) o de *escape* (art. 5.3 Roma I) que también prevé el Reglamento comunitario.

44. No obstante su similitud, la comparación entre los preceptos respectivos del CR y del Reg. Roma I permite hacer algunos comentarios diferenciadores. En primer lugar, así como el art. 4.4 CR conduce la fijación en el tiempo de los puntos de conexión elegidos por la norma al “momento de la celebración del contrato” (en evitación del llamado *conflicto móvil*), en el art. 5.1 Reg. Roma I se ha suprimido esa mención. La supresión, a nuestro juicio, no debe ser entendida en un sentido contrario al que hasta ahora ha prevalecido y entendemos que deberá seguir “leyéndose” en el nuevo art. 5.1 esa expresión (“en el momento de la celebración del contrato”) a la hora de fijar los puntos de conexión en el tiempo.

45. También son diferentes algunos aspectos terminológicos. Uno es el que se refiere a la sustitución de la expresión “establecimiento principal” por la de “residencia habitual”, lo que se justifica en el marco de la definición que ofrece el art. 19 Reg. Roma I del concepto “residencia habitual”, al que ya nos hemos referido.

46. También se han cambiado las expresiones “lugar de carga” y “lugar de descarga” por las de “lugar de recepción” (en origen, añadimos nosotros) y “lugar de entrega” (en destino), respectivamente, modificación que no debería plantear problemas en la medida en que, por regla general, se trata de expresiones que identifican lugares idénticos (lugar de carga = lugar de recepción y lugar de descarga = lugar de entrega). No aclara, sin embargo, el Reg. Roma I, como tampoco lo hacía el CR<sup>57</sup>, si los lugares de recepción y entrega a tener en cuenta son los que figuraban originariamente en el contrato (en el acuerdo inicial entre las partes) o si, por el contrario, son aquéllos en los que *efectivamente* –realmente– se han producido las respectivas entrega y recepción (que, en vía de principio, también serán lugares conveni-

<sup>56</sup> Véase art. 2 Reg. Roma I.

<sup>57</sup> Salvo si se tiene en cuenta lo que decía al respecto el *Informe Giuliano/Lagarde* (p. 20): “parece que los lugares de carga y descarga que deben tomarse en consideración son los establecidos en el momento de la celebración del contrato”.

dos por las partes). No se trata de un supuesto excepcional, pues en ocasiones podrán producirse diferencias entre ambos lugares, pactado y real, p.ej. si se ejercita el derecho de disposición, consistente, entre otras facultades, en poder dar instrucciones al transportista para que modifique el lugar de entrega de la mercancía en destino<sup>58</sup>. Cuando el art. 4.4 CR empleaba la expresión “en el momento de la celebración del contrato” podría pensarse que proporcionaba una solución a este problema, en el sentido de primar el lugar pactado originariamente sobre el lugar real decidido posteriormente. Al suprimir el Reg. Roma I aquella expresión, la pregunta queda abierta pero con mayor amplitud, si bien en aras del principio de seguridad jurídica que debe imperar en la previsión sobre la determinación del régimen jurídico aplicable al contrato, más bien nos inclinamos a favor de dar preferencia a los lugares previstos en el momento en que se concluyó el contrato entre las partes.

47. También es una modificación significativa la del cambio de la expresión “expedidor” por la de “remitente”. Conforme al *Informe Giuliano/Lagarde* el término “expedidor” en el CR debía referirse “a toda persona que cumpla la función de entregar mercancías al transportista”<sup>59</sup>. Es decir, no se trataría necesariamente de quien contrata el transporte en nombre propio con el transportista (a quien nosotros calificamos en nuestro Derecho como “cargador” o “remitente”)<sup>60</sup>, sino de quien hace *entrega material* de la mercancía al transportista<sup>61</sup>. En muchas ocasiones corresponderá a la misma persona la doble condición de remitente (o cargador) y de expedidor, en cuyo caso no habrá problema. Pero, en otras, podrá suceder que el contratante del transporte (remitente o cargador) sea una persona distinta de quien entrega la mercancía al porteador (a quien aquélla le habrá encargado dicha labor). Para evitar estos problemas, el Reg. Roma I emplea la palabra “remitente”, acompañada, a su vez, de una explicación expresa sobre dicha expresión en su Considerando (22): “A los efectos del presente Reglamento, el término ‘remitente’ debe referirse a cualquier persona que haya concluido un contrato de transporte con el transportista”. Bajo el Reg. Roma I, por lo tanto, no debe haber dudas acerca del alcance de esta expresión.

48. También ha optado el legislador comunitario por definir en el Considerando (22) del Reg. Roma I la expresión de “transportista”, al señalar que con este término “debe referirse a la parte del contrato que se compromete a llevar a cabo el transporte de mercancías, independientemente de que realice él mismo o no el transporte”. En el CR también se empleaba al expresión de “transportista”, pero sin definirla, carencia que, en todo caso, no era demasiado relevante en la medida en que el *Informe Giuliano/Lagarde* aclaraba esta cuestión de un modo similar a como lo hace ahora Roma I (“la persona parte en el contrato que se compromete a transportar las mercancías, ya lo haga él mismo o lo haga hacer por otra persona”)<sup>62</sup>. En realidad, tanto el CR como el Reg. Roma I no vienen sino a reconocer el carácter amplio del concepto de transportista, unánimemente aceptado en la dogmática del transporte y acogido sin restricciones por la normativa más moderna y por la jurisprudencia, conforme al cual transportista es quien se compromete a transportar frente al remitente, con independencia de que la ejecución de ese transporte la haga él mismo o recurra a terceros<sup>63</sup>. El transportista del Reg. Roma I es, por lo tanto, el llamado transportista “contractual”. Esta precisión es importante en aquellos casos frecuentes en que se produce el fenómeno de la subcontratación del transporte, es decir cuando el remitente contrata el transporte con un operador que luego encarga su ejecución a otro transportista llamado “efectivo”<sup>64</sup>. En estos casos, el transportista que debe ser tenido en cuenta a los efectos de la aplicación del art. 5.1 Reg. Roma

<sup>58</sup> A. RECALDE CASTELLS, El ‘derecho de disposición’ en el transporte internacional de mercancías por carretera, *RDM*, n° 261, 2006, pp. 945-993.

<sup>59</sup> Véase la página 20 del *Informe*.

<sup>60</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “El contrato de transporte terrestre de mercancías”, en J. M<sup>a</sup> DE LA CUESTA RUTE (Dir.) y E. VALPUESTA GASTAMINZA (Coord.), *Contratos mercantiles*, tomo II, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 2009, p. 1003.

<sup>61</sup> Ésta es, por otro lado, la definición que ofrecen de la figura del “expedidor” tanto la Condición General 1.5 de los Anexos A y B de la Orden Ministerial de 25 abril 1997, por la que se establecen las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera (*BOE* núm. 109 de 7 mayo), como el art. 22 de la Ley 16/1987, de 30 julio, de ordenación de los transportes terrestres (*BOE* núm. 182 de 31 julio), en su versión dada por la Ley 29/2003, de 8 octubre (*BOE* núm. 242 de 9 octubre).

<sup>62</sup> *Informe*, p. 20.

<sup>63</sup> A. EMPARANZA SOBERANO, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada, Comares, 2006.

<sup>64</sup> L. M<sup>a</sup> PILOÑETA ALONSO, “El subtransporte: Análisis crítico y teórico de un concepto práctico”, *RDM*, n° 262, 2006, pp. 1401-1438.

I es el operador que asumió la obligación de transporte (el transportista “contractual”) y no el subtransportista o transportista “efectivo”<sup>65</sup>.

**49.** Una relativa mayor complejidad puede plantear la aplicación del concepto de “transportista” utilizado por el Reg. Roma I (y por el CR) al transporte *cumulativo* o *sucesivo*, figura de colaboración entre transportistas en franco desuso, si bien aún recogida en la legislación, en cuya virtud el transporte contratado en un solo contrato con el remitente se ejecuta sucesivamente por varios transportistas distintos<sup>66</sup>. En este caso, ¿cuál de ellos será el transportista “contractual”? En puridad, y atendiendo a la calificación dogmática y legal de esta modalidad de transporte plural, todos los transportistas sucesivos son transportista contractuales. Lo cual, desde el punto de vista de la determinación de la ley aplicable al contrato conforme al art. 5.1 Reg. Roma I plantearía el problema de la posible proyección de varias leyes distintas sobre el mismo contrato de transporte en atención a que se plantease la acción contra un transportista u otro. Para evitar este inconveniente, y teniendo en cuenta la relevancia que tiene en el transporte sucesivo el pacto originario de transporte concluido entre el remitente y el primer transportista (al que se adhieren los demás transportista sucesivos), nos inclinamos por pensar que en esta modalidad de colaboración entre transportistas, el transportista relevante a los efectos del art. 5.1 Reg. Roma I es el transportista que inicialmente contrató el transporte con el remitente. Conclusión reforzada por el hecho de que si en el pacto originario de transporte se hubiese elegido la ley aplicable al contrato, esta elección habría sido vinculante también para el resto de los transportistas adheridos al contrato.

**50.** Una vez analizada en detalle la regla que acoge el art. 5.1 Reg. Roma I para los supuestos en que no se haya elegido la ley aplicable al contrato, cabría preguntarse qué sucederá si en el caso concreto no coinciden los puntos de conexión concurrentes exigidos por el precepto. La pregunta es lógica y esperada, razón por la cual el Reg. Roma I ofrece una respuesta inmediata en el inciso final del citado precepto, conforme al cual “[S]i no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes”. La novedad del Reg. Roma I sobre este particular con respecto al CR es extraordinaria. En el CR no se promocionaba una solución similar. Más bien, había silencio al respecto. Sólo una interpretación *correctora* de su art. 4.5, en su primer inciso, pudo proporcionar una solución a aquellos supuestos en los que no coincidían el lugar de establecimiento principal del transportista con el de carga, descarga o el del establecimiento principal del expedidor. En efecto, el art. 4.5 CR establecía que “[N]o se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica”, en cuyo caso debía aplicarse la regla general del artículo 4.1 CR (“el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”). Se trataba de la llamada *cláusula de cierre*, que, a pesar de que no hacía referencia a las otras presunciones del art. 4 (sólo a la de su apartado 2: presunción de la prestación característica), se entendió que podía ser aplicada igualmente a esas otras situaciones, incluida la del contrato de transporte de mercancías, cuando no era posible aplicar el art. 4.4 por no coincidir los correspondientes puntos de conexión cumulativos. El Reg. Roma I se ha ahorrado todo este ejercicio interpretativo y corrector y ha proporcionado otra cláusula, llámesela de *cierre* o como se quiera, con una regla directa y clara: se aplicará la ley del país donde esté situado el lugar de entrega en destino convenido por las partes.

**51.** Nótese que, a diferencia de cómo se expresa el mismo precepto unas líneas atrás, ahora el art. 5.1 Reg. Roma I habla de lugar de entrega “convenido por las partes”, no del lugar de entrega sin más. Ahora bien, ¿qué quiere decir esta expresión? En principio cabría pensar que se trata del lugar de entrega previsto entre las partes con ocasión de la conclusión del contrato. Pero ¿qué sucederá cuando, en ejercicio legítimo del derecho disposición, al que nos referimos más atrás, las partes *convengan* un nuevo lugar de entrega? Éste, sin duda, es un lugar de entrega tan *convenido* por las partes como el originario. En todo caso, y una vez más, cabría pensar que, en aras del principio de seguridad jurídica, la determi-

<sup>65</sup> Sin perjuicio de que en la relación interna entre transportista contractual y efectivo, que es otro contrato de transporte, si se trata de un transporte internacional, deba entenderse que el transportista “contractual” es el remitente y el transportista “efectivo” el transportista a los efectos de la aplicación del art. 5.1 Reg. Roma I.

<sup>66</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “Régimen jurídico del transporte cumulativo de mercancías en el Derecho español. Una nueva aproximación”, *Diario La Ley*, Números 5690 y 5691, 6 y 7 enero 2003.

nación de la ley aplicable habría de reconducirse al lugar de entrega convenido inicialmente, pero la cuestión no deja de ser ciertamente opinable.

52. Podría pensarse que la determinación de la ley aplicable al contrato de transporte de mercancías en defecto de elección de ley por las partes se habría de bastar con las reglas que acabamos de exponer. Pero no es así. El Reg. Roma I, siguiendo al CR, si bien con una estructura distinta, mantiene en su sistema de determinación de la ley aplicable el posible juego de la *cláusula de escape*, también en el ámbito específico del contrato de transporte. Y lo hace en su art. 5.3 (que es común al transporte de mercancías y de pasajeros), con la siguiente formulación: “Si del conjunto de las circunstancias se desprende que el contrato, a falta de elección de la ley, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 1 y 2, se aplicará la ley de ese otro país”. Adviértase, por un lado, que la cláusula de escape no opera en contra de una eventual elección de ley, sino sólo en aquellos supuestos en los que no se haya producido válidamente dicha elección. Por otro lado, la cláusula de escape puede jugar incluso en contra de lo que establece el art. 5.1, tanto en su regla general (primer inciso) como en la que aquí hemos llamado cláusula de *cierre* (inciso final). La operatividad de la cláusula de escape depende, por lo tanto, de la convicción a la que llegue el juzgador, auxiliado por los argumentos de la parte que alegue su aplicación, de que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto. Se trata, por lo tanto, de una regla casi idéntica a la del art. 4.5 CR, inciso final, de la que se diferencia en especial por la utilización ahora del adverbio “manifiestamente” a la hora de calificar la *estrechez* de los vínculos del contrato con el otro país cuya ley se decide aplicar. El CR hablaba simplemente de “vínculos más estrechos”, sin cualificar. Probablemente, lo que se ha pretendido en el nuevo sistema del Reg. Roma I es advertir al operador jurídico en contra de una aplicación excesivamente generosa del art. 5.3 del Reglamento.

## 2. Contrato de transporte de pasajeros.

53. En el ámbito del contrato de transporte internacional de *pasajeros*, los cambios que introduce el Reg. Roma I respecto del CR son, si cabe, más significativos que los relativos al transporte de mercancías.

54. Como dijimos, en el CR, la determinación de la ley aplicable al contrato de transporte de pasajeros se regía, en primer lugar, por el principio general de libertad de elección de ley (art. 3 CR). Y, en defecto de elección de ley, no había en su art. 4 una regla supletoria específica para el transporte de viajeros, a diferencia de lo que sucedía con el transporte de mercancías (art. 4.4 CR). En consecuencia, si las partes no elegían la ley aplicable al contrato de transporte, la determinación de la ley aplicable se debía regir por la presunción general del art. 4.2 CR, es decir, había que entender que el contrato presentaba los vínculos más estrechos con el país en que la parte que debía realizar la prestación característica tuviese, en el momento de la celebración del contrato, su establecimiento principal (o secundario). Dicho con otras palabras, debía ser aplicada la ley del país donde se encontrase el establecimiento del transportista, por ser éste quien efectúa la prestación característica en un contrato de transporte. Por supuesto, también jugaba, en este caso la cláusula de *escape* del art. 4.5.

55. El planteamiento del art. 5 Reg. Roma I es significativamente distinto. Por un lado, sigue respetando el principio que da prioridad a la elección de ley por las partes del contrato; pero, a la vez, limita las posibilidades de elección que tienen estas partes. El párrafo segundo de su art. 5.2 dice que “[L]as partes podrán elegir como ley aplicable a un contrato para el transporte de pasajeros, de conformidad con el art. 3, únicamente la ley del país donde: a) el pasajero tenga su residencia habitual, o b) el transportista tenga su residencia habitual, o c) el transportista tenga el lugar de su administración central, o d) se encuentre el lugar de origen o e) se encuentre el lugar de destino”. El Reg. Roma I, por tanto, establece un *numerus clausus* de puntos de conexión, pero tampoco puede decirse que sea especialmente restrictivo, en la medida en que dichos puntos son los que cabalmente cabría esperar que se eligiesen en atención a la estructura del contrato. Por lo demás, esa referencia a la elección de ley “de conformidad

con el artículo 3” hace que debamos remitirnos a lo que ya dijimos sobre este precepto al hablar anteriormente del contrato de transporte de mercancías, que se aplicará *mutatis mutandis* al transporte de pasajeros.

**56.** Cuando no se haya elegido ley conforme a lo indicado (“[E]n defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato para el transporte de pasajeros de conformidad con el párrafo segundo”), el primer párrafo del art. 5.2 Reg. Roma I, en su inciso inicial, indica que “el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país”. Se exige, por lo tanto, la concurrencia de determinados puntos de conexión para la operatividad de la regla. Y si dicha concurrencia no se produce (“[S]i no se cumplen esos requisitos”), el inciso final del precepto, dice que “se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual”. Como podrá observarse, la ley del país de residencia habitual del transportista pierde el papel central y exclusivo que tenía en el CR como criterio de determinación de la ley aplicable en defecto de elección de ley (al amparo del art. 4.2 CR), y pasa a un segundo nivel operativo respecto de la ley de la residencia habitual del pasajero, dado que, en el transporte de pasajeros, será frecuente que coincidan el país de residencia del pasajero con el de los lugares de origen o de destino del transporte contratado por esa persona para su desplazamiento.

**57.** Por lo demás, también opera en el contrato de transporte de pasajeros, en defecto de elección de ley, la cláusula de *escape* del art. 5.3 Reg. Roma I, a la que nos referimos al tratar del transporte de mercancías y a cuyos comentarios nos remitimos en estos momentos.

### 3. Contratos de transporte y de consumo.

**58.** No es extraño que la contraparte del transportista, en un contrato de transporte, sea una persona a la que se deba calificar de consumidor, incluso en el ámbito del transporte de mercancías (p.ej., transporte de paquetería). Cabría preguntarse, por lo tanto, si a los contratos de transporte con consumidores se les ha de aplicar, en lugar de las reglas del art. 5, las propias de los contratos de consumo, a los que se refiere el art. 6 Roma I. Pues bien, al igual que sucedía con el art. 5 CR (“Contratos celebrados por los consumidores”), el Reg. Roma I ha optado por excluir expresamente de este ámbito a los “contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados” (art. 6.4b Roma I). El art. 5.5 CR se refería a este último tipo de contratos como aquéllos “que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento”. En todo caso, la precisión es clara. Si se trata de un transporte contratado al margen de un viaje, vacación o circuito combinado, en el sentido de la Directiva comunitaria, el art. 6 Roma I no se aplicará a la determinación de la ley aplicable a dicho contrato. Habrá que acudir, entonces, al art. 5 Roma I<sup>67</sup>.

### 4. Aplicación de las leyes de policía.

**59.** El proceso de determinación de la ley aplicable a un contrato de transporte internacional se deberá realizar conforme a los criterios establecidos en el art. 5 Reg. Roma I, que acabamos de analizar. No obstante, ese proceso no debe finalizar en dicho precepto. Siempre será necesario evaluar la eventual aplicación al contrato, junto a la *lex contractus*, de las llamadas “leyes de policía”, a las que se refiere

<sup>67</sup> Debemos hacer una última precisión de orden sistemático relativa a la exclusión del art. 6.4b Reg. Roma I. El apartado 6.4b excluye a los contratos de transporte de la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 6, que son los que establecen la regla de determinación de la ley aplicable a los contratos de consumo que cumplan los requisitos de las letras a) y b) del apartado 1. Pero no dice que se les excluya de la aplicación del apartado 3, según el cual “[S]i no se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 3 y 4”. Entendemos nosotros que esta referencia a los arts. 3 y 4 habrá que extenderla, en el caso de los contratos de transporte, al art. 5.

expresamente el art. 9 Reg. Roma I. Este precepto tiene su correlativo en el CR (art. 7), pero introduce algunas novedades significativas respecto del instrumento convencional, que analizaremos a continuación a la luz de la explicación del significado jurídico de estas normas.

**60.** Lo primero que debe destacarse del nuevo art. 9 Reg. Roma I es que ofrece una definición de lo que son “leyes de policía” que no figuraba en el art. 7 CR. Según el apartado 1 del art. 9 Roma I, “[U]na 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”. La definición proporcionada por el Reg. Roma I es útil en la medida en que bajo el imperio del CR fueron diversas las interpretaciones que se ofrecieron acerca de lo que eran las también allí llamadas “leyes de policía” (art. 7), pero sigue siendo lo suficientemente abierta como para no permitir elaborar una tipo cerrado de supuestos de “leyes de policía”. Y todo esto sin perjuicio de reconocer que ya en tiempos del CR la mejor doctrina ofreció criterios orientadores acerca del significado, alcance y contenido de este tipo de disposiciones<sup>68</sup>. Es de confiar que, ahora, con el nuevo régimen, sea más difícil introducir confusiones sobre esta categoría normativa y que la aplicación de las “leyes de policía” resulte más certera. Lo cual, en el ámbito del contrato de transporte es de agradecer, porque éste es un sector en el que pueden entrar en juego disposiciones nacionales protectoras con mayor frecuencia que en otros sectores negociales menos condicionados por los intereses públicos.

**61.** El precepto es claro, por otro lado, en un aspecto que ya hemos apuntado anteriormente: las “leyes de policía”, definidas como se ha expresado, serán susceptibles de aplicación con independencia de cual sea la ley aplicable al contrato (la *lex contractus*). Es decir, la determinación del Derecho aplicable a un contrato de transporte internacional será, en síntesis, el resultado de conjugar lo indicado por la *lex contractus* (identificada por el art. 5 Reg. Roma I) con lo que establezcan las eventuales disposiciones de policía que pudieran existir en este ámbito.

**62.** Coinciden el Reg. Roma I y el CR, por otra parte, en identificar los casos en que la aplicación de las “leyes de policía” será obligatoria. Dice el art. 9.2 Reg. Roma I que “[L]as disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía del foro”. En consecuencia, si el ordenamiento jurídico del país del foro contiene “leyes de policía” aplicables al contrato de transporte internacional, aquéllas deberán ser aplicadas necesariamente a dicho contrato.

**63.** También admite el Reg. Roma I, como hacía el CR, la aplicación potestativa (no obligatoria) de las “leyes de policía” de un país distinto del foro, pero el Reg. Roma I ha perfilado más esta regla al señalar que “podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas” (art. 9.3 Reg. Roma I). El CR (art. 7.1) era más amplio al referirse a esta aplicación potestativa de las “leyes de policía”, pues hablaba de “las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho”. Ahora, por lo tanto, sólo podrá darse efecto a las leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones del contrato de transporte.

**64.** En lo que no se distancian un ápice el Reg. Roma I y el CR es en la identificación de las condiciones en que las el operador jurídico podrá otorgar juego a las “leyes de policía” que no sean del foro. Ambos textos se expresan inequívocamente del mismo modo: “Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que de derivarían de su aplicación o de su inaplicación”. La entrada en consideración de la aplicación potestativa de esas “leyes de policía”, en consecuencia, dependerá de la decisión valorativa del correspondiente aplicador jurídico.

---

<sup>68</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “El contrato de transporte y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980...”, pp. 366-369.



## V. Ámbito de la ley aplicable al contrato de transporte internacional.

65. Con la expresión “ámbito de la ley aplicable” se describe el contenido de la *lex contractus* que, una vez identificada dicha ley, es susceptible de ser aplicado, en nuestro caso, al contrato de transporte internacional. A esta cuestión se dedica el art. 12 Reg. Roma I (que es idéntico al art. 10 CR), concretamente, en su apartado 1, según el cual “[L]a ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento en particular: a) su interpretación; b) el cumplimiento de las obligaciones que genere; c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y caducidad basadas en la expiración de un plazo; e) las consecuencias de la nulidad del contrato”.

66. El art. 12.1 Reg. Roma I no es limitativo de las cuestiones que quedan bajo el ámbito de la ley aplicable (“en particular”), por lo que no impide que pueda darse cabida a otras cuestiones previstas en la *lex contractus* y que estén directamente vinculadas con el contrato de transporte, aunque no estén recogidas en el listado que acabamos de transcribir. Pero no es menos cierto que este listado recoge las principales cuestiones litigiosas que puedan derivarse de la conclusión y ejecución de un contrato de transporte.

67. Al margen de su art. 12.1, el Reg. Roma I extiende, igualmente, la aplicación de la *lex contractus* a las cuestiones relativas al consentimiento y validez material del contrato (validez de fondo, según el art. 8 CR, que, en lo demás, también es idéntico al precepto del Reg. Roma I): “La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Convenio si el contrato o la disposición fueran válidos”. Por lo tanto, los problemas de nulidad o ineficacia del contrato de transporte internacional (o de cualquiera de sus cláusulas) deberán resolverse por la *lex hypothetici contractus* identificada mediante la aplicación del art. 5 Reg. Roma I, con la excepción de lo previsto en el apartado 2 de su art. 12<sup>69</sup>.

68. Por último, también será aplicable la *lex contractus* a las dos cuestiones previstas en el art. 18.1 Reg. Roma I (art. 14.1 CR): el establecimiento de *presunciones legales* y el reparto de la *carga de la prueba*. Se trata, sin duda, de dos aspectos muy relevantes en materia contractual y, particularmente, en el ámbito del contrato de transporte.

## VI. Ley aplicable a otras cuestiones relativas al contrato de transporte internacional.

69. Al igual que sucede en el CR, el Reg. Roma I contiene algunas reglas de determinación de la ley aplicable a materias que quedan fuera del alcance de la *lex contractus*, pero que, no obstante, pueden afectar al régimen del contrato. Se trata, en concreto, de las cuestiones relativas a la “validez formal” del contrato (art. 11 Reg. Roma I)<sup>70</sup>, la “incapacidad” de sus partes (art. 13 Reg. Roma I)<sup>71</sup>, la “cesión de créditos y la subrogación convencional” (art. 14 Reg. Roma I)<sup>72</sup>, la subrogación legal (art. 15 Reg. Roma I), la “responsabilidad múltiple” (art. 16 Reg. Roma I)<sup>73</sup>, la “compensación legal” (art. 17 Reg. Roma I)<sup>74</sup> y la prueba (art. 1.3 y 18.2 Reg. Roma I)<sup>75</sup>. También habrá que incluir en este grupo al art. 12.2 Reg. Roma

<sup>69</sup> “Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado precedente” (igualmente, art. 8.2 CR).

<sup>70</sup> Art. 9 CR.

<sup>71</sup> Art. 11 CR.

<sup>72</sup> El art. 12 CR regulaba la “cesión de crédito” y el art. 13 CR la “subrogación”, sin distinguir, como hace ahora el Reg. Roma I, entre subrogación convencional (art. 14 Reg. Roma I) y subrogación legal (art. 15 Reg. Roma I).

<sup>73</sup> Sin correlativo en el CR.

<sup>74</sup> Sin correlativo en el CR.

<sup>75</sup> Arts. 1.2h) y 14 CR.

I<sup>76</sup>, que contiene una regla sobre la determinación de la ley aplicable a las modalidades de cumplimiento de las obligaciones y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso.

70. Todas estas reglas son susceptibles de aplicación general a los contratos de transporte internacional, pero, sin duda, tendrán una especial trascendencia, en este particular ámbito, las recogidas en los arts. 11, 12.2 y 16 Reg. Roma I. Las primeras (art. 11 Reg. Roma I) porque, no en vano, las cuestiones formales (de documentación) son particularmente relevantes en la conclusión y ejecución del contrato de transporte (si bien, todo hay que decirlo, es habitual que esas cuestiones estén debidamente resueltas en los convenios uniformes aplicable al contrato de transporte)<sup>77</sup>. Las segundas (art. 12.2 Reg. Roma I), porque dentro de la categoría particular de “modalidades de cumplimiento de las obligaciones” (cuya delimitación, dicho sea de paso, no es cerrada), podrían haber cuestiones tales como los procedimientos de examen de la mercancía transportada, las medidas a adoptar en caso de rechazo de la mercancía, la determinación de los días (laborables y/o festivos) en que debe/puede cumplirse la obligación correspondiente, cuál ha de ser la moneda de pago o, incluso, la importante cuestión de la carga y descarga de la mercancía, que son todas ellas muy relevantes en materia de transporte<sup>78</sup>. Y, finalmente, las terceras (art. 16 Reg. Roma I) porque no es infrecuente la vinculación solidaria de distintos transportistas en la ejecución de un contrato de transporte internacional y la necesidad de resolver los problemas internos entre dichos transportistas<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Art. 10.2 CR.

<sup>77</sup> En ocasiones, incluso, el propio texto de Derecho uniforme contiene normas específicas de conflicto aplicables al problema formal de que se trate, que, como sabemos (art. 25.1 Reg. Roma I), prevalecerán sobre las reglas establecidas en el Reg. Roma I. Es el caso, p. ej., del art. 5.1 CMR, en cuya virtud habrá que aplicar la ley del país en que se haya expedido la carta de porte para determinar la validez de las firmas impresas o estampadas en la carta de porte.

<sup>78</sup> Art. 12.2 Reg. Roma I: “En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”.

<sup>79</sup> Según este precepto, “[C]uando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación, y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación total o parcialmente, el derecho de ese deudor a reclamar resarcimiento a los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación que tenga dicho deudor respecto del acreedor. Los demás deudores podrán invocar las excepciones que tuvieran contra el acreedor en la medida en que lo permita la ley que rija sus obligaciones frente al acreedor”. Este precepto es susceptible de aplicación en los supuestos de ejercicio de acciones de repetición entre transportistas, p.ej., en los supuestos de transporte con subtransporte o de transporte sucesivo. Véase, p.ej., A. ZURIMENDI ISLA, “Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR”, *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, Año I, nº 1, 2008, pp. 99-144, especialmente pp. 132 ss.

# LIBERDADES COMUNITÁRIAS E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

DÁRIO MOURA VICENTE  
*Professor da Faculdade de Direito  
Universidade de Lisboa*

Recibido: 22.07.2009 / Aceptado: 07.08.2009

**Resumo:** A «unidade na diversidade» postulada pela integração europeia reclama um sistema de coordenação dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros compatível com as liberdades comunitárias de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais. Em diversos actos recentes de Direito Comunitário derivado, bem como na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, observa-se uma tendência para a consagração de regras que se ocupam da lei aplicável às relações privadas internacionais exclusivamente conexas com o mercado interno europeu ou que fazem apelo, na regulação dessas relações, ao princípio do reconhecimento mútuo. O presente estudo visa averiguar se e em que medida esse «Direito Internacional Privado do mercado interno», que parece despontar, implica uma mudança de paradigma, sob o ponto de vista dos métodos e das soluções que consagra, relativamente às regras de conflitos comuns.

**Palavras-chave:** Comunidade Europeia, conflitos de leis, contratos internacionais, direito internacional privado, *lex originis*, liberdade de circulação de capitais, liberdade de circulação de mercadorias, liberdade de circulação de pessoas, liberdade de estabelecimento, liberdade de prestação de serviços, mercado interno, obrigações extracontratuais, pluralismo jurídico, princípio da subsidiariedade, reconhecimento mútuo.

**Abstract:** The «unity in diversity» demanded by European integration requires a system of coordination of the laws of the Member-States which is compatible with the free movement of persons, goods, services and capitals within the European Community. In recent legislative acts of the Community, as well as in the case-law of the European Court of Justice, a trend can be noticed towards the adoption of rules concerning the law applicable to private international relationships exclusively connected with the European internal market or calling for a principle of mutual recognition in the regulation of those relationships. This papers aims at determining whether and in what measure this «Private International Law of the internal market», which seems to be on the rise, involves a change of paradigm, from the standpoint of the methods and solutions that it enshrines, when compared with the common conflict of laws rules.

**Key words:** conflict of laws, European Community, free movement of capitals, free movement of goods, free movement of persons, free movement of services, freedom of establishment, internal market, international contracts, legal pluralism, *lex originis*, mutual recognition, non-contractual obligations, principle of subsidiarity, private international law.

**Sumário:** I. Introdução. 1. Objecto da exposição. 2. Justificação da escolha do tema. Âmbito e plano da exposição. – II. A liberdade de circulação de pessoas. 1. A livre circulação de trabalhadores e a lei reguladora do contrato individual de trabalho: posição do problema. 2. Regras gerais sobre a determinação da lei aplicável ao contrato individual de trabalho. A competência da *lex loci laboris*. 3. O destacamento internacional de trabalhadores e a aplicabilidade das normas imperativas da lei do país de acolhimento. 4. Continuação: limites à aplicação das normas imperativas do país de acolhimento do trabalhador. 5. A liberdade de circulação e permanência no território dos Estados-Membros

e a lei aplicável ao estatuto pessoal das pessoas singulares. – III. A liberdade de estabelecimento. 1. A liberdade de estabelecimento e a determinação da lei pessoal das sociedades comerciais: posição do problema. 2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre a matéria. 3. Suas repercussões sobre o Direito Internacional Privado: a aplicabilidade das regras que sancionam a fraude à lei. 4. Continuação: a lei pessoal das sociedades comerciais. 5. Continuação: o reconhecimento num Estado-Membro de sociedades comerciais constituídas em outros Estados-Membros. 6. Continuação: a transferência internacional da sede das sociedades comerciais. 7. A liberdade de estabelecimento e a determinação da lei pessoal das pessoas singulares. – IV. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços. 1. A afirmação jurisprudencial do princípio do reconhecimento mútuo em matéria de circulação de mercadorias e de serviços. 2. O princípio do reconhecimento mútuo e a integração normativa na Comunidade Europeia. 3. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços e a lei aplicável às obrigações contratuais. 4. Continuação: regras especiais sobre os contratos celebrados com consumidores. 5. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços e a lei aplicável às obrigações extracontratuais. 6. A cláusula do mercado interno em matéria de radiodifusão televisiva, de serviços de acesso condicional e de comércio electrónico. 7. Continuação: as práticas comerciais desleais. 8. Continuação: a prestação de serviços no mercado interno. – V. A liberdade de circulação de capitais. 1. A livre circulação de capitais como pressuposto das demais liberdades comunitárias. 2. O reconhecimento mútuo e a prestação de serviços ligados a movimentos de capitais. – VI. Ensaio de uma construção dogmática. 1. A unidade na diversidade: a integração europeia e a preservação do pluralismo jurídico. 2. A autonomização de um Direito Internacional Privado do mercado interno. 3. A referência à lei do país de origem. 4. A excepção de reconhecimento mútuo. 5. As liberdades comunitárias e a autonomia privada. 6. A ideia de liberdade como fundamento do Direito Internacional Privado europeu contemporâneo.

## I. Introdução

### 1. Objecto da exposição

1. A acção da Comunidade Europeia implica, de acordo com o Tratado que a instituiu, a constituição de um *mercado interno*<sup>1</sup>. Este compreende, nos termos do mesmo Tratado, «um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada»<sup>2</sup>. Nele se deverão fundir, segundo o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, os mercados nacionais dos Estados-Membros<sup>3</sup>.

A liberdade de circulação constitui, assim, uma das traves mestras do Direito Comunitário europeu. As restrições ao seu exercício resultantes de disparidades entre legislações nacionais apenas podem ser aceites, de acordo com a jurisprudência constante daquele Tribunal, na medida em que sejam necessárias para satisfazer exigências imperativas atinentes, nomeadamente, à eficácia dos controlos fiscais, à protecção da saúde pública, à lealdade das transacções e à defesa dos consumidores<sup>4</sup>.

Como fundamentos dessa liberdade, apontam-se geralmente o aumento do comércio e as economias de escala através dela proporcionadas<sup>5</sup>. Estas, por seu turno, induzem a redução dos preços, donde resulta potencialmente um acréscimo do bem-estar geral.

Ao ampliar o leque de escolhas que proporciona ao consumidor, o mercado interno alarga reflexivamente a esfera de liberdade de cada cidadão. É bem sabido, com efeito, que em regra a liberdade económica se repercute favoravelmente sobre as liberdades cívicas, na medida em que limita a intervenção

<sup>1</sup> Cfr. o art. 3.º, n.º 1, alínea c), do Tratado da Comunidade Europeia.

<sup>2</sup> *Ibidem*, art. 14.º, n.º 2.

<sup>3</sup> Cfr., neste sentido, o acórdão de 9 de Fevereiro de 1982, caso *Polydor* (proc. 270/80).

<sup>4</sup> Veja-se, designadamente, o acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, caso *Cassis de Dijon* (proc. 120/78).

<sup>5</sup> Cfr. BELA BALASSA, *Teoria da integração económica*, tradução portuguesa por MARIA FILIPA GONSALVES e MARIA ELSA FERREIRA, Lisboa, 1964, especialmente pp. 39 ss. e 183 ss.; ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Os capitais e a integração económica*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (doravante *RFDUL*), vol. XXIV, Lisboa, 1972, pp. 113 ss.; PAULO DE PITTA E CUNHA, «O conceito de integração económica internacional», in *Integração Europeia. Estudos de economia, política e Direito Comunitários*, Lisboa, 1993, pp. 65 ss.; *idem*, «Relações económicas internacionais – II (Uma perspectiva dos anos 70 e 80)», *RFDUL*, 1999, pp. 615 ss.; e MANUEL LOPES PORTO, *Teoria da integração e políticas comunitárias: face aos desafios da globalização*, 4.ª ed., Coimbra, 2009, pp. 234 ss.

do Estado na vida social<sup>6</sup>; e que, inversamente, a ausência de liberdade económica restringe aquelas liberdades, porquanto transfere para o Estado decisões que de outro modo caberiam aos consumidores e às empresas<sup>7</sup>. O fundamento das liberdades comunitárias não é, por isso, exclusivamente económico: elas são instrumentais relativamente ao *princípio democrático* em que assenta a União Europeia<sup>8</sup>.

Compreende-se assim que, aquando da revisão do Tratado da Comunidade Europeia levada a cabo em 1992 através do Tratado de Maastricht, a liberdade de circulação e permanência no território dos Estados-Membros haja sido expressamente consignada como atributo da *cidadania europeia*; independentemente, portanto de qualquer finalidade económica<sup>9</sup>. Ficou deste modo patente que os bens jurídicos protegidos nesta matéria compreendem a *liberdade individual*, e não apenas a mobilidade dos factores de produção.

2. Ora, as liberdades comunitárias de circulação dizem respeito a situações jurídicas que transcendem as fronteiras de um Estado – *hoc sensu*, a *situações internacionais* ou *plurilocalizadas*<sup>10</sup>.

Sucede que o Direito Comunitário não regula todos os aspectos destas situações, entre outras razões porque não suprime a pluralidade e a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais, antes tem carácter subsidiário relativamente a estes<sup>11</sup>.

Tal o motivo por que se suscitam muitas vezes conflitos de leis nas situações intracomunitárias, que compete ao Direito Internacional Privado resolver.

Mas em que sentido? E de acordo com que método ou métodos? Estas as interrogações fundamentais a que o presente estudo visa responder.

## 2. Justificação da escolha do tema. Âmbito e plano da exposição

3. O tema em exame ocupa hoje um lugar central na dogmática do Direito Internacional Privado.

Como se sabe, a «comunitarização» ou «europeização» desta disciplina, proporcionada pelos arts. 61.º, alínea c), e 65.º, alínea b), do Tratado da Comunidade Europeia, na redacção que lhes foi dada em 1997 pelo Tratado de Amesterdão, e traduzida na progressiva substituição das fontes internas por fontes comunitárias – de que são exemplos os recentes Regulamentos de Roma I<sup>12</sup> e Roma II<sup>13</sup>, a que acrescerá futuramente o Regulamento de Roma III<sup>14</sup> –, tem conduzido a uma gradual redução do âmbito de aplicação das regras de conflitos emanadas dos Estados-Membros, em benefício das que foram adoptadas pelos órgãos da Comunidade Europeia<sup>15</sup>. Tudo indica que, no futuro, o Direito Internacional Privado vigente na Europa será essencialmente determinado pelas instituições comunitárias<sup>16</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. MILTON FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, reimpressão, Chicago/Londres, 2002, p. 15.

<sup>7</sup> Tal a conhecida tese sustentada, entre outros, por FRIEDRICH HAYEK, em *O caminho para a servidão*, tradução portuguesa por MARIA IVONE SERRÃO DE MOURA, Lisboa, 1977, especialmente pp. 147 ss.

<sup>8</sup> Cfr. o art. 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia. Sobre esse princípio, veja-se, na literatura jurídica portuguesa, FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia. Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, Coimbra, 2004, pp. 99 ss.; *idem*, *Droit de l'Union européenne. Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruxelas, 2008, pp. 77 ss.; JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 5.ª ed., Coimbra, 2007, p. 261 ss.

<sup>9</sup> Cfr. o actual art. 18.º do Tratado da Comunidade Europeia. Sobre a evolução referida no texto, veja-se RUI DE MOURA RAMOS, «Les nouveaux aspects de la libre circulation des personnes. Vers une citoyenneté européenne», in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª ed., Coimbra, 1999, pp. 249 ss.

<sup>10</sup> Ver, neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 28 de Janeiro de 1992, caso *Steen* (proc. C-332/90).

<sup>11</sup> Voltaremos a este ponto adiante, no n.º 16.

<sup>12</sup> Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* (doravante *JOUE*), n.º L 177, de 4 de Julho de 2008, pp. 6 ss.

<sup>13</sup> Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais, publicado no *JOUE*, n.º L 199, de 31 de Julho de 2007, pp. 40 ss.

<sup>14</sup> Cfr. a *Proposta de Regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial*, documento COM (2006) 399 final, de 17 de Julho de 2006.

<sup>15</sup> Ver, sobre o tema, PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «Un droit international privé européen?», in *eiusdem* (org.), *Le droit privé européen*, Paris, 1998, pp. 136 ss.; CHRISTIAN KOHLER, *Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza*, Viena, 2001; KARL KREUZER, «Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts. Wie europäisch soll das Europäische Internationale Privatrecht sein?», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (doravante *RabelsZ*), 2006, pp. 1 ss.; e HEINZ-PETER MANSSEL, KARSTEN THORN e ROLF WAGNER, «Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation», *IPRax*, 2009, pp. 1 ss.

<sup>16</sup> Cfr., neste sentido, JÜRGEN BASEDOW, «EC Conflict of Laws – A Matter of Coordination», in in LUÍS DE LIMA PINHEIRO (org.), *Seminário internacional sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado (Direito de Conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras)*, Coimbra, 2005, pp. 17 ss. (p. 19)

Não é, porém, desta *comunitarização directa* do Direito Internacional Privado que vamos tratar neste estudo. Interessa-nos antes o impacto da integração europeia, e em especial das liberdades comunitárias, sobre as soluções e os métodos próprios desta disciplina: mais precisamente, aquilo a que já se chamou a sua *comunitarização indirecta*<sup>17</sup>. Trata-se, em suma, de saber:

—Se as liberdades comunitárias reclamam a consagração de *regras de conflitos especiais, maxime* a que comanda a aplicação da *lei do país de origem* às situações intracomunitárias; e

—Se a tutela dessas liberdades postula, pelo que respeita às situações em apreço, a limitação, ou mesmo a superação, do *método clássico* de regulação das questões privadas internacionais (que, como se sabe, faz apelo a regras de conflitos de leis no espaço) pelo do *reconhecimento mútuo* de situações jurídicas constituídas no estrangeiro.

**4.** A temática de que nos vamos ocupar situa-se, pois, na confluência do Direito Comunitário e do Direito Internacional Privado.

São dois ramos do Direito que durante largo período de tempo operaram em isolamento recíproco<sup>18</sup>. Só recentemente essa situação começou a alterar-se<sup>19</sup>.

O Direito Comunitário obriga, como já foi notado, a repensar o Direito Internacional Privado e a modificar alguns dos seus esquemas tradicionais de funcionamento<sup>20</sup>. Daí, a nosso ver, o especial interesse do tema.

Em rigor, os problemas aqui colocados não dizem, todavia, apenas respeito ao mercado interno europeu: eles suscitam-se em todas as situações de integração económica regional<sup>21</sup>. Trata-se, em última análise, de determinar como se compatibiliza esta última com o *pluralismo jurídico*. Também por isso o objecto da presente exposição se reveste, a nosso ver, de particular importância.

**5.** Antes de prosseguirmos, importa notar que o exercício das liberdades comunitárias tem também relevantes incidências sobre o Direito Processual Civil Internacional, o Direito da Nacionalidade e o Direito dos Estrangeiros.

No tocante ao primeiro, porque a efectividade das liberdades comunitárias requer a consagração nos Estados-Membros da Comunidade Europeia de regras uniformes de competência internacional, bem

<sup>17</sup> Cfr. MARIE-NOËLLE JOBARD-BACHELIER, «La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 475 ss. (p. 477).

<sup>18</sup> Ver, sobre o ponto, CHRISTIAN KOHLER, «Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und internationalem Privatrecht», in HEINZ-PETER MANSEL, THOMAS PFEIFFER, HERBERT KRONKE, CHRISTIAN KOHLER e RAINER HAUSMANN (orgs.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munique, 2004, pp. 445 ss.

<sup>19</sup> Destacam-se, a este propósito, os trabalhos de ERIK JAYME e CHRISTIAN KOHLER, sobre o «Direito de Conflitos Europeu» (*Europäisches Kollisionsrecht*), publicados anualmente na *IPRax* desde 1994 (ver, por último, «Europäisches Kollisionsrecht 2007: Windstille im Erntefeld der Integration», *IPRax*, 2007, pp. 493 ss.) e os estudos recolhidos por ECKHART BRÖDERMANN e HOLGER IVERSEN, em *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1994. Na doutrina portuguesa, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO ocupou-se de alguns aspectos da temática em apreço, no estudo *Os reflexos do movimento de integração económica no Direito Privado e no Direito Internacional Privado*, s.l., Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1972. Posteriormente, o tema foi objecto de trabalhos de RUI DE MOURA RAMOS («Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interacção», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, vol. II, Coimbra, 2007) e LUÍS DE LIMA PINHEIRO («O Direito de Conflitos e as liberdades comunitárias de estabelecimento e de prestação de serviços», in *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, 2006, pp. 357 ss.; «Federalismo e Direito Internacional Privado – algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado», in *ibidem*, pp. 331 ss.; «Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado», *O Direito*, 2007, pp. 255 ss.). Nós próprios lhe dedicámos diversos ensaios, que versaram sobre o «Destacamento internacional de trabalhadores», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 85 ss.; a «Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais», in *ibidem*, vol. II, Coimbra, 2005, 91 ss., e «A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico», in *ibidem*, pp. 171 ss.

<sup>20</sup> Cfr., neste sentido, HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, «De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé?», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 303 ss. Ver também, sobre o ponto, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, «La Cour de justice des Communautés européennes et le non-Droit international privé», in HEINZ-PETER MANSEL, THOMAS PFEIFFER, HERBERT KRONKE, CHRISTIAN KOHLER e RAINER HAUSMANN (orgs.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munique, 2004, pp. 263 ss.

<sup>21</sup> Ver ANTONIO PEREZ «The Impact of Economic Integration on Choice of Law Doctrine – Lessons from the Interaction of U.S. Federalism and Choice of Law for the Evolution of Private International Law Within the Context of EU Integration», *RFDUL*, 2003, p. 159.

como o reconhecimento das sentenças proferidas por tribunais judiciais de outros Estados-Membros – segundo alguns, a *quinta liberdade* comunitária.

Pelo que respeita ao segundo, dada a transcendência de que se reveste a delimitação, em razão da sua nacionalidade, dos beneficiários das liberdades comunitárias, designadamente nos casos de concursos de nacionalidades, e também em virtude do impacto que essas liberdades ultimamente assumiram sobre o regime destes últimos.

Relativamente ao terceiro, dada a diferenciação entre estrangeiros oriundos de outros Estados-Membros da Comunidade e os que são nacionais de terceiros países, que a integração europeia – e em especial a cidadania da União Europeia – veio introduzir.

A nossa exposição cingir-se-á, todavia, aos conflitos de leis no espaço, ou Direito Internacional Privado *stricto sensu*. Este, pese embora o nexos funcional que o liga àqueles outros domínios da nossa disciplina, possui autonomia relativamente a eles, na medida em que, ao menos no plano teórico, os problemas que tem por objecto podem ser equacionados e resolvidos com independência das normas de Direito Processual Civil Internacional, de Direito da Nacionalidade e de Direito dos Estrangeiros.

6. Procuraremos neste estudo, em primeiro lugar, fixar os dados que os instrumentos normativos em vigor e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias nos fornecem a respeito do tema. Analisaremos, a este propósito, as projecções das diferentes liberdades comunitárias sobre os conflitos de leis no espaço. Examinaremos assim, sucessivamente, a liberdade de circulação de pessoas, a liberdade de estabelecimento (que autonomizaremos da liberdade de circulação de pessoas, atentos os problemas especiais que suscita no plano do Direito Internacional Privado), a liberdade de circulação de mercadorias e serviços (que analisaremos conjuntamente, dada a similitude dos problemas que suscitam no tocante à regulação das situações privadas internacionais) e a liberdade de circulação de capitais.

Feita esta análise sectorial, ensaiaremos uma reconstrução dos dados previamente recolhidos, tendo em vista apurar se, e em que medida, as liberdades comunitárias podem ser configuradas, pelo que respeita à sua incidência sobre as situações privadas internacionais constituídas no âmbito do mercado interno europeu, como tendo implícitas novas regras de conflitos de leis ou um novo método de resolução dos conflitos de leis no espaço.

## II. A liberdade de circulação de pessoas

### 1. A livre circulação de trabalhadores e a lei reguladora do contrato individual de trabalho: posição do problema

7. Consideremos, antes de mais, a liberdade de circulação de trabalhadores<sup>22</sup>. Esta constitui, segundo o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>23</sup>, um dos fundamentos da Comunidade Europeia, estando consagrada no art. 39.º do Tratado da Comunidade Europeia<sup>24</sup>. Trata-se de uma das vertentes

<sup>22</sup> Sobre a qual podem consultar-se: HANS VON DER GROEBEN e JÜRGEN SCHWARTZE (orgs.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, vol. I, 6.ª ed., Baden-Baden, 2003, pp. 1283 ss.; RUDOLF STREINZ (org.), *EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Munique, 2003, pp. 564 ss.; RUDOLF GEIGER, *EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 4.ª ed., Munique, 2004, pp. 286 ss.; ULRICH BECKER, «Arbeitnehmerfreizügigkeit», in DIRK EHLERS (org.), *Europäische WOLFGANG KILIAN, Europäisches Wirtschaftsrecht*, 3.ª ed., Munique, 2008, pp. 110 ss.; PAUL CRAIG e GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 4.ª ed., Oxford, 2008, pp. 743 ss.; JEAN-LOUIS CLERGERIE, ANNIE GRUBER e PATRICK RAMBAUD, *L'Union européenne*, 7.ª ed. Paris, 2008, pp. 346 ss.; e JÜRGEN SCHWARTZE (org.), *EU Kommentar*, 2.ª ed., Baden-Baden, 2009, pp. 574 ss. Na doutrina portuguesa, podem consultar-se sobre o tema: JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito Comunitário. A ordem jurídica comunitária. As liberdades fundamentais na C.E.E.*, Lisboa, 195, pp. 399 ss.; RUI DE MOURA RAMOS, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, Coimbra, 2003, pp. 94 ss.; JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 553 ss.

<sup>23</sup> Acórdão de 20 de Fevereiro de 1997, *Comissão c. Bélgica* (proc. C-344/95).

<sup>24</sup> As condições e as formalidades administrativas que regem o exercício dessa liberdade constam actualmente da Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (doravante *JOCE*), n.º L 158, de 30 de Abril de 2004, pp. 77 ss., que revogou diversos actos comunitários anteriores sobre a mesma matéria.

da liberdade de circulação de pessoas, que, como dissemos, é postulada pelo Tratado em ordem à criação do mercado interno europeu.

A livre circulação de trabalhadores implica o direito dos nacionais dos Estados-Membros da Comunidade de se deslocarem para outro Estado-Membro e de nele exercerem uma actividade profissional por conta de outrem nas mesmas condições dos nacionais desse Estado, bem como de nele permanecerem após a cessação dessa actividade<sup>25</sup>.

Ora, não obstante diversas iniciativas tendentes à harmonização das condições laborais na Comunidade Europeia<sup>26</sup>, o Direito do Trabalho continua a ser, nos Estados-Membros desta, essencialmente de fonte interna, sendo as respectivas normas em muitos aspectos acentuadamente divergentes entre si<sup>27</sup>.

Este facto é atribuível, designadamente, às vastas implicações sociais e económicas do regime do contrato individual de trabalho e da contratação colectiva, à diversidade de modelos económicos que persiste na Comunidade (*maxime* entre os países anglo-saxónicos e os do continente europeu), e às diferenças de níveis de desenvolvimento que se registam, sobretudo após os últimos alargamentos, entre os antigos e os novos Estados-Membros.

A determinação da lei aplicável às condições de exercício da actividade laboral por trabalhadores migrantes, designadamente daqueles que são objecto de destacamento para a prestação intracomunitária de serviços, assume, por isso, o maior relevo.

Pergunta-se a este respeito, designadamente, se as condições laborais aplicáveis a esses trabalhadores devem ser fixadas pela lei do respectivo país de origem, pela lei do país de acolhimento ou por ambas. Tal o problema que importará dilucidar em seguida.

## 2. Regras gerais sobre a determinação da lei aplicável ao contrato individual de trabalho. A competência da *lex loci laboris*

8. A determinação da lei aplicável ao contrato individual de trabalho é objecto do art. 8.º do Regulamento de Roma I, que substituirá, a partir de 17 de Dezembro de 2009, a Convenção de Roma de 1980 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuals<sup>28</sup>.

Consagra-se nesse preceito a liberdade de escolha pelas partes da lei aplicável, embora a designação desta lei não possa ter como consequência privar o trabalhador da protecção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo da lei que seria aplicável na falta de escolha.

<sup>25</sup> Apesar da sua centralidade no Tratado, a liberdade de circulação de trabalhadores tem ainda um significado económico relativamente modesto. Em 2006, cerca de 3 milhões de estrangeiros estabeleceram-se nos 27 Estados-Membros da Comunidade Europeia; destes, apenas 1,2 milhões (40%) eram cidadãos de outros Estados-Membros da Comunidade, sendo 1,8 milhões (60%) nacionais de terceiros países (*vide* Anne Herm, «Recent migration trends: citizens of EU-27 Member States become ever more mobile while EU remains attractive to non-EU citizens», *Eurostat Statistics in Focus*, 98/2008, p. 1). Ao todo, em 1 de Janeiro de 2006, cerca de 8,2 milhões de cidadãos da União Europeia exerciam o seu direito de residir noutro Estado-Membro: cfr. Comissão Europeia, *Quinto relatório sobre a cidadania da União (1 de Maio de 2004 - 30 de Junho de 2007)*, doc. COM (2008) 85 final, p. 2. Por conseguinte, menos de dois por cento dos europeus vivem e trabalham actualmente num Estado-Membro diverso daquele de que são originários. A mobilidade de trabalhadores europeus – essencial à criação de um mercado europeu de emprego e à redução do desemprego na Comunidade – é, assim, ainda hoje relativamente limitada. A este facto não serão alheios os sistemas de segurança social instituídos pelos Estados-Membros após a II Guerra Mundial, a melhoria generalizada dos níveis de vida proporcionada pelo desenvolvimento económico registado na Comunidade ao longo das últimas décadas e as barreiras culturais que persistem à mobilidade das pessoas no seio da Comunidade, entre as quais avulta a diversidade das línguas europeias. Sobre o ponto, *vide*, numa perspectiva sociológica ADRIAN FAVELL, «Immigration, Migration, and Free Movement in the Makings of Europe», in JEFFREY T. CHECKEL e PETER J. KATZENSTEIN, *European Identity*, Cambridge, 2009, pp. 167 ss.

<sup>26</sup> Ver MARIA LUÍSA DUARTE, «Direito Comunitário do Trabalho. Tópicos de uma identificação», in PEDRO ROMANO MARTINEZ(org.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra, 2001, pp. 153 ss.; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *DIREITO DO TRABALHO*, Parte I, *Dogmática geral*, Coimbra, 2005, pp. 167 ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra, 2006, pp. 204 ss.; e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 2008, pp. 73 ss.

<sup>27</sup> Como nota PEDRO ROMANO MARTINEZ, «[o]s actos comunitários em matéria social são relativamente numerosos, mas incidem, em especial, sobre aspectos de pormenor, razão pela qual, por esta via, não se tem obtido a harmonização da legislação no seio da comunidade» (cfr. *Direito do Trabalho*, cit., p. 207). A Comunidade Europeia caracteriza-se hoje, segundo o mesmo autor, pela existência de uniformização legislativa no tocante à liberdade de circulação de trabalhadores e ao princípio da igualdade; de uma harmonização tendencial em relação à higiene e segurança no trabalho, à protecção contra acidentes de trabalho e às condições de trabalho; e de desarmonia quanto ao Direito sindical, à negociação colectiva, ao regime do contrato de trabalho – em especial quanto à respectiva cessação – e à greve.

<sup>28</sup> Cujá versão consolidada se encontra publicada no *JOCE*, n.º C 27, de 26 de Janeiro de 1998, pp. 34 ss.



A título subsidiário, prevê-se no mesmo preceito que o contrato de trabalho é regulado pela lei do país em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato (*a lex loci laboris*) ou, na sua falta, a do país a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato.

Assim se dá satisfação a três ordens de preocupações: a protecção do trabalhador enquanto parte mais fraca no contrato; a igualdade de tratamento entre trabalhadores nacionais e estrangeiros; e a igualdade de tratamento dos concorrentes que actuam em certo mercado pelo que respeita às condições de trabalho e remuneração que têm de proporcionar aos respectivos trabalhadores<sup>29</sup>.

### 3. O destacamento internacional de trabalhadores e a aplicabilidade das normas imperativas da lei do país de acolhimento

9. A aplicação destas regras suscita dificuldades especiais sempre que estejam em causa contratos individuais de trabalho a executar por trabalhadores temporariamente destacados para um país estrangeiro ao serviço da empresa para que trabalham<sup>30</sup>.

Conforme resulta do que dissemos acima, aplica-se nestes casos, na falta de escolha da lei reguladora do contrato, a lei do país onde é habitualmente devida a prestação do trabalho, o qual é o *país de origem* do trabalhador.

No regime do Regulamento e da Convenção de Roma, o destacamento temporário de trabalhadores não afecta, pois, a determinação da lei aplicável ao contrato individual de trabalho<sup>31</sup>.

Esta solução assegura às empresas que destacam temporariamente os seus trabalhadores no âmbito de uma prestação intracomunitária de serviços uma *vantagem competitiva* relativamente às do país de acolhimento, sempre que a lei do país onde se acham estabelecidas (e onde esses trabalhadores prestam habitualmente o seu trabalho em execução dos respectivos contratos) consagre níveis de retribuição mínima e outras condições laborais menos exigentes.

Concomitantemente, porém, ela fomenta a afluência de mão-de-obra a baixo custo aos Estados-Membros onde vigoram níveis mais altos de remuneração (i. é, segundo alguns, o *dumping social*), com eventual prejuízo para os trabalhadores locais, cujas remunerações poderão ver-se reduzidas em consequência disso, bem como para a igualdade de condições de concorrência entre as empresas que competem entre si no mercado local (*a par conditio concurrentium*).

<sup>29</sup> Ver, sobre esta matéria, RUI DE MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1991, pp. 908 ss., com mais referências.

<sup>30</sup> O direito dos nacionais dos Estados-Membros da Comunidade de se deslocarem para outro Estado-Membro e de nele exercerem uma actividade profissional ao abrigo de um destacamento intracomunitário de trabalhadores foi primeiramente reconhecido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no acórdão *Rush Portuguesa*, de 27 de Março de 1990 (proc. C-113/89). Aí se afirmou: «Os artigos 59.º e 60.º do Tratado CEE e os artigos 215.º e 216.º do acto de adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa devem ser interpretados no sentido de que uma empresa estabelecida em Portugal, que efectua prestações de serviços no sector da construção e obras públicas noutro Estado-membro pode deslocar-se com o seu pessoal próprio, trazido de Portugal, pelo período de duração das obras em causa. Em tal caso, as autoridades do Estado-membro no qual devem ser realizados os trabalhos, não podem impor ao prestador de serviços condições que respeitem à contratação de mão-de-obra local ou à obtenção de uma autorização de trabalho para o pessoal português». Neste acórdão, a situação em apreço foi qualificada como pertinente à liberdade de prestação de serviços, então regulada nos arts. 59.º e 60.º do Tratado, e não à liberdade de circulação de trabalhadores, prevista no art. 48.º, com base no argumento de que os trabalhadores em causa «regressam ao seu país de origem após a realização do seu trabalho, sem entrarem, em qualquer momento, no mercado de emprego do Estado-membro de acolhimento». Na realidade, porém, esta qualificação prendeu-se com a circunstância de ao tempo os trabalhadores em causa, de nacionalidade portuguesa, não beneficiarem ainda da liberdade de circulação conferida pelo Tratado, em virtude das restrições impostas ao exercício dessa liberdade no Acto de Adesão de Portugal à Comunidade, as quais não afectavam a liberdade de prestação de serviços. Foi a recondução do caso às disposições do Tratado relativas a esta última que permitiu assegurar a aplicação do Direito Comunitário, não obstante as referidas restrições. A jurisprudência *Rush* seria depois confirmada no acórdão *Vander Elst*, de 9 de Agosto de 1994 (proc. C-43/93).

<sup>31</sup> Paralelamente, o art. 14.º do Regulamento (CEE) n.º 1408/71, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade, na redacção dada pelo Regulamento (CEE) n.º 2001/83 (*in JOCE* n.º L 230, de 22 de Agosto de 1983, pp.6 ss), dispõe no seu n.º 1, alínea a): «A pessoa que exerça uma actividade assalariada no território de um Estado-membro, ao serviço de uma empresa de que normalmente depende, e que seja destacada por esta empresa para o território de outro Estado-membro a fim de aí efectuar um trabalho por conta desta última, continua sujeita à legislação do primeiro Estado-membro, desde que o período previsível desse trabalho não exceda doze meses e que não seja enviada em substituição de outra pessoa que tenha terminado o período do seu destacamento».

10. Foi esta circunstância que ditou a adopção da Directiva n.º 96/71/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços<sup>32</sup>.

Pelo que respeita às condições de trabalho e emprego dos trabalhadores destacados, estabelece-se no art. 3.º, n.º 1, da Directiva que, independentemente da lei aplicável à relação laboral, serão garantidas aos trabalhadores destacados as condições estabelecidas por disposições legais, regulamentares ou convencionais do Estado-Membro de execução do trabalho relativas aos períodos máximos de trabalho, à duração mínima das férias anuais remuneradas, às remunerações salariais mínimas, às condições de disponibilização dos trabalhadores, à segurança, à saúde e à higiene no trabalho, às condições de trabalho e emprego das mulheres grávidas e das puérperas, das crianças e dos jovens e à igualdade de tratamento entre homens e mulheres.

Estas matérias constituem, pois, um *núcleo duro* de condições de trabalho e emprego, cuja observância é obrigatória para as empresas que destacam trabalhadores para outro Estado-Membro<sup>33</sup>.

A Directiva visa, por conseguinte, resolver a questão acima suscitada, sujeitando certos aspectos das condições de trabalho e emprego dos trabalhadores temporariamente destacados às regras vigentes no *país de acolhimento ou de destino*, sem prejuízo de se aplicarem aos demais aspectos da relação laboral as regras da lei escolhida pelas partes ou as do país de origem do trabalhador.

Consagra-se nela, segundo JÜRGEN BASEDOW, uma *excepção ao princípio da aplicação da lei do país de origem*<sup>34</sup>.

#### 4. Continuação: os limites à aplicação das normas imperativas do país de acolhimento do trabalhador

11. A Directiva 96/71/CE não harmonizou, porém, as regras de protecção mínima dos trabalhadores a que se refere. O seu conteúdo pode, pois, ser livremente definido pelos Estados-Membros<sup>35</sup>.

Cedo se suscitaram, por isso, diversas questões atinentes à definição das situações em que é dado aos Estados-Membros da Comunidade limitarem, ao abrigo dessas regras, a prestação de actividade laboral por trabalhadores destacados para o seu território.

Foi o que sucedeu no caso *Arblade*<sup>36</sup>. Estava em causa um destacamento de trabalhadores ao serviço de duas empresas estabelecidas em França, que efectuaram trabalhos de construção civil na Bélgica e para aí transferiram trabalhadores seus. Essas empresas e os respectivos gerentes foram accionados na Bélgica por não terem cumprido diversas obrigações, previstas nas leis belgas, respeitantes à elaboração, manutenção e conservação de documentos sociais e de trabalho, à remuneração mínima no sector da construção civil e ao pagamento pela entidade patronal de quotizações para certos fundos de que eram beneficiários os trabalhadores. As disposições legais que consagravam essas obrigações eram consideradas leis de polícia e de segurança, na acepção do art. 3.º, primeiro parágrafo, do Código Civil belga, estando portanto sujeitos a elas todos os que se encontram em território belga.

No acórdão que proferiu sobre o caso, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sustentou que das liberdades comunitárias resultam certas limitações à eficácia das *lois de police* (também ditas normas internacionalmente imperativas, de aplicação imediata ou necessária<sup>37</sup>) em matéria laboral. A

<sup>32</sup> In *JOCE*, n.º L 18, de 21 de Janeiro de 1997, pp. 1 ss. Em Portugal, a Directiva n.º 96/71 foi transposta para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 9/2000, de 15 de Junho, tendo os Códigos do Trabalho de 2003 e 2009 disciplinado a matéria, respectivamente, nos arts. 7.º a 9.º e 6.º a 8.º. Ver, sobre a Directiva, MARIE-ANGE MOREAU, «Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne», *Clunet*, 1996, pp. 889 ss.

<sup>33</sup> Cfr. a Comunicação da Comissão Europeia intitulada *Orientações relativas ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços*, doc. COM (2006) 159 final, p. 2.

<sup>34</sup> Cfr. «European Private International Law of Obligations and Internal Market Legislation – A Matter of Coordination», in J. ERAUW, V. TOMLJENOVIC e P. VOLKEN (orgs.), *Liber Memorialis Petar Sarcevic. Universalism, Tradition and the Individual*, Munique, 2006, pp. 13 ss. (pp. 16 s.).

<sup>35</sup> Neste sentido, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 18 de Julho de 2007, caso *Comissão c. RFA* (proc. C-490/04).

<sup>36</sup> Acórdão de 23 de Novembro de 1999 (procs. C-369/96 e C-376/96).

<sup>37</sup> I. é, no dizer do acórdão, as «disposições nacionais cuja observância foi considerada crucial para a salvaguarda da organização política, económica, social ou económica do Estado-Membro em causa, a ponto de impor o seu respeito a qualquer pessoa que se encontre no território nacional desse Estado-Membro ou a qualquer relação jurídica neste localizada».

fim de que os órgãos nacionais de aplicação do Direito possam conferir-lhes efeitos nas situações em que esteja em causa o exercício de alguma daquelas liberdades é necessário, de acordo com o Tribunal, que, mesmo na ausência de uma harmonização das regras aplicáveis nesta matéria:

—Isso se justifique por «razões imperativas de interesse geral», que se apliquem a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma actividade no território do Estado-Membro de acolhimento (entre as quais figura a protecção dos trabalhadores, mas não considerações de ordem meramente administrativa);

—O mesmo interesse não esteja salvaguardado por regras «essencialmente comparáveis em razão da sua finalidade», i. é, funcionalmente equivalentes, a que o respectivo destinatário esteja sujeito no Estado-Membro em que se encontra estabelecido;

—A aplicação dessas regras seja «adequada para garantir a realização do objectivo que as mesmas prosseguem»; e

—«Não ultrapasse o necessário para atingir esse objectivo», i. é, seja proporcionada a este.

Esta jurisprudência foi posteriormente desenvolvida em diversos outros arestos do Tribunal de Justiça<sup>38</sup>.

**12.** Em suma, está em jogo nesta matéria a conciliação de duas ordens de objectivos prosseguidos pela Comunidade:

—Por um lado, a tutela de certos direitos sociais fundamentais e a garantia da igualdade das condições de concorrência no mercado, que pressupõem que as empresas estrangeiras sejam submetidas em cada Estado-Membro às mesmas condições que as empresas locais;

—Por outro lado, as liberdades económicas fundamentais e a concorrência que através delas se visa promover, as quais reclamam que as empresas estrangeiras possam tirar partido dos menores custos por si suportados em razão das regras materiais a que estão submetidas no respectivo Estado-Membro de estabelecimento<sup>39</sup>.

O primeiro destes objectivos postula a aplicação da lei do Estado-Membro de acolhimento dos trabalhadores destacados; o segundo, a aplicação da lei do Estado-Membro de origem.

Na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem procurado conciliar estes objectivos, enunciando um conjunto de condições de que depende a aplicação das normas imperativas em matéria laboral do país de acolhimento. Não se verificando essas condições, a primazia é conferida às normas da lei do Estado-Membro onde o trabalhador presta habitualmente a sua actividade — *hoc sensu*, aquele de que é originário.

## 5. A liberdade de circulação e permanência no território dos Estados-Membros e a lei aplicável ao estatuto pessoal das pessoas singulares

**13.** Como já se referiu, o Tratado de Maastricht introduziu no art. 18.º do Tratado da Comunidade Europeia a *liberdade de circulação e permanência* no território dos Estados-Membros, a qual é reconhecida como um direito fundamental a todos os cidadãos da União Europeia, independentemente de exercerem qualquer actividade económica no Estado de acolhimento<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Haja vista, designadamente, aos acórdãos *Mazzoleni*, de 15 de Março de 2001 (proc. C-165/98), *Finalarte*, de 25 de Outubro de 2001 (procs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98), *Portugaia*, de 22 de Janeiro de 2002 (proc. C-164/99), *Comissão c. República Italiana*, de 7 de Fevereiro de 2002 (proc. C-279/00), *Comissão c. Grão-Ducado do Luxemburgo*, de 21 de Outubro de 2004 (proc. C-445/03), *Comissão c. RFA*, de 19 de Janeiro de 2006 (proc. C-244/04), e *Laval*, de 18 de Dezembro de 2007 (proc. C-341/05).

<sup>39</sup> Cfr. MARC FALLON, «Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes», *Revue Critique de Droit International Privé* (doravante RCDIP), 2008, pp. 781 ss. (pp. 817 s.).

<sup>40</sup> Cfr. JÜRGEN SCHWARTZE (org.), *EU Kommentar*, cit., sub art. 18, nota 8. A liberdade de circulação dos trabalhadores configura-se, por conseguinte, como uma *lex specialis* relativamente à liberdade de circulação e permanência a que alude o art. 18.º: assim, ULRICH WÖLKER e GERHARD GRILL, in HANS VON DER GROEBEN e JÜRGEN SCHWARTZE (orgs.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, cit., p. 1289. Sendo essa liberdade exercida para fins laborais, são os arts. 39.º e seguintes que devem ser aplicados, ainda que hajam de ser interpretados à luz do que se dispõe naquele preceito: cfr., neste sentido, o acórdão de 26 de Novembro de 2002, caso *Ola-zabal* (proc. C-100/01).

Em razão desse preceito do Tratado, a liberdade de circulação e permanência passou a poder ser também invocada por pessoas que não exercem uma actividade laboral num Estado-Membro, como fundamento da não aplicação da lei local às questões do seu estatuto pessoal e em prol do reconhecimento, por esse Estado-Membro, de situações jurídicas constituídas de acordo com a lei de outro Estado-Membro<sup>41</sup>.

Assim sucedeu no caso *Garcia Avello*, que todavia foi examinado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sob o prisma da proibição de discriminações em razão da nacionalidade, consignada no art. 12.º do Tratado<sup>42</sup>.

A questão colocou-se de novo, mais recentemente, no caso *Grunkin-Paul*. Discutia-se nele a compatibilidade com o Direito Comunitário da recusa de inscrição no registo civil, por um serviço de registo civil de Niebüll, na Alemanha, do apelido de uma criança de nacionalidade alemã, mas nascida na Dinamarca, onde residia, constituído pelos apelidos do pai, STEFAN GRUNKIN, e da mãe, DOROTHEE PAUL.

Essa recusa tinha como fundamento a circunstância de a lei alemã, ao contrário da dinamarquesa, não permitir semelhante composição do apelido da criança, embora o mesmo houvesse previamente sido registado na Dinamarca nos termos requeridos pelos pais.

A lei alemã era aplicável ao caso segundo o art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil alemão (EGBGB), que, à imagem do Direito Internacional Privado de diversos Estados-Membros da Comunidade, entre os quais o português, bem como da Convenção de Munique de 1980 sobre a Lei Aplicável aos Nomes Próprios e Apelidos<sup>43</sup>, atribui competência nesta matéria à lei da nacionalidade.

Num primeiro acórdão, *Grunkin-Paul I*<sup>44</sup>, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias considerou que o Amtsgericht de Niebüll, que conheceu do caso num processo de jurisdição voluntária (portanto sem ser chamado a decidir um litígio), actuara na qualidade de autoridade administrativa. Por esta razão o Tribunal comunitário declarou-se incompetente para decidir a questão que lhe fora colocada em sede de reenvio prejudicial.

Essa questão viria, porém, a ser de novo suscitada perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias pelo Amtsgericht de Flensburg, no âmbito do litígio que opôs STEFAN GRUNKIN e DOROTHEE PAUL ao serviço de registo civil de Niebüll, em virtude de este se ter recusado a reconhecer o apelido do seu filho LEONHARD MATTHIAS.

Em novo acórdão, *Grunkin-Paul II*<sup>45</sup>, o Tribunal de Justiça salientou que o facto de o interessado ser obrigado a usar, no Estado-Membro de que tem a nacionalidade, um nome diferente do que lhe foi atribuído e registado no Estado-Membro de nascimento e residência pode entravar o exercício do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, consagrado no artigo 18.º do Tratado da Comunidade Europeia. Com este fundamento, o Tribunal declarou:

«Em condições como as do processo principal, o artigo 18.º CE opõe-se a que as autoridades de um Estado-Membro, em aplicação do direito nacional, recusem o reconhecimento do apelido de um menor, tal como determinado e registado noutro Es-

<sup>41</sup> Ver, sobre o ponto, ROBERTO BARATTA, «Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *IPRax*, 2007, pp. 4 ss.

<sup>42</sup> Cfr. o acórdão de 2 de Outubro de 2003 (proc. C-148/02). Segundo o Tribunal, o preceito referido no texto seria incompatível com a recusa das autoridades belgas em reconhecer o apelido de duas crianças, ambas de nacionalidade espanhola e belga e residentes na Bélgica, que lhes fora previamente atribuído nos termos da lei espanhola. O princípio da não discriminação proscreve, segundo o Tribunal, que situações idênticas sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes sejam tratadas de igual maneira. Ao tratarem bi-nacionais belgas e espanhóis da mesma forma que as pessoas que possuem apenas a nacionalidade belga, recusando-lhes, ao abrigo da lei belga, a possibilidade de usarem os apelidos do pai e da mãe, que a lei espanhola lhes reconhece, as autoridades belgas teriam incorrido numa violação do Tratado. Ver, sobre este aresto, a anotação de ELSA DIAS OLIVEIRA in *Cadernos de Direito Privado*, Abril/Junho de 2004, pp. 28 ss., e RUI DE MOURA RAMOS, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais», in *eiusdem, Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, cit., vol. II, pp. 241 ss.

<sup>43</sup> Convenção n.º 19 da CIEC, aprovada para adesão pela Resolução da Assembleia da República n.º 8/84, de 8 de Novembro de 1983, in *Diário da República*, n.º 54, I série, de 3 de Março de 1984.

<sup>44</sup> Acórdão de 27 de Abril de 2006 (proc. C-96/04).

<sup>45</sup> Acórdão de 14 de Outubro de 2008 (proc. C-353/06). Ver, sobre este, MATTHIAS LEHMANN, «What's in a name? *Grunkin-Paul* and Beyond», *Yearbook of Private International Law* (doravante *YPIL*), 2008, pp. 135 ss.; MARIA DOLORES ORTIZ VIDAL, «El caso *Grunkin-Paul*: notas a la STJUE de 14 de Octubre de 2008», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (doravante *CDT*), 2009, n.º 1, pp. 143 ss.; e HEINZ-PETER MANSEL, KARSTEN THORN e ROLF WAGNER, «Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation», *IPRax*, 2009, pp. 1 ss. (pp. 2 ss.).

tado-Membro onde esse menor nasceu e reside desde essa data, que, como os seus pais, tem unicamente a nacionalidade do primeiro Estado-Membro.»

Da liberdade de circulação e permanência no interior da Comunidade resultou, assim, uma restrição de vasto alcance à aplicabilidade da lei do país da nacionalidade às questões compreendidas no estatuto pessoal de uma pessoa singular – restrição essa que operou, na espécie, em benefício da lei do país de nascimento e de residência habitual dessa pessoa, i. é, da lei do seu *páís de origem*.

### III. A liberdade de estabelecimento

#### 1. A liberdade de estabelecimento e a determinação da lei pessoal das sociedades comerciais: posição do problema

14. Passemos à liberdade de estabelecimento<sup>46</sup>. Esta encontra-se consagrada no art. 43.º do Tratado da Comunidade Europeia em benefício dos nacionais dos Estados-Membros. O art. 48.º equipara a estes as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade.

Visa-se através destes preceitos assegurar a livre circulação dos trabalhadores independentes e das empresas através das fronteiras, reconhecendo-se-lhes a faculdade de se instalarem num Estado-Membro para nele exercerem a respectiva actividade. Nesta medida, esses preceitos encontram-se estreitamente conexos com os que garantem a liberdade de circulação das pessoas singulares. As suas repercussões na regulação das situações privadas internacionais apresentam, no entanto, certas especificidades, pelo que os consideraremos aqui separadamente.

Avultam a este respeito, em primeiro lugar, as questões relacionadas com a determinação da lei pessoal das sociedades comerciais.

É bem sabido que, não obstante a adopção, desde 1968, de diversas Directivas em matéria de sociedades<sup>47</sup>, não foi ainda lograda na Comunidade Europeia uma integral harmonização do respectivo regime. Ao que não será alheia a estreita ligação entre este tema, a organização económica prevalecente em cada país e o grau de controlo exercido pelo Estado sobre a actividade das empresas.

A determinação da lei pessoal reveste-se assim de grande importância sempre que uma sociedade comercial constituída num Estado-Membro, de acordo com a lei local, pretenda exercer a sua liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro.

Pergunta-se, nessas situações, se a sociedade em questão deverá ficar submetida, nos países que consagram a aplicabilidade da lei da sede da administração ao estatuto pessoal das pessoas colectivas, a essa lei, ainda que a mesma seja mais exigente do que aquela conforme a qual a sociedade se constituiu.

#### 2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre a matéria

15. A relação entre a liberdade de estabelecimento e o estatuto pessoal das sociedades comerciais foi objecto, ao longo dos últimos vinte anos, de diversas decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Cfr., a este respeito, HANS VON DER GROEBEN e JÜRGEN SCHWARTZE (orgs.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, cit., vol. I, pp. 1479 ss.; RUDOLF STEIZ (org.), *EUV/EGV*, cit., pp. 686 ss.; RUDOLF GEIGER, *EUV/EGV*, cit., pp. 310 ss.; CHRISTIAN TIETJE, «Niederlassungsfreiheit», in DIRK EHLERS (org.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, cit., pp. 284 ss.; WOLFGANG KILIAN, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 107 ss.; PAUL CRAIG e GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law*, cit., pp. 791 ss.; JEAN-LOUIS CLERGERIE, ANNIE GRUBER e PATRICK RAMBAUD, *L'Union européenne*, cit., pp. 350 ss.; e JÜRGEN SCHWARTZE (org.), *EU Kommentar*, cit., pp. 632 ss. Na literatura jurídica portuguesa, vejam-se: JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito Comunitário*, cit., pp. 439 ss.; RUI DE MOURA RAMOS, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, cit., pp. 94 ss.; JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 573 ss.

<sup>47</sup> Sobre as quais podem consultar-se: MICHEL MENJUNQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, 2001; STEFAN GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht. Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts*, Heidelberg, 2004; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, 2005.

<sup>48</sup> Ver, sobre esta matéria, o nosso «Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais», in *Direito Internacional Privado. Ensaio*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. 91 ss., com mais referências.

Avulta entre elas a que foi proferida no caso *Centros*<sup>49</sup>. O Tribunal considerou aí que a recusa por um serviço público dinamarquês de registar a sucursal de uma sociedade constituída no Reino Unido, ainda que esta tivesse como finalidade o exercício na Dinamarca de toda a actividade que integrava o seu objecto social, impedia o exercício da liberdade de estabelecimento. Lê-se, com efeito, nesse aresto:

«Os artigos 52.º e 58.º [actuais artigos 43.º e 48.º] do Tratado CE opõem-se a que um Estado-Membro recuse o registo de uma sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro, no qual aquela tem a sua sede, sem aí exercer actividades comerciais, quando a sucursal se destina a permitir à sociedade em causa exercer a totalidade da sua actividade no Estado em que esta sucursal será constituída, evitando constituir neste uma sociedade e eximindo-se assim à aplicação das normas de constituição de sociedades que aí são mais rigorosas em matéria de liberação de um capital social mínimo.»

Uma sociedade comercial validamente constituída segundo a lei de um Estado-Membro da Comunidade deve, pois, poder criar noutro Estado-Membro uma sucursal destinada a exercer toda a sua actividade.

16. Subsequentemente, no acórdão *Inspire Art*<sup>50</sup>, o Tribunal entendeu que um Estado-Membro não pode impor, ao abrigo da sua lei, requisitos adicionais ao exercício da liberdade de estabelecimento por uma sociedade originária de outro Estado-Membro. Um tribunal de Amesterdão havia entendido que uma sociedade constituída no Reino Unido, sob a forma de uma *private company limited by shares*, mas cujo único administrador tinha domicílio nos Países-Baixos, onde a sociedade exercia toda a sua actividade, era uma «sociedade formalmente estrangeira» (ou «pseudo-estrangeira»), sujeita, como tal, a certas obrigações previstas na lei holandesa, relativas à matrícula, ao capital social mínimo, às publicações sociais, à responsabilidade dos administradores, etc. O Tribunal de Justiça considerou, porém, que a aplicação das normas da lei holandesa à sociedade em questão implicaria um entrave à liberdade de estabelecimento. Os arts. 43.º e 48.º do Tratado de Roma opunham-se, por isso, à aplicação dessa lei.

Uma sociedade validamente constituída segundo o Direito de um Estado-Membro, mas que exerce a sua actividade exclusivamente no território de outro Estado-Membro, não pode, por conseguinte, ficar subordinada às normas imperativas deste último sobre a constituição de sociedades.

### 3. Suas repercussões sobre o Direito Internacional Privado: a aplicabilidade das regras que sancionam a fraude à lei

17. Desta jurisprudência, e em particular do acórdão *Centros*, infere-se que, em matéria de sociedades, uma situação jurídica constituída num Estado-Membro com o intuito de evitar a aplicação da lei de outro Estado-Membro que normalmente seria competente não é susceptível de ser qualificada como fraude à lei em Direito Internacional Privado desde que se funde no exercício de uma liberdade comunitária.

Bem se compreende que assim seja. De outro modo, os Estados-Membros da Comunidade Europeia poderiam restringir as liberdades comunitárias mediante regras de fonte interna, obstando à con-

<sup>49</sup> Acórdão de 9 de Março de 1999 (proc. C-212/97). Ver, sobre o mesmo, PETER BEHRENS, «Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH», *IPRax*, 1999, pp. 323 ss.; *idem*, «International Company Law in View of the Centros Decision of the ECJ», *European Business Organization Law Review*, 2000, pp. 125 ss.; FRANCISCO GARCIMARTIN ALFÉREZ, «El Tratado CE y la Sitztheorie: - el TJCE considera - por fin - que son incompatibles», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999, pp. 295 ss.; WERNER EBKE, «Centros - Some Realities and Some Mysteries», *American Journal of Comparative Law*, 2000, pp. 623 ss.; KARL PETER PUSZKAJLER, «Luxemburg locuta, causa non finita? Anmerkungen aus der Praxis zu dem Centros-Urteil des EuGH», *IPRax*, 2000, pp. 79 s.; WULF-HENNING ROTH, anotação ao ac. *Centros*, na *Common Market Law Review*, 2000, pp. 147 ss.; KARSTEN THOMAS, «Das Centros-Urteil des EuGH im Spiegel der deutschen Rechtsprechung», *IPRax*, 2001, pp. 102 ss.; MARC-PHILIPPE WELLER, «Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung», *IPRax*, 2003, pp. 207 ss.; e TITO BALLARINO «Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *RCDIP*, 2003, pp. 373 ss. Na doutrina portuguesa, vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, 2002, pp. 102 s.

<sup>50</sup> Acórdão de 3 de Setembro de 2003 (proc. C-167/01). Ver DANIEL ZIMMER, «Nach "Inspire Art": Grenzlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?», *Neue Juristische Wochenschrift* (doravante *NJW*), 2003, pp. 3585 ss.; EVA-MARIA KIEHNINGER, «Internationales Gesellschaftsrecht nach "Centros", "Überseering" und "Inspire Art"», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (doravante *ZEuP*), 2004, pp. 685 ss.

corrência entre as ordens jurídicas nacionais no tocante às condições de constituição das sociedades comerciais.

Nos domínios em que as regras nacionais de Direito das Sociedades foram harmonizadas em virtude de actos de Direito Comunitário, estas devem considerar-se *funcionalmente equivalentes* entre si, sendo por isso indiferente, sob o prisma dos interesses acautelados por esses actos, a lei aplicável às situações plurilocalizadas.

Há, nesta medida, que reconhecer que o Direito Comunitário restringe, no tocante às situações intracomunitárias, o âmbito de aplicação das regras que sancionam a fraude à lei em Direito Internacional Privado<sup>51</sup>.

**18.** Ressalva-se, é certo, no acórdão *Centros*, a possibilidade de um Estado-Membro tomar medidas adequadas (inclusive de carácter legislativo), a fim de prevenir ou sancionar situações em que se demonstre quererem os sócios, mediante o procedimento referido, eximir-se às suas obrigações perante credores estabelecidos nesse Estado-Membro.

Mas tais medidas terão de ser, à semelhança do que sucede em matéria de destacamento de trabalhadores, não discriminatórias, justificadas por razões imperativas de interesse geral, adequadas aos objectivos que prosseguem e proporcionadas.

Dentro destes limites, haverá, que consentir que os nacionais dos Estados-Membros da Comunidade Europeia exerçam a liberdade de estabelecimento que o Tratado de Roma lhes confere, tirando partido, se for caso disso, da diversidade das regras de Direito das Sociedades vigentes nesses Estados<sup>52</sup>.

Este *modelo liberal* de integração, assente na competência legislativa, suscita a questão de saber se existe na Europa uma suficiente homogeneidade entre os regimes nacionais das sociedades que permita evitar que ele redunde em prejuízo dos interesses de terceiros protegidos através de normas imperativas do país de acolhimento<sup>53</sup>.

Só a doutrina da sede real permite, com efeito, assegurar que as sociedades comerciais que tenham a sua sede no território de determinado país não se subtraem às regras locais que visam proteger os interesses dos credores e dos sócios.

Ora, como notámos acima, em ordem a tutelar estes interesses foram adoptadas pela Comunidade Europeia diversas Directivas, com particular incidência no regime das sociedades de capitais e, dentre estas, das sociedades anónimas. Na medida, por conseguinte, em que os Estados-Membros as hajam transposto para as respectivas ordens jurídicas internas, não será hoje necessária a aplicação da lei do país da sede, pelo que respeita às matérias reguladas nessas Directivas, a fim de proteger os interesses por elas tutelados<sup>54</sup>.

#### 4. Continuação: a lei pessoal das sociedades comerciais

**19.** De acordo com o acórdão *Centros*, uma sociedade constituída em conformidade com a lei de um Estado-Membro da Comunidade Europeia, onde tenha a sua sede estatutária, pode criar uma sucursal no território de outro Estado-Membro, e registá-la nele, ainda que possua a sua sede efectiva no território deste.

---

<sup>51</sup> Ver KLAUS SCHURIG, «Unilateralistische Tendenzen im europäischen Gesellschaftskollisionsrecht, oder: Umgehung als Regelungsprinzip», in HILMAR KRÜGER e HEINZ-PETER MANSEL (orgs.), *Liber Amicorum Gerhard Kegel*, Munique, 2002, pp. 199 ss. (especialmente pp. 219 s.); RUI DE MOURA RAMOS, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos recentes», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, vol. II, cit., pp. 39 ss. (especialmente pp. 65 ss.).

<sup>52</sup> A liberdade de estabelecimento, escreveu o Advogado-Geral ANTONIO LA PERGOLA nas suas conclusões sobre o caso *Centros* (n.º 20), «compreende seguramente, para qualquer interessado, o direito de criar uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro para operar nesse mesmo Estado ou, *nos mesmos termos em qualquer outro Estado-Membro*».

<sup>53</sup> Cfr. HORATIA MUIR-WATT «Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International* (doravante *Rec. Cours*), t. 307 (2004), pp. 29 ss. (pp. 113 ss.).

<sup>54</sup> Neste sentido, WULF-HENNING ROTH, «Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht», *RabelsZ*, 1991, pp. 623 ss. (p. 649).

Enquanto Estado-Membro de acolhimento de uma sucursal, esse Estado vê deste modo inevitavelmente limitado o seu poder de conformação jurídica dessa sociedade.

Por exemplo, uma sociedade comercial constituída noutro Estado-Membro da Comunidade Europeia, de acordo com a lei desse Estado, que queira exercer em Portugal a sua actividade através de um estabelecimento secundário e que aqui tenha a sua sede efectiva, ficará submetida à lei segundo a qual se constituiu, no tocante a questões como o capital social mínimo, os deveres de publicidade e a responsabilidade dos administradores, e não à lei portuguesa, como resultaria do artigo 3.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, sempre que da aplicação desta lei resulte um entrave à liberdade de estabelecimento e essa aplicação não possa justificar-se com base em «exigências imperativas de interesse geral»<sup>55</sup>.

A liberdade de estabelecimento, na interpretação que lhe deu o acórdão *Centros*, tem, nesta medida, uma *projectão negativa* sobre a regra de conflitos que sujeita o estatuto pessoal das sociedades comerciais à lei do país da sede real e efectiva da sua administração, limitando o seu alcance em benefício da lei do país de acordo com a qual essas sociedades se constituíram - i.é, da lei do seu país de origem.

Estes desenvolvimentos da jurisprudência comunitária levaram o Ministério da Justiça alemão a publicar, em 2008, um projecto de lei sobre o Direito Internacional Privado das Sociedades, Associações e Pessoas Jurídicas, que altera a EGBGB, acolhendo expressamente a *teoria da incorporação* pelo que respeita à determinação da lei aplicável ao estatuto pessoal dessas entidades<sup>56</sup>.

## 5. Continuação: o reconhecimento num Estado-Membro de sociedades comerciais constituídas em outros Estados-Membros

20. As limitações assim impostas à aplicação da lei do país da sede real e efectiva da administração das sociedades comerciais são um reflexo do *dever de reconhecimento*, nos Estados-Membros da Comunidade Europeia, das sociedades regularmente constituídas noutros Estados-Membros em conformidade com o Direito destes – dever esse que, conforme resulta da jurisprudência comunitária, se estende aos casos em que a sede da sociedade em causa se situe no território do próprio Estado onde o

<sup>55</sup> Ver, em sentido análogo, perante o art. 25 da Lei Italiana de Direito Internacional Privado, MASSIMO BENEDELLI, «Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (doravante *RDIPP*), 2001, pp. 592 ss. (pp. 619 s.); e GIULIA ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Pádua, 2002, p. 277.

<sup>56</sup> Cfr. *Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*. Dispõe o art. 10 da EGBGB, na redacção dada por este projecto de lei: «As sociedades, associações e pessoas jurídicas de Direito Privado estão sujeitas ao Direito do Estado em que se encontram inscritas num registo público. Se não estiverem inscritas num registo público, estão sujeitas ao Direito do Estado de acordo com o qual se encontram organizadas». Ver, sobre este projecto, ROLF WAGNER e BIRTE TIMM, «Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristische Personen», *IPRax*, 2008, pp. 81 ss. Este texto praticamente reproduz a proposta de um regulamento comunitário e de lei de alteração da EGBGB publicada em 2007 pelo Conselho Alemão de Direito Internacional Privado, que consagrava igualmente nesta matéria a doutrina da incorporação. Cfr. HANS-JÜRGEN SONNENBERGER e FRANK BAUER, «Proposition du Deutscher Rat für Internationales Privatrecht en vue de l'adoption d'une réglementation du droit international des sociétés au niveau européen/national», *RCDIP*, 2006, pp. 712 ss.; HANS-JÜRGEN SONNENBERGER (org.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts. Vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht*, Tubinga, 2007. No mesmo sentido, a *Lei de Modernização do Direito das Sociedades de Responsabilidade Limitada e de Combate aos Abusos (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen)*, de 23 de Outubro de 2008, suprimiu a exigência de que a sede estatutária e a sede da administração das sociedades de responsabilidade limitada e das sociedades por acções coincidam, permitindo assim que as sociedades desse tipo constituídas na Alemanha estabeleçam originariamente ou transfiram a sede da respectiva administração para o estrangeiro, à imagem do que os acórdãos *Überseering* e *Inspire Art* haviam permitido no tocante a sociedades constituídas noutros Estados-Membros da Comunidade Europeia. O que, segundo os autores que se pronunciaram sobre esta alteração legislativa, implicou a consagração no Direito alemão da *doutrina da incorporação*: cfr. BERND VON HOFFMANN e KARSTEN THORN, *Internationales Privatrecht*, Munique, 2007, p. 293; JÖRN FINGERHUTH e JOACHIM RUMPF, «MoMiG und die Grenzüberschreitende Sitzverlegung – Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?», *IPRax*, 2008, pp. 90 ss. Esta doutrina já tinha, aliás, sido acolhida na jurisprudência do Tribunal Federal alemão desde pelo menos 2004 (neste sentido, KINDLER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4.ª ed., Munique, 2006, vol. 11, *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-245)*, pp. 62 s.; e PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 66.ª ed., Munique, 2007, p. 2517 s.).



reconhecimento é reclamado, i. é, às sociedades ditas «pseudo-estrangeiras» ou «formalmente estrangeiras»<sup>57</sup>.

Funda-se esse dever na presunção de que, sendo as garantias oferecidas pelo Direito Societário dos Estados-Membros da Comunidade, em razão da harmonização de legislações neles empreendida, *fundamentalmente equivalentes* entre si, nenhuma razão existe para que um ente constituído de acordo com o Direito de um desses Estados não possa desenvolver a sua actividade no território dos demais, *maxime* estabelecendo-se nele.

## 6. Continuação: a transferência internacional da sede das sociedades comerciais

21. Em caso de transferência internacional da sede efectiva de uma sociedade constituída de acordo com a lei de um Estado-Membro da Comunidade, o Direito Comunitário exige também o reconhecimento da personalidade jurídica e da capacidade judiciária de que essa sociedade goza segundo aquela lei (ainda que sob a condição de a lei do país de incorporação não determinar, em tal caso, a dissolução da sociedade).

Eis por que, no acórdão *Überseering*<sup>58</sup>, foi tida como contrária ao Tratado da Comunidade Europeia a recusa de reconhecimento de capacidade jurídica, num Estado-Membro (a Alemanha), a uma sociedade constituída de acordo com a lei de outro Estado-Membro (os Países-Baixos). Sustentou, para tanto, o Tribunal:

«1. Os artigos 43.º CE e 48.º CE opõem-se a que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social é considerada, segundo o direito de outro Estado-Membro, como tendo transferido a sua sede efectiva para este Estado, este último não reconheça à referida sociedade a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária perante os seus órgãos jurisdicionais nacionais para invocar os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade estabelecida no referido Estado. 2. Quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social exerce a sua liberdade de estabelecimento noutra Estado-Membro, os artigos 43.º CE e 48.º CE impõem a este último que respeite a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária que esta sociedade possui nos termos do direito do seu Estado de constituição.»

Uma sociedade pode, pois, transferir a sua sede social de um Estado-Membro para outro sem que lhe possa ser oposta a perda da sua personalidade jurídica em aplicação do critério da sede real.

Por outro lado, no acórdão *Cartesio*<sup>59</sup>, o Tribunal, retomando um princípio já enunciado no caso *Daily Mail*<sup>60</sup>, julgou que um Estado-Membro (na espécie, a Hungria) pode recusar a uma sociedade que transferiu a sua sede para outro Estado-Membro (concretamente, a Itália) a conservação da sua qualidade de sociedade de Direito nacional. Mas, explicitou o Tribunal, o Estado-Membro de origem não pode impor a dissolução e liquidação da sociedade, impedindo-a de se transformar em so-

<sup>57</sup> Cfr., sobre o ponto, PAUL LAGARDE, «Rapport de synthèse», in ANGELIKA FUCHS, HORATIA MUIR-WATT e ETIENNE PATAUT (orgs.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 283 ss. (p. 288).

<sup>58</sup> Acórdão de 5 de Novembro de 2002 (proc. C-208/00). Ver WULF-HENNING ROTH, «From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law», *International and Comparative Law Quarterly* (doravante *ICLQ*), 2003, pp. 177 ss.; PETER BEHRENS, «Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art», *IPRax*, 2003, pp. 193 ss.

<sup>59</sup> Acórdão de 16 de Dezembro de 2008 (proc. C-210/06). Ver FRANCISCO MARTINEZ RIVAS, «Traslado internacional de sede internacional en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada», *CDT*, 2009, n.º 1, pp. 132 ss.; HEINZ-PETER MANSSEL, KARSTEN THORN e ROLF WAGNER, est. cit. na *IPRax*, 2009, pp. 4 s.

<sup>60</sup> Acórdão de 17 de Setembro de 1988 (proc.81/87). Discutia-se nesse caso a compatibilidade com o Direito Comunitário da exigência, formulada pela legislação do Reino Unido, de uma autorização prévia, a fim de que uma sociedade constituída de acordo com o Direito desse país pudesse transferir a sede da sua administração para outro Estado-Membro da Comunidade Europeia, conservando a sua personalidade jurídica. O Tribunal considerou que os actuais arts. 43.º e 48.º do Tratado devem ser interpretados no sentido de que não conferem, no presente estágio do Direito Comunitário, nenhum direito a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que neste tenha a sua sede estatutária, de transferir a sede da sua administração para um outro Estado-Membro. Os Estados-Membros seriam assim fundamentalmente livres de disciplinarem conforme entendessem a conexão exigível entre uma sociedade e o território nacional, a fim de serem tidas como existentes e sujeitas ao Direito local. Nesta ordem de ideias, o Estado-Membro da sede de uma sociedade poderia determinar a sua dissolução em caso de transferência da sede da sua administração para outro Estado-Membro.

cidade de Direito nacional de outro Estado-Membro, visto que isso constituiria uma restrição ilícita à liberdade de estabelecimento<sup>61</sup>.

## 7. A liberdade de estabelecimento e a determinação da lei pessoal das pessoas singulares

**22.** Também no tocante ao estatuto pessoal das pessoas singulares a diversidade dos Direitos nacionais pode limitar o exercício do direito de estabelecimento nos Estados-Membros por nacionais de outros Estados-Membros.

Assim, analogamente ao que sucede em matéria de sociedades comerciais, um Estado-Membro não deve impor a um nacional de outro Estado-Membro, que nele se tenha estabelecido para exercer uma profissão liberal, a aplicação da lei local às questões do seu estatuto pessoal, na medida em que isso possa restringir o exercício da liberdade de estabelecimento.

Neste sentido se pronunciou o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no caso *Konstantinidis*<sup>62</sup>. Segundo o Tribunal, seria incompatível com o actual art. 43.º do Tratado da Comunidade Europeia a regra vigente no Estado-Membro de estabelecimento que obrigasse um cidadão de outro Estado-Membro a utilizar, no exercício da sua profissão, uma grafia do seu nome, resultante da respectiva transliteração no registo civil, que provocasse uma deformação da pronúncia do mesmo, com o risco de confusão junto da sua potencial clientela.

Também nesta matéria a liberdade de estabelecimento opera, pois, como um limite à aplicação da lei do Estado-Membro de acolhimento e em benefício, uma vez mais, da lei do país de origem.

## IV. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços

### 1. A afirmação jurisprudencial do princípio do reconhecimento mútuo em matéria de circulação de mercadorias e de serviços

**23.** Consideremos agora as repercussões da liberdade de circulação de mercadorias e da liberdade de prestação de serviços sobre o Direito Internacional Privado dos Estados-Membros da Comunidade.

A primeira destas liberdades comunitárias foi consignada, como se sabe, nos arts. 23.º e seguintes do Tratado da Comunidade Europeia, nos termos dos quais são proibidos entre os Estados-Membros os direitos aduaneiros de importação ou exportação, bem como as restrições quantitativas à importação e à exportação e as medidas de efeito equivalente<sup>63</sup>.

A segunda, consta do art. 49.º, conforme o qual as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade são proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação<sup>64</sup>. Consideram-se serviços, para este efeito, as

---

<sup>61</sup> O Direito Comunitário não se opõe a que, uma vez concretizada a transferência da sede da sociedade, se passe a aplicar a lei do país da nova sede às matérias compreendidas no seu estatuto pessoal, nem à exigência de que a sociedade conforme o seu contrato social com a lei do país de acolhimento. Daqui poderá resultar a necessidade de um procedimento de *transposição*, em ordem a determinar, à luz da lei do país da nova sede, qual o tipo societário equivalente àquele conforme o qual a sociedade se constituiu no país da sua sede originária. Cfr., neste sentido, KURT LIPSTEIN, «The Law relating to the movement of companies in the European Community», in HEINZ-PETER MANSEL, THOMAS PFEIFFER, HERBERT KRONKE, CHRISTIAN KOHLER e RAINER HAUSMANN (orgs.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munique, 2004, pp. 527 ss. (p. 530).

<sup>62</sup> Acórdão de 30 de Março de 1993 (proc. C-168/91).

<sup>63</sup> Ver RUDOLF STREINZ (org.), *EUV/EGV*, cit., pp. 432 ss.; RUDOLF GEIGER, *EUV/EGV*, cit., pp. 241 ss.; ASTRID EPINEY, «Freiheit des Warenverkehrs», in DIRK EHLERS (org.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, cit., pp. 177 ss.; WOLFGANG KILIAN, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 94 ss.; PAUL CRAIG e GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law*, cit., pp. 637 ss.; JEAN-LOUIS CLERGERIE, ANNIE GRUBER e PATRICK RAMBAUD, *L'Union européenne*, cit., pp. 333 ss.; e JÜRGEN SCHWARTZE (org.), *EU Kommentar*, cit., pp. 439 ss. Entre nós, cfr. JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito Comunitário*, cit., pp. 265 ss.; RUI DE MOURA RAMOS, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, cit., pp. 91 ss.; JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 529 ss.

<sup>64</sup> Vide RUDOLF STREINZ (org.), *EUV/EGV*, cit., pp. 693 ss.; RUDOLF GEIGER, *EUV/EGV*, cit., pp. 333 ss.; ECKHARD PACHE, «Dienstleistungsfreiheit», in DIRK EHLERS, ob. cit., pp. 315 ss.; WOLFGANG KILIAN, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 112 ss.; PAUL CRAIG e GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law*, cit., pp. 813 ss.; JEAN-LOUIS CLERGERIE, ANNIE GRUBER e PATRICK RAMBAUD,

prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas (art. 50.º).

**24.** Da liberdade de circulação de mercadorias resulta, segundo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no caso *Cassis de Dijon*, já citado, que qualquer mercadoria legalmente produzida e comercializada num Estado-Membro da Comunidade deve, em princípio, ser admitida no mercado de qualquer outro Estado-Membro, ainda que haja sido produzida de acordo com regras diversas das que são impostas às mercadorias de origem nacional<sup>65</sup>.

O princípio do reconhecimento mútuo, deste modo enunciado, comporta uma vertente positiva e outra negativa:

—Por um lado, cada Estado-Membro deve *reconhecer* as regras dos demais, admitindo que a sua observância é suficiente para a comercialização no seu território dos bens postos em circulação noutro Estado-Membro da Comunidade;

—Por outro, o país de destino dos produtos deve *abster-se de aplicar as suas próprias disposições legais* às situações que sejam conformes com a lei do respectivo país de origem<sup>66</sup>.

Originariamente afirmado no tocante às mercadorias, o princípio do reconhecimento mútuo foi depois estendido aos serviços<sup>67</sup>.

**25.** A diversidade das legislações nacionais no tocante a estas matérias não é, pois, em si mesma proscribida pelo Direito Comunitário. Este apenas se opõe a que os operadores económicos fiquem sujeitos, cumulativamente, a exigências díspares das legislações dos diferentes países em que pretendem comercializar os respectivos produtos. Sempre que essas exigências sejam *funcionalmente equivalentes*, a sua aplicação cumulativa constitui um entrave injustificado à livre circulação.

#### **26.** Mas qual a justificação económica do princípio do reconhecimento mútuo?

Em abono dele, pode dizer-se que só assim as mercadorias livremente comercializadas no respectivo país de origem manterão as suas vantagens competitivas ao serem comercializadas noutros países.

Num quadro normativo harmonizado, os operadores económicos devem poder tirar partido da diversidade das legislações nacionais. Estimula-se assim a concorrência entre as legislações sob a égide das quais os produtos oferecidos no mercado interno foram produzidos<sup>68</sup>. O que, a termo, contribui para a evolução dessas legislações no sentido de uma maior eficiência económica.

*L'Union européenne*, cit., pp. 356 ss.; e JÜRGEN SCHWARTZE (org.), *EU Kommentar*, cit., pp. 703 ss. Na doutrina portuguesa, o tema é analisado por JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito Comunitário*, cit., pp. 439 ss.; RUI DE MOURA RAMOS, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, cit., pp. 101 ss.; JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 573 ss.; e MARGARIDA SALEMA D'OLIVEIRA MARTINS, «A construção do mercado interno e a liberalização da prestação de serviços», *Revista de Estudos Europeus*, 2008, pp. 179 ss.

<sup>65</sup> Cfr. *Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon)*, *JOCE* n.º C 256 de 3 de Outubro de 1980, pp. 2 s., em que se pode ler: «Tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre État membre».

<sup>66</sup> Neste sentido, MATTEO ORTINO, «The Role and Functioning of Mutual Recognition in the European Market of Financial Services», *ICLQ*, 2007, pp. 309 ss. (pp. 312 s.).

<sup>67</sup> Cfr. o acórdão *Sager*, de 25 de Julho de 1991 (proc. C-76/90), em que o Tribunal de Justiça declarou: «O artigo 59 do tratado exige não só a eliminação de qualquer discriminação relativamente ao prestador de serviços em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição, ainda que aplicável indistintamente aos prestadores nacionais e aos dos outros Estados membros, que seja susceptível de proibir ou afectar de outro modo as actividades do fornecedor estabelecido noutro Estado membro, onde presta legalmente serviços análogos. Em particular, um Estado membro não pode subordinar a prestação de serviços no seu território à observância de todas as condições nele exigidas para um estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições do tratado destinadas precisamente a assegurar a livre prestação de serviços. Uma tal restrição é ainda menos admissível quanto o serviço seja prestado, diversamente da situação visada no artigo 60, última alínea, do tratado, sem que o prestador se desloque ao território do Estado membro da prestação».

<sup>68</sup> HORATIA MUIR-WATT, «Aspects», cit., p. 185.

<sup>69</sup> Ver, neste sentido, VINCENT HEUZÉ, «De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'antidroit européen», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 393 ss. (p. 412).

## 27. Agora pergunta-se: será o reconhecimento mútuo aplicável em matéria de Direito Privado?

Não falta quem entenda que ele apenas vale quanto a regras de Direito Público, *maxime* as que versam sobre autorizações administrativas, supervisão prudencial e a qualidade dos produtos<sup>69</sup>. A liberdade de circulação dos factores de produção não poderia, diz-se, ser afectada por normas de Direito Privado, as quais se limitariam a arbitrar conflitos de interesses privados<sup>70</sup>. Essa liberdade comunitária seria, também por isso, desprovida de incidência sobre os conflitos de leis.

O certo, porém, é que o Direito Privado não pode considerar-se subtraído a uma exigência de conformidade com o Direito Comunitário<sup>71</sup>.

Na verdade, as liberdades comunitárias contendem potencialmente com quaisquer normas jurídicas que restrinjam a faculdade de os agentes económicos celebrarem transacções no espaço comunitário e de estipularem as condições a que as mesmas obedecem.

Essas liberdades colidem, além disso, com os direitos subjectivos de cujo exercício resulte a repartição de mercados. Estão neste caso os direitos de propriedade intelectual: o «esgotamento comunitário» desses direitos, afirmado pelo Tribunal de Justiça nos casos *Centrapharm* e *Pharmon*, é justamente um exemplo da repercussão negativa das liberdades comunitárias sobre os direitos intelectuais<sup>72</sup>.

Mas o problema pode também pôr-se relativamente a outras regras de Direito Privado de que resultem restrições à livre circulação de produtos ou serviços<sup>73</sup>.

A globalização e a mobilidade sem precedentes dos factores de produção que lhe está associada tornaram, de resto, menos nítida a fronteira entre o Direito Público e o Direito Privado na disciplina das situações privadas internacionais, dando frequentemente origem a «conflitos de regulação económica», em que estão em causa normas de ambos os ramos do Direito<sup>74</sup>.

Uma *noção funcional* de entrave à livre circulação leva, assim, a considerar que também o Direito Privado se encontra submetido às regras do mercado interno<sup>75</sup>.

Aliás, se assim não fosse, não se justificaria a aproximação das regras do Direito Privado dos Estados-Membros através de actos de Direito Comunitário, como tem tantas vezes sucedido com fundamento no

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*, p. 413.

<sup>71</sup> Afirmou-o expressamente o Tribunal de Justiça no caso *Hubbard*: cfr. o acórdão de 1 de Julho de 1993 (proc. C-20/92), em que se pode ler: «A eficácia do direito comunitário não pode variar consoante os diferentes domínios do direito nacional no âmbito dos quais o mesmo pode fazer sentir os seus efeitos. A circunstância de um litígio de mérito relevar do direito sucessório não permite afastar a aplicação do direito à livre prestação de serviços consagrado pelo direito comunitário». Na doutrina, vejam-se no sentido do texto: WULF-HENNING ROTH, «Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht», cit., p. 641; *idem*, «Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht. Zur Entwicklung internationaler Sachnormen für europäische Sachverhalte», *ZEuP*, 1994, pp. 5 ss.; *idem*, «Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht», in JÜRGEN F. BAUR e HEINZ-PETER MANSEL (org.), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht. Fachtagung der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht am 17. und 18. Mai 2001*, Munique, 2002, pp. 45 ss. (p. 51); LUCA G. RADICATI DI BROZZOLO, «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», *RCDIP*, 1993, pp. 401 ss. (p. 407); FRANÇOIS RIGAUX e MARC FALLON, *Droit international privé*, 3.<sup>a</sup> ed., Bruxelas, 2005, p. 66; JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., Tübinga, 2006, p. 74.

<sup>72</sup> Acórdãos de 31 de Outubro de 1974 (proc. 15/74) e de 9 de Julho de 1985 (proc. 19/84). No mesmo sentido pode aduzir-se a decisão proferida pelo Tribunal do Luxemburgo no caso *Clinique*, em 2 de Fevereiro de 1994 (proc. C-315/92), em que esta instância considerou incompatível com o Direito Comunitário a proibição da comercialização de certos produtos na Alemanha ao abrigo de uma marca, quando os mesmos eram comercializados dessa forma nos demais Estados-Membros. Tornar-se-iam, assim, inviáveis as estratégias comunitárias de *marketing* e publicidade levadas a cabo pelas empresas.

<sup>73</sup> Admitiu-o o Tribunal de Justiça, pelo que respeita às normas sobre publicidade, no acórdão *GB-INNO*, de 7 de Março de 1990 (proc. 362/88), em que considerou contrárias aos arts. 30.º e 36.º do Tratado das Comunidades Europeias certas normas luxemburguesas que proibiam a indicação, na publicidade comercial relativa a uma oferta especial, a duração deste e o preço anteriormente praticado pelo vendedor. E também no acórdão *Alpine Investments*, de 10 de Maio de 1995 (proc. C-384/93), em que declarou ocorrer uma restrição à livre prestação de serviços resultante da proibição pela lei holandesa de os intermediários financeiros contactarem por telefone clientes potenciais, que não tivessem manifestado previamente a sua anuência a essa forma de promoção (*cold calling*). A mesma orientação fundamental está subjacente ao acórdão *Alsthom Atlantique SA*, de 24 de Janeiro de 1991 (proc. C-339/89), em que o Tribunal examinou a conformidade da jurisprudência francesa relativa à venda de coisas defeituosas com o Tratado das Comunidades Europeias (se bem que tivesse concluído pela inexistência, no caso concreto, de uma violação deste último).

<sup>74</sup> Cfr. HORATIA MUIR-WATT, «The Challenge of Market Integration for European Conflicts Theory», in ARTHUR HARTKAMP e outros (orgs.), *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> ed., Nijmegen, 2004, pp. 191 ss. (p. 194).

<sup>75</sup> Cfr. MARC FALLON, «Libertés communautaires et règles de conflit de lois», in ANGELIKA FUCHS, HORATIA MUIR-WATT e ETIENNE PATAUT (orgs.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 31 ss. (p. 42).

art. 95.º do Tratado das Comunidades Europeias<sup>76</sup>; nem, tão-pouco, que o art. 65.º do Tratado, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão, houvesse previsto a adopção de actos comunitários tendentes a promover a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis, «na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno».

O fundamento precípua do reconhecimento mútuo é a *equivalência* entre normas de diferentes Estados-Membros; e esta é essencialmente uma consequência da harmonização de legislações levada a cabo pela Comunidade Europeia. Todos os domínios em que essa harmonização tem tido lugar – incluindo, portanto, o Direito Privado – estão, assim, potencialmente abrangidos pelo princípio do reconhecimento mútuo<sup>77</sup>.

## 2. O princípio do reconhecimento mútuo e a integração normativa na Comunidade Europeia

**28.** A consagração jurisprudencial do princípio do reconhecimento mútuo teve, por outro lado, um impacto significativo sobre a harmonização de legislações.

Em 1985, foi publicado o *Livro branco sobre a realização do mercado interno*<sup>78</sup>, no qual a Comissão Europeia preconizou um novo *approach* sobre esta matéria<sup>79</sup>. Aí se enunciou a opção por uma *harmonização mínima* combinada com o *princípio do reconhecimento mútuo*, nos termos da qual os bens legalmente manufacturados e comercializados num Estado-Membro deveriam ser autorizados a entrar nos outros Estados-Membros<sup>80</sup>. É esta, na verdade, a solução que melhor permite eliminar as barreiras à livre circulação dos factores de produção sem prejudicar a autonomia normativa dos Estados-Membros.

**29.** Em seguida, o Tratado de Maastricht acolheu o *princípio da subsidiariedade* do Direito Comunitário. O Tratado da Comunidade Europeia passou, desde então, a restringir a intervenção da Comunidade, nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, aos casos em que:

«os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.»<sup>81</sup>

Visou-se deste modo possibilitar, como observa FAUSTO DE QUADROS, «a preservação da identidade e das características específicas de cada Estado e de cada Nação»: uma «Europa natural» e não uma «Europa artificial»<sup>82</sup>. Assegurou-se, por outro lado, o respeito pela cultura e pelas tradições dos povos europeus postulado pelo Tratado da União Europeia<sup>83</sup>.

<sup>76</sup> Vejam-se, a este propósito, os estudos coligidos por MARIA HELENA BRITO e RUI PINTO DUARTE em *Direito Privado e Direito Comunitário. Alguns Ensaíos*, s.l., 2007.

<sup>77</sup> Na comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu intitulada *Uma estratégia do Mercado Interno para os Serviços*, de 29 de Dezembro de 2000, doc. COM (2000) 888 final, que deu origem à Directiva sobre os serviços, identificam-se seis fases do processo empresarial e, relativamente a cada uma delas, diversas categorias de regras que podem interferir com a livre prestação no interior da Comunidade: constituição da empresa (regras sobre autorização, planeamento e qualificações profissionais); utilização de contributos externos (regras respeitantes às condições de emprego ou de acesso ao mercado de capitais); actividades promocionais (regras sobre publicidade ou promoção de vendas); actividades de distribuição (regras de transporte rodoviário ou relativas ao horário de funcionamento); actividades de venda (regras sobre períodos de venda, cálculo de preços fixos, sistemas de pagamento, de contratação e facturação); e actividades de assistência pós-venda (regras sobre garantias e responsabilidade). Como é bom de ver, várias destas regras são de Direito Privado. Relativamente a todas elas se pode colocar o problema do reconhecimento mútuo.

<sup>78</sup> Doc. COM (85) 310 final.

<sup>79</sup> Cfr., sobre o ponto, PAUL CRAIG e GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law*, cit., pp. 148 ss. e 620 ss.

<sup>80</sup> Cfr. o n.º 77: «goods lawfully manufactured and marketed in one Member State must be allowed free entry into other Member States. In cases where harmonisation of regulations and standards is not considered essential from either a health/safety or an industrial point view immediate and full recognition of differing quality standards, food composition rules, etc., must be the rule».

<sup>81</sup> Art. 5.º, 2.º parágrafo.

<sup>82</sup> Cfr. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1995, p. 77. Sobre este princípio, vejam-se ainda: MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias*, vol. I, tomo I, Lisboa, 2001, pp. 214 s.; MARGARIDA SALEMA D'OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, 2003; FAUSTO DE QUADROS *Direito da União Europeia*, cit., pp. 102 ss. e 198 ss.; *idem*, *Droit de l'Union européenne. Droit constitutionnel et administratif de l'union européenne*, cit., pp. 169 ss.; JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 272 ss.; PAUL CRAIG e GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law*, cit., pp. 100 ss.; WOLFGANG KILIAN, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 126 ss.; JEAN-LOUIS CLERGERIE, ANNIE GRUBER e PATRICK RAMBAUD, *L'Union européenne*, cit., pp. 250 ss.

<sup>83</sup> Haja vista ao 5.º considerando do preâmbulo.

Do princípio da subsidiariedade e da concorrência dos sistemas jurídicos nacionais por ele propiciada decorre, pois, uma certa preferência pela regulação das questões privadas internacionais por via de regras de conflitos de leis no espaço<sup>84</sup>.

30. O próprio Tribunal de Justiça reconheceu, no acórdão *Keck e Mithouard*<sup>85</sup>, que a proscrição pelo Tratado da Comunidade Europeia de restrições quantitativas à importação, bem como de medidas de efeito equivalente, não suprime a autonomia normativa dos Estados-Membros, nem se opõe à subsistência de certas divergências entre os Direitos destes, como as que resultam da vigência na ordem interna de disposições legais que limitem ou proibam determinadas modalidades de venda de produtos (v.g. a revenda com prejuízo), desde que as mesmas não tenham carácter discriminatório.

31. Desta orientação se afastou um tanto o projecto de um *Código Civil Europeu*<sup>86</sup>, a que o Parlamento Europeu deu reiteradamente o seu aval entre 1989 e 2002<sup>87</sup> e para cuja concretização foram levados a cabo diversos trabalhos preparatórios<sup>88</sup>.

Esse projecto viria, porém, a ceder o lugar a outro, de alcance mais limitado: o denominado *Quadro Comum de Referência* («*Common Frame of Reference*»), publicado em 2008<sup>89</sup>. Contêm-se neste último princípios, definições e «regras-modelo» em matéria de obrigações contratuais e extracontratuais (resultantes, estas, da causação de danos a terceiros, do enriquecimento sem causa e da gestão de negócios). Prevê-se ainda nesse texto que a respectiva versão final abrangerá também a propriedade sobre bens móveis.

Segundo os seus autores, o projecto de *Quadro Comum de Referência* visa servir de fonte de inspiração aos legisladores nacionais e coadjuvar a melhoria do acervo comunitário existente, bem como a adopção de futuros actos comunitários no domínio do Direito Privado. Nesta medida, constitui um *guia legislativo*, desprovido de eficácia normativa. Esse texto foi ainda redigido tendo em mente a possível elaboração, no futuro, de um *instrumento jurídico opcional*, que as partes poderão escolher a fim de reger as respectivas relações obrigacionais, inclusive no domínio do consumo.

<sup>84</sup> Ver, neste sentido, MATHIAS ROHE, «Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag», *RabelsZ*, 1997, pp. 1 ss. (p. 60).

<sup>85</sup> Acórdão de 24 de Novembro de 1993 (procs. C-267/91 e C-268/91).

<sup>86</sup> Sobre o qual podem consultar-se, na literatura jurídica nacional, JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito Privado Europeu. Assinatura electrónica e certificação (a Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133.º (2000/2001), pp. 261 ss.; *idem*, «Manuel de Andrade, a “europeização” do Direito Privado e o desafio de um Código Civil europeu», in *Ciclo de Conferências em homenagem póstuma ao Prof. Doutor Manuel de Andrade*, Coimbra, 2002, pp. 43 ss.; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Do Euro ao Código Civil Europeu. Aspectos da convergência legislativa*, Coimbra, 2001; MANUEL LOPES PORTO e outros, *Um Código Civil para a Europa. A Civil Code for Europe. Un Code Civil pour l'Europe*, Coimbra, 2002; DÁRIO MOURA VICENTE, «Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões», in *Direito Internacional Privado. Ensaio*, vol. I, Coimbra, 2002, pp. 7 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português*, I, *Parte geral*, Coimbra, tomo I, 3.ª ed., 2005, pp. 280 ss. (todos com mais referências). Vejam-se ainda os estudos recolhidos por ARTHUR HARTKAMP e outros em *Towards a European Civil Code*, 3.ª ed., Nijmegen, 2004.

<sup>87</sup> Cfr. «Resolução sobre um esforço de harmonização do direito privado dos Estados-membros», *JOCE*, n.º C 158, de 26 de Junho de 1989, pp. 400 s.; «Resolução sobre a harmonização de certos sectores do direito privado dos Estados-membros», in *ibidem*, n.º C 205, de 25 de Julho de 1994, pp. 518 s.; e «Resolução do Parlamento Europeu sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-Membros», in *ibidem*, n.º C 140 E, de 13 de Junho de 2002, pp. 538 ss.

<sup>88</sup> Entre os quais avultam os *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*, publicados entre 1995 e 2003 pela Comissão de Direito Europeu dos Contratos. Cfr. OLE LANDO e outros (orgs.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised*, Haia/Londres/Boston, 2000; *Part III*, Haia/Londres/Nova Iorque, 2003.

<sup>89</sup> Cfr. CHRISTIAN VON BAR e outros (orgs.), *Principles, Definitions and Model Rules on EC Private Law. Draft Common Frame of Reference. Interim Outline Edition*, Munique, 2008. Sobre o *Quadro Comum de Referência*, vejam-se: CHRISTIAN VON BAR, «Working Together Toward a Common Frame of Reference», *Juridica International*, 2005, pp. 17 ss.; *idem*, «A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities», *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 12.1 (disponível em <http://www.ejcl.org>); STEFAN LEIBLE, «Europäisches Privatrecht am Scheideweg», *NJW*, 2008, pp. 2558 ss.; *idem*, «Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument», *Der Betriebs-Berater*, 2008, pp. 1469 ss.; e MARTIN SCHMIDT-KESSEL (org.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Munique, 2009.

Seja como for, esse projecto não elimina a necessidade de regras de conflitos de leis no espaço em matéria de obrigações contratuais e extracontratuais. Nesse pressuposto assenta, aliás, a adopção dos Regulamentos de Roma I e Roma II<sup>90</sup>.

**32.** A pluralidade e a diversidade dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros da Comunidade não são, portanto, postas em causa pelas liberdades comunitárias nem pela integração normativa prevista no Tratado da Comunidade Europeia. Pelo contrário: pese embora a importância conferida a esta última, os princípios do reconhecimento mútuo e da subsidiariedade restringem significativamente o seu escopo<sup>91</sup>. O *mercado único europeu* não implica, em suma, uma *norma única europeia*<sup>92</sup>.

### 3. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços e a lei aplicável às obrigações contratuais

**33.** Vejamos agora como se projecta a liberdade de circulação de mercadorias e serviços sobre a determinação da lei aplicável às obrigações contratuais.

A Convenção de Roma Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais e o Regulamento de Roma I consagram, como se sabe, a possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável (art. 3.º).

Tanto o Regulamento (pelo que respeita aos contratos não abrangidos pelo n.º 1 do art. 4.º) como a Convenção (como presunção da conexão mais estreita) mandam aplicar subsidiariamente a lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual (art. 4.º, n.º 2). Este é, no tocante às sociedades e outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, o país onde se situa a sua administração central e, pelo que respeita às pessoas singulares que exerçam uma actividade profissional, o país onde se situa o seu estabelecimento principal (Regulamento, art. 19.º, n.º 1).

Ambas estas regras estão em sintonia com as liberdades comunitárias:

—Por um lado, porque a consagração do princípio da autonomia da vontade permite às partes, dentro de certos limites, afastarem os eventuais obstáculos legais à livre circulação de produtos ou mercadorias que resultem das regras mais exigentes de Direito Privado de certo ou certos países (v.g. no tocante à responsabilidade do fornecedor desses produtos ou mercadorias)<sup>93</sup>; além disso, no caso de contratos celebrados por empresas que forneçam produtos ou serviços em diferentes Estados-Membros, esse princípio permite-lhes evitar a aplicação de uma multiplicidade de leis nacionais<sup>94</sup>.

—Por outro lado, porque o princípio da aplicação da lei do devedor da prestação característica (de que várias regras consagradas no n.º 1 do art. 4.º do Regulamento constituem expressão) submete os contratos e a responsabilidade contratual das empresas e dos profissionais liberais que exportam produtos ou serviços para outros Estados-Membros à sua própria lei, evitando desse modo os custos e os riscos inerentes à aplicação de leis estrangeiras. Este preceito estabelece, assim, uma repartição do risco da aplicação da lei estrangeira inteiramente conforme com as liberdades comunitárias de circulação.

### 4. Continuação: regras especiais sobre os contratos celebrados com consumidores

**34.** Tanto a Convenção de Roma como o Regulamento de Roma I consagram, é certo, regras de conflitos especiais sobre os contratos celebrados com consumidores, que estabelecem restrições à liberdade de escolha da lei aplicável, tendo em vista garantir ao consumidor um *standard* mínimo de protecção: aquele que lhe é conferido pelas disposições imperativas da lei da sua residência habitual<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Neste sentido, veja-se o *Livro verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização*, doc. COM (2002) 654 final, p. 13.

<sup>91</sup> Daquele primeiro princípio resultará mesmo, segundo PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, «Integración», cit., p. 12, uma certa *revalorização* do Direito Internacional Privado.

<sup>92</sup> Neste sentido, LUCIA SERENA ROSSI, «L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "communitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"», *RDIPP*, 2004, pp. 75 ss. (p. 84).

<sup>93</sup> Conforme o admitiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no acórdão *Alsthom Atlantique*, cit. *supra*.

<sup>94</sup> Neste sentido, veja-se PETER VON WILMOWSKY, «EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit», *RebelsZ*, 1998, pp. 1 ss. (p. 5).

<sup>95</sup> Haja vista aos arts. 5.º da Convenção e 6.º do Regulamento.

Mas, por força do art. 5.º da Convenção e do art. 6.º do Regulamento, sempre que as regras da lei escolhida sejam, sob o ponto de vista da protecção do consumidor, *funcionalmente equivalentes* às da lei do país da residência habitual deste, as primeiras prevalecem sobre as segundas.

Tendo em conta que na Comunidade Europeia as regras de protecção do consumidor se encontram hoje em larga medida harmonizadas, é essa a solução que deve vingar sempre que a lei escolhida seja a de um Estado-Membro da Comunidade (v.g. a lei do Estado-Membro em que se encontra sedado ou estabelecido ou profissional que contrata com o consumidor).

Pode dizer-se, nesta medida, que a comparação do grau de favorecimento do consumidor (*Günstigkeitsvergleich*) reclamada pelas disposições citadas da Convenção e do Regulamento não é incompatível com a ideia de *reconhecimento mútuo*.

Tal como em matéria de destacamento internacional de trabalhadores, também no tocante aos contratos celebrados por consumidores o princípio do reconhecimento mútuo tem, assim, um campo próprio de aplicação<sup>96</sup>.

## 5. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços e a lei aplicável às obrigações extracontratuais

35. A respeito das possíveis projecções conflituais das liberdades comunitárias, coloca-se agora outro problema: estará o Estado-Membro de destino dos produtos ou serviços fornecidos por uma empresa estabelecida num Estado-Membro da Comunidade Europeia obrigado a reconhecer e aplicar o regime de responsabilidade civil extracontratual aplicável nesse Estado-Membro, pelo que respeita aos danos causados mediante esse fornecimento?

O considerando 35 do preâmbulo do Regulamento de Roma II declara, com interesse para este ponto, que:

«A aplicação das disposições da lei aplicável designada pelas regras do presente regulamento não deverá restringir a livre circulação de bens e serviços regulada por instrumentos comunitários como a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.»

Todavia, a resposta àquele quesito parece dever ser negativa, atenta a consagração, no art. 4.º do Regulamento de Roma II, da aplicabilidade da *lei do país do dano*.

Por outro lado, no tocante à responsabilidade por produtos defeituosos remete-se em primeira linha nesse Regulamento para a *lei da residência habitual do lesado* no momento em que ocorre o dano, se o produto tiver sido comercializado nesse país (art. 5.º, n.º 1, alínea *a*). Os padrões de segurança do *país de destino* têm assim primazia sobre os do país de origem<sup>97</sup>.

Por seu turno, o art. 6.º do Regulamento de Roma II consagra a aplicabilidade da *lei do país do mercado afectado* pelo acto de concorrência desleal<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> A protecção do consumidor subjaz ainda às regras constantes de certos actos comunitários relativos a categorias especiais de contratos de consumo. Estão neste caso as Directivas relativas à venda de bens de consumo (Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999, *in JOUE*, n.º L 171, de 7 de Julho de 1999, pp. 12 ss.), à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores (Directiva 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002, *in JOUE*, n.º L 271, de 9 de Outubro de 2002, pp. 16 ss.), aos contratos de crédito a consumidores (Directiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008, *in JOUE*, n.º L 133, de 22 de Maio de 2008, pp. 66 ss.) e aos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca (Directiva 2008/122/CE, de 14 de Janeiro de 2009, *in JOUE*, n.º L 33, de 3 de Fevereiro de 2009, pp. 10 ss.) Traço comum a estas Directivas é a circunstância de procurarem assegurar a aplicação imperativa das disposições nacionais resultantes da respectiva transposição a todas as relações de consumo que apresentem uma conexão suficientemente estreita com a Comunidade Europeia. O seu fundamento precípua não radica, por isso, na garantia das liberdades comunitárias. Em vez de assegurarem a concorrência legislativa entre leis nacionais, essas Directivas visam limitá-la pelo que respeita às relações com terceiros Estados. São, por assim dizer, a expressão conflitual da denominada *fortaleza europeia*.

<sup>97</sup> Ver, sobre esta matéria, JOCHEN TAUPITZ, «Das internationale Produkthaftungsrecht im Zugriff der europäischen Warenverkehrsfreiheit: Abschied vom favor laesi?», *ZEuP*, 1997, pp. 986 ss.

<sup>98</sup> Esta solução não é isenta de riscos sob o ponto de vista das liberdades comunitárias: uma campanha publicitária levada a cabo em vários Estados-Membros, por exemplo, pode, por força dela regra, sujeitar-se a uma pluralidade de regras distintas, cumulativamente aplicáveis (cfr. GAETANO VITTELINO, «Rome II from an Internal Market Perspective», in ALBERTO MALATESTA (org.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The «Rome II» Proposal*, Pádua, 2006, pp. 271 ss. Daí que o *Hamburg Group for Private International Law* haja proposto nesta matéria a aplicação da lei do país de origem (cfr. «Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations», *RebelsZ*, 2003, pp. 1 ss. (p. 19). A norma em apreço justifica-se, no entanto, sob o prisma da *par conditio concurrentium*. A aplicação da *lex originis* daria a um dos concorrentes uma vantagem competitiva sobre os demais nos países onde vigorassem condições de concorrência (v.g. em matéria de publicidade) mais estritas do que as estabelecidas por aquela lei. A aplicação dessa lei poderia também redundar em prejuízo dos consumidores. Cfr. o nosso *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Coimbra, 2008, pp. 340 ss.



36. No entanto, o Regulamento ressalva, no art. 17.º, as *regras de segurança e de conduta* em vigor no lugar do facto, que devem ser atendidas «a título de matéria de facto e na medida em que for apropriado». A sua relevância está aí prevista no tocante à avaliação da licitude do comportamento do alegado responsável. Cuida-se nesse preceito, por conseguinte, não propriamente do regime de responsabilidade, mas antes das regras cuja inobservância determina essa responsabilidade.

Manda-se no art. 17.º do Regulamento, por outro lado, «ter em conta» essas regras, e não aplicá-las. Contudo, sempre que tenha lugar a *valoração de uma conduta* como lícita ou ilícita à luz de regras imperativas vigentes no lugar do facto (ainda que para aferir a responsabilidade do agente de acordo com as regras de outro sistema jurídico) parece-nos que estaremos, *hoc sensu*, perante uma *verdadeira aplicação* daquelas primeiras regras<sup>99</sup>. É antes a situação jurídica decorrente da aplicação dessas regras que deverá ser subsequentemente *tomada em consideração* como elemento determinante do preenchimento da hipótese legal das normas da *lex causae* sobre a responsabilidade civil do agente<sup>100</sup>.

As referidas regras devem, assim, valer «territorialmente», não se encontrando a sua eficácia subordinada à competência geral da lei do país do dano. Protege-se deste modo a liberdade de actuação que é garantida ao agente pela *lex loci*.

Esta ressalva pode ter certa relevância para garantir a liberdade de circulação de produtos e serviços, sempre que um acto de concorrência tendente a promover esses produtos ou serviços seja praticado a partir de certo país e se conforme com as regras locais.

Há assim uma limitada aceitação, no Regulamento de Roma II, da competência da *lei do país de origem*, enquanto pressuposto da aplicação das regras sobre responsabilidade civil extracontratual do país do dano.

## 6. A cláusula do mercado interno em matéria de radiodifusão televisiva, de serviços de acesso condicional e de comércio electrónico

37. A livre prestação de serviços no mercado interno foi objecto de regras especiais nas Directivas respeitantes à radiodifusão televisiva<sup>101</sup>, aos serviços de acesso condicional<sup>102</sup> e ao comércio electrónico<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> Em sentido convergente, pelo que respeita às «regras de conduta da lei do lugar do facto que reclamam aplicação numa base estritamente territorial (i.e, a todas as condutas que tenham lugar no território do Estado que as edita), por exemplo, regras do trânsito», veja-se LUIS DE LIMA PINHEIRO, «O Direito de Conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – uma primeira apreciação do Regulamento Comunitário Roma II», *O Direito*, 2007, pp. 1027 ss. (p. 1061).

<sup>100</sup> Neste sentido nos pronunciamos já em *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 664 s. Sobre a distinção entre aplicação («Anwendung») e tomada em consideração («Berücksichtigung») de regras jurídicas estrangeiras, veja-se ERIK JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *Rec. Cours*, t. 251 (1995), pp. 9 ss. (pp. 87 s.); e, na doutrina portuguesa, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda em Direito Internacional Privado. Aspectos fundamentais*, vol. I, Lisboa, 1954, pp. 318 ss., ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral*, Coimbra, 1991, vol. II, pp. 985 ss., RUI DE MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, cit., pp. 699 ss., MARIA HELENA BRITO, *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Coimbra, 1999, pp. 711 ss., DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 630 s., e LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra, 2008, pp. 281 ss., todos com mais referências.

<sup>101</sup> Directiva 89/552/CEE, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva («Directiva televisão sem fronteiras»), publicada no *JOCE* n.º L 298, de 3 de Outubro de 1989, pp. 23 ss. Foi subsequentemente alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, publicada no *JOCE* n.º L 202, de 30 de Julho de 1997, pp. 60 ss., e pela Directiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, publicada no *JOUE* n.º L 332, de 18 de Dezembro de 2007, pp. 27 ss. A Directiva 89/552/CEE, com as alterações introduzidas pela Directiva 97/36/CE, foi parcialmente transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho (Lei da Televisão).

<sup>102</sup> Directiva 98/84/CE, de 20 de Novembro de 1998, relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, publicada no *JOCE* n.º L 320, de 28 de Novembro de 1998, pp. 54 ss. Foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro.

<sup>103</sup> Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno, publicada no *JOCE*, n.º L 178, de 17 de Julho de 2000, pp. 1 ss. Foi transposta, em Portugal, pelo D.L. n.º 7/2004, de 7 de Janeiro de 2004.

Estas Directivas estabelecem que os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços por elas abrangidos provenientes de outros Estados-Membros<sup>104</sup>.

Além disso, a Directiva sobre a radiodifusão televisiva estabelece, no art. 2.º, n.º 1, que cada Estado-Membro deve assegurar que os serviços de comunicação social audiovisual prestados por fornecedores de serviços «sob a sua jurisdição» respeitem as suas regras sobre esses serviços. Consideram-se «sob a jurisdição» de um Estado-Membro, para os efeitos desta Directiva, os fornecedores de serviços de comunicação social nele estabelecidos e os que utilizem uma ligação ascendente terra-satélite situada nesse Estado-Membro ou uma capacidade de satélite pertencente a esse Estado-Membro (art. 2.º, n.ºs 2 e 4).

Analogamente, a Directiva sobre o comércio electrónico dispõe, no art. 3.º, n.º 1, que cada Estado-Membro assegurará que os serviços da sociedade da informação<sup>105</sup> prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no «domínio coordenado». Este compreende, em ambas as Directivas, não apenas para a definição das condições de acesso e exercício das actividades económicas neles disciplinadas, mas também a actuação do prestador de serviços, nomeadamente a publicidade por ele feita, os contratos por ele celebrados e a sua responsabilidade<sup>106</sup>.

Os princípios do reconhecimento mútuo e da aplicação da lei do país de origem obtiveram, assim, consagração nestes actos comunitários.

**38.** A interpretação da *cláusula do mercado interno* consignada no art. 3.º da Directiva sobre o Comércio Electrónico tem, no entanto, suscitado muitas dúvidas<sup>107</sup>.

De acordo com certa orientação, essa cláusula da Directiva não afecta o Direito de Conflitos dos Estados-Membros<sup>108</sup>. O art. 3.º limitar-se-ia a comandar o afastamento das regras de Direito material do país de destino dos serviços da sociedade da informação que restrinjam, no caso concreto, a livre prestação desses serviços<sup>109</sup>.

Para outro ponto de vista, a referência à lei do país de origem contida no art. 3.º visaria antes as respectivas normas internacionalmente imperativas (*Eingriffsrecht*)<sup>110</sup>.

<sup>104</sup> Cfr. os arts. 2.º-A, n.º 1, da Directiva 89/552/CEE, na redacção dada pela Directiva 2007/65/CE (nos termos do qual: «Os Estados-Membros devem assegurar a liberdade de recepção e não colocar entraves à retransmissão nos seus territórios de serviços de comunicação social audiovisual provenientes de outros Estados-Membros por razões que relevem dos domínios coordenados pela presente directiva); 3.º, n.º 2, da Directiva 98/84/CE (segundo o qual: «[...] os Estados-membros não podem limitar: a) A prestação de serviços protegidos ou serviços conexos provenientes de outros Estados-membros; b) A livre circulação de dispositivos de acesso condicional, por motivos abrangidos pelo domínio coordenado pela presente directiva»); e 3.º, n.º 2, da Directiva 2000/31/CE (de acordo com o qual: «Os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro»).

<sup>105</sup> I. é, nos termos do art. 1.º, n.º 2, da Directiva 83/34/CEE, na redacção dada pela Directiva 98/48/CE, publicada no JOCE n.º L 217, de 5 de Agosto de 1998, pp. 18 ss., «qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via electrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços».

<sup>106</sup> Cfr. os arts. 1.º, alínea i), da Directiva 89/552/CEE, na redacção dada pela Directiva 2007/65/CE, e 2.º, alínea h), subalínea i), segundo travessão, da Directiva 2000/31/CE.

<sup>107</sup> Veja-se, sobre o ponto, que não podemos desenvolver aqui, o nosso estudo «A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. 171 ss.

<sup>108</sup> Cfr. KARL-HEINZ FEZER e STEFAN KOOS, «Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie. Zur dringenden Notwendigkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union als einer gemeinschaftsrechtlichen Aufgabe», *IPRax*, 2000, pp. 352 s.; e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, «O Direito de Conflitos e as liberdades comunitárias de estabelecimento e de prestação de serviços», cit., pp. 382 ss.

<sup>109</sup> Cfr. MICHEL WILDERSPIN e XAVIER LEWIS, «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», *RCDIP*, 2002, pp. 1 ss.; MARC FALLON e JOHAN MEEUSEN, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», *RCDIP*, 2002, pp. 435 ss. (p. 485); HORATIA MUIR-WATT, «L'entrave à la libre prestation de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres», in *Études offertes à J. Béguin. Droit et actualité*, Paris, 2005, pp. 545 ss. (p. 558).

<sup>110</sup> Cfr. HANS-JÜRGEN SONNENBERGER, «Europarecht und Internationales Privatrecht», *ZVglRWiss*, 1996, pp. 1 ss.; *idem*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4.ª ed., Munique, 2006, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46)*. *Internationales Privatrecht*, pp. 125 s.

Segundo um último entendimento, o art. 3.º impõe aos Estados-Membros a consagração de uma verdadeira regra de conflitos de Direito Internacional Privado, que submeta o fornecimento de serviços da sociedade da informação, no que respeita às matérias compreendidas no domínio coordenado, à lei do país de estabelecimento do prestador desses serviços<sup>111</sup>.

Nenhuma destas orientações é isenta de dificuldades.

A primeira, não permite explicar a sujeição dos prestadores de serviços da sociedade da informação às disposições nacionais do Estado-Membro de estabelecimento, prevista no n.º 1 do art. 3.º da Directiva sobre o comércio electrónico. Como veremos a seguir, as Directivas sobre as práticas comerciais desleais e a prestação de serviços no mercado interno não consagram regra semelhante<sup>112</sup>. Tão-pouco se coaduna a mencionada orientação com a ressalva, constante do anexo à Directiva, da liberdade de as partes escolherem a lei aplicável ao contrato e das obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores, bem como da propriedade intelectual. Esta apenas se compreende se o sentido do art. 3.º, n.º 1, da Directiva for o de determinar aos Estados-Membros a consagração nesta matéria de uma verdadeira regra de conflitos, e não de uma mera excepção à aplicação das regras de Direito material do país de destino.

A segunda orientação referida não tem qualquer apoio no texto da Directiva, que não restringe a referência às disposições nacionais do Estado-Membro de estabelecimento, constante do art. 3.º, n.º 1, às normas internacionalmente imperativas, antes a estende a todas as disposições que se integrem no «domínio coordenado», com ressalva das que são referidas no anexo. Ora, a análise do preceito da Directiva que define o domínio coordenado revela que estão em causa muitas outras disposições para além das que são caracterizáveis como internacionalmente imperativas.

A terceira orientação apontada parece corresponder melhor ao sentido da disposição em causa, tal como este se infere, designadamente, do considerando 22 da Directiva: a limitação do risco da aplicação de uma lei estrangeira e dos custos a ela associados, em ordem a garantir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação no interior da Comunidade e a segurança jurídica dos respectivos prestadores e destinatários. É que, dada a ubiquidade das redes electrónicas internacionais, aquele risco, assim como os custos mencionados, são particularmente acentuados no tocante a estes serviços. A aplicação da lei do país de origem parece, assim, especialmente justificada nestes casos.

Há, é certo, uma incongruência entre o disposto no art. 3.º, n.º 1, e o art. 1.º, n.º 4, da Directiva, segundo o qual esta «não estabelece regras adicionais de direito internacional privado». Mas este preceito, inserido no texto da Directiva numa fase tardia da sua elaboração, não parece decisivo na interpretação da cláusula do mercado interno. O máximo que se pode extrair dele é uma determinada qualificação pelo legislador da regra constante do art. 3.º; ora, as qualificações legais, como é bem sabido, não vinculam o intérprete.

Foi o entendimento aqui exposto em último lugar que prevaleceu nos diplomas de transposição da Directiva para as ordens jurídicas portuguesa<sup>113</sup> e alemã<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Cfr. ALEXANDER THÜNKEN, «Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs», *IPRax*, 2001, pp. 15 ss.; PETER MANKOWSKI, «Herkunftslandprinzip und deutsches Umsetzungsgesetz zur e-commerce-Richtlinie», *IPRax*, 2002, pp. 257 ss. (p. 258); GERALD SPINDLER, «Herkunftsprinzip und Kollisionsrecht – Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?», *RabelsZ*, 2002, pp. 633 ss. (p. 651); e WOLFGANG KILIAN, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., p. 336.

<sup>112</sup> Limitam-se estes actos comunitários, com efeito, a acolher disposições análogas à do art. 3.º, n.º 2, da Directiva sobre o comércio electrónico. Outro tanto sucede na Directiva sobre o acesso condicional. Para que o preceito citado no texto tenha algum sentido útil, tem, pois, de se admitir que ele representa um *plus* relativamente à mera proscrição de restrições à prestação de serviços no Estado do foro. Esse *plus* consiste na atribuição de competência, em princípio exclusiva, à lei do país de origem para reger os aspectos relativos à prestação dos serviços em questão compreendidos no domínio coordenado, dispensando-se assim qualquer comparação entre a lei do país de origem e a do país de destino tendente a avaliar se esta última pode ou não, no caso concreto, ser aplicada. Nesta base se poderia distinguir, segundo JULIA HÖRNLE, a simples liberdade de prestação de serviços, consignada no Tratado e nas Directivas por último referidas, da competência da lei do país de origem. Cfr. «Country of Origin Regulation in Cross-Border Media: One Step Beyond the Freedom to Provide Services?», *ICLQ*, 2005, pp. 89 ss. (pp. 113 e 125).

<sup>113</sup> Cfr. os arts. 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, do D.L. n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, por força dos quais são aplicáveis aos provedores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Estados-Membros da Comunidade as regras relativas à contratação electrónica, bem como as que os isentam de responsabilidade pelos danos causados pela informação que transportam e armazenam, vigentes no respectivo país de estabelecimento.

<sup>114</sup> Cfr. o § 3 da *Telemediengesetz*, de 26 de Fevereiro de 2007 (*in Bundesgesetzblatt*, parte I, n.º 6, de 28 de Fevereiro de 2007, pp. 179 ss.).

## 7. Continuação: as práticas comerciais desleais

39. Outro domínio em que a liberdade de circulação de mercadorias e serviços levou a equacionar a consagração expressa da aplicabilidade da lei do país de origem foi o das práticas comerciais desleais. A diversidade dos regimes nacionais nesta matéria é, com, efeito, susceptível de inibir a publicidade e o *marketing* de produtos e serviços através das fronteiras<sup>115</sup>.

Esta a razão por que a proposta de Directiva relativa às práticas comerciais desleais, apresentada em 2003 pela Comissão Europeia, determinava expressamente no art. 4.º, n.º 1, a aplicação exclusiva, no domínio coordenado, das disposições da lei do país de estabelecimento do profissional ou da empresa<sup>116</sup>.

A verdade, porém, é que a proposta da Comissão, caso tivesse sido adoptada, se encontraria em manifesta oposição com a competência da *lex mercatus* consignada, em matéria de concorrência desleal, no art. 6.º Regulamento de Roma II.

A Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais<sup>117</sup>, consagrou uma solução diferente no seu art. 4.º. Aí se dispõe, com efeito:

«Os Estados-Membros não podem restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de aproximação por força da presente Directiva.»

Esta disposição inibe os Estados-Membros Comunidade Europeia de invocarem a sua legislação em matéria de práticas comerciais desleais a fim de obstarem à importação de produtos ou serviços fornecidos por empresas estabelecidas noutros Estados-Membros. Mas não pode retirar-se dela a aplicação exclusiva da *lex originis* às práticas comerciais alegadamente desleais desses agentes económicos. À luz de quanto se dispõe nela, não está, com efeito, excluído que os tribunais e autoridades administrativas apliquem a *lex mercatus* às situações abrangidas pela Directiva, contanto que daí não resulte qualquer restrição à livre circulação de serviços e mercadorias no mercado. Na formulação constante da Directiva 2005/29/CE, a cláusula do mercado interno tem, por conseguinte, *alcance material*, e não conflitual<sup>118</sup>.

## 8. Continuação: a prestação de serviços no mercado interno

40. A tentativa de maior fôlego de consagrar legislativamente a competência da lei do país de origem surgiu, contudo, na proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços no mercado interno («Directiva Bolkestein»)<sup>119</sup>, integrada na «Estratégia de Lisboa Para o Crescimento e o Emprego» aprovada pelo Conselho Europeu em 2000. Dispunha o art. 16.º, n.º 1, dessa proposta, com a epígrafe «princípio do país de origem»:

<sup>115</sup> Reconheceu-o o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no mencionado caso *Clinique*, em que considerou que a proibição de distribuição de cosméticos na Alemanha ao abrigo da marca «Clinique» constituía um obstáculo ao comércio intra-comunitário, visto que, por força dela, uma empresa seria obrigada a comercializar os seus produtos num Estado-Membro sob uma marca diferente da que utilizava nos restantes Estados-Membros, com todos os custos a isso inerentes.

<sup>116</sup> Cfr. o documento COM (2003) 356 final, de 18 de Junho de 2003. Era o seguinte o teor desse preceito: «1. Os profissionais apenas deverão cumprir as disposições, no domínio sujeito a uma aproximação por força da presente directiva, da ordem jurídica nacional do Estado-Membro em que se encontrarem estabelecidos. O Estado-Membro de estabelecimento do profissional deverá zelar pelo referido cumprimento. 2. Os Estados-Membros não deverão restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de aproximação por força da presente directiva». Mais longe ia a proposta, formulada pelo *Hamburg Group for Private International Law*, de uma disposição do Regulamento de Roma II relativa à concorrência desleal, na qual se atribuía competência à lei do país do principal estabelecimento da empresa anunciante pelo que respeita às obrigações extracontratuais decorrentes de actos de concorrência desleal exclusivamente conexos com os Estados-Membros da Comunidade Europeia. Cfr. «Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations», *RebelsZ*, 2003, pp. 1 ss. (pp. 19 s.). Dispunha o art. 6.º, n.º 2, desse texto: «Where the elements relevant to the situation at the time of publication are exclusively connected with one or more Member States of the European Union and subject to article 7, non-contractual obligations arising from unfair advertising are governed by the law of the Member State where the advertising company has its principal place of business».

<sup>117</sup> *In JOUE*, n.º L 149, de 11 de Junho de 2005, pp. 22 ss.

<sup>118</sup> Veja-se, sobre o ponto, o nosso *A tutela internacional da propriedade intelectual*, cit., pp. 351 s.

<sup>119</sup> Documento COM (2004) 2 final, de 13 de Janeiro de 2004.

«Os Estados-Membros diligenciam para que os prestadores estejam submetidos apenas às disposições nacionais do seu Estado de origem que digam respeito ao domínio coordenado. São abrangidas pelo primeiro parágrafo as disposições nacionais relativas ao acesso à actividade de um serviço e o seu exercício, nomeadamente aquelas que regem o comportamento do prestador, a qualidade ou o conteúdo do serviço, a publicidade, os contratos e a responsabilidade do prestador.»

**41.** É bem conhecida a contestação suscitada por esta regra<sup>120</sup>.

Dado que em muitos domínios o regime da prestação de serviços não se encontra harmonizado na Comunidade Europeia, a aplicação, com a referida amplitude, da lei do país de origem gerou o receio de que fosse colocada em risco a actividade das empresas e dos profissionais estabelecidos em Estados-Membros dotados de regras mais exigentes perante a concorrência de profissionais estabelecidos noutros Estados-Membros<sup>121</sup>.

Além disso, essa solução favoreceria injustificadamente os interesses dos oferentes de serviços relativamente aos dos respectivos adquirentes, comprometendo assim a neutralidade do Direito Internacional Privado.

Foi, por outro lado, posta em dúvida a compatibilidade da referida regra com a unificação do Direito de Conflitos visada através dos Regulamentos de Roma I e II.

Compreende-se assim que a Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno<sup>122</sup>, se haja limitado a consagrar, no seu art. 16.º, n.º 1, o princípio do *reconhecimento mútuo*. Segundo esse preceito:

«Os Estados-Membros devem respeitar o direito de os prestadores prestarem serviços num Estado-Membro diferente daquele em que se encontram estabelecidos. O Estado-Membro em que o serviço é prestado deve assegurar o livre acesso e exercício da actividade no sector dos serviços no seu território.»

Parece, assim, que o princípio do reconhecimento mútuo, embora possa ter uma componente conflitual, traduzida numa remissão para a *lex originis*, não a tem necessariamente. Uma coisa é, com efeito, a aplicabilidade exclusiva da lei do país de origem dos serviços, que foi rejeitada na versão final da Directiva. Outra, a tomada em consideração da lei do país de origem pelas autoridades do país de destino, em ordem a verificar se existe um grau suficiente de equivalência entre essa lei e a do país onde são oferecidos certos serviços, que justifique o afastamento das normas desta última de que resulte um entrave à livre prestação de serviços<sup>123</sup>.

## V. A liberdade de circulação de capitais

### 1. A livre circulação de capitais como pressuposto das demais liberdades comunitárias

**42.** A liberdade de circulação de capitais é um pressuposto das demais liberdades comunitárias, que não podem tornar-se efectivas sem ela<sup>124</sup>. Encontra-se actualmente consagrada no art. 56.º do Tratado, que

<sup>120</sup> Ver PETER MANKOWSKI, «Wider ein Herkunftslandprinzip im Binnenmarkt», *IPRax*, 2004, pp. 385 ss.; HANS-JÜRGEN SONNENBERGER, «Kommissions-Vorschlag für eine Rahmenrichtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 2», *RIW*, 2004, pp. 321 ss.; OLIVIER DE SCHÜTTER e STÉPHANIE FRANCO, «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie», *Cahiers de droit européen*, 2005, pp. 603 ss.; LARS ALBATH e MARTINA GIESLER, «Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie – eine kodifizierung der Rechtsprechung?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, pp. 38 ss.

<sup>121</sup> Personificou esse receio a figura do «canalizador polaco», amplamente difundida em França e noutros países europeus aquando da discussão pública da proposta de Directiva.

<sup>122</sup> In *JOUE* n.º L 376, de 27 de Dezembro de 2006, pp. 36 ss. Sobre as implicações desse acto comunitário no domínio dos conflitos de leis no espaço, vejam-se ACHIM KAMPF, «EU-Dienstleistungsrichtlinie und Kollisionsrecht», *IPRax*, 2008, pp. 101 ss.; MARTIN SCHMIDT-KESSEL, «Europäisches Kollisionsrecht für Dienstleistungen?», in BRIGITTA JUD, WALTER H. RECHBERGER e GERTE REICHEL (orgs.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union. Neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes*, Viena, 2008, pp. 97 ss.

<sup>123</sup> Voltaremos a este ponto adiante: ver *infra*, n.º 28.

<sup>124</sup> Cfr., sobre o tema, RUDOLF STREINZ (org.), *EUW/EGV*, cit., pp. 757 ss.; PETER V. WILMOWSKY, «Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs», in DIRK EHLERS (org.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, cit., pp. 343 ss.; WOLFGANG

proíbe todas as restrições aos movimentos de capitais e aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros<sup>125</sup>. Esse preceito foi complementado pela Directiva 88/361/CEE<sup>126</sup>, que estabeleceu o princípio da liberalização completa dos movimentos de capitais na Comunidade a partir de 1 de Julho de 1990. Em virtude destas disposições, as empresas e os particulares podem hoje efectuar investimentos, transferências e pagamentos transfronteiras no seio da Comunidade Europeia sem autorização prévia e sem sujeição a limites de valor.

Não raro, estas transacções envolvem também o exercício de outras liberdades comunitárias, ficando por isso igualmente sujeitas às regras que as disciplinam<sup>127</sup>. Assim, por exemplo, a uma transferência de capitais que vise a prestação de um serviço (v.g. por um banco) são cumulativamente aplicáveis as regras sobre a liberdade de circulação de capitais e a liberdade de prestação de serviços<sup>128</sup>. A conexão entre as duas matérias é claramente estabelecida pelo art. 51.º, n.º 2, do Tratado da Comunidade Europeia, nos termos do qual a prestação de serviços bancários e de seguros ligados a movimentos de capitais deve efectuar-se de harmonia com a liberalização da circulação dos capitais.

## 2. O reconhecimento mútuo e a prestação de serviços ligados a movimentos de capitais

43. Também no tocante à prestação de serviços ligados a movimentos de capitais a salvaguarda da liberdade de circulação levou à consagração jurisprudencial do princípio do reconhecimento mútuo<sup>129</sup>.

Subsequentemente, diversos actos comunitários acolheram de modo expresso os princípios do reconhecimento mútuo e da vigilância dos prestadores de serviços financeiros pelas autoridades do respectivo Estado-Membro de origem («*home country control*»)<sup>130</sup>.

Está neste caso a Directiva 2006/48/CE, de 14 de Junho de 2006, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício<sup>131</sup>, cujo art. 23.º dispõe:

«Os Estados-Membros devem estabelecer que as actividades referidas na lista do Anexo I possam ser exercidas nos respectivos territórios, nos termos do artigo 25.º, dos n.ºs 1 a 3 do artigo 26.º, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 28.º e dos artigos 29.º a 37.º, através do estabelecimento de uma sucursal ou por meio de prestação de serviços, por qualquer instituição de crédito autorizada e supervisionada pelas autoridades competentes de outro Estado-Membro, desde que tais actividades estejam abrangidas pela autorização.»

---

KILIAN, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 117 ss.; PAUL CRAIG e GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law*, cit., pp. 723 ss.; JEAN-LOUIS CLERGERIE, ANNIE GRUBER e PATRICK RAMBAUD, *L'Union européenne*, cit., pp. 364 ss.; e JÜRGEN SCHWARTZE (org.), *EU Kommentar*, cit., pp. 764 ss. Na doutrina nacional, vide JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito Comunitário*, cit., pp. 493 ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Coimbra, 2001, pp. 127 ss.; *idem*, *Banca, Bolsa e Seguros. Direito Europeu e Português*, tomo I, *Parte Geral*, Coimbra, 2005, pp. 229 ss.; RUI DE MOURA RAMOS, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, cit., p. 102; JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 679 ss.

<sup>125</sup> No tocante aos movimentos de capitais de e para terceiros Estados os arts. 57.º e 59.º do Tratado introduzem, todavia, importantes limitações ao disposto no art. 56.º.

<sup>126</sup> JOCE, n.º L 178, de 8 de Julho de 1988, pp. 5 ss.

<sup>127</sup> Neste sentido, DIRK EHLERS, «Allgemeine Lehren», *in eiusdem*, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, cit., pp. 177 ss. (p. 204).

<sup>128</sup> Cfr., neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Novembro de 1995, caso *Svensson* (proc. C-484/93).

<sup>129</sup> Assim, no acórdão *Parodi*, de 9 de Julho de 1997 (proc. C-222/95), o Tribunal de Justiça declarou: «O artigo 59.º do Tratado CEE [actual art. 49.º] deve ser interpretado no sentido [de] que se opõe a que um Estado-Membro exija a uma instituição de crédito já autorizada noutro Estado-Membro a obtenção de uma autorização para poder conceder empréstimo hipotecário a um residente no seu território [...]». Tais autorizações, acrescentou o Tribunal, apenas podem ser validamente exigidas se se verificarem três condições: que essa autorização «se imponha a qualquer pessoa ou sociedade que exerça tal actividade no território do Estado-Membro de destino»; que a mesma «seja justificada por razões ligadas ao interesse geral, tais como a protecção dos consumidores»; e que seja «objectivamente necessária para assegurar o cumprimento das regras aplicáveis no sector em causa e para proteger os interesses que estas regras têm por objectivo salvaguardar, sendo certo que o mesmo resultado não poderia ser alcançado com regras menos rigorosas». Cfr. RICCARDO LUZZATTO, «Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della C.E.E.», *Diritto del Commercio Internazionale*, 1989, pp. 193 ss.

<sup>130</sup> Ver, sobre esta matéria, LUCA G. RADICATI DI BROZZOLO, «L'ambito di applicazione della legge del paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella Cee», *Il Foro Italiano*, 1990, parte IV, pp. 454 ss.

<sup>131</sup> In JOUE, n.º L 177, de 30 de Junho de 2006, pp. 1 ss.

Uma entidade que obtenha autorização para exercer actividade bancária num Estado-Membro pode, assim, operar em toda a Comunidade, sem necessidade de novas autorizações, em regime de liberdade de estabelecimento ou de prestação de serviços e «do mesmo modo que no Estado-Membro de origem»<sup>132</sup>.

Consagra-se deste modo o princípio do *reconhecimento mútuo* das legislações nacionais e das autorizações necessárias ao acesso e ao exercício desta actividade económica. A responsabilidade principal pela regulação e pelo controlo da actividade dessas entidades cabe, por força dele, ao Estado-Membro de origem. O Estado-Membro de acolhimento pode, é certo, nos termos do art. 31.º da mesma Directiva, tomar «medidas adequadas, destinadas a evitar ou reprimir as irregularidades cometidas no seu território que sejam contrárias às disposições legais por ele adoptadas por *razões de interesse geral*». Essa possibilidade inclui, segundo o mesmo preceito, a de «impedir as instituições de crédito faltosas de iniciarem novas operações no seu território». Mas essas medidas não podem ser discriminatórias ou desproporcionadas, nem duplicar medidas já adoptadas pelo Estado-Membro de origem.

Por seu turno, a Directiva 2004/39/CE, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros<sup>133</sup>, dispõe no art. 31.º, n.º 1:

«Os Estados-Membros devem assegurar que qualquer empresa de investimento autorizada e sujeita à supervisão das autoridades competentes de outro Estado-Membro nos termos da presente directiva e, no que diz respeito às instituições de crédito, da Directiva 2000/12/CE, possa prestar livremente serviços e/ou actividades de investimento, bem como serviços auxiliares, no respectivo território, desde que esses serviços ou actividades sejam abrangidos pela sua autorização. Os serviços auxiliares só podem ser prestados conjuntamente com um serviço e/ou actividade de investimento. Os Estados-Membros não devem impor quaisquer requisitos adicionais a essas empresas de investimento ou instituições de crédito no que diz respeito às matérias abrangidas pela presente directiva.»

O regime comunitário desta matéria assenta, em suma, numa *repartição de competências* entre os reguladores do país de origem e os do país de acolhimento, com predomínio dos primeiros<sup>134</sup>. Por força dela, podem ser aplicadas regras diferentes à prestação de serviços financeiros no mesmo Estado, consoante a origem da instituição em causa.

Nisto se traduz o fenómeno dito da concorrência regulatória («*regulatory competition*»). Em virtude desta, os reguladores nacionais podem ser levados a modificar os seus próprios padrões de regulação, em ordem a proporcionar igualdade de condições de concorrência às instituições financeiras nacionais. Esse fenómeno envolve, pois, o risco de uma certa redução das exigências legais aplicáveis nesta matéria (por alguns apodada de «*race to the bottom*»). Mas esta não se verificou até hoje – ao que não será estranha a harmonização de legislações neste domínio entretanto empreendida na Comunidade.

**44.** A incidência das liberdades comunitárias nesta matéria não se limita, porém, à definição das condições de acesso e exercício da prestação de serviços financeiros e da entidade competente para controlar as entidades que prestam esses serviços: ela estende-se à determinação da própria lei reguladora do serviço prestado<sup>135</sup>.

Por exemplo, em matéria de contratos bancários que transcendam as fronteiras de um único Estado-Membro, as regras de conflitos vigentes na Comunidade Europeia conduzem, num largo número de situações, à aplicação da *lei do banco*<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> Cfr., neste sentido, o considerando 18 da Directiva.

<sup>133</sup> In *JOUE*, n.º L 145, de 30 de Abril de 2004, pp. 1 ss.

<sup>134</sup> Cfr. JAN DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law*, 3.ª ed., Oxford/Portland, 2007, p. 1290.

<sup>135</sup> Ver APOSTOLOS GKOUTZINIS, «Free Movement of Services in the EC Treaty and the Law of Contractual Obligations Relating to Banking and Financial Services», *Common Market Law Review*, 2004, pp. 119 ss.

<sup>136</sup> Cfr. JEAN-PIERRE MATTOUT, *Droit bancaire international*, 3.ª ed., Paris, 2004, pp. 31 ss.; DIETER MARTINY, «Banverträge», in CHRISTOPH REITHMANN e DIETER MARTINY (orgs.), *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6.ª ed., Colónia, 2004, pp. 950 ss. (p. 955). Na literatura jurídica portuguesa, vejam-se, no mesmo sentido, MARIA HELENA BRITO, «Os contratos bancários e a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais», *Revista da Banca*, 1993, pp. 75 ss. (p. 103); ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, «A Convenção de Roma e as operações bancárias», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 227 ss. (p. 239); e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, «Direito aplicável às operações bancárias internacionais», in *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, 2009, pp. 233 ss. (p. 250).

Assim sucede, desde logo, quando as partes escolham essa lei ao abrigo do art. 3.º da Convenção de Roma ou do Regulamento de Roma I, visto que estes textos não impõem, nos contratos que apresentem conexões com dois ou mais Estados-Membros, qualquer limitação a essa escolha.

Ao mesmo resultado conduzem o art. 4.º, n.º 2, da Convenção, em razão da aplicabilidade, aí consignada, da lei do país do devedor da prestação característica, e, de forma mais nítida, o art. 4.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento, por força da remissão nele feita para a lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual.

A regra mencionada vale igualmente para as transferências bancárias transfronteiras efectuadas no seio da Comunidade Europeia<sup>137</sup>, às quais deve, em princípio, ter-se como aplicável a lei escolhida pelas partes e, subsidiariamente, a lei do banco receptor da ordem de pagamento<sup>138</sup>.

Bem se compreende que assim seja. No sector dos serviços financeiros, as características e o conteúdo dos serviços prestados dependem em larga medida das regras que lhes forem aplicáveis. A aplicação da lei do país de origem desses serviços tem, por isso, especial razão de ser: uma vez que a identidade do serviço é indissociável da lei aplicável, a sua sujeição à lei do país de destino poderia afectar a própria possibilidade da respectiva prestação<sup>139</sup>. Assim sucederia, por exemplo, se a lei do país de destino não conhecesse, ou não permitisse, a figura da garantia bancária autónoma, admitida pelo sistema jurídico do Estado-Membro da sede ou do estabelecimento principal de um banco que se propusesse prestá-la a uma entidade estabelecida noutro Estado-Membro.

A liberdade de prestação de serviços ligados a movimentos de capitais através das fronteiras reclama, assim, a possibilidade de aplicar a esses serviços a lei do respectivo país de origem.

## VI. Ensaio de uma construção dogmática

### 1. A unidade na diversidade: a integração europeia e a preservação do pluralismo jurídico

45. Do que dissemos até aqui resulta que, a fim de assegurar as liberdades comunitárias de circulação, a Comunidade Europeia não enveredou por uma assimilação dos sistemas jurídicos nacionais, mas tão-só, de um modo geral, por uma harmonização mínima.

Desde, pelo menos, 1985, a preferência dos órgãos comunitários tem sido por uma produção normativa descentralizada, associada ao princípio de reconhecimento mútuo, recentemente definido pela Comissão Europeia como a *pedra angular* das políticas da União<sup>140</sup>.

Aliás, uma tal assimilação, além de desnecessária (e em parte inviável), seria contrária à preservação da *diversidade cultural*, inerente ao próprio conceito de Europa: esta é, desde sempre, um espaço geográfico caracterizado por uma pluralidade de línguas, de usos e costumes e de tradições políticas e

<sup>137</sup> É matéria em que a Comunidade Europeia tem também procurado levar a cabo uma certa harmonização de legislações. Regem-na, designadamente, a Directiva 97/5/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Janeiro de 1997, relativa às transferências transfronteiras, *in JOCE*, n.º L 43, de 14 de Fevereiro de 1997, pp. 25 ss. (transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo D.L. n.º 41/2000, de 17 de Março) e o Regulamento (CE) n.º 2560/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 2001, relativo aos pagamentos transfronteiras em Euros, *in JOCE*, n.º L 344, de 28 de Dezembro de 2001, pp. 13 ss.

<sup>138</sup> É, aliás, esta a solução consagrada na Lei-Modelo da CNUDCI sobre as Transferências Internacionais de Crédito, de 1992: cfr. o artigo Y, n.º 1, dessa Lei-Modelo, segundo o qual: «The rights and obligations arising out of a payment order shall be governed by the law chosen by the parties. In the absence of agreement, the law of the State of the receiving bank shall apply». Para os efeitos desta disposição, o conceito de «banco receptor» («receiving bank») deve ser entendido, em conformidade com o estabelecido no art. 2 da Lei-Modelo, nos seguintes termos: «“receiving bank” means a bank that receives a payment order» (alínea f)).

<sup>139</sup> Cfr., no sentido do texto, LUCA RADICATI DI BROZZOLO, «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», est. cit. na *RCDIP*, 1993, p. 407.

<sup>140</sup> Cfr. a *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. Aplicação do Programa da Haia: o rumo a seguir*, doc. COM (2006) 331 final, p. 8.



jurídicas. Na Comunidade Europeia, a liberdade de circulação tem, por isso, de ser articulada com a preservação dessa diversidade<sup>141</sup>.

46. Ora, esta *unidade na diversidade* postula a adopção de regras de conflitos de leis no espaço que possibilitem uma *coordenação* dos sistemas jurídicos nacionais compatível com as liberdades comunitárias<sup>142</sup>.

Vem daqui o principal impulso no sentido da unificação do Direito Internacional Privado na Comunidade Europeia. Só através de regras de conflitos uniformes parece, na verdade, possível conciliar a preservação da pluralidade e da diversidade dos Direitos nacionais, enquanto expressões de cultura, com a livre circulação dos factores de produção no mercado interno europeu. O plano supranacional é hoje, por isso, o indicado para a elaboração de regras de conflitos<sup>143</sup>. Os recentes regulamentos comunitários sobre os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais e extracontratuais correspondem justamente a esta orientação.

## 2. A autonomização de um Direito Internacional Privado do mercado interno

47. Desponta, segundo alguns, um Direito Internacional Privado do mercado interno, ou Direito de Conflitos de mercado interno («*Binnenmarkt-IPR*» ou «*Binnenmarktkollisionsrecht*»)<sup>144</sup>.

Este seria integrado pelas regras de conflitos que se ocupam da determinação do regime aplicável às relações privadas internacionais exclusivamente conexas com o mercado interno europeu.

Seria, pois, através dessas regras que a Comunidade levaria a cabo a coordenação dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, tendo em vista assegurar o exercício das liberdades comunitárias num quadro de pluralismo jurídico.

Talvez não se possa falar ainda, a este respeito, de um verdadeiro *sistema* de regras de conflitos de leis. Mas não podem deixar de ver-se, em algumas das decisões judiciais e dos actos normativos que mencionámos atrás, regras de Direito Internacional Privado privativas de relações intracomunitárias: a contratação de trabalhadores temporariamente destacados de um Estado-Membro para outro no âmbito de uma prestação de serviços; o reconhecimento de sociedades comerciais constituídas de acordo com o Direito de um Estado-Membro; o direito ao nome de pessoas oriundas de outro Estado-Membro; a prestação de serviços de radiodifusão televisiva e da sociedade da informação por empresas estabelecidas na Comunidade; etc.

Os próprios Regulamentos de Roma I e Roma II, apesar do seu carácter universal, apresentam como seu fundamento precípua o bom funcionamento do mercado interno<sup>145</sup>. Ambos contêm, aliás, regras específicas das situações intracomunitárias<sup>146</sup> e ressalvam as disposições especiais de Direito Comunitário sobre as matérias inseridas no respectivo âmbito de aplicação<sup>147</sup>.

<sup>141</sup> Eis por que há quem afirme que ao Tratado das Comunidades Europeias subjaz a concepção de um *mercado interno imperfeito* («*unvollkommener Binnenmarkt*»), em que coexistem diferentes sistemas jurídicos nacionais: assim, STEFAN BRUINIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das Internationale Privatrecht*, Frankfurt a.M., etc., 2003, p. 205.

<sup>142</sup> Veja-se, nesta linha fundamental de orientação, HORATIA MUIR-WATT, «European Integration, Legal Diversity and the Conflict of Laws», *Edinburgh Law Review*, 2005, pp. 6 ss. (p. 9), que escreve: «where pluralism tends to emerge as a foundational value in the complex, multi-level structure that Europe represents, the conflict of laws may appear as a convincing alternative to centralised decision-making in an integrated market».

<sup>143</sup> Neste sentido, vejam-se também HELGE JOHAN THUE, «European Private International Law as the European Solution, and the European Economic Area (EEA/EWR) Problem», in GERTE REICHELDT (org.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR. Ein Beitrag zur Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts*, Viena, 2007, pp. 93 ss. (p. 95); e JÜRGEN BASEDOW, «Federal Choice of Law in Europe and in the United States – A Comparative Account of Interstate Conflicts», *Tulane Law Review*, 2008, pp. 2119 ss. (p. 2145). Em sentido diverso, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, «Federalismo e Direito Internacional Privado – algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado», cit., *passim*.

<sup>144</sup> Ver STEFAN GRUNDMANN, «Binnenmarktkollisionsrecht – vom klassischen IPR zur Integrationsordnung», *RebelsZ*, 2000, pp. 457 ss.; PETER MANKOWSKI, «Binnenmarkt-IPR – Eine Problemskizze», in JÜRGEN BASEDOW e outros (orgs.), *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tubinga, 2001, pp. 595 ss.; KATRIN SCHILLING, *Binnenmarktkollisionsrecht*, Berlim, 2006.

<sup>145</sup> Veja-se o considerando 6 de ambos esses actos comunitários.

<sup>146</sup> Haja vista, por exemplo, aos arts. 3.º, n.º 4, e 7.º, n.º 1, do Regulamento de Roma I (relativos, respectivamente, à escolha da lei de um Estado terceiro quando todos os elementos de conexão relevantes se situem num ou mais Estados-Membros e aos contratos de seguro que cubram riscos situados no território dos Estados-Membros) e aos arts. 8.º, n.º 2, e 14.º, n.º 3, do Regulamento de Roma II (sobre a violação de direitos de propriedade intelectual comunitários e a escolha da lei de um terceiro Estado quando a situação em apreço apenas apresente conexões com a Comunidade).

<sup>147</sup> Regulamento de Roma I, art. 23.º; Regulamento de Roma II, art. 27.º.

Ora, há entre estas regras um *fio condutor*, uma coerência intrínseca, que lhes é dada pela referência a princípios comuns, entre os quais sobressai a salvaguarda das liberdades comunitárias. O Direito Internacional Privado do mercado interno apresenta, assim, certa autonomia, não apenas do ponto de vista das suas fontes, mas também dos valores em que se funda.

A ênfase deste modo conferida pelo Direito Internacional Privado às liberdades comunitárias reflecte a permeabilidade desta disciplina às opções valorativas gerais do sistema jurídico em que se insere: a sua «Justiça» é, como notámos noutro lugar, tributária dessas opções, e não um domínio à parte delas<sup>148</sup>.

A dualidade («*Zweispurigkeit*»), ou o *desdobramento* («*Spaltung*»), do Direito Internacional Privado, daqui resultante, é uma consequência da constituição no seio da Comunidade Europeia de um mercado interno, regido por princípios que não se estendem às relações económicas com terceiros Estados, e da necessidade de coordenar os sistemas jurídicos dos Estados-Membros em conformidade com esses princípios.

Como fundamento da autonomização de um Direito Internacional Privado do mercado interno pode ainda apontar-se a circunstância de, nos domínios abrangidos pelas respectivas normas, ter ocorrido uma certa harmonização de legislações, que pode justificar, pelo que respeita às situações intracomunitárias, um Direito de Conflitos mais liberal do que aquele que vale para as relações com terceiros Estados<sup>149</sup>.

Mas qual exactamente o conteúdo do Direito Internacional Privado do mercado interno? Poderão considerar-se integrantes dele a aplicação às situações privadas internacionais da lei do país de origem e o princípio do reconhecimento mútuo?

Estas as questões de que nos ocuparemos em seguida.

### 3. A referência à lei do país de origem

48. Segundo uma corrente doutrinal que se afirmou na Europa sobretudo a partir do início dos anos 90, seria aplicável às situações plurilocalizadas conexas com dois ou mais Estados-Membros da Comunidade a lei do país do estabelecimento do fornecedor de produtos ou serviços postos em circulação no mercado interno europeu («*Herkunftslandprinzip*»)<sup>150</sup>.

Esta regra constituiria como que a *projecção conflitual* do princípio do reconhecimento mútuo. Este teria implícita uma remissão para a lei do país de origem, ainda que restringida de várias formas<sup>151</sup>.

As liberdades comunitárias conteriam, por outras palavras, uma «regra de conflitos oculta» («*versteckte Kollisionsnorm*») com o referido conteúdo, a qual primaria sobre o Direito de Conflitos de fonte interna<sup>152</sup>.

49. Contra a existência de uma regra de conflitos com o referido teor, implícita nas normas do Tratado da Comunidade Europeia relativas à livre circulação de mercadorias e serviços, pronunciou-se entretanto uma parte considerável da doutrina.

<sup>148</sup> Ver os nossos estudos *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., pp. 80 ss.; e «Sources and General Principles of Portuguese Private International Law: An Outline», *YPIL*, 2007, pp. 257 ss.

<sup>149</sup> Cfr. KARL KREUZER, «Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts. Wie europäisch soll das Europäische Internationale Privatrecht sein?», cit., p. 84.

<sup>150</sup> Ver, sobre o tema, em especial, WOLFGANG DRASCH, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht. Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 1997; ALEXANDER THÜNKEN, *Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip*, Frankfurt a.M., 2003.

<sup>151</sup> Cfr. JÜRGEN BASEDOW, «Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis», *RabelsZ*, 1995, pp. 1 ss. (p. 14); *idem*, «Europäisches Internationales Privatrecht», *NJW*, 1996, pp. 1921 ss. (pp. 1927 s.); MIGUEL GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999, pp. 34 e 177 ss. Para uma construção do reconhecimento mútuo como um princípio de conflitos de leis, veja-se também CHRISTIAN JOERGES, «Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, a Re-Conceptualisation and Recent True Conflicts», in PAULO DE PITTA E CUNHA e LUÍS SILVA MORAIS (orgs.), *A Europa e os desafios do século XXI*, Coimbra, 2008, pp. 111 ss.

<sup>152</sup> JÜRGEN BASEDOW, est. cit., pp. 14 s. No entanto, essa regra apenas funcionaria, segundo este autor, quando a *lex originis* se mostre mais favorável ao oferente de produtos ou serviços do que a lei do país de destino. De contrário (como sucede, v.g., se a lei do país de destino permite a publicidade comparativa e a lei do país de origem não), aplicar-se-ia a lei do país de destino (*ibidem*, p. 16). Haveria, assim, uma *conexão alternativa* em benefício do oferente de produtos ou serviços no mercado interno (*Günstigkeitsprinzip* ou *favor offerentis*), fundada nas liberdades comunitárias.

Para certos autores, não poderia resultar das regras de conflitos de leis no espaço qualquer ofensa às liberdades comunitárias; esta apenas poderia decorrer de normas materiais. A fim de que o Direito Privado possa afectar as liberdades de circulação e estabelecimento, diz-se, não basta a diversidade das regras nacionais: é ainda necessário que da aplicação dele resulte um *entrave* a essas liberdades; só neste caso intervém o Direito Comunitário. As liberdades comunitárias não se oporiam à aplicação de determinada ordem jurídica, no todo ou em parte, mas tão-só a concretas restrições ao comércio intracomunitário, as quais apenas podem resultar do Direito material. O Direito Comunitário não imporá, assim, nenhuma regra de conflitos<sup>153</sup>. De acordo com este ponto de vista, as regras comunitárias relativas à liberdade de circulação têm, quando muito, uma *função correctiva*<sup>154</sup>.

Segundo outra formulação da mesma ideia fundamental, a referência à lei do país de origem não deve ser entendida como uma referência conflitual, que exclua a aplicação da lei do país de destino. Na realidade, esta última só não deveria ser aplicada quando os produtos importados satisfaçam exigências equivalentes da lei do país de origem<sup>155</sup>. Mesmo quando serve de base à resolução de casos concretos, a lei do país de origem não seria, por conseguinte, aplicada enquanto tal. Quando muito, poderia dizer-se que o facto de o fornecedor ou oferente de produtos ou serviços se ter conformado com essa lei o exonera da observância de certas normas do país de destino<sup>156</sup> (ou, *rectius*, da *lex causae*<sup>157</sup>). Os preceitos da *lex originis* seriam, assim, tomados em consideração como *meros factos*, a valorar à luz da lei reguladora da questão em apreço segundo as regras de conflitos comuns; não como verdadeiras normas jurídicas<sup>158</sup>.

**50.** A nosso ver, não é legítimo rejeitar toda e qualquer relevância das liberdades comunitárias no plano dos conflitos de leis. Por duas razões.

Em primeiro lugar, porque o Direito Internacional Privado opera uma repartição do risco e dos custos da aplicação da lei estrangeira, que não pode ser indiferente às liberdades comunitárias. Se um exportador de produtos ou serviços, além de ter de se conformar com a lei do país onde se encontra estabelecido, deve ainda subordinar-se às dos países para onde exporta, encontrar-se-á, dados os riscos e os custos inerentes à obtenção de informação acerca da lei estrangeira e à adaptação da sua prestação às regras desta, numa situação de desvantagem relativamente às empresas locais – e isto, independentemente do teor dessas leis<sup>159</sup>. A necessidade de os agentes económicos adaptarem os seus produtos ou serviços, ou a forma da sua comercialização, às leis dos países para onde os mesmos são exportados pode, pois, por si só cercear a sua livre circulação<sup>160</sup>.

<sup>153</sup> Cfr. HARRY DUINTJER TEBBENS, «Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire», *RCDIP*, 1994, pp. 451 ss. (pp. 476 ss.); MATHIAS ROHE, «Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag», *RabelsZ*, 1997, pp. 1 ss. (pp. 58 ss.); KARL-HEINZ FEZER e STEFAN KOOS, est. cit. na *IPRax*, 2000, pp. 349 s. (pp. 350 s.); BRUINIER, ob. cit., pp. 55, 156 s. e 205; STEFANIA BARIATTI, «Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale private comunitario», *RDIPP*, 2003, pp. 697 ss. (pp. 677).

<sup>154</sup> «Na realidade», escreve PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, «o princípio do reconhecimento mútuo não se traduz numa regra conflitual que, partindo da igualdade dos diversos ordenamentos materiais implicados, imponha a aplicação, relativamente ao conjunto das relações jurídicas afectadas pelas liberdades comunitárias, da lei do Estado de origem (incluindo a totalidade do Direito privado). A jurisprudência mostra que nestes casos a actuação conforme ao TCE só reclama a não aplicação das regras da lei aplicável contrárias ao Direito Comunitário (que podem ser substituídas, nessa medida, pela lei do Estado de origem, em virtude do princípio de reconhecimento mútuo)». Cfr. «Integración europea y Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, pp. 413 ss.

<sup>155</sup> WULF-HENNING ROTH, «Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht», cit., p. 54.

<sup>156</sup> Cfr. WILDERSPIN e LEWIS, est. cit., p. 21.

<sup>157</sup> BERND VON HOFFMANN e KARSTEN THORN, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 27 s. e 38 s.

<sup>158</sup> WULF-HENNING ROTH, «Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht», cit., pp. 54 e 63; *idem*, «Methoden der Rechtsfindung und der Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht», *IPRax*, 2006, pp. 338 ss. (p. 341).

<sup>159</sup> Veja-se, nesta linha de orientação, a *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos*, doc. COM (2001) 398 final, n.ºs 30 e ss.

<sup>160</sup> Neste sentido, vejam-se MARC FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne», *Rec. Cours*, t. 253 (1995), pp. 13 ss. (pp. 83 s.); HANS-JÜRGEN SONNENBERGER, «Europa-recht und Internationales Privatrecht», *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 1996, pp. 1 ss. (pp. 24 s.); WULF-HENNING ROTH, «Die Grundfreiheiten und das Internationale Privatrecht – das Beispiel der Produkthaftung», in HAIMO SCHACK (org.), *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, Munique, 2000, pp. 635 ss. (p. 639); e ULRICH KLINKE, «Kollisionsnormen und Gemeinschaftsrecht. Zur Architektur des europäischen Vaterhauses», in HILMAR KRÜGER e HEINZ-PETER MANSEL (orgs.), *Liber Amicorum Gerhard Kegel*, Munique, 2002, pp. 1 ss. (p. 20).

O mesmo pode dizer-se a respeito da liberdade de estabelecimento, sempre que uma sociedade comercial validamente constituída de acordo com a lei de certo Estado-Membro tenha de se conformar com a de outro Estado-Membro, onde pretenda sedear a sua administração. Foi este, como vimos, o problema subjacente ao caso *Centros*.

Nestas hipóteses, uma regra de conflitos que imponha a aplicação de certa lei a uma situação privada internacional constituída de acordo com outra lei traduz-se potencialmente num entrave às liberdades comunitárias<sup>161</sup>.

Ora, também este tipo de entraves é visado pelo princípio do reconhecimento mútuo. Não está em causa, como se disse, a solução material consagrada pela lei do país de destino dos produtos ou serviços em questão, ou de estabelecimento de uma sociedade, mas tão-só a sua aplicabilidade a produtos ou serviços ou a sociedades comerciais provenientes de outros Estados-Membros. O problema coloca-se, assim, no plano do Direito Internacional Privado.

Em segundo lugar, porque as regras de conflitos podem violar as liberdades comunitárias, sempre que confirmam ao Direito material de certo Estado um âmbito espacial de aplicação excessivamente vasto, de que resulte um entrave à livre circulação de produtos ou serviços (por exemplo, por determinarem a aplicação imperativa de normas nacionais de protecção dos consumidores a contratos celebrados no estrangeiro, por consumidores aí domiciliados, ou por imporem a aplicação de normas nacionais de protecção dos trabalhadores a contratos integralmente executados no estrangeiro por trabalhadores estrangeiros) e bem assim quando consagrem conexões discriminatórias em razão da nacionalidade<sup>162</sup>.

**51.** É interessante notar que, neste ponto, o debate em apreço apresenta certa analogia com o que foi travado em diversos países europeus (incluindo o nosso), na segunda metade do século XX, a respeito do impacto do Direito Constitucional sobre o Direito Internacional Privado. Também a este propósito se começou por negar que o Direito Constitucional pudesse ter qualquer repercussão sobre a nossa disciplina, atento o carácter supostamente formal das suas regras; para se concluir mais tarde que as regras de conflitos, apesar do seu carácter «indirecto» ou «remissivo», não podiam eximir-se a um juízo de constitucionalidade<sup>163</sup>.

As normas de Direito Comunitário que consagram as liberdades de circulação não são decerto regras de conflitos. Mas delas resultam directrizes importantes para o Direito Internacional Privado, nomeadamente no sentido de que este não pode discriminar em razão da nacionalidade nem pode estabelecer restrições injustificadas à livre circulação de mercadorias e serviços<sup>164</sup>.

**52.** Há, em todo o caso, que reconhecer que uma genérica derrogação das regras de conflitos comuns por uma regra de conflitos implícita, deduzida das normas do Tratado da Comunidade Europeia que consagram as liberdades comunitárias, não é aceitável.

A existência de regras de conflitos implícitas em normas de Direito material não será, decerto, fenómeno desconhecido na teoria do Direito Internacional Privado: a doutrina das normas internacionalmente imperativas, ou de aplicação imediata, assenta em boa parte nesse pressuposto<sup>165</sup>.

Trata-se, porém, de um fenómeno excepcional. Fazer assentar o Direito Internacional Privado do mercado interno sobre tais normas seria conferir-lhe uma base excessivamente frágil, geradora de grande insegurança jurídica.

**53.** À tese de que o Tratado da Comunidade Europeia contém uma regra de conflitos oculta, remetendo para a *lex originis* opõe-se ainda o pronunciamento do Tribunal de Justiça no caso *Repubblica*

<sup>161</sup> Cfr. ORTINO, est. cit., p. 321.

<sup>162</sup> Cfr. WULF-HENNING ROTH, «Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht», cit., pp. 58 e 63.

<sup>163</sup> É matéria que não podemos desenvolver aqui. Ver, por todos, RUI DE MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, 1980.

<sup>164</sup> Há, por isso, quem entenda que elas consubstanciam um «Direito-Quadro de Conflitos» («Kollisionsrahmenrecht»); cfr. CHRISTIANE WENDEHORST, «Internationales Privatrecht», in KATJA LANGENBUCHER (org.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 2008, p. 396.

<sup>165</sup> Cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral*, cit., vol. II, pp. 829 s. e 971.

*Federal da Alemanha contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia*<sup>166</sup>, em que o Tribunal declarou que a aplicação dessa lei não corresponde a um princípio consagrado no Tratado, pelo que o legislador comunitário se pode afastar dela, desde que tal não viole a confiança legítima dos interessados.

No estado actual de evolução do Direito Comunitário, há, assim, que reconhecer que não existe, pelo que respeita às situações privadas internacionais, uma genérica competência da *lex originis*.

**54.** Mas reclamarão as liberdades comunitárias a consagração, no futuro, de regras de Direito Internacional Privado que remetam para a *lex originis*?

A este propósito, importa ter presente que na base do sistema vigente de regras de conflitos há uma ponderação de valores e interesses, que não se coaduna com a consagração de regras de conflitos que apenas atendam à posição dos oferentes de produtos e serviços no mercado interno.

A livre circulação de produtos e serviços não é, com efeito, o único interesse atendível na regulação das relações intracomunitárias: também os interesses ligados à paridade dos concorrentes, à protecção dos consumidores e das vítimas de actos danosos, etc. (que o próprio Direito Comunitário tutela), têm de ser acautelados neste domínio; e estes podem mostrar-se incompatíveis com a aplicação sistemática da *lex originis*<sup>167</sup>. Assim se explica a omissão de uma tal regra em diversos actos comunitários recentes, entre os quais o Regulamento de Roma II.

Na Comunidade Europeia, o *favor offerentis* não leva, pois, necessariamente a melhor sobre o *favor laesi* ou a *par conditio concurrentium*<sup>168</sup>.

**55.** À medida, porém, que forem sendo harmonizadas as legislações nacionais sobre as matérias em apreço, a necessidade de acautelar os mencionados interesses na determinação da lei aplicável ir-se-á desvanecendo, pois esta tornar-se-á indiferente sob esse prisma; avultará então o interesse na livre circulação dos factores de produção, ao qual poderá ser dada primazia.

Os domínios de eleição da lei do país de origem são, pois, aqueles em que tenha havido uma harmonização de legislações, que assegure a *equivalência funcional* das normas materiais aplicáveis, por estarem ao serviço dos mesmos interesses fundamentais. Esta nos parece ser a chave do problema.

Nestes casos, os interesses que justificam a aplicação da lei do país de destino dos produtos ou serviços oferecidos no mercado interno (v.g. os dos consumidores, das vítimas e dos concorrentes) encontrar-se-ão, em princípio, suficientemente acautelados pelas normas harmonizadas. Esses interesses terão, assim, menor relevância na definição da lei aplicável. Em contrapartida, sobressairá o interesse na integração dos mercados, cuja realização é facilitada pela aplicação da lei do país de origem.

É esta a solução que melhor assegura a liberdade de circulação dos factores de produção e, conseqüentemente, a realização do mercado interno sem comprometer os outros interesses prosseguidos pelo Direito Internacional Privado<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> Acórdão de 13 de Maio de 1997 (proc. C-233/94).

<sup>167</sup> Cfr. BERND VON HOFFMANN e KARSTEN THORN, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 27; SONNENBERGER, in *Münchener Kommentar*, cit., p. 88.

<sup>168</sup> Eis por que mesmo um autor, como JÜRGEN BASEDOW, que vê na competência da lei do país de origem um corolário das liberdades comunitárias, se pronunciou contra a sua consagração na proposta de Directiva sobre os serviços. Cfr. «Dienstleistungsrichtlinie, Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht», *EuZW*, 2004, pp. 423 ss.

<sup>169</sup> Foi o que sucedeu em matéria de comércio electrónico. Um dos objectivos centrais da Directiva 2000/31/CE consistiu em assegurar a exoneração de responsabilidade dos provedores de serviços de Internet nas situações em que não lhes seja exigível que controlem os conteúdos que veiculam ou armazenam em rede. Essa exoneração é essencial à própria viabilidade económica da sua actividade e, reflexamente, ao funcionamento da Internet. A cláusula do mercado interno, consignada naquele acto comunitário, garante que um prestador de serviços estabelecido num Estado-Membro da Comunidade beneficia do regime de responsabilidade consagrado na respectiva legislação. A não ser assim, esses agentes económicos ficariam submetidos às leis de qualquer dos Estados-Membros onde os seus serviços sejam prestados, o que seria potencialmente inibidor da sua actividade. Em contrapartida, como notou o Grupo Europeu de Direito Internacional Privado, na posição que assumiu em 2004 sobre a proposta de Directiva relativa aos serviços no mercado interno (cfr. *Position du Groupe européen de droit international privé relative à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur*, disponível em <http://www.gedip-egpil.eu>), nos domínios não harmonizados, bem como naqueles em que as Directivas comunitárias não foram integralmente transpostas, a aplicação da lei do país de origem conduz a distorções no mercado de cada Estado-Membro, expondo os consumidores e os comerciantes locais a uma multiplicidade de regimes diferentes consoante a origem do prestador de serviços.

No tocante às relações intracomunitárias dever-se-á, em suma, evoluir para a aplicação da lei do país de origem, mas apenas se e na medida em que se concretize a harmonização de legislações<sup>170</sup>.

**56.** Seja como for, a regra da aplicação da lei do país de origem sempre se subordinará a certos limites. Estes resultam designadamente das *normas internacionalmente imperativas* do país de destino, como as que visam acautelar a ordem e a saúde públicas deste país.

A aplicação destas normas tem, em todo o caso, carácter excepcional. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem justamente procurado circunscrever as hipóteses em que são aplicáveis tais normas às relações intracomunitárias.

Avulta nesta matéria a exigência de que as normas em questão correspondam a exigências imperativas do interesse geral, não sejam discriminatórias, se mostrem adequadas à consecução dos objectivos visados e sejam proporcionadas. Não serão, por isso, admissíveis se houverem outras medidas que permitam alcançar o mesmo resultado, afectando menos intensamente o comércio sobre-fronteiras<sup>171</sup>.

#### 4. A excepção de reconhecimento mútuo

**57.** E qual o papel do reconhecimento mútuo na regulação das situações privadas internacionais?

Já se tem dito que, nos casos apontados, a aplicação da *lex originis* e o reconhecimento mútuo constituem como que as duas faces da mesma moeda. O reconhecimento mútuo não seria, na verdade, senão o resultado da aplicação da lei do país de acordo com a qual a situação se constituiu validamente<sup>172</sup>.

Vejam-se efectivamente assim é.

**58.** A noção de reconhecimento é bem conhecida no Direito Internacional Privado. Através dela quer-se significar, nesta disciplina, a extensão a determinado país dos efeitos que pertencem a uma situação jurídica constituída segundo a lei de outro país<sup>173</sup>.

O reconhecimento é muitas vezes a consequência da aplicação da lei designada pelas regras de conflitos do Estado do foro, à luz da qual se determina se certo direito subjectivo se constituiu, extinguiu ou transmitiu validamente. O reconhecimento de um direito constituído ao abrigo de uma lei estrangeira não é, nesses casos, coisa diferente da própria aplicação dessa lei<sup>174</sup>.

O reconhecimento pode, no entanto, ter como objecto uma situação jurídica constituída por instrumento negocial ou acto público, de acordo com uma lei distinta da que seria aplicável segundo as regras de conflitos do país onde a mesma é invocada.

Nestes casos, em homenagem à estabilidade e à continuidade dessas situações através das fronteiras, que se entende deverem prevalecer sobre os interesses subjacentes à aplicabilidade da lei designada pelas regras de conflitos comuns, admite-se que produzam efeitos nele situações validamente constituídas num país estrangeiro, ainda que não o pudessem ser localmente.

O reconhecimento dessas situações jurídicas pode, nesta medida, ser uma forma de superar a diversidade das regras de conflitos nacionais numa época de integração económica caracterizada pela intensificação do tráfico jurídico sobre-fronteiras.

**59.** Na Comunidade Europeia, fala-se de reconhecimento mútuo, como vimos, para aludir ao imperativo, decorrente da liberdade de circulação dos factores de produção, de que cada Estado-Membro admita a comercialização no respectivo território de mercadorias ou serviços lícitamente introduzidos no mercado do Estado-Membro de origem, bem como de que cada Estado-Membro admita o estabeleci-

<sup>170</sup> Assim também, JÜRGEN BASEDOW, «EC Conflict of Laws – A Matter of Coordination», cit., p. 30; *idem*, «European Private International Law of Obligations and Internal Market Legislation», cit., p. 24.

<sup>171</sup> Cfr. BASEDOW, est. cit. na *RabelsZ*, 1995, p. 21; SONNENBERGER, *Münchener Kommentar*; cit., p. 93.

<sup>172</sup> Assim, MANKOWSKI, «Binnenmarkt-IPR – Eine Problemskizze», p. 602.

<sup>173</sup> Ver ULRICH DROBNIG, «Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennungproblematik», in HANS CLAUDIUS FICKER e outros (orgs.), *Festschrift für Ernst von Caemmerer*; Tubinga, 1978, pp. 687 ss.

<sup>174</sup> Cfr., neste sentido, LEO RAAPE e FRITZ STURM, *Internationales Privatrecht*, vol. I, *Allgemeine Lehren*, 6.ª ed., Munique, 1977, p. 6.

mento no respectivo território de sociedades validamente constituídas de acordo com a lei de outro Estado-Membro.

Além desta vertente positiva, o reconhecimento mútuo possui uma outra, de natureza diversa, na medida em que pode operar como um *limite*, ou um *desvio*, à aplicação das regras da *lex causae*. Este limite pode intervir, designadamente, quando a aplicação desta lei implique uma restrição à livre circulação de produtos ou serviços ou à liberdade de estabelecimento.

Nestes casos, o princípio do reconhecimento mútuo deve ser construído, por conseguinte, não como uma «regra de conflitos oculta», mas antes como um mecanismo destinado a corrigir, nas relações intracomunitárias, os resultados da aplicação das regras de conflitos comuns<sup>175</sup>.

Não falta por isso quem aluda, nestes casos, a uma *excepção de reconhecimento mútuo*<sup>176</sup>. Esta não se substitui às regras de conflitos, antes possibilita tão-só a evicção de certas normas da lei do país de destino de uma mercadoria, serviço ou pessoa, ou das da lei designada pelas regras de conflitos locais, quando a sua aplicação envolva uma restrição à liberdade de circulação.

Essa excepção poderia ter a seguinte formulação:

«Não são aplicáveis os preceitos da lei designada pela regra de conflitos quando essa aplicação conduza a um resultado contrário às disposições do Direito da União Europeia relativas à liberdade de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais.»<sup>177</sup>

O reconhecimento mútuo tem, nesta medida, autonomia relativamente à aplicação da lei do país de origem.

**60.** A actuação desta excepção pressupõe, em todo o caso, que os preceitos evictos sejam *funcionalmente equivalentes* aos do Direito do Estado-Membro em conformidade com o qual a situação jurídica em apreço se constituiu: a equivalência funcional é, como já dissemos, o fundamento do reconhecimento mútuo.

Se, por conseguinte, tais preceitos estabelecerem um nível de protecção superior para certa categoria de pessoas, deles resultando um *benefício real*, por exemplo, para o consumidor ou o trabalhador por conta de outrem, não se justificará o seu afastamento.

Em contrapartida, esta excepção opera com independência do título a que a regra a afastar é aplicável (pois tanto pode sê-lo por força de uma regra de conflitos como por constituir uma norma internacionalmente imperativa), da proveniência da regra a afastar (que pode ser de Direito nacional ou estrangeiro, assim se distinguindo da excepção de ordem pública internacional) e da sua natureza (podendo, como já notámos, ser de Direito Público ou Privado)<sup>178</sup>.

<sup>175</sup> Foi o que sucedeu nos casos *Centros, Überseering e Inspire Art*, em que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias decidiu que certos Estados-Membros deveriam reconhecer sociedades comerciais constituídas validamente noutros Estados-Membros, apesar de a sua sede real se situar no território dos primeiros, ficando inibidos de lhes aplicar certas regras imperativas locais, salvo por razões de interesse geral (concebido este último de forma muito restritiva). É também uma cláusula deste tipo que encontramos no art. 4.º da Directiva sobre as práticas comerciais desleais. Cfr., no sentido do texto, MICHAEL BOGDAN, *Concise Introduction to EU Private International Law*, Groningen, 2006, p. 27.

<sup>176</sup> Cfr. MARC FALLON, «Libertés communautaires et règles de conflit de lois», cit., 79; MARC FALLON e JOHAN MEEUSEN, «Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition», *YPIL*, 2002, pp. 37 ss.; HORATIA MUIR-WATT, «L'entrave à la libre prestation de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres», cit., p. 546; e MATHIAS AUDIT, «Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois», *Clunet*, 2006, pp. 1333 ss. (pp. 1345 ss.)

<sup>177</sup> Baseamo-nos aqui na formulação proposta por MARC FALLON, em «Libertés communautaires et règles de conflit de lois», cit., pp. 77 s.

<sup>178</sup> Assim, se as disposições legais do Estado-Membro de acolhimento, aplicáveis ao destacamento de trabalhadores nos termos da Directiva 96/71/CE, formularem certa exigência quanto à duração dos tempos de trabalho, à remuneração dos trabalhadores, às condições da respectiva disponibilização ou à segurança, saúde ou higiene no trabalho, mas tiverem sido cumpridas pela entidade patronal exigências equivalentes constantes da lei do país de origem dos trabalhadores, o princípio do reconhecimento mútuo opor-se-á à aplicação daquelas disposições sempre que daí resulte um entrave à livre prestação de serviços. Não é outra, se bem cuidamos, a orientação subjacente às decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades sobre esta matéria, de que demos conta *supra*, no n.º 6. Cfr., no sentido do texto, HORATIA MUIR-WATT, «L'entrave à la libre prestation de services», cit., p. 546, n. 6; *idem*, «Aspects», cit., p. 199, n. 502.

61. Outra questão que se pode colocar é a de saber se o reconhecimento mútuo, entendido nos termos acabados de expor, constitui uma alternativa metodológica – ou, como pergunta COESTER-WALTJEN<sup>179</sup>, um «substituto» («*Ersatz*») – das regras de conflitos.

Por outras palavras: serão todas as situações validamente constituídas ao abrigo do Direito de outro Estado-Membro susceptíveis de beneficiar do reconhecimento mútuo independentemente de qual seja esse Direito?

Reencontramos aqui uma questão há muito debatida no Direito Internacional Privado: a autonomia do reconhecimento de direitos adquiridos perante o Direito de Conflitos.

A doutrina que sustenta essa autonomia remonta, como se sabe, à escola estatutária holandesa do séc. XVII e a ULRICH HUBER<sup>180</sup>. Este partiu do princípio da territorialidade das leis: no território de cada Estado apenas se aplicariam as leis locais. Mas, por «cortesia internacional» («*ex comitas gentium*»), admitiu o reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro. Aquilo a que se deveria conferir efeitos no Estado do foro não seriam, todavia, as leis estrangeiras propriamente ditas, mas tão-só os *direitos adquiridos* no estrangeiro à sombra dessas leis. Esse reconhecimento não dependeria do livre arbítrio dos tribunais locais, antes derivaria do costume internacional («*ex tacito popolorum consensu*»). O fundamento da solução dada aos conflitos de leis radicaria, assim, numa fonte supra-estadual: o Direito Internacional Público (no dizer de Huber, «*quid diversi populi inter se servare debeant, ad juris Gentium rationes pertinere manifestum est*»).

Da Holanda, as ideias de HUBER passaram para a Inglaterra, nos meados do século XVIII, através dos juristas escoceses que realizaram os seus estudos em universidades holandesas (em especial na de Leida). Mais tarde, a influência de HUBER far-se-ia sentir também nos Estados Unidos. Os conflitos de leis surgiram aí do facto de as treze antigas colónias inglesas terem mantido a sua autonomia legislativa. A doutrina territorialista holandesa de seiscentos adequava-se ao espírito independentista dos norte-americanos. Foi justamente em HUBER que JOSEPH STORY, juiz do Supremo Tribunal dos Estados Unidos e professor em Harvard, bebeu a principal inspiração da sua tese segundo a qual a «*comity of nations*» seria a expressão mais apropriada a fim de definir o fundamento e o alcance da eficácia das leis de um país no território de outro<sup>181</sup>.

Devem-se, pois, a Huber as bases da teoria que se tornou conhecida em Inglaterra e nos Estados Unidos sob a designação de *vested rights* e que fez sentir a sua influência até ao século XX. Inscreveu-a ALBERT DICEY na sua obra fundamental, como primeiro princípio dos conflitos de leis: «Qualquer direito devidamente adquirido ao abrigo da lei de um país civilizado é reconhecido e, em geral, é feito valer (*enforced*) pelos tribunais ingleses»<sup>182</sup>. A mesma doutrina foi posteriormente sustentada nos Estados Unidos por JOSEPH BEALE, relator do primeiro *Restatement* norte-americano sobre os conflitos de leis, que aliás a consagrou<sup>183</sup>.

A doutrina dos direitos adquiridos exerceu ainda larga influência em França, através de PILLET<sup>184</sup>, e em Portugal, por via do ensino de MACHADO VILLELA, que considerou o reconhecimento dos direitos adquiridos como um problema cientificamente autónomo relativamente ao dos conflitos de leis<sup>185</sup>.

No domínio que aqui nos interessa, a autonomia do reconhecimento de direitos adquiridos fundar-se-ia, segundo a doutrina que a preconiza, na salvaguarda das liberdades comunitárias<sup>186</sup>.

<sup>179</sup> Cfr. «Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht», *IPRax*, 2006, pp. 392 ss.

<sup>180</sup> Cfr. *De Conflictu Legum diversarum in diversis imperiis*, 1.ª ed., 1689 (há tradução inglesa, por Llewelyn Davies, in *British Yearbook of International Law*, 1937, pp. 49 ss.).

<sup>181</sup> Cfr. *Commentaries on the Conflict of Laws: Foreign and Domestic*, 5.ª ed., Boston, 1857, p. 44.

<sup>182</sup> Cfr. *Conflict of Laws*, 3.ª ed., Londres, 1922, pp. 23 s. (texto reproduzido in PAOLO PICONE e WILHELM WENGLER, *Internationales Privatrecht*, Darmstadt, 1974, p. 53).

<sup>183</sup> Cfr. *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. III, pp. 1968 ss.: «A right having been created by the appropriate law, the recognition of its existence should follow everywhere. Thus an act valid where done cannot be called in question anywhere» (texto reproduzido in PAOLO PICONE e WILHELM WENGLER, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 53).

<sup>184</sup> Cfr. *Traité Pratique de Droit International Privé*, t. I, Grenoble/Paris, 1923, pp. 119 ss., e «La théorie générale des droits acquis», *Rec. Cours*, t. 8 (1925-II), pp. 485 ss., especialmente pp. 489 ss.

<sup>185</sup> Cfr. *Tratado elementar (teórico e práctico) de Direito Internacional Privado*, livro I, Coimbra, 1921, pp. 610 ss.

<sup>186</sup> Cfr. ERIK JAYME e CHRISTIAN KOHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe», *IPRax*, 2004, pp. 481 ss. (p. 484); RALPH MICHAELS, «EU Law as Private International Law? Reconceptualizing the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory», *Journal of Private International Law*, 2006, pp. 195 ss.; KURT SIEHR, «Kollisionen des Kollisionsrechts», in DIETMAR BAETGE, JAN VON HEIN e MICHAEL VON HINDEN (orgs.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag*, Tubinga, 2008, pp. 211 ss. (p. 218).



Essa autonomia foi, no entanto, largamente rejeitada pela doutrina contemporânea<sup>187</sup>. Para esta, apenas se deve admitir o reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro se e na medida em que estes se hajam constituído validamente de acordo com a lei ou as leis designadas pelas regras de conflitos do Estado do foro; são estas regras, com efeito, que hão-de indicar se a lei ao abrigo da qual a situação jurídica *sub judice* se constituiu era competente para criá-la<sup>188</sup>. Nesta medida, o reconhecimento de direitos adquiridos não teria autonomia dogmática relativamente aos conflitos de leis.

62. Recentemente, porém, ERIK JAYME e CHRISTIAN KOHLER<sup>189</sup> deram conta de uma tendência, que estaria subjacente aos planos de acção comunitários neste domínio, para a substituição do Direito Internacional Privado pelo reconhecimento mútuo, ou, como escreveu CHRISTIAN KOHLER<sup>190</sup>, para o «renascimento» do reconhecimento mútuo como princípio de solução dos problemas de Direito Internacional Privado. Tendência essa, aliás, censurada por esses autores – o que não será surpreendente na pátria de SAVIGNY<sup>191</sup>.

Não falta mesmo quem caracterize os desenvolvimentos recentes do Direito Internacional Privado europeu, em particular pelo acolhimento nele dado aos princípios do país de origem e do reconhecimento mútuo, como uma «revolução» e uma «mudança de paradigma»<sup>192</sup>. A um método assente na ideia de conexão mais estreita contrapor-se-ia agora um outro, que visa resolver os conflitos de leis no espaço na base das liberdades comunitárias.

63. Perguntamos, pois: deverá, em homenagem às liberdades comunitárias, prescindir-se do controlo da lei à sombra da qual se constituiu uma situação jurídica a reconhecer?

Um princípio de reconhecimento mútuo assim entendido facilitaria porventura a resolução dos casos concretos e promoveria até a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões<sup>193</sup>.

<sup>187</sup> Na Alemanha, por exemplo, por LEO RAAPE e FRITZ STURM, *Internationales Privatrecht*, cit., e por JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 147 ss.; e, em Portugal, por ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, Lisboa, 1966, pp. 52 ss.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 1982, pp. 21 ss.; e ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, 2000, pp. 387 ss.

<sup>188</sup> Nesta linha fundamental de orientação se pronunciou já SAVIGNY, que, referindo-se ao princípio do reconhecimento dos direitos adquiridos, escreveu: «Este princípio conduz a um puro círculo. Pois apenas podemos saber quais OS direitos adquiridos se soubermos em primeiro lugar de acordo com que Direito local devemos apreciar essa aquisição» («Dieser Grundsatz führt auf einen blossen Zirkel. Denn welche Rechte wohl erworben sind, können wir nur erfahren, wenn wir zuvor wissen, nach welchem örtlichen Rechte wir den vollzogenen Erwerb zu beurtheilen haben»). Cfr. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, Berlim, 1849, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Aalen, 1981, p. 132.

<sup>189</sup> Cfr. «Europäisches Kollisionsrecht 2001 : Anerkennungsprinzip statt IPR ?», *IPRax*, 2001, pp. 501 ss. Ver também ERIK JAYME, «Il Diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con stati terzi», *RDIPP*, 2006, pp. 353 ss. (p. 355).

<sup>190</sup> Cfr. «Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in Zivilsachen im europäischen Justizraum», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2005, II, pp. 263 ss.

<sup>191</sup> Um ponto de vista mais aberto ao desenvolvimento deste método foi todavia sustentado por PAUL LAGARDE, para quem o mesmo teria sido acolhido nas Convenções da Haia de 1978 sobre a celebração e o reconhecimento da validade do casamento e de 1985 sobre a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento, bem como na Convenção da CIEC de 2003 sobre o reconhecimento do nome (cfr. «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 2004, pp. 225 ss. (pp. 232 ss.)). Por seu turno, PAOLO PICONE vê no reconhecimento mútuo uma manifestação do método, por ele autonomizado, da *referência ao ordenamento jurídico estrangeiro competente*, que no seu entender complementa o método clássico da conexão. Assim, no Direito Comunitário, a referência ao Estado de origem não serviria para aplicar a lei deste, mas antes para verificar a existência no respectivo ordenamento, globalmente considerado, de uma situação jurídica atinente a um bem ou a um serviço, a qual é tomada em consideração qualquer que seja a fonte de que deriva. Cfr., deste autor, «Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti», in *eisudem* (org.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Pádua, 2004, pp. 485 ss. (p. 495).

<sup>192</sup> Cfr. RALF MICHAELS, «Die europäische IPR-Revolution. Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung», in DIETMAR BAETGE, JAN VON HEIN e MICHAEL VON HINDEN (orgs.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tubinga, 2008, pp. 151 ss. (p. 171).

<sup>193</sup> Cfr., neste sentido, DAGMAR COESTER-WALTJEN, «Das Annerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?», in HEINZ-PETER MANSSEL, THOMAS PFEIFFER, HERBERT KRONKE, CHRISTIAN KOHLER e RAINER HAUSMANN (orgs.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munique, 2004, pp. 121 ss. (p. 123).

Contudo, nos domínios em que não houve ainda uma harmonização das legislações dos Estados-Membros da Comunidade e em que, por conseguinte, se registam diferenças de vulto entre os respectivos sistemas jurídicos (como é o caso do Direito da Família e dos direitos de personalidade), parece-nos muito duvidosa a admissibilidade de semelhante orientação.

De facto, a inserção na ordem jurídica nacional, por via do reconhecimento mútuo, de quaisquer situações constituídas noutros Estados-Membros da Comunidade Europeia, independentemente da lei ao abrigo da qual se deu a sua constituição e da existência de uma harmonização mínima de legislações que assegure a *equivalência funcional* das soluções nelas consignadas, comprometeria seriamente a repartição da competência legislativa entre aqueles Estados levada a cabo pelo Direito Internacional Privado e a realização, pelo que respeita às situações constituídas no seio da Comunidade, dos valores por este prosseguidos – logo, *a unidade da ordem jurídica*.

O reconhecimento de uma situação jurídica constituída no estrangeiro envolve, por via de regra, a *renúncia* a regular essa situação, i. é, a definir os pressupostos da sua válida constituição, ainda que esteja estreitamente conexas com o Estado onde o reconhecimento é invocado. Ora, essa renúncia pressupõe, a nosso ver, uma ligação suficientemente estreita entre o país de acordo com cuja lei a situação se constituiu e os factos. Sendo esse país, por exemplo, o da residência habitual do interessado, parece que nada deve opor-se ao reconhecimento, desde que a lei local se tenha a si própria como aplicável (como sucedia no caso *Grunkin-Paul*). É esta, como se sabe, a orientação adoptada entre nós no art. 31.º, n.º 2, do Código Civil. Mas já assim não sucederá se a situação em apreço se constituiu de acordo com a lei de um país sem qualquer conexão substancial com os factos (como, por exemplo, o país onde os interessados se encontravam de passagem).

A simples invocação das liberdades comunitárias ou de qualquer outro princípio de Direito Comunitário não se afigura, assim, suficiente para o funcionamento da excepção de reconhecimento mútuo.

Por outras palavras, este não deve ter lugar à margem de uma ideia de *proximidade*. A intervenção daquela excepção deve depender, quanto a nós, de um juízo sobre a legitimidade, sob o ponto de vista das conexões espaciais que possui com a situação em apreço, da aplicação da lei ao abrigo da qual a situação se constituiu.

Em suma, o reconhecimento mútuo de situações jurídico-privadas fundado nos princípios do Direito Comunitário deve subordinar-se a critérios próprios do Direito Internacional Privado, controláveis pelos órgãos jurisdicionais do país onde o reconhecimento é invocado. O mesmo é dizer – o reconhecimento mútuo não deve operar com total autonomia relativamente ao método tradicional de resolução dos conflitos de leis, nem constitui uma verdadeira alternativa metodológica relativamente a ele<sup>194</sup>.

De facto, um princípio de reconhecimento mútuo de quaisquer situações constituídas num Estado-Membro da Comunidade poderia colocar em crise a coordenação dos sistemas jurídicos nacionais levada a cabo pelo Direito Internacional Privado e os valores por este prosseguidos. Neste, o reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro depende de um *controlo da legitimidade* da lei à sombra da qual essas situações se constituíram<sup>195</sup>. Não sendo essa lei aplicável segundo o Direito Internacional Privado do Estado foro, o reconhecimento é recusado. O reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro admitido pelo Direito de Conflitos contemporâneo é, nesta medida, um *reconhecimento selectivo*<sup>196</sup>.

<sup>194</sup> Cfr., nesta linha de orientação, DIETER HENRICH, «Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage», *IPRax*, 2005, pp. 422 ss., que, reportando-se ao primeiro acórdão proferido no caso *Grunkin-Paul*, adverte para os riscos da orientação criticada no texto. No limite, ela levaria, em seu entender, a que qualquer situação jurídica validamente constituída segundo o Direito de um Estado-Membro (um nome, um casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma *Lebenspartnerschaft*, o parentesco resultante de uma maternidade «de aluguer») tivesse de ser reconhecida pelos demais Estados-Membros, sem que estes pudessem controlar os pressupostos da sua constituição à luz da lei por eles tida como competente.

<sup>195</sup> Observe-se, a este propósito, que no caso *Grunkin-Paul II* o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, embora não haja explicitado a necessidade de um controlo da competência da lei com base na qual a situação se constituiu, não deixou de declarar que a limitação imposta pelo art. 18.º do Tratado da Comunidade Europeia à aplicação do Direito nacional à composição do apelido de um menor apenas tem lugar quando daí resulte a recusa do reconhecimento desse apelido, *tal como o mesmo foi determinado e registado no Estado-Membro onde o menor nasceu e reside*. O desvio à aplicação da lei da nacionalidade só se verifica, assim, de acordo com esta jurisprudência, em benefício de uma situação jurídica constituída de acordo com a *lei do país de nascimento e residência habitual*.

<sup>196</sup> Assim, FERRER CORREIA, ob. e loc. citis. Ver também RUI DE MOURA RAMOS, «Dos direitos adquiridos em Direito Internacional Privado», in *Das Relações Privadas Internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1995, pp. 11 ss., especialmente p. 47.

## 5. As liberdades comunitárias e a autonomia privada

64. Seja como for, parece inequívoco que da articulação da competência da lei do país de origem com o princípio do reconhecimento mútuo, nas hipóteses em que estas são admitidas pela jurisprudência e pelos actos comunitários a que fizemos referência, resulta um certo *alargamento da autonomia privada* na regulação das situações plurilocalizadas.

Na verdade, num quadro de integração económica em que se mantenha a diversidade dos Direitos nacionais, mas em que haja uma harmonização mínima de legislações, por força da qual os regimes resultantes dessa harmonização sejam tidos como funcionalmente equivalentes entre si, as liberdades comunitárias implicam a possibilidade de os interessados escolherem, com maior amplitude, o sistema nacional com base no qual pretendem constituir as situações jurídicas de que são partes; há assim um certo alargamento do âmbito da autonomia privada, posto que por via indirecta.

É o que já se verifica, por exemplo, em matéria de Direito das Sociedades. A liberdade de estabelecimento, no entendimento do Tribunal de Justiça, implica a possibilidade de os fundadores de uma sociedade comercial a constituírem de acordo com a lei de um Estado-Membro cujas normas sejam tidas como mais favoráveis, ainda que tenham em vista que a sociedade exerça a sua actividade exclusivamente noutro Estado-Membro<sup>197</sup>.

Assim se assegura, além do mais, algum grau de competição entre esses sistemas jurídicos, que é benéfica sob o ponto de vista do desenvolvimento do Direito.

## 6. A ideia de liberdade como fundamento do Direito Internacional Privado europeu contemporâneo

65. Os elementos normativos e jurisprudenciais examinados permitem-nos, assim, concluir que Direito Internacional Privado europeu contemporâneo está ao serviço de um ideal de liberdade: aquele que subjaz ao processo de integração europeia e que o Tratado da Comunidade Europeia consagra.

Há, no entanto, quem aponte a esse Direito Internacional Privado europeu uma *discrepância valorativa* relativamente às regras comuns desta disciplina, as quais assentariam antes no princípio da proximidade ou da conexão mais estreita<sup>198</sup>.

Mas a ideia de liberdade já aflorava no pensamento dos fundadores do Direito Internacional Privado moderno.

É bem sabido, com efeito, que SAVIGNY, distanciando-se da territorialidade das leis que dominara a escola estatutária dos conflitos de leis no espaço, preconizou que «para cada relação jurídica se procure o domínio jurídico a que, segundo a sua natureza própria, essa relação pertence ou se encontra sujeita (onde possui a sua sede)»<sup>199</sup>.

Isto, segundo SAVIGNY, independentemente de o Direito assim aplicável ser o do próprio juiz a que a causa se encontre afecta ou o de um Estado estrangeiro<sup>200</sup>.

Deste modo se asseguraria, segundo aquele autor, que, em caso de conflito de leis, as relações jurídicas fossem valoradas do mesmo modo, independentemente do Estado onde a sentença fosse proferida<sup>201</sup>.

A harmonia de julgados foi assim erigida em finalidade precípua do Direito Internacional Privado. O que bem se compreende, pois a estabilidade e a continuidade das relações jurídicas através das fronteiras, dessa forma tornadas possíveis, eram condições essenciais ao exercício pelos particulares da livre iniciativa económica para além das fronteiras dos Estados onde se encontravam estabelecidos.

<sup>197</sup> Cfr. o acórdão *Centros*, cit. *supra*, n.º 9.

<sup>198</sup> Ver PETER MANKOWSKI, «Binnenmarkt-IPR – Eine Problemskizze», cit.; WILDERSPIN e LEWIS, est. cit.

<sup>199</sup> «Dass bei jedem Rechtsverhältniss dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)»: cfr. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, cit., pp. 28 e 108.

<sup>200</sup> «[O]hne Unterschied, ob dieses örtliche Recht das einheimische Recht dieses Richters, oder das Recht eines fremden Staates sein mag» (*ibidem*, p. 32).

<sup>201</sup> «Die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde» (*ibidem*, p. 27).

Na base da construção de SAVIGNY está, por conseguinte, também um *ideal de liberdade*<sup>202</sup>.

Outro dos pais fundadores do Direito Internacional Privado contemporâneo, PASCOALE-STANISLAO MANCINI, sublinhou igualmente a relevância de uma solução uniforme dos conflitos de leis no espaço<sup>203</sup>.

Mas o mesmo autor acrescentou a este desiderato aquilo a que chamou o *princípio da liberdade*: em todas as matérias que não contendessem com a pessoa, a família, a sucessão, a constituição política e a ordem pública, seria de admitir, em seu entender, a escolha pelos interessados da lei aplicável aos seus actos jurídicos<sup>204</sup>.

As construções de os autores são, assim, orientadas para a efectivação da liberdade económica nas relações internacionais.

O Direito Internacional Privado europeu contemporâneo permanece fiel, nesta medida, às suas raízes históricas.

---

<sup>202</sup> Bem patente, de resto, na sua construção das relações jurídicas patrimoniais como expressões da liberdade individual: cfr. *System*, cit., vol. I, p. 370. Sobre o paralelismo entre a construção de SAVIGNY no domínio do Direito Internacional Privado e a «mão invisível» de ADAM SMITH, vide ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado*, cit., vol. I, p. 327, nota 1087.

<sup>203</sup> Como o inculca o próprio título do seu célebre ensaio «De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles», *Chunet*, 1874, pp. 221 ss. e 285 ss.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 298.

# I CONTRATTI CON I CONSUMATORI E LA NUOVA DISCIPLINA COMUNITARIA IN MATERIA DI LEGGE APPLICABILE ALLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI

GIUSEPPINA PIZZOLANTE  
*Ricercatore di Diritto Internazionale*  
*Università degli Studi di Bari*

Recibido: 22.07.2009 / Aceptado: 10.08.2009

**Riassunto:** Il regolamento «Roma I» ha trasformato la Convenzione di Roma del 1980 in uno strumento comunitario. In relazione ai contratti stipulati con i consumatori, il regolamento ha ampliato l'ambito materiale di applicazione dell'articolo 6. Secondo il nuovo testo, tranne alcune eccezioni, la disposizione speciale si applica a qualsiasi contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, indipendentemente dal suo oggetto. L'articolo analizza in particolare due aspetti: (a) i motivi che hanno giustificato la modifica (b) il suo ambito di applicazione (soggettivo e oggettivo).

Esso illustra altresì lo sviluppo della costruzione europea in materia di contratti dei consumatori ed esamina l'inserimento nelle direttive comunitarie in materia di protezione dei consumatori di specifiche disposizioni concernenti il loro ambito di applicazione aventi lo scopo di garantire la loro effettiva applicazione.

Infatti, un certo numero di direttive in materia contiene una disposizione che, pur non essendo una norma di conflitto, comporta una incidenza sulla legge applicabile al contratto. Se il contratto ha un legame stretto con il territorio di uno o più Stati membri, tali disposizioni dispongono l'applicazione del diritto comunitario, anche se le parti hanno scelto il diritto di un paese terzo.

**Parole chiave:** Regolamento «Roma I» - Convenzione di Roma – legge applicabile ai contratti dei consumatori – libertà di scelta - «standard» di tutela del consumatore – legge applicabile in mancanza di scelta – direttive comunitarie in materia di protezione del consumatore.

**Abstract:** The «Rome I» Regulation has converted the 1980 Rome Convention into a Community instrument. In relation to consumer contracts, the Regulation has expanded the scope of material application of Article 6. Under the new text, with certain exceptions, the special provision dealing with consumer contracts applies to any contract entered into between a professional and a consumer, regardless of its object. This paper analyses in particular two aspects (a) the reasons that justified the modifications (b) its scope (subjective and objective) of application.

It also shows the development of European consumer contract law within the whole area of European contract law and analyses the inclusion into EC directives on consumer protection of specific provisions as to their international scope in order to ensure their effective and uniform application to international consumer transactions. In fact, certain number of directives contain a provision that, although not being a conflict of laws' rule, have an impact on the applicable law to a contract. If the contract has a direct link to the territory of one or more Member States, these provisions provide for the application of Community law even if the parties chose the law of a third country.

**Key Words:** «Rome I» Regulation - Rome Convention - applicable law to consumer contracts - freedom of choice - «standard» of consumer protection - applicable law in the absence of choice - EC directives on consumer protection.

**Sommario:** I. Premessa. Le ragioni sottese al rinnovamento dell'art. 5 della Convenzione di Roma. II. L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 6 del regolamento n. 593 del 2008. In particolare, la nozione giuridica di «consumatore». III. L'ambito oggettivo di applicazione della norma. Il collegamento della residenza abituale del consumatore. IV. Il divieto di privare il consumatore della protezione garantita dalle disposizioni imperative della legge di residenza abituale. V. Il rapporto con le altre disposizioni di diritto comunitario derivato. VI. L'effettività della tutela riconosciuta al consumatore. VII. Il rapporto con le norme imperative di applicazione necessaria.

## I. Premessa. Le ragioni sottese al rinnovamento dell'art. 5 della Convenzione di Roma.

1. Il regolamento n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I») ha innovato in maniera significativa la disposizione di cui all'art. 5 della Convenzione di Roma, recante la disciplina dei contratti conclusi dai consumatori<sup>1</sup>.

Infatti, i criteri di applicazione previsti dall'art. 5, par. 2 di tale Convenzione, – la pubblicità, la firma di un contratto, il ricevimento di un'ordinazione – non sono in grado di tutelare sufficientemente il consumatore c.d. «mobile», ovvero colui che, al fine di effettuare un acquisto o ricorrere ad un servizio, si è recato in un paese diverso da quello nel quale risiede abitualmente e, soprattutto, non sono più adeguati allo sviluppo delle nuove tecniche di commercializzazione a distanza.

Inoltre, il meccanismo sotteso alla norma convenzionale agevola il frazionamento della legge applicabile a causa dell'applicazione cumulativa della legge scelta dalle parti e delle disposizioni imperative della legge di residenza abituale del consumatore. In caso di controversia, in particolare, questa soluzione articolata implica costi procedurali aggiuntivi non giustificati dal valore modesto del contenzioso in materia di consumo<sup>2</sup>.

Nei lavori della Commissione per la trasformazione della Convenzione di Roma in strumento comunitario<sup>3</sup> sono state prospettate diverse possibilità per procedere al rinnovamento dell'art. 5. Tra

<sup>1</sup> In GUUE L177 del 4 luglio 2008. In dottrina, F. SALERNO/P. FRANZINA (a cura di), “Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, n. 3, p. 475 ss. In forza dell'art. 24 del regolamento, la Convenzione di Roma resta in vigore con riguardo ai territori degli Stati membri che rientrano nel campo di applicazione territoriale della Convenzione ma ai quali il regolamento non è applicabile a norma dell'art. 299 del trattato.

<sup>2</sup> Sulla base di questa le parti possono scegliere qualsiasi legge, anche se non presenta alcun legame con il contratto e possono modificare anche successivamente la scelta iniziale (Sul criterio di collegamento della volontà delle parti si rinvia per tutti, anche per riferimenti, a P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1998, pp. 137 ss., 154, 515 ss.; ID., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, Brill, Leiden, t. 276, 1999, p. 183 ss.; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Cacucci, Bari, 1999; ID., *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*, Il Sole 24 ore, Roma, 2007, p. 78 ss., nonché, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Décima Edición, Editorial Comares, Granada, 2009, *passim*). Tuttavia, all'art. 5, par. 2, essa dispone che questa scelta, qualora ricorrano determinate circostanze, tutte indicative dell'affidamento prestato dal consumatore nei confronti della propria legge, non può conseguire il risultato di privare lo stesso della protezione garantita dalle disposizioni imperative del paese nel quale risiede abitualmente. Inoltre, sulla base dell'art. 5, par. 3, in caso di mancanza di scelta, lo stesso contratto è sottoposto, al sussistere delle medesime condizioni, ed in deroga al criterio del collegamento più stretto, previsto in via generale dall'art. 4, alla legge del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale. L'art. 5 della Convenzione di Roma, così come l'art. 6, relativo ai contratti individuali di lavoro, si colloca nel metodo di coordinamento tra ordinamenti delle considerazioni materiali, sebbene non realizzino «nel modo più autonomo e compiuto le finalità del metodo materiale dei conflitti di leggi», operando «al solo fine di correggere il funzionamento di norme di conflitto tradizionali». In tal senso P. PICONE, *La riforma italiana*, cit., p. 29 ss. e, spec., p. 306 ss., con bibliografia ivi citata in note. Sul problema più generale dei vari metodi di coordinamento tra ordinamenti si veda, inoltre, ID., *Les méthodes de coordination*, cit., *passim*.

<sup>3</sup> Si veda al riguardo il *Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima* (doc. COM/2002/654 def. del 14 gennaio 2003) e, in dottrina, A.M. LÓPEZ-RODRÍGUEZ, “The Revision of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Crucial Role within the European Contract Law Project?”, *Nordic Journal of International Law*, 2003, p. 351 ss.; J.-P. BERAUDO, “La modernisation et l'harmonisation du droit des contrats: une perspective européenne”, *Uniform Law Review*, 2003, p. 137 ss.; Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Working Group on Rome I, “Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *Rechtszeitschrift*, 2004, p. 32 ss.; European Consumer Law Group, ““Rome I”-Law Applicable to Consumer Transactions”, ECLG/096/2004, October 2004, <http://www.european-consumerlawgroup.org/Content>; J.-P. BERAUDO, “Faut-il avoir peur du contrat sans loi?”, in *Le droit international privé: esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 102 ss.; P. MANKOWSKI/P. MAGNUS, “The Green Paper on a Future Rome I regulation: On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2004, p. 131 ss.; J.L. NEELS/E.A. FREDERICKS, “Revision of the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (1980): Perspectives from international commercial and financial law”, *Revue européenne de droit bancaire et financier*, 2004, p. 175 ss.

queste, va indicata, innanzitutto, la soluzione accolta nella iniziale proposta di regolamento<sup>4</sup> consistente nel prevedere l'applicazione ai contratti di consumo dell'unico criterio di collegamento della residenza abituale del consumatore. Dobbiamo, inoltre, segnalare la proposta di lasciare immutata la formulazione dell'art. 5 della Convenzione di Roma, modificandone solo le condizioni di applicazione in modo da contemplare il consumatore «mobile», come pure l'opzione di generalizzare l'operatività delle norme di conflitto comuni applicabili in materia di obbligazioni contrattuali, contenute negli articoli 3 e 4 della Convenzione, che portano ad applicare la legge del venditore, e di disporre contemporaneamente un'applicazione generalizzata delle norme imperative dello Stato in cui il consumatore è domiciliato.

Se fosse stata accolta quest'ultima soluzione il contratto di consumo sarebbe stato disciplinato dalla legge – scelta o meno dalle parti – del paese in cui l'operatore è stabilito, consentendosi al giudice di applicare in entrambi i casi le norme imperative di protezione previste dalla legge del paese in cui il consumatore è domiciliato. Probabilmente questa conclusione avrebbe garantito una maggiore prevedibilità della legge applicabile alla fattispecie, ma avrebbe aumentato i casi di frazionamento.

## II. L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 6 del regolamento n. 593 del 2008. In particolare, la nozione giuridica di “consumatore”.

2. In forza dell'art. 6, par. 1, del regolamento n. 593/2008 «un contratto concluso da una persona fisica per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività commerciale o professionale («il consumatore») con un'altra persona che agisce nell'esercizio della sua attività commerciale o professionale («il professionista») è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale»<sup>5</sup>.

È utile rilevare, innanzitutto, che, a differenza della soluzione accolta nella proposta di regolamento, la disciplina definitivamente adottata si applica anche nei confronti del consumatore avente la residenza abituale in uno Stato extracomunitario. Nella proposta di regolamento, infatti, la residenza abituale, oltre ad essere criterio di collegamento applicabile ai contratti in esame, costituiva anche requisito necessario per l'applicabilità della norma *ratione personae*. La scelta originaria era dettata dalla volontà di applicare, nei confronti delle imprese che accettano il rischio del commercio estero, la disciplina – meno favorevole al consumatore – prevista in via generale per le obbligazioni contrattuali.

La definizione di consumatore che si ricava dal regolamento è imperniata sull'uso operato dal consumatore del bene o servizio; ed, in particolare, tale uso deve considerarsi estraneo all'attività commerciale o professionale esercitata. In considerazione di ciò, evidentemente, dall'ambito di applicazione della normativa sono esclusi tutti quei contratti aventi ad oggetto beni o servizi che comunque possono

<sup>4</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), doc. COM/2005/650 def. del 15 dicembre 2005. In dottrina, B. JUD, “Neue Dimensionen privatautonomer Rechtswahl: Die Wahl nichtstaatlichen Rechts im Entwurf der Rom I-Verordnung”, *Juristische Blätter*, 2006, p. 695 ss.; P. MANKOWSKI, “Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht”, in S. LEIBLE (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht: Beiträge zur Fortentwicklung der vertraglichen Schuldverhältnisse*, Sellier, München, 2004, p. 86 ss.; F. SCHÄFER, “Die Wahl nichtstaatlichen Rechts nach Art 3 Abs 2 des Entwurfs einer Rom I VO: Auswirkungen auf das optionale Instrument des europäischen Vertragsrechts”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2006, p. 54 ss.; C. FOUNTOLAKIS, “The Parties Choice of “Neutral Law” in International Sales Contracts”, *European Journal of Law Reform*, 2005, p. 303 ss.; S. JAMES, “Time to Slice and Dice in the Contractual Kitchen?”, in R. SCHULZE (ed.), *New Features in Contract Law*, Sellier, München, 2007, p. 299 ss.; J. KONDRING, “Nichtstaatliches Recht als Vertragsstatut vor staatlichen Gerichten – oder: Privatkodifikationen in der Abseitsfalle?”, *IPRax*, 2007, p. 241 ss.; H. HEISS, “Die Vergemeinschaftung des internationalen Vertragsrechts durch “Rom I” und ihre Auswirkungen auf das österreichische internationale Privatrecht”, *Journal of Business Law*, 2006, p. 750 ss.; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *Rev. crit. droit intern. privé*, 2006, p. 331 ss.; P. MANKOWSKI, “Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 2006, p. 101 ss.; M.-R. MCGUIRE, “Die geplante Umwandlung des EVÜ in die Rom I-VO”, *ecolex*, 2006, n. 5, p. 441 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, “Neues aus Brüssel”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2006, p. 47 ss.; O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Proposal”, *Journal of Private International Law*, 2008, p. 29 ss.

<sup>5</sup> Il primo comma dell'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980 stabilisce che la normativa di tutela si applica «ai contratti aventi per oggetto la fornitura di beni mobili materiali o di servizi a una persona, il consumatore, per un uso che può considerarsi estraneo alla sua attività professionale, e ai contratti destinati al finanziamento di tale fornitura». Conformemente a quanto ora previsto dal regolamento n. 593/2008, consumatore è, dunque, colui che acquista beni o servizi per un uso personale, estraneo alla propria attività professionale.

essere utilizzati all'interno dell'attività professionale svolta dal consumatore, poiché l'uso non può essere considerato estraneo a tale attività.

In altri termini, la disciplina in esame è applicabile solo ai contratti che riguardino beni diretti al soddisfacimento dei bisogni privati, indipendentemente dalla posizione delle parti nel contratto. La soluzione accolta nel regolamento, infatti, prova, ancora una volta, che in materia di politica di tutela dei consumatori il legislatore comunitario ha concentrato la propria attenzione sull'elemento soggettivo del rapporto, mettendo in secondo piano quello oggettivo. In forza di questa tecnica di normazione, la disciplina comunitaria ha superato i postulati di «neutralità» ed «eguaglianza» che hanno sempre caratterizzato le parti di un negozio, al fine di dare rilievo al dato, soggettivo, della posizione di debolezza dei contraenti ed alla loro diversa forza economica<sup>6</sup>.

La nozione di consumatore accolta dal regolamento «Roma I» rispecchia fondamentalmente la definizione contenuta sia nelle diverse direttive comunitarie sui consumatori<sup>7</sup>, sia nel regolamento n. 44/2001/CE del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> In questo senso G. CHINÈ, «Il diritto comunitario dei contratti», in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Tratt. Bessone, vol. XXVI, I, Giappichelli, Torino, 2000, p. 617.

<sup>7</sup> Basti pensare all'art. 2 della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, riguardante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GUCE L95 del 21 aprile 1993), in forza della quale consumatore è la «persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale» ed alla direttiva 97/7/CE del 17 febbraio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (GUCE L144 del 4 giugno 1997), per la quale consumatore è la «persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale». Per la direttiva 85/577/CEE del 20 dicembre 1985, riguardante la protezione dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (GUCE L372 del 31 dicembre 1985), consumatore è «la persona fisica che agisce per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale». Identiche tra loro sono le definizioni presenti nelle direttive 1999/44/CE del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (GUCE L171 del 7 luglio 1999), e 2002/65/CE del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (GUCE L271 del 9 ottobre 2002), per le quali consumatore è «qualsiasi persona fisica che agisce per fini che non rientrano nell'ambito della sua attività commerciale o professionale». Praticamente identica è pure la definizione introdotta dalla direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, in forza della quale consumatore è «qualsiasi persona fisica che agisca a fini che non rientrano nella sua attività commerciale, imprenditoriale o professionale» (GUCE L178 del 17 luglio 2000). In parte differente è la nozione, invece, offerta dalla direttiva 98/6/CE del 16 febbraio 1998, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori (GUCE L80 del 18 marzo 1998), per la quale consumatore è «qualsiasi persona fisica che acquista un prodotto destinandolo a scopi che non rientrano nella sfera della sua attività commerciale o professionale». Viceversa, la direttiva 90/314/CEE del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», dà una diversa definizione del consumatore; questi, infatti, è «la persona che acquista o si impegna ad acquistare servizi tutto compreso (il contraente principale) o qualsiasi persona per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare servizi tutto compreso (gli altri beneficiari) o qualsiasi persona cui il contraente principale o uno degli altri beneficiari cede il servizio tutto compreso (il cessionario)». Nella nozione di consumatore rientrano, pertanto, «il contraente principale», «gli altri beneficiari», nonché «il cessionario».

Anche la direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, si discosta dall'orientamento generale risultante dalla direttiva sulle clausole abusive. Invero, essa non utilizza la terminologia di «consumatore», bensì quella di «danneggiato». Dalla *ratio* della normativa, nonché dai considerando iniziali (in quasi tutti i considerando, infatti, è presente il riferimento all'obiettivo della direttiva di proteggere il consumatore nella sua integrità fisica e nei suoi beni) si può dedurre, tuttavia, una coincidenza tra le due figure. La ragione del riferimento al danneggiato e non al consumatore deve essere ricercata nell'intento del legislatore comunitario di sganciare la tutela extracontrattuale dal «rigidismo» della nozione di consumatore.

La circostanza di fare riferimento al danneggiato comporta, peraltro, la possibilità di ricomprendere nella nozione anche il soggetto che non risulti acquirente, prescindendo così nella ricostruzione in esame dal rapporto contrattuale, che viceversa presuppone l'acquisto. Una finalità simile può rinvenirsi nella direttiva 92/59/CEE del Consiglio, del 29 giugno 1992, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, che, pur non offrendo alcuna nozione specifica di consumatore, chiarisce, nell'art. 2, lett. b), che nella definizione di prodotto sicuro occorre tenere conto, tra l'altro, «delle categorie di consumatori che si trovano in condizioni di maggiore rischio nell'utilizzazione del prodotto, in particolare dei bambini», ricomprendendo, evidentemente, nella definizione anche i semplici utenti.

Secondo la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori dell'8 ottobre 2008, doc. COM/2008/614 def., deve intendersi per consumatore «qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale».

<sup>8</sup> In GUCE L12 del 16 gennaio 2001. In base all'art. 15 del regolamento il consumatore viene identificato nella «persona» che ha concluso il contratto «per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale». A proposito della nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles, A. GRATANI, «La nozione di «consumatore» nella Convenzione di Bruxelles», *Dir. comun. e scambi internaz.*, 1997, p. 510 ss.; S. TONOLO SACCO, «La nozione di consumatore ai fini della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale», *Studium iuris*, 1999, p. 438 ss.; U. COREA, «Sulla nozione di «consumatore»: il problema dei contratti stipulati a scopi professionali», *Giust. civ.*, 1999, I, p. 13 ss.



Tuttavia, l'affermazione secondo cui le definizioni della nozione di consumatore introdotte dal regolamento n. 593/2008 e dal regolamento n. 44/2001 sarebbero coincidenti non è del tutto esatta<sup>9</sup>. Innanzitutto, va considerata la diversa struttura delle norme. Nel regolamento n. 44/2001 si individua l'ambito di applicazione della disciplina prevista dalla sezione quarta del capo secondo ponendosi l'accento sull'estraneità del contratto rispetto all'attività del soggetto – che per tali motivi è definito consumatore –, specificandosi poi le caratteristiche del contratto, mentre nel regolamento n. 593/2008 si fa riferimento in generale ai contratti dei consumatori per poi limitare successivamente l'ambito di applicazione soggettivo della norma ai contratti aventi ad oggetto beni e/o servizi che possono considerarsi destinati ad un uso estraneo alla attività commerciale o professionale del consumatore.

Inoltre, l'art. 15 del regolamento n. 44/2001 si occupa dei contratti in cui uno dei contraenti sia un consumatore e costruisce intorno a tale figura la disciplina derogatoria<sup>10</sup>, laddove l'art. 6 del regolamento n. 593/2008 prende in considerazione i contratti del consumatore non in quanto questi sia parte formale del contratto ma in quanto sia destinatario dell'oggetto del contratto<sup>11</sup>. In sostanza, nel secondo caso la particolare disciplina è riservata ai contratti aventi ad oggetto beni e/o servizi per un uso che si può considerare estraneo alla attività commerciale o professionale svolta dal consumatore e questi non necessariamente deve essere parte formale del negozio<sup>12</sup>. Sotto questo profilo la nozione accolta dal regolamento n. 593/2008 è più ampia di quella del regolamento n. 44/2001.

Infine, tranne per le eccezioni dovute agli scopi particolari perseguiti dalla normativa comunitaria, le definizioni contenute sia nel regolamento «Roma I», sia negli altri strumenti comunitari, fanno riferimento alla persona fisica che agisce al di fuori della propria attività professionale, che va intesa quale definizione generale. Si tratta sostanzialmente di un soggetto, il consumatore, contrapposto all'imprenditore e al professionista, che a causa della situazione di debolezza contrattuale, è destinatario della normativa comunitaria di tutela. La definizione di consumatore e la sua ampiezza va relazionata, conseguentemente, al fine perseguito dalla normativa che è quello di impedire che il contraente debole, a causa del suo minor potere contrattuale, sia costretto ad accettare un regolamento che comporti, a suo danno, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto<sup>13</sup>.

La nozione generale, peraltro, contenuta nel regolamento 593/2008 – norma anch'essa generale – va tenuta presente ed applicata laddove il legislatore comunitario, negli interventi in materia, abbia omissis di indicare una definizione di consumatore, né intenda fornirne una specifica.

<sup>9</sup> È utile indubbiamente segnalare che i lavori preparatori delle Convenzioni di Bruxelles e di Roma furono concomitanti ed, inoltre, vi fu una influenza – circa la definizione di consumatore – della Convenzione di Roma del 1980 nei confronti di quella di Lussemburgo del 1978, che ha modificato la Convenzione di Bruxelles del 1968. Secondo la Relazione Giuliano/Lagarde, la definizione presente nell'art. 5 sarebbe addirittura coincidente con quella prevista dall'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 1968. Sulla coincidenza tra le due nozioni, inoltre, cfr. F. POCAR, "La legge applicabile ai contratti con i consumatori", in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, CEDAM, Padova, 1983, p. 303 ss.; C.F. EMANUELE, "Sui contratti conclusi dai consumatori nella Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", *Giust. civ.*, 1996, II, p. 21.

<sup>10</sup> Infatti, questa disciplina non si estende a qualsiasi contratto concluso dal consumatore, ma solo a quelli tassativamente previsti. Due ipotesi sono correlate a specifici tipi di contratto: il contratto di vendita a rate di beni mobili materiali (art. 15, comma 1°, lett. a); il contratto di mutuo con rimborso rateizzato o il contratto concernente un'altra operazione di credito, purché connessa al finanziamento di una vendita di beni mobili materiali (art. 15, comma 1°, lett. b). Due ipotesi sono correlate all'attività del professionista: nei casi in cui il professionista svolga la propria attività nello Stato membro di domicilio del consumatore (art. 15, comma 1°, lett. c); nei casi in cui il professionista svolga attività dirette, con qualsiasi mezzo, verso lo Stato membro di domicilio del consumatore, o verso una pluralità di Stati che quello include, e purché si tratti di contratto incluso in quell'ambito di attività (art. 15, comma 1°, lett. c). Sono esclusi i contratti di trasporto.

<sup>11</sup> Nel senso che la nozione di consumatore dell'art. 5 della Convenzione di Roma è collegata all'uso di beni e servizi indipendentemente dalla posizione della parte nel contratto F. POCAR, *op. loc. cit.*, p. 303 ss.

<sup>12</sup> È chiaro che nella più gran parte dei casi la figura del destinatario dei beni e servizi del contratto coinciderà con quella del contraente, ma vi saranno altri casi in cui ciò può non avvenire.

<sup>13</sup> Sulla protezione della parte debole in diritto internazionale privato v. F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Brill, Leiden, 1984, IV, p. 341 ss.; I. PINGEL, "La protection de la partie faible en droit international privé (du salarié au consommateur)", *Droit social*, 1986, p. 133 ss.; F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

### III. L'ambito oggettivo di applicazione della norma. Il collegamento della residenza abituale del consumatore.

3. L'art. 6, par. 1, del regolamento «Roma I», precisa le proprie condizioni d'applicazione, disponendo che, con l'eccezione dei contratti di trasporto e dei contratti di assicurazione conclusi dai consumatori, i contratti di consumo sono disciplinati «dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista: a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo; e il contratto rientri nell'ambito di dette attività».

Innanzitutto, è utile chiarire che a differenza di quanto accade per la disposizione di carattere generale in tema di obbligazioni contrattuali e per contratti specifici, quali quelli di assicurazione, di lavoro e di trasporto, il criterio di collegamento della volontà delle parti viene posposto rispetto alla norma di conflitto della residenza abituale del consumatore.

La previsione immediata del criterio di collegamento della residenza abituale, inoltre, in caso di contratti conclusi in territorio comunitario, potrebbe realizzare la coincidenza tra *forum* e *ius*. Infatti, in forza dell'art. 16 del regolamento n. 44/2001, in questa materia è competente, generalmente, il giudice dello Stato membro in cui il consumatore è domiciliato, il quale – alla luce del regolamento «Roma I» in esame – potrà applicare la sua legge nell'ipotesi – altamente probabile – in cui residenza abituale e domicilio coincidano.

Le condizioni presenti nella disposizione, tuttavia, delimitano l'ambito di applicazione materiale dell'art. 6 che non esaurisce «tutte» le fattispecie possibili di contratti conclusi dai consumatori.

È utile rilevare, inoltre, che, rispetto alla disposizione dell'art. 5 della Convenzione di Roma, al fine di consentire l'applicazione della norma ai contratti conclusi mediante tecniche di comunicazione a distanza e per tutelare maggiormente il consumatore «mobile», sono state sostituite le condizioni ivi richieste<sup>14</sup> con il criterio dell'«attività diretta», mutuato dall'art. 15 del regolamento n. 44/2001<sup>15</sup>. Sostanzialmente, ai fini dell'applicazione della disposizione, in forza dell'art. 6, par. 1, lett. a) e b) del regolamento «Roma I», è richiesto che le attività del professionista si svolgano nello Stato membro in cui il consumatore ha la residenza abituale o siano «dirette», se il contratto rientri nell'ambito di dette attività, *con qualsiasi mezzo* verso tale Stato membro<sup>16</sup>.

Con riguardo alla corretta interpretazione della nozione di «attività diretta», il ventiquattresimo considerando del regolamento «Roma I» richiede che tale nozione, condizione d'applicazione della norma che tutela il consumatore, sia oggetto di un'interpretazione in armonia con il regolamento 44/2001. A tale ultimo fine, si deve richiamare ed utilizzare la dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione relativa al già citato art. 15 del regolamento «Bruxelles I».<sup>17</sup>

Tale dichiarazione ha precisato che, perché si realizzino le condizioni di applicazione delle disposizioni che tutelano il consumatore, non basta che l'impresa diriga le sue attività verso lo Stato membro in cui quest'ultimo è domiciliato, ma occorre che il contratto sia stato concluso nel «quadro» di dette attività.

In particolare, con riguardo ai contratti conclusi a distanza, la dichiarazione precisa che il semplice accesso ad un sito Internet non è sufficiente per rendere applicabile le norme in esame. A tale fine, è necessario che il sito Internet inviti il consumatore a concludere un contratto a distanza e che questo sia stato effettivamente concluso, pur con qualsiasi mezzo; in particolare, la lingua o la valuta caratteristica del sito Internet non costituiscono elementi apprezzabili. I siti rilevanti al riguardo non sono necessariamente quelli «interattivi». Infatti, anche un sito che dovesse invitare a spedire gli eventuali ordini via *fax* è diretto a concludere contratti a distanza<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Vedi *supra* par. 1.

<sup>15</sup> Tra le soluzioni ipotizzate vi era quella di rifiutare la protezione nei confronti del consumatore che si fosse assunto consapevolmente «il rischio del commercio estero», soluzione scartata in quanto incompatibile alla luce delle nuove tecniche di comunicazione a distanza. L'art. 15 del regolamento n. 44/2001, per verificare se un consumatore possa beneficiare delle norme di tutela, stabilisce una duplice condizione: l'operatore deve aver orientato le proprie attività verso il paese in cui il consumatore è domiciliato ed il contratto deve essere stato concluso effettivamente nell'ambito di tali attività.

<sup>16</sup> Tale disposizione è volta ad evitare che la posizione dell'operatore professionale non sia eccessivamente svantaggiata rispetto al consumatore.

<sup>17</sup> Reperibile al seguente indirizzo: [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/civil/justciv\\_conseil/justciv\\_it.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_conseil/justciv_it.pdf).

<sup>18</sup> Su queste problematiche in dottrina, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001.

Inoltre, sempre ai fini dell'applicazione della norma, non sono diretti a concludere contratti a distanza i siti che si limitano a fornire informazioni su un prodotto ad una categoria indiscriminata di consumatori, invitando gli stessi a rivolgersi ad un distributore o agente locale per la conclusione del contratto.

Pertanto, contrariamente all'art. 5, par. 2, della Convenzione di Roma, il regolamento «Roma I» non richiede che il consumatore abbia compiuto gli atti necessari per la conclusione del contratto nel paese della sua residenza abituale, condizione che non ha più senso per tutelare il consumatore «attivo» e per i contratti conclusi via Internet.

I criteri alternativi del compimento di attività nel paese di residenza del consumatore e dell'attività diretta verso tale Stato, oltre a realizzare gli scopi appena indicati, sono stati ritenuti dal legislatore comunitario lo standard necessario per applicare il regime di tutela previsto dall'art. 6 del regolamento. Mancando tali requisiti, anche a parità di altre condizioni, i contratti conclusi dai consumatori ricadono nell'ambito di applicazione della disciplina generale contenuta negli articoli 3 e 4 del regolamento «Roma I»<sup>19</sup>.

Evidentemente, il regolamento «Roma I» disegna, in via generale, due tipologie di contratti dei consumatori: quelli soggetti alla disciplina di tutela specifica, contenuta nell'art. 6, nella quale, come subito illustreremo, è stata invertita la successione dei criteri di collegamento, e quelli soggetti alla disciplina generale delle obbligazioni contrattuali. In questo secondo caso, le norme di conflitto applicabili sono la volontà delle parti e, in mancanza di scelta, prevalentemente, il criterio della residenza abituale del venditore, nel caso di contratti di vendita, e della residenza abituale del prestatore di servizi, nel caso di contratti di prestazione di servizi.

Tuttavia, nell'ipotesi di applicazione della normativa generale ai contratti conclusi dai consumatori «particolarmente» mobili (quando evidentemente manchi il criterio dell'attività diretta), la disciplina di minore tutela è in parte compensata dalla possibilità riconosciuta al giudice, ai sensi dell'art. 4, par. 3, del regolamento, di applicare al contratto la legge con il quale quest'ultimo presenta collegamenti più stretti. Inoltre, in caso di *optio legis*, lo stesso consumatore mobile, a differenza di quanto previsto nella Convenzione di Roma, si vede riconosciuta la tutela prevista dalle disposizioni di diritto comunitario alle quali non è permesso di derogare convenzionalmente, nei casi in cui, in forza dell'art. 3, par. 4, del regolamento, la scelta di legge sia diversa da quella di uno Stato membro e tutti gli elementi della fattispecie siano ubicati in uno o più Stati membri<sup>20</sup>.

Considerando la realtà economica europea, la soluzione accolta dal regolamento appare equa. Infatti, mentre i consumatori effettuano acquisti transfrontalieri solo occasionalmente, i professionisti che trattano il commercio transfrontaliero possono ripartire i costi legati all'applicazione di un altro diritto su di un ampio numero di operazioni.

Merita di essere segnalato, inoltre, quale indice di certezza del diritto, che l'art. 6 del regolamento «Roma I» non comprende categorie specifiche di contratti cui applicarsi ma estende il suo campo di applicazione materiale a tutti i contratti conclusi con i consumatori, indipendentemente dal fatto che si tratti di contratti di vendita, di prestazione d'opera, di somministrazione, di mutuo.

Tuttavia sono previste alcune eccezioni all'applicazione della norma speciale determinate dalle peculiarità delle fattispecie contemplate. Le prime tre, in particolare, non necessitano di ulteriori considerazioni, trattandosi di fattispecie ricadenti o nella disciplina generale dei contratti o in norme specifiche, come nel caso dei contratti di trasporto. Si tratta, ai sensi dell'art. 6, par. 4, del regolamento «Roma I» dei contratti di fornitura di servizi quando i servizi dovuti al consumatore devono essere forniti esclusivamente in un paese diverso da quello in cui egli risiede abitualmente (lett. a); dei contratti di trasporto diversi dai contratti riguardanti un viaggio «tutto compreso» ai sensi della direttiva n. 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso» (lett. b); dei contratti aventi per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile diversi dai contratti riguardanti un diritto di godimento a tempo parziale ai sensi della direttiva n. 94/47/CE (lett. c)<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Infatti, in forza dell'art. 6, par. 3, del regolamento «se i requisiti di cui al paragrafo 1, lettere a) o b) non sono soddisfatti, la legge applicabile a un contratto tra un consumatore e un professionista è determinata a norma degli articoli 3 e 4».

<sup>20</sup> Sul commento a questa disposizione rinviamo a P. FRANZINA, «Norme di conflitto comunitarie in materia di consumo e corretto funzionamento del mercato interno», *Riv. dir. int.*, p. 122 ss.

<sup>21</sup> È utile rilevare che la direttiva n. 94/47 è stata abrogata dalla direttiva n. 2008/122/CE del 14 gennaio 2009, in GUCE L33 del 3 febbraio 2009.

La lett. *d*) della norma in esame, invece, mira ad assicurare che tutti i profili contrattuali di un'offerta che vincolano l'emittente o l'offerente al consumatore siano disciplinati da un'unica legge. Infatti, tale lett. esclude dall'applicazione della norma in commento i diritti e le obbligazioni costitutivi di uno strumento finanziario, in quanto il criterio di collegamento della residenza abituale potrebbe determinare l'applicabilità di leggi diverse per ciascuno degli strumenti emessi. Le stesse considerazioni valgono nei casi in cui tali strumenti sono emessi o offerti, in quanto va garantita la necessità di assicurare l'uniformità delle clausole e delle condizioni di un'emissione o di un'offerta<sup>22</sup>.

Tuttavia, è utile precisare che, ove si faccia riferimento alle clausole e condizioni che disciplinano l'emissione o l'offerta al pubblico di valori mobiliari o alla sottoscrizione e al rimborso di quote negli organismi di investimento collettivo, dall'ambito di applicazione della norma devono essere esclusi solo gli aspetti che vincolano l'emittente o l'offerente al consumatore, dovendosi, invece, ricomprendere in tale ambito i profili che implicano la prestazione di servizi finanziari quali i servizi e le attività di investimento e i servizi accessori prestati da un professionista a un consumatore.

Gli stessi principi si applicano nel caso delle fattispecie contemplate dalla lett. *e*), che si occupa di escludere dall'ambito di applicazione i sistemi multilaterali di cui all'art. 4, par. 1, lett. *h*), del regolamento<sup>23</sup>, al fine di impedire che la legge del paese di residenza abituale del consumatore interferisca con le norme applicabili ai contratti conclusi nell'ambito dei mercati regolamentati o con il gestore di tali mercati<sup>24</sup>.

#### **IV. Il divieto di privare il consumatore della protezione garantita dalle disposizioni imperative della legge di residenza abituale.**

4. Come è noto, la proposta di regolamento prevedeva quale unico criterio di collegamento applicabile ai contratti dei consumatori quello della residenza abituale. Tuttavia, la decisione di riconoscere al consumatore l'applicazione di tale sola legge senza concedere al giudice la possibilità di applicare un'altra normativa che fosse più collegata al contratto o che fosse più adeguata a tutelare gli interessi del consumatore non è sembrata la soluzione preferibile, in quanto indice di scarsa flessibilità con riguardo alla legge applicabile. Tale quadro, nel caso dei contratti dei consumatori disciplinati dall'art. 6 del regolamento, era ancora più aggravato visto che in questa materia non opera la citata clausola di eccezione prevista in via generale nell'art. 4, par. 3, del regolamento<sup>25</sup>. Nel testo definitivamente approvato, pertanto, in deroga al par. 1, si dispone che «le parti possono scegliere la legge applicabile a un contratto che soddisfa i requisiti del paragrafo 1 in conformità dell'articolo 3. Tuttavia, tale scelta non vale a privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma del paragrafo 1».

La prima considerazione da formulare riguarda la successione dei criteri di collegamento previsti nella norma che risulta del tutto innovativa, non solo rispetto al sistema convenzionale previgente, ma anche rispetto agli altri contratti disciplinati dal regolamento. Come si è già evidenziato, il criterio di

---

<sup>22</sup> Per strumento finanziario deve intendersi qualsiasi strumento riportato nella sezione C dell'allegato I alla direttiva n. 2004/39/CE (GUUE L145 del 30 aprile 2004); per valore mobiliare, qualsiasi categoria di valore, con esclusione degli strumenti di pagamento, che possono essere negoziati nel mercato dei capitali. Ai fini della qualificazione di questi istituti rinviamo a F.C. VILLATA, *Gli strumenti finanziari nel diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 2008, p. 44 ss.

<sup>23</sup> In forza dell'art. 36, par. 4, della direttiva 2004/39/CE, la legge normalmente applicabile alle negoziazioni concluse nel quadro dei sistemi del mercato regolamentato è quella dello Stato membro d'origine del mercato in questione. Su tale disposizione, F.C. VILLATA, *op. loc. cit.*, p. 79 ss.

<sup>24</sup> Secondo l'art. 4, par. 1, lett. *h*), del regolamento, «il contratto concluso in un sistema multilaterale che consente o facilita l'incontro di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, punto 17, della direttiva n. 2004/39/CE, conformemente a regole non discrezionali e disciplinato da un'unica legge, è disciplinato da tale legge». In particolare, per sistema multilaterale bisogna intendere il mercato regolamentato, amministrato e/o gestito dal gestore del mercato, che consente o facilita l'incontro – al suo interno ed in base alle sue regole non discrezionali – di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti relativi a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione conformemente alle sue regole e/o ai suoi sistemi.

<sup>25</sup> In questo senso si veda il parere del Comitato economico e sociale, in GUUE C108 del 30 aprile 2004, par. 4.7.2.3, p. 11.

collegamento principale applicabile ai contratti in parola risulta essere la residenza abituale del consumatore. La volontà delle parti, infatti, viene prevista nel par. 2 quale «deroga» all'applicazione del criterio principale della residenza del consumatore.

In particolare, lo sforzo di coniugare le diverse esigenze emerse nel corso dei lavori preparatori è sfociato in una disciplina che non elimina il carattere centrale del criterio della residenza abituale del consumatore. Tuttavia, mentre tale centralità nella proposta determinava l'eliminazione del criterio della volontà delle parti, nella soluzione definitivamente accolta, essa si manifesta nel carattere meramente sussidiario e «derogatorio» della volontà delle parti.

La disposizione, peraltro, conformemente a quanto già previsto dalla Convenzione di Roma, pone un limite all'autonomia della volontà, nel senso che la legge designata dalle parti non può privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge dello Stato nel quale egli risiede abitualmente<sup>26</sup>. Le norme imperative in parola sono quelle che non possono essere derogate convenzionalmente ad opera dei privati e che operano in un'ottica di *favor*. In base a queste norme, che sono frammenti di disposizioni alternative, se il *favor* produce che la legge scelta per contratto è più favorevole per tutelare gli interessi del consumatore, non c'è motivo di applicare la minore garanzia prevista dalle norme imperative del paese di residenza del consumatore<sup>27</sup>.

Nel silenzio del legislatore, nelle ipotesi in cui la legge scelta è meno favorevole di quella oggettivamente applicabile, ipotesi da assimilare a quella in cui la legge scelta non contiene una disciplina di tutti gli aspetti del contratto, non riteniamo convincente che trovi applicazione *tout court* la legge del paese comunitario che avrebbe regolato il contratto in mancanza di scelta.

È preferibile ammettere la possibilità di un'integrazione delle norme protezionistiche con quelle della legge scelta dalle parti. Normalmente, infatti, gli standard di tutela presenti nella legislazione del paese di residenza abituale del consumatore non forniscono una disciplina completa del contratto, ma attingono solo ad alcune sue parti, per le quali si ritiene di dover garantire al consumatore una tutela adeguata. Per le altre parti del contratto la scelta operata dai contraenti dovrebbe rimanere valida. Il limite che tali disposizioni introducono al normale giuoco delle regole di conflitto è di tipo selettivo poiché, al ricorrere delle condizioni di operatività, non escludono *in toto* il richiamo di una legge straniera, ma impediscono unicamente l'applicazione di quelle disposizioni straniere che privino il consumatore della protezione garantitagli dalle norme indicate.

Queste norme, più che un limite alla scelta della legge applicabile, ne pongono uno in relazione agli effetti di tale scelta, combinando eventualmente le disposizioni delle leggi astrattamente applicabili. Tale scelta dovrà operare sulla base del criterio del *favor* da riconoscere al consumatore, permettendo l'applicazione della normativa il più possibile protettiva.

## V. Il rapporto con le altre disposizioni di diritto comunitario derivato.

5. La disposizione in commento deve necessariamente essere coordinata con l'ampia produzione normativa di carattere settoriale preesistente<sup>28</sup> che potrebbe di vanificare l'effetto di armonizzazione del diritto internazionale privato in materia di obbligazioni contrattuali perseguito dal regolamento «Roma I».

Infatti, il legislatore comunitario ha introdotto in alcune direttive in materia di contratti conclusi dai consumatori specifiche norme strumentali che perseguono l'obiettivo di permettere l'applicazione ef-

<sup>25</sup> In questi casi, infatti, il consumatore può vedersi imposta dall'impresa la scelta di una determinata legge. Per questa prospettiva rinviamo a H.-B. SCHÄFER/K. LANTERMANN, *Choice of Law from an Economic Perspective*, in J. BASEDOW/T. KONO (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 87 ss.; G. RÜHL, "Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective", *Berkeley Journal of International Law*, 2006, p. 801 ss.

<sup>26</sup> Sulla problematica delle norme imperative ex art. 5 Convenzione, rinviamo a G. CARELLA, *op. cit.*, p. 122 ss.

<sup>28</sup> Con riguardo al rapporto con il diritto comunitario derivato, nel Libro verde sulla trasformazione della Convenzione di Roma in strumento comunitario, erano state ipotizzate differenti soluzioni ai fini del coordinamento. Tra queste, possiamo menzionare la previsione di un allegato all'atto comunitario, da aggiornare periodicamente, comprendente gli strumenti settoriali contenenti norme sui conflitti di leggi, la «codificazione» della normativa settoriale, la riscrittura dell'art. 5 della Convenzione di Roma.

fettiva della normativa sostanziale. Più precisamente, le disposizioni citate prevedono che «gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dal diritto comunitario a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro»<sup>29</sup>.

In altri termini, nel timore che la volontà dei contraenti conduca all'applicazione della legge di uno Stato terzo che non contenga sufficienti meccanismi di difesa per il consumatore, si è previsto che l'applicazione della normativa materiale comunitaria sia assicurata quando, nonostante la designazione ad opera delle parti della legge di un paese extracomunitario, il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro, il quale può essere tanto quello del giudice, quanto quello di un altro paese comunitario. Tali norme, che si presentano come accessorie rispetto alle regole materiali, influenzano il modo di essere dell'ordinamento interno, andando ad incidere sul funzionamento delle norme di diritto internazionale privato e non soltanto sulle norme materiali<sup>30</sup>.

Sia l'art. 6, par. 2, del regolamento «Roma I», sia le norme contenute nelle direttive, presuppongono l'esistenza di specifici collegamenti tra il contratto stipulato dal consumatore e un determinato ordinamento. Da tale collegamento deriva poi che il consumatore non possa essere privato della protezione assicurata da particolari disposizioni appartenenti a quel sistema di diritto, che possono essere o le norme protettive dello Stato in cui egli ha la residenza abituale, in un caso, o le norme contenute nelle direttive, quando sussista uno stretto legame tra contratto e territorio di uno Stato membro, nell'altro caso.

Il regolamento «Roma I», avendo previsto – come si è notato – che la legge in grado di meglio tutelare il consumatore sia quella della residenza abituale, dispone che l'applicazione di questa non possa essere preclusa dalla scelta di una legge differente meno favorevole per lo stesso. Una simile *ratio* è sottesa, ad esempio, alle citate direttive 93/13/CEE, 97/7/CE, 1999/44/CE, 2002/65/CE e 2008/48/CE, laddove dispongono che gli Stati contraenti debbano adottare misure che impediscano un abuso del criterio di collegamento della volontà delle parti per far venire meno la protezione offerta dalle direttive medesime<sup>31</sup>. L'obiettivo comune a tali norme è consentire che il consumatore possa contare su uno standard protettivo qualora il contratto sia collegato strettamente con il territorio di uno Stato membro<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Si pensi, ad esempio, alle direttive 93/13/CEE del 5 aprile 1993, riguardante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 1999/44/CE del 25 maggio 1999, relativa a taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; 97/7/CE del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti negoziati a distanza; 2008/48/CE del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori; 2008/122/CE del 14 gennaio 2009, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti di multiproprietà.

<sup>30</sup> È utile verificare, inoltre, se in queste ipotesi possa configurarsi un'eccezione di ordine pubblico comunitario, che conduca alla disapplicazione delle norme richiamate in contrasto con la disciplina comunitaria. In proposito va osservato che il legislatore francese, in sede di trasposizione della direttiva 93/13/CEE, ha espressamente definito di ordine pubblico le disposizioni in tema di protezione dei consumatori rispetto alle clausole abusive. Cfr. Code de consommation, art. L. 132-1. Inoltre le conclusioni dell'Avvocato generale del 16 dicembre 1999 (cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial S.A. e Salvat Editores S.A.*; sentenza della Corte del 27 giugno 2000, in *Raccolta*, 2000, p. I-4941 ss.) sostengono pienamente questa tesi. Secondo l'Avvocato generale Saggio, la sanzione prevista all'art. 6, par. 1, della direttiva «comporta l'attribuzione alle disposizioni della direttiva del carattere di norma «imperativa», di «ordine pubblico economico» che non può non riflettersi sui poteri attribuiti al giudice nazionale». Egli sottolinea poi che esiste «un interesse pubblico affinché le clausole pregiudizievoli per il consumatore non producano effetti», precisando che «è ragionevole ritenere che l'intervento d'ufficio del giudice non solo si presenti come un mezzo di estrema efficacia a fini repressivi, ma appaia anche idoneo a svolgere un'efficace azione di deterrenza contro l'inserimento delle clausole nei contratti conclusi con i consumatori». È bene chiarire che questa è una delle possibili «misure necessarie» che gli Stati membri possono prendere «affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata» dal diritto comunitario.

<sup>31</sup> V., inoltre, analogamente la direttiva n. 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori, in GUUE L 133 del 22 maggio 2008, che, a partire dal 12 maggio 2010, abrogherà la direttiva n. 87/102/CEE del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, in GUCE L42 del 12 febbraio 1987. In particolare, in forza dell'art. 22, par. 4, «gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie affinché i consumatori non siano privati della tutela accordata dalla presente direttiva a seguito della scelta della legge di uno Stato terzo quale legge applicabile al contratto di credito, se tale contratto presenta uno stretto legame con il territorio di uno o più Stati membri».

<sup>32</sup> Le norme di diritto comunitario derivate appena citate, così come l'art. 6, par. 2, del regolamento «Roma I», contengono criteri di collegamento speciali che disciplinano *in melius*, rispetto alla legge scelta dalle parti, alcuni aspetti della fattispecie. E come per il caso dell'art. 6, esse si inquadrano nel metodo di coordinamento tra ordinamenti detto delle considerazioni materiali. In queste ipotesi le finalità del metodo materiale dei conflitti di leggi non vengono realizzate in pieno, in quanto, come si vedrà meglio, la comparazione delle leggi potenzialmente applicabili al contratto non determina la regolamentazione dell'intera fattispecie. Si veda P. PICONE, *Les méthodes de coordination*, cit., p. 88 s.

Conseguentemente, in forza del regolamento, anche in presenza di uno stretto collegamento tra territorio di uno Stato membro e contratto, la legge regolatrice dello stesso potrebbe essere la legge dello Stato terzo in cui abbia residenza abituale il consumatore, nel caso di applicazione dell'art. 6, o il venditore, ai sensi dell'art. 4<sup>33</sup>. In questo caso potrebbe esserci un contrasto con le direttive che richiederebbero invece l'applicazione della loro normativa.

Ai fini della soluzione del conflitto<sup>34</sup> tra le disposizioni delle direttive ed il regolamento «Roma I», le clausole contenute nelle direttive citate devono essere considerate nella logica comunitaria di uno spazio unificato che assorbe in taluni casi quella dei conflitti di legge<sup>35</sup>.

In sostanza, si tratta di contratti tutti «interni», il cui unico elemento d'estraneità è dato dalla designazione, ad opera delle parti, come regolatrice del contratto, di una legge diversa da quella del paese nel quale sono localizzati tutti gli altri elementi della fattispecie. Il regolamento «Roma I», nell'art. 3, par. 3 – così come la Convenzione di Roma nell'art. 3, par. 3 –, consente anche in questi casi l'esercizio dell'*optio legis* purché così non si rechi «pregiudizio» alle norme imperative del paese, cui si riferiscono, al momento della scelta, tutti gli «altri elementi pertinenti alla situazione»<sup>36</sup>.

In base a questa impostazione dottrinale, con l'armonizzazione del diritto contrattuale all'interno dell'Unione, e specialmente dei contratti dei consumatori, diverrebbe sempre più fondato considerare i contratti conclusi tra parti rilevanti di differenti Stati membri e localizzati in questi Stati come contratti di diritto interno, al fine di sottoporre gli stessi alla normativa comunitaria, sottraendoli all'applicazione del diritto di uno Stato terzo, nei limiti di quanto è stabilito dall'art. 3, par. 3, del regolamento per i contratti interamente localizzati sul territorio di un solo Stato.

Rispetto alla Convenzione di Roma ed alla proposta di regolamento, nel testo definitivamente adottato è stata introdotta una norma – di portata generale – ancora più conforme alla ricostruzione prospettata. In particolare, nell'art. 3, par. 4, del regolamento «Roma I», «qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente».

Tale norma trova specificamente applicazione nei contratti conclusi dai consumatori alla luce della disposizione di cui all'art. 6, par. 2, del regolamento. Infatti, quest'ultima disposizione utilizza il criterio di collegamento della volontà delle parti «in conformità» dell'art. 3 del regolamento.

Peraltro, l'art. 3, par. 4, correttamente, garantisce la prevalenza, alle condizioni indicate, delle sole norme imperative del diritto comunitario, a differenza di quanto disposto nell'art. 14, par. 3, del regolamento n. 864/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II») <sup>37</sup>, in base al quale, impropriamente, «qualora tutti gli

---

<sup>33</sup> Talvolta, proprio l'assenza di una scelta di legge potrebbe condurre all'applicazione di una legge meno favorevole al consumatore.

<sup>34</sup> Tale contrasto è talmente evidente che alcuni autori con riguardo alla direttiva 93/13/CEE, in materia di clausole abusive, hanno dubitato che il legislatore comunitario fosse a conoscenza dell'esistenza dell'art. 5 della Convenzione di Roma. Cfr. E. JAYME/C. KOHLER, «Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien», *IPRax*, 1993, p. 357 ss. Negli ultimi anni la dottrina ha tentato di pervenire ad interpretazioni tendenti all'armonizzazione della normativa di conflitto contenuta negli atti settoriali rispetto alle norme della Convenzione. Cfr. le osservazioni in argomento di J.D. GONZÁLES CAMPOS, «Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato», in P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2004, p. 48 s. e ampiamente S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, Paris, Bruxelles, 2005, p. 285 ss., recensito da P. PICONE, *Riv. dir. int.*, 2008, p. 607 ss.

<sup>35</sup> E. BRÖDERMANN/H. IVERSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Verlag, Tübingen, 1994, p. 451; P. LAGARDE, «nota alla sentenza della *Cour fédérale d'Allemagne - 19 mars 1997*», *Rev. crit. droit intern. privé*, 1998, p. 610 ss.; ID., «Le consommateur en droit international privé», *Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Université Vienne*, 1999, p. 28 ss.; ID., «nota alla sentenza della *Cour de Cassation - 19 octobre 1999*», *Rev. crit. droit intern. privé*, 2000, p. 30 ss.

<sup>36</sup> Più precisamente, l'art. 3, par. 3, del regolamento «Roma I» recita che «qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente».

<sup>37</sup> In GUUE L199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss. In dottrina, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Editorial Comares, Granada, 2008.

elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si verifica il fatto che determina il danno, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti non pregiudica l'applicazione delle disposizioni del diritto comunitario, se del caso, nella forma in cui sono applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente». Sebbene, rispetto alla formulazione contenuta nella proposta modificata di regolamento<sup>38</sup>, sia stata inserita la possibilità – meramente eventuale – di applicare le disposizioni del diritto comunitario nella «versione» imperativa, la conseguenza di questa formulazione è che le norme del diritto comunitario, imperative o non, «rischiano» sempre di prevalere, in nome di una gerarchia formale, anche rispetto al diritto straniero “normalmente” applicabile, che opera all'interno degli Stati membri allo stesso titolo di diritto nazionale<sup>39</sup>.

Conseguentemente, da un'interpretazione sistematica, possiamo ritenere che il «legame stretto» dell'art. 6, par. 2, della direttiva n. 93/13/CEE; dell'art. 12, par. 2, della direttiva n. 97/7/CE; dell'art. 7, par. 2, della direttiva n. 1999/44/CE; dell'art. 12, par. 2 della direttiva n. 2002/65/CE; dell'art. 22, par. 4, della direttiva 2008/48/CE, coincide con il criterio della «residenza abituale», previsto dall'art. 4, par. 1, e 6, par. 1, del regolamento<sup>40</sup>. Da tale interpretazione, considerando che tali norme non hanno formulazione “bilaterale”, consegue che le parti non possono designare come legge applicabile al contratto la legge di uno Stato terzo meno protettiva delle disposizioni della direttiva quando, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile la legge di un paese comunitario, in quanto legge di residenza abituale del consumatore o in forza dell'art. 4 del regolamento «Roma I». Quando, in particolare, si sia operata la scelta di legge possono realizzarsi due ipotesi: o c'è solo uno stretto legame col territorio comunitario oppure tutti gli elementi tranne la volontà sono in territorio comunitario. Se si ritiene che lo stretto legame è costituito dalla residenza, non c'è contrasto perché si applicheranno le norme delle direttive in quanto legge dello Stato di residenza. Nella seconda ipotesi si applica l'art. 3 del regolamento in esame e ugualmente non c'è contrasto perché si applicheranno le norme delle direttive sempre come attuate nello Stato di residenza.

Lo Stato membro, dunque, deve prevedere che la normativa adottata per dare attuazione alle direttive si applichi in presenza di un collegamento stretto tra contratto e territorio comunitario e segnatamente nella parte in cui fornisce una protezione del consumatore più elevata rispetto alla legge richiamata dal giuoco delle norme di conflitto. Il consumatore, quindi, non potrà essere privato della protezione offerta dalla norma di adattamento alla direttiva a motivo della scelta del diritto di uno Stato terzo (ipotesi da assimilare alla designazione della legge di uno Stato membro che non abbia ancora recepito la direttiva<sup>41</sup>).

Il rapporto con le altre disposizioni del diritto comunitario è completato nell'art. 23 del regolamento «Roma I», dove si dispone che non è pregiudicata «l'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a settori specifici, disciplinano i conflitti di legge in materia di obbligazioni contrattuali».

La soluzione del coordinamento tra il regolamento «Roma I» e gli strumenti comunitari di diritto derivato accolta nel testo trova, inoltre, conferma nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 ottobre 2008 sui diritti dei consumatori. In particolare, in forza del decimo considerando, «le disposizioni della presente direttiva non pregiudicano il regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)» ed inoltre in forza del cinquantanovesimo considerando «il consumatore non può rinunciare ai diritti con-

---

<sup>38</sup> Secondo l'art. 4, par. 4, della proposta modificata di regolamento del 21 febbraio 2006, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Proposta «Roma II»), doc. COM/2006/83 def., «la scelta della legge di un paese terzo ad opera delle parti non può, qualora tutti gli altri elementi della situazione siano ubicati, nel momento in cui si verifica il danno, in uno o più Stati membri della Comunità europea, pregiudicare l'applicazione delle disposizioni del diritto comunitario».

<sup>39</sup> In questo senso, P. PICONE, “Le materie internazionalistiche nella formazione del giurista contemporaneo”, Relazione svolta nell'ambito del convegno organizzato dalla Società Italiana di Diritto Internazionale, presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali – CNR, Roma, 2 febbraio 2006.

<sup>40</sup> Occorre prendere in considerazione anche l'art. 4 della Convenzione di Roma in quanto la tipologia contrattuale ricadente nell'ambito di applicazione delle direttive non si esaurisce in quella prevista dall'art. 5 della Convenzione.

<sup>41</sup> Su questo problema, ampiamente, S. FRANCO, *op. cit.*, p. 446 ss. Per superare le difformità causate dal mancato (o non corretto) recepimento delle direttive da parte di alcuni Stati membri, l'A. propone l'inserimento nelle direttive in esame di norme di conflitto multilaterali che designino «la loi de transposition applicable».



feritigli a norma della presente direttiva. Se la legge applicabile a un contratto è quella di un paese terzo, va applicato il regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) al fine di determinare se il consumatore mantiene la protezione concessa dalla presente direttiva»<sup>42</sup>.

## VI. L'effettività della tutela riconosciuta al consumatore.

6. La scelta di prevedere l'applicazione della legge della residenza abituale del consumatore – come stabilito dall'art. 6 del regolamento «Roma I» – senza concedere al giudice la possibilità di applicare un'altra normativa che sia più collegata al contratto e che sia più adeguata a proteggere il consumatore non risulta essere la soluzione migliore.

Non bisogna dimenticare, infatti, che le legislazioni più sensibili agli interessi dei consumatori sono attualmente quelle degli Stati industrializzati che rappresentano, però, anche i Paesi che esportano maggiormente beni e servizi. In questo caso una normativa che imponga l'applicazione della legge di residenza del consumatore crea uno svantaggio ai consumatori residenti nei Paesi meno industrializzati. La clausola di eccezione prevista nell'art. 4, par 3, del regolamento «Roma I» avrebbe sicuramente potuto evitare tale incongruenza, consentendo all'interprete di «modificare» i risultati eventualmente sfavorevoli prodotti dall'applicazione della legge di residenza del consumatore. Interpretando, infatti, l'eccezione di cui all'art. 4, par. 3, nella logica del *favor* nei confronti della parte debole, un «collegamento manifestamente più stretto con un paese diverso» poteva essere rappresentato ad esempio dalla residenza dell'altro contraente o dal luogo di esecuzione del contratto. In sostanza, tra i vari collegamenti che *in astratto* il contratto concluso con il consumatore può presentare, per quello più stretto, si sarebbe potuto intendere *in concreto* quello meglio in grado di realizzare la tutela della parte debole.

Né si può pensare a sostegno della soluzione adottata e senza prescindere dall'ingresso dei nuovi Stati, che esista un diritto uniforme in materia di contratti di consumo tale da giustificare un'applicazione indifferenziata della legge di residenza abituale del consumatore. Infatti, nonostante il ravvicinamento delle legislazioni, permangono notevoli differenze tra i diversi ordinamenti degli Stati membri dell'Unione se solo si considerano le «clausole minime» che, in ossequio al principio di sussidiarietà, non impediscono che tali Stati adottino o mantengano in vigore disposizioni ancora più favorevoli di quelle comunitarie in materia di tutela dei consumatori<sup>43</sup>. Se è vero, infatti, che il diritto comunitario ha deter-

<sup>42</sup> Nella prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'*acquis*, del 2005, doc. COM/2005/456 def., la Commissione ha identificato due strategie principali per la revisione dell'*acquis* relativo al consumatore: un approccio «verticale», consistente nella revisione individuale delle direttive esistenti, oppure un approccio «orizzontale», consistente nell'adozione di uno o più strumenti quadro per regolamentare aspetti comuni dell'*acquis*, corroborati se del caso da regole settoriali. Al momento di tradurre il riesame in politiche proposte, la Commissione ha esaminato attentamente l'impatto di tali proposte, compreso l'impatto sulle aziende. In relazione al coordinamento tra gli strumenti normativi citati, dobbiamo segnalare l'opzione 6, oggetto, tuttavia, di una valutazione d'impatto negativa.

Tale proposta, basandosi sull'armonizzazione completa avrebbe incluso nella proposta di direttiva una clausola sul mercato interno applicabile agli aspetti non completamente armonizzati. Tale clausola avrebbe consentito alle parti contraenti, per quegli aspetti coperti dalla clausola, di scegliere la normativa di qualsiasi Stato membro anche se quest'ultima avesse fornito un livello di tutela del consumatore inferiore a quella del paese di residenza del consumatore. A causa dell'evidente conflitto con l'art. 6 del regolamento «Roma I», una tale clausola avrebbe comportato una modifica legislativa e un'importante modifica di politica pochi mesi dopo l'adozione del regolamento «Roma I». La proposta citata, sebbene fosse stata sostenuta dalle imprese, ha incontrato l'opposizione della maggioranza degli Stati membri e di tutte le organizzazioni dei consumatori. Infatti, qualora fosse stata accolta, essa avrebbe rimosso le barriere regolamentari nel mercato interno e ridotto gli oneri per le imprese, ma avrebbe trasferito ai consumatori il problema dell'incertezza giuridica, con un conseguente impatto negativo sulla fiducia. Infine, seguendo tale opzione, i giudici nazionali avrebbero sempre dovuto applicare una legge straniera.

<sup>43</sup> La disciplina comunitaria in materia di protezione dei consumatori risulta frammentata perché le attuali direttive consentono agli Stati membri di adottare regole più rigorose nella loro legislazione nazionale (armonizzazione minima) e molti Stati membri si sono avvalsi di questa possibilità per assicurare un livello più elevato di tutela dei consumatori o per sfuggire alle prescrizioni indicate nello strumento comunitario. Inoltre, molte questioni sono disciplinate in maniera incoerente tra le diverse direttive. Le differenze comportano di solito costi aggiuntivi per le aziende ai fini di ottemperare alla normativa, compresi i costi per acquisire consulenze giuridiche nel merito, cambiare il materiale informativo e di marketing o i contratti o, in caso di non ottemperanza, eventuali costi processuali. Questo è spesso addotto dalle imprese quale uno dei motivi per non fare affari a livello transfrontaliero.

minato un certo grado di convergenza nella disciplina dei contratti conclusi dai consumatori, le normative degli Stati membri, a parte l'armonizzazione minima, presentano caratteri di difformità<sup>44</sup>.

Da questo punto di vista, comunque, utile appare sia la disciplina posta dalle varie direttive comunitarie che vanno ad integrare le disposizioni del regolamento «Roma I» sia quella ora prevista dallo stesso regolamento. Tale sistema indica le modalità mediante le quali il diritto internazionale privato può assolvere al meglio alla funzione di garanzia degli interessi dei consumatori. Infatti, come è emerso, queste disposizioni non si limitano ad introdurre una normativa di carattere sostanziale ma sono formulate in modo tale da garantire l'effettività della disciplina. Se nella Convenzione di Roma l'unica strada percorribile per tutelare l'interesse dei contraenti deboli è quella di attenuare la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile al contratto (in base alla considerazione che in determinati contratti tale libertà può facilmente ritorcersi contro il contraente più debole, il quale è costretto ad accettare la legge voluta dall'imprenditore), non curandosi, però, dell'effettiva tutela riconosciuta agli stessi, nel sistema introdotto la tutela diviene più intensa e coerente in quanto legata ad una normativa specifica rivolta al consumatore.

In sostanza, alla luce del quadro emergente, le norme imperative non saranno più individuate con riferimento esclusivo alla legge del luogo di residenza abituale del consumatore, ma anche adottando gli ulteriori criteri indicati. E, conseguentemente, i sistemi di conflitto degli Stati membri non potranno consentire l'applicazione, *ex art. 6, par. 2*, del regolamento «Roma I», della legge di un paese terzo, pur di residenza abituale del consumatore, se il contratto presenti uno stretto collegamento con la Comunità e la legge di tale paese privi il consumatore stesso della protezione assicurategli dalle direttive. Ciò deriva dalla scelta di politica comunitaria di impedire che il normale giuoco delle regole di conflitto determini

---

<sup>44</sup> A questo proposito si vedano le osservazioni formulate da G.-P. CALLIÈS, "(Conflict) Principles of European (Consumer) Contract Law – an Update", *German Law Journal*, 2004, p. 957 ss., in merito all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento in materia di contratti di consumo, quale strumento per combattere l'armonizzazione minima.

La citata proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, la quale mira a modificare ed «unificare» in un solo strumento la direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, la direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e la direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, si configura quale strumento legislativo orizzontale applicabile alle transazioni nazionali e transfrontaliere, basato su un'armonizzazione completa e mirata, vale a dire incentrata sulle questioni che costituiscono barriere importanti al commercio per le imprese e/o che scoraggiano i consumatori dall'acquistare oltre frontiera.

La proposta mette insieme queste quattro direttive creando un unico strumento orizzontale che disciplina gli aspetti comuni in modo sistematico, semplifica e aggiorna le norme esistenti, risolve le incoerenze e colma le lacune. La proposta si distanzia dall'approccio dell'armonizzazione minima seguito nelle quattro direttive citate per accogliere un approccio di armonizzazione completa (vale a dire il principio che gli Stati membri non possono mantenere o adottare disposizioni divergenti da quelle fissate nella direttiva). Infatti, in forza dell'art. 4 «gli Stati membri non possono mantenere o adottare nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso».

Già in questo senso dispone, del resto, l'art. 22, par. 1 della citata direttiva n. 2008/48/CE secondo il quale «nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite». In argomento, M. FALLON/J. MEEUSEN, "Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition", *Yearb. Priv. Int. Law*, 2002, p. 37 ss.; J.H.A. VAN LOON, *Unification of private international law in a multi-forum context*, in E.-M. KIENINGER (ed.), *Denationalisierung des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 33 ss.; T.C. HARTLEY, "The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws", *Int. Comp. Law Quart.*, 2005, p. 813 ss. Per una ricostruzione completa della normativa comunitaria in materia di consumo, H.-W. MICKLITZ/N. REICH/P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Oxford University Press, Antwerpen-Oxford, 2009.

Prescindiamo in questa sede dalle problematiche che questa direttiva determina con riguardo al suo coordinamento con le norme di conflitto contenute nel regolamento «Roma I» e messe in luce da P. PICONE, in *Recensione a S. Francq*, cit., p. 613 s., risultando «del tutto contraddittorio per un ordinamento contenere delle norme spazialmente limitate, e, *in più*, per le medesime materie, delle norme di conflitto *bilaterali* idonee a determinare l'ambito di applicazione della legge del foro, dato che in un caso del genere il legislatore regolerebbe due volte lo stesso problema in modo contraddittorio». Inoltre, pur considerando che le norme di conflitto non determinano in generale l'ambito di applicazione della *lex fori*, ma «operino come fattori di integrazione e completamento materiale delle norme interne», possono determinarsi «gravi difficoltà nel conciliare l'ambito di applicazione autonomo del diritto comunitario derivato con i criteri di collegamento accolti da una norma bilaterale di conflitto». Cfr., inoltre, E.-M. KIENINGER, *Der grenzüberschreitende Verbrauchervertrag zwischen Richtlinienkollisionsrecht und Rom I-VO*, in D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (Hrsg.), *Festschrift für Jan Kropholler*, Geburtstag, Tübingen, 2008, p. 499 ss.; H.-P. MANSEL, K. THORN, R. WAGNER, "Europäisches Kollisionsrecht 2008", *IPRax*, 2009, 1, p. 6 ss.

per il consumatore un effetto limitativo della tutela prevista, garantendo l'applicazione della disciplina comunitaria alle fattispecie da essa considerate.

Nel rapporto con gli strumenti di diritto comunitario derivato la scelta accolta nel regolamento di inserire una clausola in grado di garantire l'applicazione della norma minima comunitaria nel caso in cui tutti gli elementi di un contratto siano localizzati nella Comunità si è rilevata la scelta migliore, al fine di tutelare sufficientemente il consumatore e di garantire una maggiore coerenza della disciplina.

Il funzionamento di una norma di questo tipo consente di superare i problemi relativi alla struttura dell'art. 6 e permette di adottare una soluzione in grado di essere coordinata con la normativa settoriale comunitaria in materia di tutela del consumatore. Inoltre, vengono meno i problemi di coerenza con quanto disciplinato dalla norma generale in materia di obbligazioni contrattuali applicabile, nel disegno accolto dal legislatore comunitario, in tutti i casi in cui vengano meno i criteri di applicazione previsti dall'art. 6 del regolamento. E per finire, la tutela del consumatore viene affermata in modo più consistente, facendo prevalere la disciplina ad esso più favorevole sulla base di un raffronto materiale delle leggi richiamate, realizzando valori che l'evoluzione del diritto comunitario ha dimostrato essenziali.

Pur nella tracciata diversità delle discipline previste, infine, la realizzazione dell'indicato coordinamento, può realizzarsi considerando il regolamento Roma I come una sorta di *lex generalis*, volta alla tutela di valori classici di giustizia internazionalprivatistica, sulla quale potrà eventualmente prevalere a titolo di specialità la disciplina conflittuale posta in particolari settori per soddisfare specifici obiettivi di rilevanza più strettamente materiale; eventualmente dicevamo, in quanto potranno darsi dei casi nei quali tali obiettivi risulteranno già conseguibili attraverso l'ordinario operare della disciplina generale.

## VII. Il rapporto con le norme imperative di applicazione necessaria.

7. Le norme imperative sopra citate, inderogabili in *peius*, rilevano evidentemente solo nelle ipotesi in cui le parti esercitino la facoltà di designare la legge da applicare al proprio contratto non operando in via generale. Ma soprattutto tali norme non debbono essere confuse con le norme di applicazione necessaria che, in forza dell'art. 9 del regolamento, disciplinano il caso concreto imperativamente indipendentemente dalla legge che regola il contratto. Tuttavia, si è messo in dubbio più volte la possibilità di utilizzare la categoria in questione in materia di contratti conclusi dai consumatori<sup>45</sup>. Secondo una parte della dottrina<sup>46</sup>, infatti, le norme protettive devono essere applicate sempre e soltanto quando appartengono alla legge designata attraverso le ordinarie regole di conflitto.

Tale ricostruzione è stata abbondantemente superata nei lavori per la trasformazione della Convenzione di Roma in strumento comunitario. Infatti, già nel libro verde del 2003, al par. 3.2.8.3, si sottolinea come l'art. 5 non osti all'applicazione di eventuali leggi di polizia e di sicurezza, ai sensi dell'art. 7, «le cui disposizioni vengano interpretate come imperative nel diritto internazionale e siano in grado di offrire una protezione complementare, purché siano soddisfatte le loro condizioni di applicazione territoriale». Inoltre, lo stesso art. 9 del regolamento definitivamente adottato si riferisce a disposizioni ap-

<sup>45</sup> Si vedano, ad esempio, i casi esaminati dinanzi alle corti tedesche verso la fine degli anni ottanta, denominati *Gran-Canaria-Fälle*, concernenti contratti di vendita di beni mobili conclusi da turisti tedeschi in vacanza nelle isole Canarie, regolati, in forza della scelta operata dalle parti, dalla legge spagnola, non ancora conforme alle disposizioni della direttiva 85/577/CEE sui contratti conclusi fuori dei locali commerciali. In queste ipotesi le norme a tutela del consumatore di derivazione comunitaria (nel caso in parola la direttiva 85/577/CEE) venivano derogate attraverso la scelta della legge non di uno Stato terzo ma di uno Stato membro – la Spagna –, nel cui ordinamento la disciplina prevista dalla direttiva non era ancora stata attuata. La Corte federale tedesca ha negato, in questa circostanza, l'applicazione della legge tedesca, anche a titolo di legge di polizia e di sicurezza.

<sup>46</sup> M. SCHUBERT, "Internationale Verträge und Eingriffsrecht - ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1987, p. 729 ss.; P. MANKOWSKI, "Strukturfragen des Internationalen Verbrauchervertragsrechts", *ivi*, 1993, p. 453 ss.; ID., "Wichtige Klärungen im Internationalen Arbeitsrecht", *IPRax*, 1994, p. 88 ss.; ID., "Strukturfragen des Internationalen Verbrauchervertragsrechts", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1998, p. 287 ss.; A. NUYTS, "L'application des lois de police dans l'espace", *Rev. crit. droit intern. privé*, 1999, p. 247; M. FALLON/S. FRANCO, "Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?", in J. BASEDOW/I. MEIER/A.K. SCHNYDER/ T. EINHORN/D. GIRSBERGER (eds.), *Private Law in the International Arena (From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification)*, Liber Amicorum Kurt Siehr, TMC Asser Press, The Hague, 2000, p. 155.

plicabili «qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento» senza operare alcuna differenziazione.

Perplessità, invece, desta, ai nostri fini, l'impropria formulazione dell'art. 9 regolamento «Roma I». L'art. 9, che accoglie un'interpretazione in senso classico delle norme di applicazione necessaria<sup>47</sup>, definisce la categoria in esame come disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica<sup>48</sup>. Ora, la prassi degli ultimi anni ha dimostrato che questa formulazione è troppo restrittiva e non ha molto senso. Le norme di applicazione necessaria, come nel caso che ci occupa, assai spesso operano nel campo dei rapporti interindividuali, non preoccupandosi di proteggere valori di mero rilievo statale, ma limitandosi a tutelare in modo particolare alcuni valori interprivati ugualmente da rispettare ed inderogabili<sup>49</sup>.

Del resto, come la prassi ha dimostrato, è estremamente difficile distinguere le norme imperative a seconda che siano volte a tutelare l'interesse della collettività o quello dei privati. Si può anzi affermare che tutte le disposizioni imperative perseguono finalità di interesse generale e proprio per questa ragione il legislatore decide di sottrarle alla disponibilità dei privati. È chiaro che in alcuni casi l'interesse protetto dalla norma è un interesse individuale ma la decisione politica di tutelarlo attraverso una disposizione imperativa prova che, a giudizio del legislatore, la protezione di quella categoria di individui è imposta da ragioni di interesse generale<sup>50</sup>. Senza considerare che è un dato ormai noto che la tutela della parte debole di un contratto sia divenuta un obiettivo di rilevante interesse comunitario. La stessa Corte di giustizia nella sentenza *Arblade* ha affermato che la protezione della parte debole è un obiettivo di interesse generale e può giustificare l'adozione di norme di applicazione necessaria<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> P. FRANCESKAKIS, "Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *Rev. crit. droit intern. privé*, 1966, p. 1 ss.; ID., "Loi d'application immédiate et droit du travail", *Rev. crit. droit intern. privé*, 1974, p. 273 ss.

<sup>48</sup> Più correttamente, l'art. 16 del citato regolamento «Roma II» dispone che «le disposizioni del presente regolamento non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria alla situazione, quale che sia la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale».

<sup>49</sup> In questo senso, P. PICONE, *Le materie internazionalistiche nella formazione del giurista contemporaneo*, cit.

<sup>50</sup> In questo senso, E. JAYME/C. KOHLER, "Europäisches Kollisionsrecht 1995 - Der dialog der Quellen", *IPRax*, 1995, p. 353; W.H. ROTH, *Zum Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 und Art. 5 der Römer Schuldvertragskonvention*, in A.K. SCHNYDER/H. HEISS/B. RUDISCH (Hrsg.), *Internationales Verbraucherschutzrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995, p. 35 ss. In senso contrario v. Tribunale tedesco del lavoro Federale (*Bundesarbeitsgericht*), che ha ritenuto quali norme di applicazione necessaria le disposizioni il cui scopo non si esaurisce nel bilanciamento di interessi contrapposti delle parti, ma che siano orientati anche verso interessi pubblici. *BAG*, 24 agosto 1989, *IPRax*, 1991, p. 407 s. e 29 ottobre 1992, *ivi*, 1994, p. 123, con commento di P. MANKOWSKI, "Wichtige Klärungen im Internationalen Arbeitsrecht", p. 88.

<sup>51</sup> Sentenza del 23 novembre 1999, in cause C-369/96 e C-376/96, in *Raccolta*, 1999, p. I-8453 ss.

# LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E LE LIBERTÀ DI INIZIATIVA IMPRENDITORIALE E PROFESSIONALE

FRANCESCO SEATZU  
*Professore Associato di Diritto internazionale*  
*Università degli studi di Cagliari*

Recibido: 06.05.2009 / Aceptado: 26.05.2009

**Riassunto:** Oggetto del presente articolo è lo studio delle garanzie dei diritti all'iniziativa economica ed alla libertà di impresa nel *milieu* normativo-istituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Premessa del lavoro è l'esistenza in tale contesto di molteplici disposizioni a tutela (anche) delle predette libertà economiche, la cui protezione conseguentemente non può ricavarsi soltanto dalla pur feconda giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle materie della proprietà privata e delle espropriazioni per pubblica utilità.

**Parole chiave:** Convenzione europea dei diritti dell'uomo, libertà d'impresa, libertà professionale, diritti economici.

**Abstract:** This article looks at different aspects of the concept of "economic initiative" and delineate its indicia for the purpose of human rights discourse. It discusses the meaning of the notion of economic initiative as a human rights within the context of European Convention on Human Rights. The author argues that a theoretical framework is required in order to clarify how far the Convention allows public authorities to interfere with economic rights. The article addresses a number of issues, including the following questions: what is economic initiative? Is economic initiative a human rights? How are economic rights limited? How far can public authorities legitimately interfere with human rights? In order to do this, the author examines case law of the Convention organs and reflects on the result of cases in the light of the theoretical framework that has been established.

**Key words:** European Convention on Human Rights, freedom of economic initiative, economic rights, freedom of professionals to develop their services.

**Sommario:** I. Introduzione. – II. Considerazioni generali sulla dicotomia "diritti civili e politici" e "diritti economici, sociali e culturali" e sulle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo di maggiore rilevanza nelle materie commerciali, professionali e imprenditoriali. III. La tutela del diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale o d'impresa nell'ambito delle garanzie previste nell'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Cedu relativo alla protezione dei beni e del diritto di proprietà privata. 1. Cenni alla struttura ed alla portata applicativa delle disposizioni sulla protezione dei beni e della proprietà privata nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. 2. La disposizione sulla privazione della proprietà privata quale garanzia del diritto al libero esercizio delle attività professionali, commerciali e d'impresa. 3. *Segue:* L'interesse pubblico quale condizione di liceità della privazione della proprietà privata e suo significato in relazione al diritto dei singoli al libero esercizio di un'attività economica. 4. La portata applicativa ed i limiti della disposizione sulla regolamentazione dell'uso dei beni in relazione al diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale e d'impresa. 5. La portata applicativa ed i limiti della disposizione "residuale" che vieta l'ingerenza nei beni altrui in relazione al diritto dei privati al libero esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale. 6. *Segue:* Il principio di legalità nel secondo inciso dell'art. 1 del Primo Protocollo ed il problema della legittimità dei vincoli e delle restrizioni al diritto all'esercizio di un'attività a carattere economico. 7. *Segue:* Il principio di proporzionalità ed il problema della tutela del diritto al libero esercizio di un'attività professionale,

commerciale o imprenditoriale. IV. La tutela del diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale nell'ambito delle garanzie dell'art. 6, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. 1. Cenni al significato ed alla portata della norma sul cosiddetto "equo processo" nell'art. 6, par. 1. 2. *Segue*: I contenuti ed i limiti delle garanzie dell'equo processo in relazione al diritto al libero esercizio di attività economiche. V. La tutela del diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale nell'ambito delle garanzie previste negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. 1. Cenni agli orientamenti interpretativi degli organi di controllo della Cedu in materia di libertà di espressione. 2. La libertà di espressione quale limite all'esercizio di un'attività professionale, commerciale e imprenditoriale. VI. Il divieto di trattamenti discriminatori nell'esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale. 1. Cenni al divieto di trattamenti discriminatori nell'art. 14 e nel Protocollo n. 12. 2. *Segue*: Il principio di non discriminazione e le attività commerciali, professionali e imprenditoriali. VII. Osservazioni conclusive.

## I. Introduzione.

1. La tutela della proprietà privata in particolare e, più in generale, la protezione dei beni e degli interessi economici sono, ormai da tempo, oggetto di crescente attenzione sia da parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia da parte della dottrina italiana e soprattutto straniera, anche se in modo non del tutto omogeneo. Mentre, infatti, per l'evidente influsso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da qui in avanti "Cedu") si moltiplicano gli studi scientifici sui problemi sollevati dalla tutela del diritto dei singoli a fruire liberamente dei propri beni<sup>1</sup> e di quello ad esso strettamente correlato ad un equo indennizzo per le espropriazioni (definitive o temporanee) di fatto o di diritto<sup>2</sup>, assai minore è l'attenzione dedicata invece ai più recenti, ma non per questo anche meno rilevanti, problemi posti dal diritto di accesso ad un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> V. F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005; M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; C. BIRSAN, *La protection du droit de propriété : développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in L. CAFLISCH [et al.] (eds), *Liber amicorum Luzius Wildhaber : human rights, Strasbourg views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg*, Kehl, Strasbourg ; Arlington, 2007, p. 5-23; H. VANDENBERGHE, *La privation de propriété: la deuxième norme de l'article 1er du premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme*, in H. VANDENBERGHE (ed.), *Propriété et droits de l'homme = Property and human rights*, Bruxelles, 2006, p. 29 ss; F. TULKENS, *La réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général: la troisième norme de l'article 1er du premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *ibidem*, p. 61 ss; A. GRGIC, *The right to property under the European Convention on Human Rights : a guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*, Strasbourg, 2007; U. VILLANI, *L'occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 23 ss; L. CONDORELLI, *Premier Protocole additionnel: Article 1*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (eds), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article.*, Paris, 1995, p. 971- 997; K. LENAERTS, *The right to property in the case law of the Court of Justice of the European Communities*, in H. VANDENBERGHE [ET AL.], *Propriété et droits de l'homme = Property and human rights*, Brugge, Bruxelles, 2006, p. 195 ss.

<sup>2</sup> V. ex multis G. GULLOTTA, *La Corte costituzionale chiamata a determinare la giusta misura dei ristori espropriativi alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2007, p. 13 ss; ID, *I nuovi ristori espropriativi*, in *ibidem*, 2007, p. 19-25; G. RESS, *Reflections on the protection of property under the European Convention on Human Rights*, in *Human rights, democracy and the rule of law = Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat = Droits de l'homme, démocratie et état de droit: liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, 2007, p. 625 ss; ID, *La Cour européenne des Droits de l'Homme et la théorie de l'expropriation indirecte*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 385 ss; MCCARTHY, *Deprivation without compensation: the exceptional circumstances of Jahn v. Germany*, in *European human rights law review*, 2007, p. 295 ss; R. HOSTIOU, *Le droit de l'expropriation et les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: note sous Conseil d'Etat, 3 septembre 2007, Association de sauvegarde du droit de propriété et autres*, n° 282488, 282385, in *Revue française de droit administratif*, 2007, p. 1175 ss; J. F. WEBER, *L'exproprié, la Cour de cassation et la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger: le droit à la mesure de l'homme*, Paris, 2006, p. 515 ss; M. PELLONPÄÄ, *Does the European Convention on human rights require "prompt, adequate and effective" compensation for deprivation of possessions ?*, in M. TUPAMÄKI (ed.), *Liber amicorum Bengt Broms: celebrating his 70th birthday 16 October 1999*, Helsinki, 1999, p. 374 ss ; M. L. PADELLETTI, *L'occupazione acquisitiva in relazione al principio di legalità stabilito nella Convenzione europea diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 2244 ss.

<sup>3</sup> Ma v. P. DE SENA, *Valori economici e non economici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, p. 263 ss., avente peraltro ad oggetto il rapporto fra i diritti umani ed il diritto internazionale degli investimenti.

2. Questa profonda disparità di trattamento non è soddisfacente; soprattutto a causa della presente necessità di trattare ed approfondire nel diritto europeo sulla protezione dei diritti umani le diverse questioni avendo costantemente presenti gli stretti collegamenti sussistenti tra i diritti patrimoniali sui beni ed il diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale o d'impresa, ma anche per la ragione più specifica che - proprio in relazione al diritto soggettivo dei singoli all'esercizio di un'attività economica - lo stato della riflessione richiede un'ormai urgente elaborazione teorica.

3. Nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo si è, già da tempo, manifestato un orientamento analogo a quello appena descritto; vale a dire la propensione dei giudici ad accordare una protezione piuttosto estesa al diritto dei privati al godimento dei propri beni (materiali e immateriali)<sup>4</sup> ad esclusione dunque del diritto delle persone (fisiche e giuridiche) all'esercizio di attività a carattere economico, a cui è stata riconosciuta una tutela quasi soltanto indiretta e conseguentemente abbastanza marginale<sup>5</sup>. Ciò sebbene ampie garanzie a Strasburgo per il diritto all'esercizio di attività commerciali, imprenditoriali e professionali risulterebbero invece quanto mai opportune, non ultimo in considerazione della perdurante assenza di efficaci meccanismi giurisdizionali di controllo dei diritti economici, sociali e culturali nella Carta Sociale europea<sup>6</sup>, nonché dell'attuale mancanza di "complementarietà" tra la suddetta Carta Sociale e la Cedu<sup>7</sup>.

4. E' da rilevare altresì che il sopra ricordato orientamento giurisprudenziale è stato per lo più registrato finora solamente in maniera "passiva" dalla dottrina, in contributi troppo spesso privi di un respiro generale. Soprattutto, i già scarsi lavori commettono solitamente l'errore, dal punto di vista del metodo, di esaminare le manifestazioni della prassi assumendo a punti di riferimento (pressoché esclusivi) le disposizioni che nel sistema della Cedu riguardano il diritto di proprietà privata e/o la libertà di espressione nei settori pubblicitario e commerciale, senza cioè tenere adeguatamente conto del fatto che le disposizioni convenzionali le quali, almeno in astratto, sono suscettibili di entrare in rilievo a proposito dell'esercizio di attività commerciali, professionali e imprenditoriali sono, invece, assai più numerose<sup>8</sup>.

5. Il denunciato stato di insoddisfacente riflessione teorica è particolarmente serio se si guarda alla dottrina italiana, la quale addirittura tende, per lo più, a trascurare anche l'esistenza stessa dei problemi indicati. Si spiega, pertanto, il tentativo intrapreso nel presente lavoro di "aprire" in qualche modo il dibattito assumendo ad oggetto di indagine, dal punto di vista del diritto della Cedu, alcune specifiche questioni riguardanti il diritto dei privati residenti in Stati contraenti della Convenzione europea di esercitare attività professionali, commerciali e imprenditoriali, che hanno sollevato, invece, e da tempo, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza nei Paesi dell'area francofona<sup>9</sup>. Al fine di dare al discorso

<sup>4</sup> Sulle garanzie della proprietà intellettuale nel sistema della Cedu v. L. R. HELFER, *The new innovation frontier? Intellectual property and the European Court of Human Rights*, in *Harvard international law journal*, 2008, p. 1 ss.

<sup>5</sup> V. i sempre attuali rilievi di J. F. RENUCCI, *La Convention Européenne des droits de l'homme et le droit des affaires*, in *Droit & Patrimoine*, 1999, p. 64 ss. In argomento v. anche J. DUFFAR, *La protection des droits économiques par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Gazette du Palais*, 1995, p. 1105 ss.

<sup>6</sup> In argomento v. R. BRILLAT, *Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale. Communication lors des Premières Rencontres Européennes*, in *La Charte Sociale Européenne*, Bruxelles, 2001, p. 45 ss; S. LECLERC, *Les restrictions et limitations à l'application de la Charte sociale*, in *ibidem*, p. 67-92.

<sup>7</sup> V. ex multis BONNECHÈRE, *Charte sociale et Convention européenne des Droits de l'Homme*, in AKANDJI-KOMBÉ (ed), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, 2001, p. 123 ss; R. BRILLAT, *La protezione dei diritti dell'uomo e la Carta sociale europea - Da Roma '90 a Roma 2000: dieci anni di cambiamenti per la carta sociale europea*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2001, p. 187 ss; S. GREVISSE, *Le renouveau de la Charte sociale européenne*, in *Droit social*, 2000, p. 884-887.

<sup>8</sup> V. tra i tanti J. DUFFAR, *La protection des droits économiques par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Gaz. Pal.*, 1995, p. 1105 ss; A DE MELLO, *Droit de la concurrence et droits de l'homme*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, 1993, p. 601 ss; J. F. FLAUSS, *La Convention européenne des droits de l'homme: une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires*, in *RJDA*, 1995, p. 524 ss; M. DE SALVIA, *La giurisprudenza degli organi della Convenzione e i diritti patrimoniali*, in *RIDU*, 1995, p. 282 ss.

<sup>9</sup> V. S. DEPRÉ, *L'exercice d'une activité professionnelle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la liberté du commerce et de l'industrie*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 369 ss; M. L. NIBOYET, *De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme ne matière économique*, in *RTD com.*, 1999, p. 351 ss.

che segue una maggiore concretezza l'indagine farà anche riferimento ad alcune (recenti e meno recenti) pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in cui le questioni in parola sono state affrontate e dibattute.

## II. Considerazioni generali sulla dicotomia “diritti civili e politici” e “diritti economici, sociali e culturali” e sulle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo di maggiore rilevanza nelle materie commerciali, professionali e imprenditoriali.

6. Un esame delle molteplici problematiche concernenti il diritto soggettivo dei privati all'accesso ed all'esercizio di attività professionali, commerciali o imprenditoriali deve essere opportunamente preceduto da alcuni rapidi cenni alla tradizionale ed ancora perdurante dicotomia, nel sistema del Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti dell'uomo, tra i “diritti civili e politici” da un lato ed i “diritti economici, sociali e culturali” dall'altro lato, nonché da un puntuale richiamo delle disposizioni della Cedu maggiormente rilevanti nei settori della tutela dei beni e degli interessi economici.

7. Prendendo avvio proprio dalla distinzione tra diritti “civili e politici” e diritti “economici, sociali e culturali” occorre ricordare, innanzitutto, che la scelta operata dai redattori della Convenzione europea di inserire nella medesima essenzialmente disposizioni riguardanti le libertà ed i diritti civili e politici trova giustificazione rispettivamente nel fatto che l'obiettivo primario della Cedu era: “l'attuazione collettiva di *taluni* diritti previsti nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo”<sup>10</sup> e, in secondo luogo, nella circostanza che: “i suddetti diritti e libertà (leggasi: i diritti e le libertà civili e politiche) sono il denominatore comune delle istituzioni politiche, il trionfo della democrazia e, nel contempo, la condizione necessaria all'operatività di quest'ultima”<sup>11</sup>. Ma non basta, l'inserimento nella Convenzione europea di norme a garanzia diretta dei diritti politici e civili e non altresì dei diritti economici, sociali e culturali (fatta eccezione per il diritto di proprietà privata, previsto nell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale) trova la sua motivazione anche, e forse soprattutto, nella differente natura giuridica dei diritti civili e politici rispetto ai diritti sociali, economici, e culturali<sup>12</sup>.

8. Sebbene aspramente contestata, e da più parti, la dicotomia “diritti civili e politici” – “diritti economici, sociali e culturali” mantiene, infatti, una sua rilevanza ed un suo significato pratico-operativo, proprio perché diverso nei due casi risulta l'atteggiamento imposto agli Stati contraenti per la tutela dei diritti e delle libertà effettivamente rientranti nell'ambito delle suddette categorie<sup>13</sup>. La natura “programmatica” dei diritti economici, sociali e culturali esige che gli Stati contraenti pongano in essere condotte commissive (leggasi: adottino misure e/o provvedimenti amministrativi/legislativi) non richieste, invece, ai fini della tutela dei diritti e delle libertà civili e politiche<sup>14</sup>. Quanto fin qui precisato – a proposito della distinzione nel sistema del Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti dell'uomo tra i “diritti civili e politici” ed i “diritti economici, sociali e culturali” – non ha impedito però, si badi bene, l'inserimento nella Cedu, oltre che naturalmente nella Carta Sociale Europea, di alcune disposizioni rilevanti nei settori economico e sociale. Tale inserimento è avvenuto, nel sistema della Convenzione europea, non soltanto successivamente ed episodicamente tramite un Protocollo *ad hoc* (il già sopra

<sup>10</sup> Preambolo della Cedu.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> V. ex multis A. TAMIETTI, *La nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Documenti giustizia: l'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2000, p. 118 ss; E. DECAUX, *La question de la typologie des droits de l'homme au sein du système du Conseil de l'Europe*, in E. BRIBOSIA, L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, 2004, p. 297 ss; C. TOMUSCHAT, *Social rights under the European Convention on Human Rights*, in *Human rights, democracy and the rule of law = Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat = Droits de l'homme, démocratie et état de droit : liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, 2007, p. 837 ss.

<sup>13</sup> Sulla portata generale e il significato della dicotomia “diritti civili e politici” e “diritti economici e sociali” v. da ultimo A. CONTE, *Defining Civil and Political Rights: the Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Farnham, 2009.

<sup>14</sup> *Amplius*”, K. YOUNG, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: a Concept in Search of Content*, in *Yale Journal of International Law*, 2008, p. 113 ss.



menzionato Primo Protocollo addizionale<sup>15</sup>) ma anche originariamente e cioè al momento della redazione della Cedu. Ciò evidentemente sia per l'impossibilità pratica di distinguere in ogni caso e con la dovuta chiarezza espositiva gli aspetti e/o i profili civilistici e politici di un diritto soggettivo o di una libertà da quelli economici, sociali e culturali, sia perché una distinzione in tale senso risulterebbe obiettivamente persino inopportuna in non poche circostanze, anche in considerazione del fatto che l'effettivo esercizio dei diritti e delle libertà economiche *deve* essere considerato come strumentale all'esercizio dei diritti civili e politici fondamentali<sup>16</sup>. Quanto fin qui osservato - a proposito della natura programmatica dei diritti economici, sociali e culturali nonché della peculiarità degli obblighi giuridici da essi derivanti per gli Stati contraenti e, soprattutto, della diversità del controllo giurisdizionale su tali diritti soggettivi rispetto a quello sui diritti civili e politici - impone però che le disposizioni della Cedu maggiormente rilevanti nei contesti economico e sociale vengano, almeno in principio, interpretate restrittivamente. Ciò soprattutto al fine di evitare così un *bouleversement* dei contenuti e dell'oggetto della Convenzione europea, sicuramente illegittimo ed arbitrario, anche perché altrimenti ottenuto senza il preventivo ed indispensabile ricorso alle apposite procedure di emendamento e revisione<sup>17</sup>.

9. Passando quindi alle disposizioni della Cedu maggiormente attinenti alla materia economica è indispensabile ribadire, innanzitutto, quanto già accennato sopra; e cioè che le norme convenzionali in relazione alle quali si deve stabilire la legittimità degli eventuali provvedimenti e delle misure autorizzative e/o limitative all'esercizio di attività professionali, commerciali o imprenditoriali disposte da pubbliche autorità di Stati contraenti sono piuttosto numerose ed anche assai diverse tra loro. Un attento esame dei contenuti della Cedu fa emergere infatti, a tale proposito, che tutti i diritti e le libertà ivi contemplati (ad eccezione dei diritti e delle libertà inerenti alla persona umana) risultano assai rilevanti, almeno in astratto, nella vita giuridica delle imprese commerciali e professionali<sup>18</sup>. Come è stato correttamente osservato già da altri, sono, infatti, almeno cinque le disposizioni che, nel sistema della Convenzione europea, possono assumere uno specifico e diretto interesse ai fini della protezione del diritto all'accesso ed al libero esercizio delle attività economiche. Esse riguardano rispettivamente: a) il diritto di proprietà privata (art. 1 del Primo Protocollo); b) il diritto all'equo processo (art. 6, par. 1); c) il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8); d) la libertà di espressione (art. 10); e) il divieto di discriminazione (art. 14 e Protocollo n. 12). Su tali diritti e libertà è quindi necessario soffermarsi,

---

<sup>15</sup> Il primo protocollo addizionale alla Cedu è stato reso esecutivo in Italia con la legge 4 agosto 1955 n. 848, in *Gazz. Uff.* n. 221 del 24 settembre 1955 ed è entrato in vigore il 26 ottobre 1955. Il testo del protocollo - originariamente pubblicato in *United Nations Treaty Series*, vol. 213, p. 262 ss - si trova riprodotto anche in R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino, 2006, p. 182 ss. Sul Protocollo si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, M. L. PADELLETTI, *Protocollo I. Art. 1*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 801 ss; ID, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea de diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 781 ss. ID, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; F. SEATZU, *L'occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: alcune considerazioni in margine alle sentenze nei casi Carbonara e Ventura e Belvedere Alberghiera SRL*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, p. 292 ss; S. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 833 ss; M. FRIGO, *Le limitazioni al diritto di proprietà e all'esercizio di attività economiche nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RDIPP*, 1998, p. 51 ss; C. RUSSO, *L'applicabilité aux nationaux des "principes généraux du droit international visés à l'art. 1 du Protocole n. 1*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Köln-Berlino, Monaco, 1998, p. 547 ss; T. BALLARINO, *La proprietà protetta nel primo protocollo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, p. 221 ss; C. ZANGHÌ, *Il diritto di proprietà nell'ambito della Convenzione europea*, C. GERIN (a cura di), *Il diritto di proprietà nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 1989, p. 13 ss; R. SAPIENZA, *Espropriazione di beni e indennizzo nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le sentenze dei casi James e Lithgow*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1987, p. 309 ss; H. VAN DER BROEK, *The Protection of Property under the European Convention on Human Rights*, in *Legal Issues of European Integration*, 1986, p. 53 ss; L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1970, p. 175 ss.

<sup>16</sup> Così correttamente S. DEPRÉ, *L'exercice d'une activité professionnelle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la liberté du commerce et de l'industrie*, cit., p. 369 ss.

<sup>17</sup> Sulla revisione della Cedu v. anche la Proposta di raccomandazione presentata da Behrendt, Bindig, Wodarg e altri sulla revisione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo o l'elaborazione di un protocollo addizionale al fine di adattare la Convenzione ai bisogni attuali (Doc. 8728, 17 aprile 2000).

<sup>18</sup> Cfr. M. L. NIBOYET, *De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme ne matière économique*, cit., p. 352 ss.

anche in considerazione del particolare significato che ciascuno di essi riveste in relazione ai diritti all'accesso ed al libero esercizio delle attività imprenditoriali, commerciali e professionali.

### III. La tutela del diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale o d'impresa nell'ambito delle garanzie previste nell'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Cedu relativo alla protezione dei beni e del diritto di proprietà privata.

#### 1. Cenni alla struttura ed alla portata applicativa delle disposizioni sulla protezione dei beni e della proprietà privata nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

10. Come è noto, l'art. 1 del Protocollo n. 1, rubricato "protezione della proprietà", testualmente stabilisce, al paragrafo primo, che: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni e che nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi di diritto internazionale" ed, al successivo ed ultimo comma, che: "Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

11. Unica norma di garanzia di un diritto economico nel sistema della Cedu l'art. 1 risulta composto da almeno tre disposizioni distinte le quali – sebbene strettamente connesse tra loro – disciplinano comunque aspetti differenti del diritto di proprietà privata. Il punto in parola – già opportunamente messo in luce nella letteratura italiana e straniera sulle garanzie della proprietà privata nella Convenzione europea<sup>19</sup> – è stato sviluppato assai efficacemente dalla stessa Corte di Strasburgo nella sua ormai celebre decisione sul caso *Sporrong et Lönnroth c. Svezia*<sup>20</sup>. In tale pronuncia la Corte europea ha correttamente riconosciuto l'esistenza nell'art. 1 dei seguenti precetti: il primo, previsto nell'inciso iniziale della disposizione *de quo*, enunciante il principio del rispetto dei diritti dei privati sui loro beni; il secondo, anche esso previsto nel primo comma, concernente le condizioni alle quali le persone (fisiche e giuridiche) possono legittimamente venire private dei loro beni per effetto di una procedura (di fatto o di diritto) a carattere ablativo; in fine, il terzo, contenuto nel secondo comma, riguardante la facoltà degli Stati contraenti di controllare e regolamentare l'utilizzazione dei beni da parte dei titolari dei relativi diritti sui medesimi<sup>21</sup>. Sempre nella medesima decisione la Corte di Strasburgo ha altresì precisato che la seconda e terza norma, enunciate nell'art. 1, disciplinando specifici casi di lesioni del diritto di proprietà privata, *devono* essere interpretate alla luce del principio generale, contenuto nel primo comma, riguardante la tutela del pacifico godimento, da parte di qualsiasi soggetto (persona fisica o giuridica), dei propri beni ed interessi economici<sup>22</sup>. E' significativo sottolineare che la subordinazione delle due disposizioni, rispettivamente concernenti casi di lesioni del diritto di proprietà privata, all'applicabilità *in concreto* del principio del rispetto della proprietà invariabilmente comporta l'illegittimità di qualsiasi restrizione, limitazione o condizionamento, eventualmente introdotto negli ordinamenti giuridici degli Stati contra-

<sup>19</sup> Cfr. oltre agli autori citati *supra* nota 15 anche A. GRGIC, *Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme: un guide sur la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de ses protocoles*, Strasbourg, 2007; G. RESS, *Reflections on the protection of property under the European Convention on Human Rights*, in S. BREITENMOSER (eds), *Human rights, democracy and the rule of law = Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat = Droits de l'homme, démocratie et état de droit: liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, 2007, p. 625 ss.; *Le droit de l'homme à un environnement sain, le droit de propriété et les libertés*, in *Annuaire international des droits de l'homme*, 2006, p. 219 ss.

<sup>20</sup> *Sporrong e Lönnroth c. Svezia* del 23 settembre 1982, *Série A*, vol. 52, p. 476 ss. Per un commento v. *ex multis* C. ROZAKIS, *The peaceful enjoyment of possessions: the first "distinct" rule of Article 1 of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights*, in *T'anamedrove saertasoriso samartali t'eorja da praktika: nasromebis krebuli ezygneba akademikos Levan Aleksidzis dabadebidan 80-clis iubiles = Theory and practice of contemporary international law: essays in honour of Professor Levan Aleksidze on the 80th birthday anniversary*, Tbilisi, 2007, p. 111-124; H. VANDENBERGHE, *La privation de propriété: la deuxième norme de l'article 1er du premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme*, in H. VANDENBERGHE ET AL. (eds), *Propriété et droits de l'homme = Property and human rights*, Bruxelles, 2006, p. 29 ss.

<sup>21</sup> *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, cit., § 61.

<sup>22</sup> *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, cit., § 61 ss. Vedi anche *Les saints monastères c. Grèce* del 9 dicembre 1994, *Série A*, vol. 301-A, p. 31, § 56.

enti, al diritto di proprietà privata, sempre che però naturalmente la restrizione o il condizionamento risultino anche potenzialmente suscettibili di compromettere il pacifico godimento dei beni da parte del titolare del diritto di proprietà sui medesimi e, altrettanto naturalmente, sempre che le restrizioni e/o i condizionamenti non siano giustificati *in casu* da effettive e manifeste ragioni di utilità o pubblico interesse. Secondo quanto è stato sostenuto dalla Corte europea nella sua più recente pronuncia sul caso *Iatridis c. Grecia* una menomazione del diritto di proprietà di un cittadino di uno Stato contraente della Cedu è compatibile con il secondo inciso del primo comma dell'art. 1 del Primo Protocollo *soltanto* qualora effettivamente rispondente ad una concreta e significativa esigenza di pubblica utilità o pubblico interesse e se effettivamente conforme alle previsioni della legge; al di fuori di tali condizioni (tassative) l'interferenza dovrà ritenersi arbitraria e dunque illegittima<sup>23</sup>. Ancora - affinché possa riscontrarsi l'esistenza di una violazione dell'art. 1 - è necessario altresì che un'interferenza nel godimento pacifico del diritto di proprietà si sia concretamente verificata e risulti dimostrata<sup>24</sup>. Ad ogni modo, compete esclusivamente alla Corte di Strasburgo accertare se, nel caso sottoposto, si sia realmente realizzata un'ingerenza nell'esercizio di tale diritto, a prescindere cioè dalla circostanza che la medesima derivi oppure no dall'esperimento di una procedura di espropriazione<sup>25</sup>.

**12.** Nei settori professionale, commerciale e imprenditoriale il ricorso all'art. 1 del Protocollo n. 1, sebbene sicuramente non scontato, deve comunque considerarsi possibile; ciò si ricava, innanzitutto, dalla circostanza che sono ormai definitivamente superate nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo quelle interpretazioni delle garanzie convenzionali della proprietà privata – eccessivamente favorevoli agli Stati contraenti e penalizzanti invece per gli individui – orientate ad ammettere la conformità e dunque la liceità rispetto alla Convenzione europea di quasi tutte le misure e/o dei provvedimenti privativi o limitativi della proprietà privata emanati dalle competenti autorità statali<sup>26</sup>. Ma non basta, quanto appena sostenuto sembra anche provato dal fatto, non meno strascurabile, che l'art. 1 attualmente funziona – ed invero già da parecchio tempo – come una norma di “una buona Costituzione nazionale interpretata da un giudice efficiente e dinamico”<sup>27</sup>. Ma non è tutto, una certa “audacia” nell'interpretazione dell'art. 1 - finalizzata cioè a rendere quest'ultimo applicabile anche alle restrizioni ed interferenze all'accesso ed all'esercizio del diritto di intraprendere un'attività economica – sembra altresì ammissibile in quanto non è affatto dimostrato che siffatta disposizione faccia esclusivamente riferimento al “diritto di proprietà in senso stretto” anziché all'intero patrimonio dei privati<sup>28</sup>. In ultimo, un ulteriore conforto dell'applicabilità delle garanzie di cui sopra alle ingerenze statali nell'accesso ed esercizio di attività economicamente rilevanti può ricavarsi da un esame, pure rapido, della giurisprudenza della Corte europea in materia di espropriazioni per pubblica utilità ed, in particolare, dal frequente impiego in siffatto contesto di criteri di calcolo dell'indennizzo assai moderni e perciò anche adeguati alle vicende riguardanti i diritti patrimoniali connessi alle attività commerciali, imprenditoriali e professionali<sup>29</sup>. In considerazione di quanto finora precisato non stupisce, pertanto, che l'articolo in parola sia suscettibile di assumere una speciale rilevanza in tutte le situazioni in cui si tratti di tutelare la clientela, l'avviamento commerciale e, più in generale, i beni materiali concretamente utilizzati nell'esercizio delle attività riconducibili nei settori professionale ed econo-

<sup>23</sup> *Iatridis c. Grecia* del 25 marzo 1999, in *Corr.giur.*, 2001, p. 678 ss.

<sup>24</sup> *Sporrong e Lonnroth c. Svezia*, cit., § 63.

<sup>25</sup> Così *Brumarescu c. Romania* del 23 gennaio 2001, *CEDH*, 1999-VII, § 77, in cui si afferma con molta chiarezza che: “in determining whether there has been a deprivation of possessions within the second “rule”, it is necessary not only to consider whether there has been a formal taking or expropriation of property but to look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of. Since the Convention is intended to guarantee rights that are “practical and effective”, it has to be ascertained whether the situation amounted to a *de facto* expropriation”.

<sup>26</sup> Per un efficace *resumé* di tali posizioni v. Y. WINISDOERFFER, *Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 30 ss. V. anche S. BARIATTI, *Genesi e interpretazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in *RIDU*, 1989, p. 125 ss.

<sup>27</sup> Cfr. L. CONDORELLI, *Il Protocollo rivisitato*, in *RIDU*, 1989, p. 264 -272.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>29</sup> Riferimenti in S. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*, cit., pp. 833 – 847 e più recentemente ID, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, pp. 1288 - 1299.

mico,<sup>30</sup> nonché persino la violazione di una “simple expectation”, verificatasi parallelamente alla violazione di un altro diritto garantito dalla Cedu<sup>31</sup>. Prima ancora che da un esame della prassi degli organi interpretativi della Cedu in materia di garanzie della proprietà privata tale importanza si ricava dalla stessa formulazione letterale dell'art. 1 del Primo Protocollo, specialmente nella parte in cui si fa un esplicito riferimento ai “beni”.

13. Sempre dalla lettera della norma *de quo* si desume un suo ruolo invece abbastanza marginale relativamente agli interessi economici diversi da quelli appena menzionati, pure se eventualmente connessi all'esercizio di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Ne consegue pertanto che siffatta disposizione assai difficilmente potrà assumere, almeno in principio, importanza (*id est*, rilevanza quale parametro di legittimità dei provvedimenti e delle misure restrittive delle libertà economiche) in casi diversi da quelli in cui è intervenuta un'espropriazione o un'interferenza nell'utilizzazione o nel godimento di beni strumentalmente impiegati nell'esercizio di attività commerciali, professionali o imprenditoriali *già iniziate*<sup>32</sup>. A sostegno di quanto appena precisato giova ricordare, in particolare, l'ormai celebre decisione sul caso *Marckx c. Belgio*, in cui si è affermato con grande chiarezza che l'art. 1 del Primo Protocollo ha ad oggetto solamente il godimento di beni “attuali”<sup>33</sup>. Ma non è tutto, l'inapplicabilità di tale norma alle aspettative di guadagno legate all'esercizio di determinate attività professionali, commerciali e imprenditoriali sembrerebbe ricavarsi - anche se, come si è già osservato sopra, il dato sembrerebbe però smentito da una prassi recente che consente l'applicabilità delle garanzie convenzionali alle legittime aspettative - dalla circostanza che la protezione degli interessi economici legati alle necessarie autorizzazioni per l'esercizio delle predette attività non è mai stata sostenuta dalla Corte di Strasburgo in maniera esplicita<sup>34</sup>; essa può semmai ricavarsi da un ragionamento *a contrario*. Poiché, infatti, è ormai prassi consolidata che la revoca di un'autorizzazione amministrativa relativa all'esercizio di un'attività imprenditoriale, professionale o imprenditoriale *non* determina una violazione del diritto di proprietà privata - sempre che però le condizioni giustificatrici dell'autorizzazione all'esercizio non risultino già presenti al momento in cui la medesima è stata rilasciata - è evidente che esclusivamente la revoca di un'autorizzazione amministrativa fondata su disposizioni in vigore al momento del rilascio della medesima può essere sottoposta positivamente al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>35</sup>.

## 2. La disposizione sulla privazione della proprietà privata quale garanzia del diritto al libero esercizio delle attività professionali, commerciali e d'impresa.

14. Passando adesso ad esaminare più in dettaglio le condizioni di legittimità delle restrizioni eventualmente imposte all'esercizio di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale occorre richiamare, innanzitutto, la disposizione sulla privazione della proprietà privata.

15. Inserita nel testo dell'art. 1 del Primo Protocollo tale norma essenzialmente persegue l'obiettivo di eliminare o comunque numericamente ridurre le ipotesi di restrizioni e limitazioni arbitrarie del

<sup>30</sup> *Amplius* P. BUIZZA, *La tutela dell'avviamento commerciale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 1021 - 1042. V. anche, ad ulteriore riprova dell'interpretazione estensiva delle garanzie correlative alla nozione di “property” di cui sopra nel testo, la recente decisione *Stec and others c. Regno Unito* del 12 aprile 2006, in cui la Grande Camera ha sostenuto che anche il diritto soggettivo ad un beneficio a carattere non contributivo, e cioè un “welfare benefit”, “ricade nell'ambito di applicazione *ratione materiarum* dell'art. 1 del Protocollo n. 1”, sempre che però effettivamente fondato su criteri di solidarietà sociale.

<sup>31</sup> *Oneryildiz c. Turchia* del 30 novembre 2004, in *European Human Rights Reports*, 2004, p. 11 ss, in cui la Corte di Strasburgo ha affrontato e risolto il suo primo caso in materia ambientale avente anche ad oggetto la perdita di vite umane.

<sup>32</sup> In senso conforme M. L. NIBOYET, *De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme ne matière économique*, cit., p. 356, il quale correttamente osserva che: « si l'on protège les expectatives, fussent elles légitimes, il faut protéger aussi la vocation à succéder, le droit d'accéder à la propriété et plus largement tout espoir (légitime) d'obtenir un bien ou même un profit. Curieux paradoxe pour une convention qui n'entendait pas protéger les droits économiques ! ». Ma v. *Oneryildiz c. Turchia*, cit., e la tutela ivi ammessa per le cosiddette aspettative legittime “semplici”.

<sup>33</sup> *Marckx c. Belgio* del 13 giugno 1979, *Série A*, vol. 31, pp. 23 ss.

<sup>34</sup> *Amplius* S. DEPRÉ, *L'exercice d'une activité professionnelle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 373 ss.

<sup>35</sup> Cfr. L. CONDORELLI, *Art. 1. Premier Protocole Additionnel*, in PETTITI, DECAUX, IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 971 ss.

diritto al libero godimento dei beni eventualmente introdotte da pubblici poteri. Essa, pertanto, richiede che si considerino come privazioni della proprietà privata non soltanto i provvedimenti formali di espropriazione ma anche le “espropriazioni di fatto” e cioè quelle misure: “qui peuvent être assimilées à une privation de propriété ... ou portent atteinte à la substance de la propriété à un point tel qu’elles équivalent à une expropriation”<sup>36</sup>, nonché le cosiddette “creeping expropriations”, vale a dire quelle condotte che – pur non determinando formalmente un trasferimento del diritto di proprietà privata – devono comunque considerarsi obiettivamente interferenti con l'utilizzazione dei beni (materiali o immateriali) in una maniera tale da potere essere valutate *de facto* come assolutamente equivalenti a delle espropriazioni formali<sup>37</sup>. E' da sottolineare altresì che la Corte di Strasburgo – anzi che qualificare un determinato provvedimento come espropriazione formale o di fatto – si è sovente limitata soltanto a verificare l'esistenza in astratto di una privazione della proprietà, interpretando in tale modo assai restrittivamente le condizioni a cui è subordinata la qualificazione *in concreto* di una certa misura come restrizione. Particolarmente significativa è, al riguardo, l'ormai celebre decisione sul caso *Sporrong et Lönnroth* in cui la Corte europea – pur ammettendo che i provvedimenti contestati avevano avuto per effetto lo svilimento del diritto dei proprietari di disporre e godere dei propri beni immobili – ha escluso di potere qualificare i medesimi *de facto* e *de iure* come misure espropriative, in considerazione della circostanza che se il diritto di proprietà: “a perdu de sa substance le droit en cause n'a pas disparu”<sup>38</sup>. Si può egualmente notare che i criteri utilizzati dalla Corte di Strasburgo per determinare l'esistenza di una misura espropriativa attengono eminentemente agli effetti sostanziali del provvedimento contestato: questi cioè dovrebbero risolversi nell'impossibilità di esercitare in maniera continuativa gli attributi che usualmente accompagnano il diritto di proprietà e, pertanto, dovrebbero avere un carattere non meramente temporaneo ma tendenzialmente definitivo e irreversibile<sup>39</sup>.

**16.** Poiché solamente uno spossessamento completo e definitivo può costituire una privazione della proprietà privata, ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo, la disposizione sulla privazione della proprietà non può evidentemente assumere alcuna rilevanza nelle circostanze in cui la misura limitativa o restrittiva adottata da una pubblica autorità determini una perdita irreversibile del diritto di proprietà sui beni utilizzati o prodotti dall'imprenditore o professionista<sup>40</sup>. In tutte le altre ipotesi – e cioè nei casi in cui per effetto del provvedimento o della misura adottata dalla pubblica autorità *non* si produca una perdita della proprietà sui beni dell'imprenditore o del professionista oppure si produca una perdita soltanto temporanea (*id est*, non definitiva) in quanto avverso il provvedimento risultino ancora proponibili ricorsi amministrativi o giurisdizionali – dovrà necessariamente farsi riferimento alle altre disposizioni previste nell'art. 1. Tale conclusione sembra desumersi, in particolare, dal ruolo alquanto limitato riconosciuto dalla Corte europea alla disposizione *ad hoc* sulla privazione della proprietà nella protezione dei beni e degli interessi economici, nonché dai più recenti approcci interpretativi, adottati sempre dalla Corte di Strasburgo, in materia di rapporti tra le misure limitative e restrittive dei diritti patrimoniali e le disposizioni di garanzia previste nell'art. 1 del Primo Protocollo. Orientamenti, come è ben noto, favorevoli all'esercizio di un sindacato sulla liceità dei provvedimenti e delle misure limitative e restrittive del diritto di proprietà privata tramite un confronto diretto di questi atti con le altre fattispecie astrattamente previste nella norma convenzionale sulla proprietà privata.

### **3. Segue: L'interesse pubblico quale condizione di liceità della privazione della proprietà privata e suo significato in relazione al diritto dei singoli al libero esercizio di un'attività economica.**

<sup>36</sup> Cfr. M. PUECHAVY, *L'expropriation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La protection du droit de propriété par la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, 2005, p. 30 ss. V. anche le sentenze *Bortesi et autres c. Italia* del 10 giugno 2008 e *Pierotti c. Italia* del 20 gennaio 2009, sul sito: <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/>

<sup>37</sup> Cfr. M. L. PADELLETTI, *Protocollo 1. Art. 1*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 808 ss.

<sup>38</sup> *Sporrong et Lönnroth c. Svezia*, cit., § 63.

<sup>39</sup> Cfr. M. PUECHAVY, *L'expropriation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La protection du droit de propriété*, cit., p. 30 ss.

<sup>40</sup> In senso conforme S. DEPRÉ, *L'exercice d'une activité professionnelle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 373 ss.

17. Poiché è la più radicale tra le possibili misure aventi ad oggetto limitazioni o divieti all'utilizzazione dei beni economici la privazione del diritto di proprietà privata può realizzarsi solamente ai fini dell'attuazione *in concreto* di un pubblico interesse (*rectius*: di un interesse gerarchicamente sovraordinato rispetto a quello del singolo all'esercizio di un'attività economicamente rilevante)<sup>41</sup>.

18. Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo fa ben presto emergere l'autonomia della nozione convenzionale di pubblico interesse ("pubblica utilità") rispetto a quelle corrispondenti previste negli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti<sup>42</sup>. Sempre dalla suddetta prassi applicativa può ricavarsi altresì che la nozione di pubblico interesse *deve* essere interpretata estensivamente così da comprendere *qualsiasi* politica economica e sociale perseguita a livello statale<sup>43</sup>. L'attuazione dell'interesse pubblico non risulta, pertanto, pregiudicata dalla circostanza che la privazione della proprietà può concretizzarsi nel trasferimento obbligatorio di una categoria di beni o interessi economici da un soggetto all'altro. Ciò in quanto anche un'equa distribuzione dei beni può costituire l'oggetto di una politica sociale legittima, ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo. Ne consegue, dunque, che persino un trasferimento dei beni realizzato nell'ambito di una politica sociale o economica legittima può risultare rispondente ad un interesse pubblico<sup>44</sup>.

19. Proseguendo la trattazione sull'interesse pubblico quale condizione di liceità della privazione della proprietà privata può ricordarsi altresì che alla nozione di interesse generale la Corte europea ha, ormai da tempo, applicato la dottrina del margine di apprezzamento statale, poiché gli Stati contraenti effettivamente dispongono di un'ampia discrezionalità a proposito degli obiettivi di politica economica e sociale da attuare<sup>45</sup>. La Corte ha cioè reputato di non poter equiparare il proprio apprezzamento a quello delle autorità nazionali a proposito della realizzazione *in concreto* di una finalità di pubblica utilità. Questo naturalmente sempre che non emerga però che l'apprezzamento di tale interesse pubblicistico da parte dell'autorità statale procedente sia *in casu*: "..... manifestement dépourvu de base raisonnable"<sup>46</sup>. Da qui conseguentemente anche la scarsa incisività, in generale, del limite dell'utilità pubblica rispetto all'applicazione delle misure e dei provvedimenti (restrittivi e impeditivi) del diritto all'esercizio di un'attività economica eventualmente adottati da autorità amministrative e giurisdizionali di Stati contraenti, nonostante una misura e/o provvedimento amministrativo viziato da eccesso di potere (o comunque palesemente arbitrario) non possa che ritenersi incompatibile con l'interesse generale, così come, del resto, è esplicitamente previsto nell'art. 1 del Primo Protocollo.

#### 4. La portata applicativa ed i limiti della disposizione sulla regolamentazione dell'uso dei beni in relazione al diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale e d'impresa.

20. Occorre adesso esaminare le principali questioni concernenti la portata applicativa ed i limiti della disposizione sulla regolamentazione dell'uso dei beni con riferimento al diritto all'esercizio di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

21. Prevista nell'art. 1, secondo paragrafo, del Primo Protocollo la norma sulla regolamentazione dell'uso dei beni sembra, almeno ad una lettura abbastanza superficiale, aggiungere veramente poco, se non addirittura nulla, a quanto già previsto nel primo paragrafo. Al contrario, se interpretata letteralmente tale disposizione pare, invece, introdurre un preciso limite all'operatività delle garanzie previste nella norma sulla privazione della proprietà privata. Deve rilevarsi, peraltro, che la Corte di Strasburgo

<sup>41</sup> In argomento v. J. C. BONICHOT, *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'urbanisme*, in *Libertés, justice, tolérance: mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, 2004, p. 283 ss.

<sup>42</sup> V. da ultimo la sentenza *Ucci c. Italia*, 24 aprile 2008, § 83, sul sito: <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/>

<sup>43</sup> In senso conforme M. L. PADELLETTI, *Protocollo 1. Art. 1*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 811 ss e nella giurisprudenza recente della Corte europea la sentenza *Ex roi de Grèce c. Grecia* del 23 novembre 2000, § 69 (CEDH 2002).

<sup>44</sup> *James et autres c. Regno Unito* 21 febbraio 1986, *Série A*, vol. 98, pp. 29-30, § 37.

<sup>45</sup> *Amplius Y. WINISDOERFFER, Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*, cit., p. 30 ss.

<sup>46</sup> *James et autres c. Regno Unito*, cit., § 46.

– a proposito della norma sulla regolamentazione dei beni – ha adottato un approccio esegetico radicalmente differente da quello letterale, nel senso cioè che essa ha esteso l'applicabilità dell'art. 1 del Primo Protocollo al di là della sua portata originaria<sup>47</sup>. Per quanto concerne, invece, le situazioni che possono legittimamente rientrare nell'ambito dell'art. 1, secondo comma, può osservarsi che la Corte europea si è orientata a qualificare come forme di regolamentazione dell'uso dei beni tutte quelle ipotesi che – pur materialmente concretizzandosi in una privazione della proprietà privata – costituiscono un effetto diretto dell'applicazione di disposizioni fiscali<sup>48</sup> o penali<sup>49</sup>.

22. Nella sua operatività quale limite (o, se si preferisce, quale condizione di legittimità) delle misure restrittive o proibitive del diritto all'esercizio di un'attività a carattere economico la disposizione sulla regolamentazione dell'uso dei beni solleva la delicata questione dell'ammissibilità dei provvedimenti – come, ad esempio, il sequestro temporaneo o la confisca definitiva – adottati da autorità giudiziarie a titolo di misure accessorie ad un procedimento penale. Tale questione, come è noto, è analoga a quella riguardante la compatibilità dei provvedimenti di sequestro e/o confisca definitivi eventualmente adottati nel corso di procedimenti penali a carico di privati non esercitanti alcuna attività commerciale, professionale o imprenditoriale<sup>50</sup>. Argomentando dalla sopra indicata *ratio* ispiratrice della norma sulla regolamentazione dell'uso dei beni – che è eminentemente quella di garantire i privati contro i provvedimenti e gli atti arbitrari posti in essere da pubbliche autorità in violazione di norme penali e fiscali ed idonei a privare i medesimi della proprietà privata – nonché eventualmente facendo leva sulla diversità tra tale disposizione e quella riguardante la privazione della proprietà può sostenersi altresì la competenza della disposizione sulla regolamentazione dell'uso dei beni a proposito dei provvedimenti e delle misure adottati da autorità giudiziarie (anche eventualmente diversi dai sequestri temporanei e dalle confische definitive) purché però ad essi corrispondenti, vale a dire se riguardanti beni materiali utilizzati o comunque prodotti da persone fisiche e giuridiche nell'esercizio del loro diritto all'iniziativa economica e d'impresa.

### 5. La portata applicativa ed i limiti della disposizione “residuale” che vieta l'ingerenza nei beni altrui in relazione al diritto dei privati al libero esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale.

23. Resta da considerare ancora la questione concernente il significato, la portata applicativa ed i limiti della disposizione sul divieto di ingerenza nei beni altrui in relazione al diritto dei privati all'esercizio di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

24. Inserita nell'inciso iniziale dell'art. 1 del Primo Protocollo tale disposizione opera sia come generale criterio interpretativo della norma di garanzia sulla protezione dei beni nel loro complesso sia come disposizione autonoma. In quanto precetto normativo indipendente essa funziona come una “disposizione di chiusura”: vale a dire come un principio giuridico idoneo a ricomprendere *qualsiasi* misura e/o provvedimento suscettibile di produrre come effetto una diminuzione della disponibilità dei beni *non* valutabile né come una privazione assoluta né come una forma di regolamentazione dell'uso dei beni. E'

<sup>47</sup> In argomento v. W. PEUKERT, *Artikel 1 des 1. ZP (Schutz des Eigentums)*, in W. PEUKERT, A. FROWEIN (Hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention*, Kehl, 1996, p. 763 ss e più recentemente F. M. MCCARTHY, *Deprivation without compensation: the exceptional circumstances of Jahn v. Germany*, in *European human rights law review*, 2007, p. 295 ss, *ivi* anche per riferimenti alla prassi applicativa recente e meno recente.

<sup>48</sup> V. *ex multis* la recentissima sentenza *Aon Conseil et Courtage S.A. et autre c. Francia* del 25 gennaio 2007 (sul sito: <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/>) e in dottrina l'ottimo lavoro di F. JULIENNE, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le contentieux fiscal: étude à l'exemple du droit français*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, p. 1009 ss.

<sup>49</sup> Tuttavia nella sentenza *Buffalo Srl en liquidation c. Italia* del 3 luglio 2003, § 32 (sul sito: <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/>) la Corte di Strasburgo ha concluso che degli eccessivi ritardi nei rimborsi dei crediti di imposta da parte dell'amministrazione tributaria possono tradursi in una *violazione* del diritto di proprietà privata del contribuente. In senso conforme v. già la sentenza *Dangeville c. Francia* del 16 aprile 2003 (CEDH, 2002-III), in cui il mancato rimborso dell'IVA è stato parimenti valutato come una violazione del diritto di proprietà.

<sup>50</sup> Sul punto v. le osservazioni di M. L. PADELLETTI, *Protocollo 1. Art. 1*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 819 ss.

opportuno rilevare, a questo proposito, che l'unico limite all'applicazione della disposizione in parola è, così come per le fattispecie esaminate precedentemente, la serietà del pregiudizio, nel senso cioè che le garanzie previste nella norma *de quo* possono operare solamente in presenza di un'ingerenza idonea a determinare una diminuzione grave nella sfera giuridica e economica del singolo.

**25.** Nella sua operatività quale condizione di legittimità dei provvedimenti e delle misure impeditive e restrittive del diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale la norma sul divieto di ingerenza nei beni altrui pone fundamentalmente la questione, piuttosto delicata, della sua compatibilità con le misure legislative aventi effetto retroattivo. In estrema sintesi, può osservarsi che un problema di compatibilità tra la norma "residuale" sulla garanzia della proprietà privata ed il principio di retroattività delle leggi civili e fiscali sorge in considerazione del fatto che, per effetto della retroattività di una o più disposizioni, può verificarsi uno spossessamento di diritti reali o di diritti di credito<sup>51</sup>. La questione in parola, sempre se la nostra interpretazione è corretta, non è risolvibile in base all'argomentazione secondo cui, in virtù dell'effetto retroattivo della legge, non sarebbe logico riferirsi a "beni" quali entità esistenti sul piano fattuale e/o giuridico. L'impossibilità logica di una facile assimilazione tra la legislazione retroattiva e le misure ed i provvedimenti espropriativi pare, infatti, corretta esclusivamente nelle ipotesi in cui la privazione dei beni, verificatasi per effetto della retroattività della legge, riguardi i diritti di credito che, per la loro esistenza, richiedono un intervento dell'autorità giudiziaria diretto a determinare gli stessi nel *quantum*<sup>52</sup>. In tutte le altre ipotesi, e segnatamente in quelle in cui la privazione riguardi un diritto reale, non è possibile negare invece che, per effetto della retroattività della legge civile, possa verificarsi un'espropriazione di fatto. Rimane naturalmente da stabilire se una tale espropriazione possa considerarsi comunque legittima nel caso concreto (*id est*, non contrastante con la disposizione sul divieto di ingerenza nei beni) in quanto, ad esempio, proporzionata e quindi rispettosa di quel principio del "giusto equilibrio", che è stato ricostruito dalla Corte di Strasburgo proprio nell'ambito di tale norma, oppure comunque giustificata dalla presenza di un "interesse generale"<sup>53</sup>. Si tratta, quest'ultima, di una valutazione assai difficile, anche in considerazione dell'ampio potere di apprezzamento discrezionale che, nella suddetta materia, risulta assegnato agli Stati contraenti.

## **6. Segue: Il principio di legalità nel secondo inciso dell'art. 1 del Primo Protocollo ed il problema della legittimità dei vincoli e delle restrizioni al diritto all'esercizio di un'attività a carattere economico.**

**26.** Inserito nell'art. 1 mediante la peculiare tecnica del rinvio ai diritti interni il principio di legalità persegue lo scopo di eliminare o quanto meno ridurre le ipotesi di restrizioni e/o violazioni del diritto di proprietà sui beni e del diritto all'esercizio di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale da parte dei pubblici poteri. Esso richiede, pertanto, l'esistenza di norme di diritto interno puntuali, prevedibili e accessibili<sup>54</sup>. Ma non è tutto, il rinvio nell'art. 1 agli ordinamenti giuridici interni, a proposito dei condizionamenti e delle limitazioni ai diritti ivi garantiti, deve essere inteso come contenente un richiamo (implicito) oltre che al principio di legalità altresì a quell'altro principio, strettamente connesso a quello di legalità, della preminenza della legge<sup>55</sup>. Principio generale, quest'ultimo,

<sup>51</sup> Cfr. C. PETTITI, *La rétroactivité des lois civiles une nouvelle fois sanctionnée par la Cour européenne sur le fondement de l'article 1er du Protocole n° 1: (Cour européenne des Droits de l'Homme, 14 février 2006, Lecarpentier et autre c. France et 3 octobre 2006, Achache c. France)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 493 ss, ed *ivi* anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>52</sup> Sulla naturale "inderminatezza" (nel senso precisato sopra nel testo) dei diritti di credito v. *ex multis* e senza alcuna pretesa di completezza A. GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, *passim*.

<sup>53</sup> In senso conforme v. M. L. PADELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 824, la quale correttamente deriva tale conclusione dalla sentenza *Van der Mussele et autres* del 29 settembre 1982 (*Série A*, n. 70, § 49), in cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la legittimità (*id est*, la non contrarietà con la disposizione sul divieto di ingerenza nei beni) del rifiuto di rilasciare un'autorizzazione amministrativa necessaria al proseguimento di un'attività professionale, in quanto tale rifiuto è stato ritenuto dalla medesima necessario ("à organiser une profession") e cioè rispondente all'interesse generale.

<sup>54</sup> V. *ex multis* la celebre decisione *James c. Regno Unito*, cit., § 30 ss, in cui la Corte di Strasburgo ha anche precisato che: "au sein de la Convention les mots "loi" et "régulier" ne sont bornés pas à renvoyer au droit interne, mais concernent aussi la qualité de la loi, ils la veu[le]nt compatible avec la prééminence du droit" (corsivo aggiunto).

<sup>55</sup> Su questo principio v. P. WACHSMANN, *La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Droit (Le) des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, 1997, p. 241 ss.



da ritenersi come immanente all'intero sistema della Cedu, e che, nell'economia dell'art. 1 del Primo Protocollo, postula l'esistenza di un preciso dovere dell'autorità pubblica procedente di conformarsi alle pronunce ed alle decisioni giudiziarie rese nei propri confronti<sup>56</sup>.

**27.** Al riguardo, occorre anche precisare che la competenza della Corte europea è comunque piuttosto limitata per quanto concerne la valutazione della conformità alle disposizioni di diritto interno delle misure (limitative o proibitive) del diritto all'esercizio di un'attività economica. Sembra chiaro, infatti, che, almeno nella suddetta materia, la competenza della Corte di Strasburgo non possa estendersi oltre la mera verifica dell'assenza di un carattere arbitrario o imprevedibile delle disposizioni (limitative o impeditive) del diritto all'esercizio di un'attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente disposte dagli ordinamenti giuridici nazionali<sup>57</sup>.

**28.** Trattando specificamente del principio di legalità quale condizione di legittimità dei vincoli e restrizioni al diritto all'esercizio di un'attività economica deve mettersi in evidenza la necessità di superare la classica dicotomia tra la cosiddetta "norma legislativa" e la "norma giurisprudenziale" nell'apprezzamento della compatibilità con il suddetto principio delle misure e dei provvedimenti giurisdizionali o amministrativi adottati da autorità di Stati contraenti. Sebbene finora non precisato in alcuna decisione giudiziaria è logico che una distinzione preliminare deve essere effettuata tra l'ipotesi in cui i vincoli e le restrizioni al diritto all'esercizio di un'attività imprenditoriale, commerciale e professionale vengano apposti "pretorialemente" dagli organi giudiziari o amministrativi di Paesi di *common law* e quella in cui le restrizioni ed i vincoli al suddetto diritto siano introdotti, invece, da organi amministrativi o giudiziari di Paesi di *civil law*. Nel primo dei due casi – anche in considerazione del ruolo altamente creativo assegnato alla giurisprudenza dai sistemi costituzionali sulle fonti di produzione normativa di tali Paesi – i vincoli e le restrizioni eventualmente apposti al diritto all'esercizio di un'attività economica non possono certamente considerarsi illegittimi (*id est*, contrastanti con il principio di legalità), per la sola ragione che i medesimi siano stati introdotti dalla giurisprudenza in via pretoria, vale a dire in assenza di una o più disposizioni legislative di autorizzazione. Al pari dei vincoli e delle restrizioni al diritto di esercitare un'attività commerciale, imprenditoriale o professionale apposti in applicazione di disposizioni legislative di autorizzazione anche tali vincoli e limitazioni devono logicamente ritenersi legittimi, nel senso cioè di compatibili con il principio di legalità, soltanto se non arbitrari oppure se non prevedibili da un soggetto di ordinaria diligenza.

**29.** Un discorso diverso e, soprattutto, assai più articolato deve farsi a proposito dei vincoli e delle restrizioni introdotte nei Paesi di *civil law*. E' chiaro, infatti, che negli ordinamenti giuridici di tali Paesi i vincoli al diritto all'esercizio di un'attività economica apposti dalla giurisprudenza in assenza di preventive disposizioni legislative di autorizzazione non possono, almeno in principio, ritenersi compatibili con il principio di legalità, in considerazione del diverso e assai modesto ruolo assegnato alla "giurisprudenza" nei sistemi delle fonti di produzione normativa di tali Paesi<sup>58</sup>. E' altresì vero, peraltro, che le considerazioni appena esposte non devono però essere radicalizzate, poiché anche nei Paesi di *civil law* è dato riscontrare un ruolo sempre più "creativo" delle giurisprudenze civile e amministrativa in settori importanti come, ad esempio, quello urbanistico<sup>59</sup>. Qualora legittime e cioè non contrastanti con il principio di legalità (così come questo è accolto nel diritto interno) le misure "giurisprudenziali" restrittive o limitative del diritto all'esercizio di attività economiche devono essere confrontate successivamente – così come è stato anche affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei *leading cases* "Carbonara et Ventura e Belvedere Alberghiera srl c. Italia" con il principio di legalità sostanziale, parimenti richiamato nell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Cedu<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Cfr. G. J. WIARDA, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et la prééminence du droit*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 1984, p. 452 ss.

<sup>57</sup> In senso conforme anche S. DEPRÉ, *L'exercice d'une activité professionnelle au regard de la Convention européenne*, cit., p. 370 ss.

<sup>58</sup> Riferimenti in U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 1996, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>59</sup> Sul carattere largamente giurisprudenziale del diritto urbanistico italiano insistono V. ANGIOLINI, C. MARZUOLI, A. TRAVI, *Materiali per un corso di diritto urbanistico*, Torino, 1999, *passim*.

<sup>60</sup> *Carbonara et Ventura e Belvedere Alberghiera srl c. Italia* del 30 maggio 2000, anche riprodotte in *Corr. Giur.*, 2001, p. 460 ss, con commenti di V. CARBONE, p. 46 ss. In argomento ci sia consentito rinviare al nostro *L'Occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: alcune considerazioni in margine alle sentenze nei casi Carbonara e Ventura e Belvedere Alberghiera SRL*, in *RIDU*, 2002, p. 292 ss.

**30.** Nella sua operatività quale limite (o, se si preferisce, quale condizione di legittimità) delle misure o dei provvedimenti restrittivi del diritto all'esercizio di un'attività professionale il principio di legalità solleva pure la non meno delicata questione della compatibilità delle misure e dei provvedimenti di tale genere eventualmente adottati dagli ordini professionali nell'esercizio del loro potere disciplinare. Ragionando sulla *ratio* ispiratrice del principio di legalità – che è quella di garantire i privati contro i provvedimenti e gli atti arbitrari delle autorità pubbliche – nonché facendo leva sulla mancata vicinanza tra gli obiettivi perseguiti da siffatto principio e quello di non discriminazione può sostenersi la liceità (*id est*, la non incompatibilità con la condizione di legalità) delle misure limitative e restrittive del diritto all'esercizio di un'attività professionale adottate da ordini di categoria, sempre però che tali misure siano puntuali e prevedibili<sup>61</sup>. Tale conclusione sembra confortata, in particolare, dal ruolo assai limitato assegnato alla Corte di Strasburgo nel controllo dell'effettivo rispetto della legalità di diritto interno da parte delle autorità degli Stati contraenti della Cedu<sup>62</sup> nonché, in ultimo, dai più recenti orientamenti della Corte europea a proposito del rapporto tra le misure limitative e restrittive dei diritti patrimoniali ed il principio di legalità previsto nell'art. 1 del Primo Protocollo<sup>63</sup>. Orientamenti favorevoli, come già si è precisato sopra, al riconoscimento della compatibilità con la condizione di legalità dei vincoli e delle restrizioni apposti dalle giurisprudenze nazionali “in via pretoria” e cioè anche in mancanza di disposizioni legislative di autorizzazione<sup>64</sup>.

### **7. Segue: Il principio di proporzionalità ed il problema della tutela del diritto al libero esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale.**

**31.** Una volta stabilito rispettivamente: a) che una limitazione e/o restrizione del diritto all'esercizio di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale è riconducibile alla protezione di un interesse tutelato nel sistema della Cedu (la morale, la reputazione, i diritti altrui, l'ordine pubblico, eccetera); b) che essa è anche consentita da una legge statale (*rectius*: da un atto non contrastante con il principio di legalità); c) e che, *last but not least*, la medesima risponde ad una preminente necessità sociale nel contesto specifico in cui essa si trova ad intervenire occorre, ancora, valutarne la proporzionalità rispetto alle specifiche finalità perseguite.

**32.** Tale controllo presuppone innanzitutto, come già si è accennato sopra, che venga verificata *in positivo* da parte della Corte europea l'esistenza di un interesse pubblicistico da tutelare mediante l'apposizione di condizionamenti e restrizioni al diritto all'esercizio di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Ma non basta, esso presuppone altresì che la Corte europea proceda all'accertamento della sussistenza sia di elementi concreti di pregiudizio o di rischio di un pregiudizio agli interessi tutelati nel sistema della Cedu sia della gravità di tale pregiudizio o dell'eventuale rischio nonché, se del caso, del luogo in cui il medesimo si è verificato o può verificarsi. In ultimo - anche al fine di valutare la proporzionalità della misura o del provvedimento specifico rispetto alle finalità che il legislatore si è prefissato di raggiungere - è necessario per la Corte procedere altresì ad una verifica rispettivamente: a) della sufficienza delle circostanze addotte per l'emanazione della decisione contestata; b) del fatto che la misura o il provvedimento giudiziario o amministrativo contestato possa essere considerato come il meno pregiudizievole *in casu* all'esercizio del diritto allo svolgimento di attività economicamente rilevanti tra tutti i possibili provvedimenti e le misure a disposizione dell'autorità giudiziaria o amministrativa per la tutela degli interessi e valori fondamentali; c) della circostanza che dal provvedimento o dalla misura adottata non discendano eventualmente impedimenti o restrizioni al diritto di esercitare un'attività commerciale, professionale o d'impresa eccessivi rispetto all'importanza del pregiudizio o rischio di pregiudizio che l'autorità competente intende evitare<sup>65</sup>. Deve

<sup>61</sup> Cfr. S. DEPRÉ, *L'exercice d'une activité professionnelle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 373 ss.

<sup>62</sup> *Amplius* F. SEATZU, *op. loc. cit.*, pp. 305 ss.

<sup>63</sup> Cfr. A. GRGIC, *Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme : un guide sur la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de ses protocoles*, cit., p. 16 ss. V. anche A. RIZA ÇOBAN, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Burlington, 2004, p. 123 ss.

<sup>64</sup> Per maggiori ragguagli su tali questioni v. M. FRIGO, *Le limitazioni dei diritti patrimoniali degli stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1999, p. 170; F. SEATZU, *op. loc. cit.*, pp. 305-309.

<sup>65</sup> Cfr. J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in E. ELLIS (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, p. 23 ss.

anche precisarsi che l'importanza dell'accertamento dell'esistenza di un equo temperamento tra le esigenze dell'autorità procedente e quelle ontologicamente diverse del privato espropriato dipende essenzialmente dal numero e dalla portata applicativa delle misure impeditive e restrittive del diritto all'esercizio di un'attività commerciale, professionale o d'impresa. E' evidente, infatti, che tanto penetranti e numerosi sono i vincoli e le limitazioni introdotte dall'autorità giudiziaria o amministrativa al diritto del singolo al libero esercizio di un'attività economica tanto più complesso diviene tale accertamento da parte della Corte di Strasburgo.

**33.** Ricavabile, al pari del principio di legalità, dall'art. 1 del Primo Protocollo il principio di proporzionalità è stato oggetto di una significativa attività interpretativa da parte della Commissione e della Corte europea<sup>66</sup>. A tale giurisprudenza è necessario rifarsi, poiché l'art. 1 del Protocollo omette di indicare in maniera precisa le finalità in base a cui potrebbe giustificarsi un'interferenza statale nel diritto delle persone (fisiche o giuridiche) al libero esercizio di attività commerciali, professionali o imprenditoriali. Sintetizzando un *iter* giurisprudenziale altrimenti troppo lungo e complesso è possibile affermare che, nel contesto della disciplina giuridica delle attività economiche, è riconosciuto alle autorità amministrative e giurisdizionali un ampio margine di apprezzamento discrezionale quanto al temperamento degli interessi del singolo con quelli generali della società statale<sup>67</sup>. Ciò nondimeno non è affatto da escludersi che, almeno in determinate circostanze, i vincoli e le restrizioni apposti da pubbliche autorità al diritto dei privati e delle imprese all'esercizio di attività economicamente rilevanti possano comunque risultare eccessivi in quanto lesivi del principio di proporzionalità. In tale modo sarebbero da valutarsi, ad esempio, le eventuali misure interdittive all'esercizio di una determinata attività professionale, commerciale o imprenditoriale disposte con una durata illimitata ed automaticamente (senza cioè un preliminare controllo delle circostanze del caso concreto) nei riguardi di soggetti condannati a pene detentive lievi<sup>68</sup>. E' chiaro, infatti, che in siffatte situazioni si verificherebbe altrimenti una grave sproporzione tra l'obiettivo perseguito dall'autorità giudiziaria procedente (leggasi: l'adozione di adeguate precauzioni per scongiurare i pericoli sociali eventualmente creati dall'esercizio di una determinata attività commerciale, professionale o imprenditoriale da parte del soggetto condannato) e l'interesse di quest'ultimo, potenzialmente configgente con il primo, di trarre il proprio sostentamento dall'attività economica intrapresa, senza cioè alcuna possibilità per il medesimo di potere anche dimostrare, se del caso, la perdurante assenza di un grave pericolo sociale.

#### **IV. La tutela del diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale nell'ambito delle garanzie dell'art. 6, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.**

##### **1. Cenni al significato ed alla portata della norma sul cosiddetto "equo processo" nell'art. 6, par. 1.**

**34.** Prima di procedere ad un esame delle questioni maggiormente significative sollevate dalla norma di garanzia sull'equo processo in relazione all'accesso ed all'esercizio di un'attività economica sembra opportuno fare alcuni rapidi cenni all'art. 6, primo comma, della Cedu, e cioè allo specifico contesto normativo alla luce del quale le suddette questioni devono essere affrontate e risolte.

**35.** Sicuramente tra le disposizioni di più ardua interpretazione nel sistema della Convenzione europea l'art. 6, primo comma è stato oggetto di un'imponente prassi applicativa sia della Commissione sia della Corte europea dei diritti dell'uomo, le quali ne hanno posto in luce molteplici profili mostrando così notevoli incertezze, specialmente quanto all'individuazione dell'ambito di applicazione materiale e dello

<sup>66</sup> *Amplius* M. CREMONA, *Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin-Heidelberg-New York, 1995, p. 323 ss.

<sup>67</sup> Così in particolare la decisione *Hentrich c. Francia* del 3 luglio 1995, *Série A n° 296 - A*, p. 11 ss.

<sup>68</sup> Cfr. S. DEPRÉ, *L'exercice d'une activité professionnelle*, cit., p. 371 ss.

scopo, nonché frequenti oscillazioni. Perplexità superate, solamente in parte, da alcuni significativi risultati della giurisprudenza di Strasburgo<sup>69</sup>.

**36.** Secondo quanto testualmente stabilito da tale norma: “Ogni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, che decide sia in ordine alla controversia sui suoi diritti e obblighi di natura civile, sia sul fondamento di ogni accusa in materia penale elevata contro di lei. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti in causa, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale, quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia”<sup>70</sup>.

**37.** L’interpretazione di questa lunga disposizione, come si è già precisato sopra, è assai ardua e soprattutto scarsamente lineare. Innanzitutto, esistono numerose questioni interpretative sollevate dalla formulazione letterale dell’art. 6, primo comma. E’ necessario stabilire, in primo luogo, che cosa deve intendersi con la locuzione: “qualsiasi persona ha diritto a che la propria causa sia giudicata in maniera equa, pubblicamente e in un lasso di tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale ...”. Ciò richiede, in particolare, sia l’accertamento delle condizioni alle quali il trattamento della causa da parte dell’autorità giurisdizionale di uno Stato contraente possa dirsi equo sia la considerazione delle caratteristiche che un organo giudicante deve possedere per potere essere ritenuto indipendente ed imparziale. Ci si è domandati, a questo proposito, se debba trattarsi necessariamente di un’autorità giudiziaria vera e propria oppure no; e quali debbano essere le sue caratteristiche qualora si reputi che la medesima possa anche non appartenere all’ordinamento giudiziario<sup>71</sup>.

**38.** In secondo luogo, occorre interrogarsi sul significato del “termine ragionevole” ai fini della trattazione della causa. A tale scopo, è indispensabile procedere a valutazioni articolate e assai complesse, da effettuarsi principalmente sulla base dei dati sulla durata dei processi nei diversi Stati contraenti, nonché tenendo conto del tipo di processo e del grado di giudizio.

**39.** Un terzo ordine di questioni si è posto a proposito della relazione intercorrente tra la violazione di un diritto garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la violazione dell’art. 6, par. 1

<sup>69</sup> Ci riferiamo, in particolare, alla ormai notissima sentenza *Dulaurans c. France*, 21 marzo 2000, in *Essex Human Rights Review*, 2001, p. 45 ss, in cui nitidamente emerge l’estensività dell’applicazione da parte della Corte di Strasburgo delle garanzie dell’equo processo nella materia “civile”. Per un commento a tale decisione sia consentito rinviare al nostro *Le modalità d’esame dei ricorsi dei privati in materia civile da parte della Corte di cassazione e l’art 6 par. 1 (equo processo) della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: alcune osservazioni sulle sentenze della nuova Corte europea nei casi Dulaurans e Anoni di Grussola e altri c. Francia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 2003, p. 128 ss. Per un’attenta ricostruzione sistematica della giurisprudenza della Corte europea nel settore civile v. *The scope of the right to a fair trial guarantee in non-criminal cases in the European Convention on Human Rights*, in J. MORRISON, K. MCEVOY, G. ANTHONY (eds), *Judges, transition, and human rights*, Oxford -New York, 2007, p. 55 ss. V. anche A. TAMIETTI, *La nozione di “diritto civile” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *I diritti dell’uomo – cronache e battaglie*, 1999, p. 23 ss.

<sup>70</sup> Sull’art. 6 della Cedu v. *ex multis* J. CASADEVAL, *Droit à un procès équitable (art. 6 CEDH)*, in *Bulletin des droits de l’homme*, 2005, p. 82 ss; J. C. SOYER, M. DE SALVIA, *Article 6*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (dir), *La Convention européenne des droits de l’homme - Commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 239 ss; D. HARRIS, M. O’BOYLE, C. WARBRICK, E. BATES, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2005, p. 163 ss; C. FOCARELLI, *Equo Processo e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2001; M. CHIAVARIO, *Art. 6*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 153 ss.

<sup>71</sup> Come è noto, l’applicabilità dell’art. 6, par. 1 della Cedu ad organi “giurisdizionali” in senso stretto, secondo la qualificazione dell’ordinamento del foro, è stata sostenuta dalla Commissione nell’ormai storica decisione *X c. Danimarca* del 7 maggio 1962, in *European Commission Human Rights Decisions & Reports*, 1976, p. 89 ss, in cui si è stabilito testualmente che: “Article 6 of the Convention ... applies only to proceedings before courts of law”, in tale maniera escludendo che la disposizione in parola potesse applicarsi ad una “purely administrative decision” del Ministro della Giustizia di sospendere il diritto delle ricorrenti di visitare la prole temporaneamente affidata all’ex coniuge. Ma vedasi anche la decisione *X c. Repubblica Federale di Germania* del 14 dicembre 1974, in cui la Commissione ha ammesso l’applicabilità dell’art. 6, par. 1 anche ai soggetti privati chiamati a dirimere controversie in qualità di arbitri. Per maggiori ragguagli su tale punto nonché per ulteriori riferimenti alla prassi (recente e meno recente) degli organi di garanzia della Cedu v. C. FOCARELLI, *Equo Processo e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 48-56; 279-290.

ed, in particolare, se, quest'ultima, abbia oppure no quale necessario presupposto la prima oppure se essa possa considerarsi sussistente anche autonomamente. Ciò impone di verificare le condizioni in base alle quali può dirsi che c'è stata violazione di un obbligo stabilito dalla Cedu.

40. In ultimo, deve richiamarsi brevemente un'altra dimensione problematica riguardante l'art. 6, par. 1 della Convenzione europea. Ci si riferisce al fatto che il diritto protetto dalla suddetta disposizione risulta, per così dire, "singolare", nel senso cioè che il suo contenuto non sembra esaurirsi nella tutela in maniera efficace e concreta delle garanzie processuali dell'imputato, mediante cioè la previsione di condizioni e limiti ben precisi per le autorità giurisdizionali degli Stati contraenti nel trattamento delle cause ad esse deferite. Ci si troverebbe, insomma, di fronte ad un'applicazione della ben nota distinzione tra le garanzie sul piano sostanziale di un diritto ed il riconoscimento sul piano processuale di un'azione a garanzia di tale diritto<sup>72</sup>. In realtà però l'art. 6, par. 1 evoca un fenomeno assai più complesso: l'oggetto della tutela apprestata dal medesimo non è solamente il "diritto di azione", inteso come contrapposto al "diritto materiale", ma anche il diritto all'efficacia della tutela statale di quest'ultimo diritto<sup>73</sup>. Ne consegue, pertanto, che esiste un rapporto di sovrapposizione, almeno parziale, tra l'art. 6, par. 1 e l'art. 13 della Cedu, nella parte in cui quest'ultimo stabilisce che: "qualsiasi persona i cui diritti e libertà riconosciuti dalla presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi alle giurisdizioni nazionali ..."<sup>74</sup>. A quanto fin qui indicato deve aggiungersi ancora che l'art. 6, par. 1 della Cedu non riguarda solamente i cittadini ma altresì gli stranieri<sup>75</sup>.

## 2. Segue: I contenuti ed i limiti delle garanzie dell'equo processo in relazione al diritto al libero esercizio di attività economiche.

41. Nei settori professionale, commerciale e imprenditoriale l'art. 6, par. 1 pone alcuni delicati interrogativi sulla sua applicabilità ai procedimenti amministrativi o giudiziari di sospensione, ritiro, revoca o rifiuto delle autorizzazioni all'esercizio delle rispettive attività economiche.

42. A proposito dell'applicabilità delle garanzie sull'equo processo ai procedimenti di sospensione e ritiro delle autorizzazioni per l'esercizio di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale occorre osservare che la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa in più occasioni, ed anche di recente, nel senso della pertinenza di un richiamo dell'art. 6, par. 1 nel corso dei medesimi. In particolare, nella ormai storica decisione sul caso *König c. Germania*, la Corte europea ha ritenuto di dovere escludere che la propria competenza giurisdizionale debba ritenersi unicamente circoscritta alle contestazioni dei diritti privatistici in senso stretto: "c'est à dire entre des particuliers, ou entre un particulier et l'État dans la mesure où ce dernier a agi comme personne privée, soumise au droit privé, et non comme détenteur de la puissance publique"<sup>76</sup>. Nella successiva pronuncia sul caso *Le Compte, Van Leuven et De Mergere* la Corte ha anche precisato che la propria competenza riguarda, in generale, le contestazioni sui diritti aventi un contenuto patrimoniale, a prescindere cioè dalla natura amministrativa della disciplina applicabile ai medesimi<sup>77</sup>. Ancora, può ricordarsi quanto affermato, sempre dalla Corte europea, nella de-

<sup>72</sup> Così, tra i molti, P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation des droits de l'homme*, Bruxelles, 1973, p. 50 ss.

<sup>73</sup> L'osservazione sembra condivisa anche da C. FOCARELLI, *op. loc. cit.*, pp. 347-351, il quale correttamente annovera i costi economici e l'efficacia decisionale tra i "principali limiti .... diretti a salvaguardare le esigenze essenziali della collettività e la coerenza della tutela accordata al singolo ... e che inevitabilmente devono bilanciarsi nel riconoscimento delle garanzie processuali previste dall'art. 6".

<sup>74</sup> Sull'art. 13 v. oltre allo scritto citato *supra* nota 71 anche F. MATSCHER, *Zur Funktion und Tragweite der Bestimmung des Art. 13 EMRK*, in *Völkerrecht, Recht des Internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht. Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Köln, 1988, p. 315 ss; G. MALINVERNI, *Il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale: osservazioni sull'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1989, p. 391 ss; J. F. FLAUS, *Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1991, p. 324 ss; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, Napoli, 1999, p. 77 ss; R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RDI*, 2001, p. 277 ss.

<sup>75</sup> Cfr. J. F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, 2007, p. 306 ss.

<sup>76</sup> *König c. Germania* del 28 giugno 1978, *Série A*, vol. 27, p. 30, § 89.

<sup>77</sup> *Le Compte, Van Leuven et De Mergere* del 23 giugno 1981, *Série A* n° 43, pp. 14 et 24, § 26 et 55.

cisione sul caso *Benthem* in cui – trattando del rifiuto di rilasciare un'autorizzazione amministrativa riguardante l'installazione di un distributore di carburante per veicoli – la stessa correttamente argomentando dalla premessa che: “la délivrance de l'autorisation à la quelle la requérant prétendait avoir droit figurait parmi les conditions de l'exercice d'une partie de l'activité professionnelle qu'il menait la qualité d'entrepreneur” ha concluso sostenendo che: “Elle (l'autorizzazione all'esercizio dell'attività) se trouvait intimement associée au droit d'utiliser ses biens en conformité avec les exigences de la loi. En outre, pareille licence revêt un caractère patrimonial, ce qui ressort notamment de sa transmissibilité aux tiers»<sup>78</sup>.

43. Alcune considerazioni analoghe devono, almeno a nostro parere, essere fatte a proposito dell'applicabilità delle garanzie sull'equo processo ai procedimenti (amministrativi o giurisdizionali) nei quali alla richiesta di un provvedimento autorizzativo da parte del privato faccia seguito il diniego della pubblica autorità procedente. Anche in tali circostanze, infatti, ci sembra possa ammettersi l'applicabilità dell'art. 6, par. 1 poiché, almeno in astratto, risulta configurabile la contestazione di un diritto (indispensabile, come si è precisato sopra, ai fini dell'applicabilità delle garanzie sull'equo processo). L'assimilabilità, a tali scopi, del rifiuto della pubblica autorità procedente alla sospensione ed al ritiro di un'autorizzazione amministrativa è stata sostenuta anche dalla Corte europea nella pronuncia sul caso *Benthem*. In tale decisione la Corte di Strasburgo – respinte formalmente le argomentazioni del Governo olandese che sosteneva l'applicabilità delle garanzie sull'equo processo alle sole ipotesi di sospensione e ritiro del provvedimento autorizzativo – ha motivato l'applicabilità dell'art. 6 sostenendo che, nel caso specifico, il rifiuto della pubblica autorità era stato pronunciato in grado di appello, nonché successivamente all'inizio dell'attività imprenditoriale da parte del richiedente e, pertanto, il medesimo risultava di fatto assimilabile ad un provvedimento amministrativo di revoca<sup>79</sup>.

44. In quanto formulata nei termini appena esposti l'adesione della Corte europea alla teoria – secondo la quale nessuna distinzione deve essere fatta, ai fini dell'applicabilità delle garanzie sull'equo processo, tra il diniego, la sospensione ed il ritiro dell'autorizzazione – solleva la delicata questione del *tipo* di diniego effettivamente parificabile alla sospensione e al ritiro. Deve forse tale parificazione essere effettuata solamente tra tali provvedimenti e/o il rifiuto espresso “in secondo grado” dalla pubblica amministrazione competente? Le ragioni che ci hanno indotto a sostenere qui l'assimilazione della sospensione, del ritiro o rifiuto - sempre naturalmente ed esclusivamente ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali in tema di equo processo - ci inducono anche a concludere nel senso che tale assimilazione deve valere per *tutte* le tipologie di diniego: questo perché è in tutti i casi di diniego che è possibile sostenere l'esistenza della contestazione di un diritto<sup>80</sup>. Tale conclusione – sebbene non esplicitamente accolta dalla Corte di Strasburgo – trova comunque un'importante conferma nella prassi riguardante l'art. 6, la quale ha eletto, infatti, l'incidenza di una situazione o di un atto amministrativo sui diritti patrimoniali a criterio determinante per l'applicazione della disposizione *de quo*<sup>81</sup>.

## V. La tutela del diritto all'esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale nell'ambito delle garanzie previste negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

45. Una panoramica delle principali problematiche sollevate dalle garanzie e dalle limitazioni all'accesso ed esercizio di attività commerciali, imprenditoriali e professionali nel sistema della Cedu non può prescindere da alcune considerazioni sui diritti alla corrispondenza ed alla tutela del domicilio professionale.

46. Iniziando a trattare del diritto al segreto della corrispondenza occorre precisare che il quesito in parola assume una particolare rilevanza pratica in relazione ad alcune attività professionali ed, in par-

<sup>78</sup> *Benthem c. Paesi Bassi* del 23 ottobre 1985, *Série A*, vol. 97, p. 14, § 32.

<sup>79</sup> *Ibidem*, § 31 ss.

<sup>80</sup> *Amplius* I. FRANCO, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 104 ss.

<sup>81</sup> Citazioni in J. F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, cit., p. 234 ss, n. 907.

ticolare, alla professione forense. In estrema sintesi, va precisato che le esigenze di tutela della suddetta corrispondenza sorgono, per evidenti ragioni pratiche, principalmente allorquando il cliente dell'avvocato si trovi *in vinculis*<sup>82</sup>. Questo poiché è abbastanza frequente che le disposizioni statali in materia penitenziaria attribuiscono alle autorità carcerarie poteri di controllo sulle comunicazioni epistolari dei detenuti<sup>83</sup>. Esaminata alla luce della Cedu la questione del segreto sulla corrispondenza tra il difensore ed il proprio assistito solleva la delicata questione della sua compatibilità con l'art. 8 della Convenzione il quale, tra le altre cose, tratta appunto della protezione di questo bene<sup>84</sup>. Analizzata per la prima volta dalla Commissione in una sua decisione del 14 ottobre 1980 la suddetta questione è stata risolta nel senso che quando una disposizione statale (nel caso di specie un "arrêt royal"): "dispensa dal controllo delle autorità penitenziarie la corrispondenza scambiata tra un avvocato e il suo cliente, è evidente che tale privilegio deve ritenersi concesso al fine di assicurare una tutela adeguata del diritto alla difesa"<sup>85</sup>. Ne consegue pertanto che nessun trattamento speciale dovrebbe essere riservato alla corrispondenza inviata a titolo personale dal difensore al proprio assistito, la quale pertanto dovrebbe essere assoggettata ai medesimi controlli riservati alle competenti autorità degli istituti di pena sulla corrispondenza ordinaria dei detenuti. Un approccio analogo a quello suggerito dalla Commissione in tale decisione è rinvenibile anche nella successiva prassi applicativa degli organi di controllo della Cedu, in cui significativamente si trova ribadita con chiarezza la necessità di uno specifico nesso funzionale tra la segretezza della corrispondenza inviata dal difensore al proprio assistito e le esigenze della difesa nel caso di specie<sup>86</sup>.

47. Passando a trattare brevemente delle garanzie previste a tutela del domicilio occorre precisare che la protezione del domicilio dell'imprenditore e del professionista è resa particolarmente complessa dalla presenza accanto ad un domicilio privato di un domicilio professionale non necessariamente coincidente con il primo. In un parere reso su un caso riguardante, tra le altre cose, la perquisizione del domicilio (privato e professionale) di un avvocato, disposta su ordine un'autorità giudiziaria, la Commissione - pur non avendo affatto escluso, in principio, la liceità, ai sensi dell'art. 8 della Cedu, di perquisizioni e controlli aventi ad oggetto il domicilio professionale di un legale - ha sostenuto l'imprevedibilità, a tali scopi, del rispetto dei principi della necessità e della proporzionalità previsti nell'art. 8<sup>87</sup>. Da quanto appena affermato si ricava altresì l'illegittimità di qualunque perquisizione disposta sul domicilio professionale di un difensore (ma tale principio sembra avere una portata più ampia ed una validità trascendente tale ipotesi specifica) se avente un carattere generico o comunque non ben definito, e cioè se sprovvista di una chiara indicazione dei limiti in cui la medesima deve essere effettuata, così come altresì di qualsiasi perquisizione del domicilio professionale di un difensore disposta tardivamente<sup>88</sup>. Ciò in quanto nelle predette circostanze sarebbe assolutamente lecito dubitare dell'effettivo rispetto della proporzionalità o comunque del carattere realmente necessitato della perquisizione<sup>89</sup>.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 25 ss.

<sup>83</sup> Per alcuni riferimenti alla disciplina prevista nell'ordinamento penitenziario italiano v. G. SPANGHER, L. FILIPPI, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2007, p. 70 ss.

<sup>84</sup> L'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) stabilisce testualmente che: "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". Per un commento v. C. RUSSO, P. TRICHILO, F. MAROTTA, *Article 8 § 1*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (dir.), *La Convenzione Européenne des droits de l'homme*, cit., p. 305 ss; v. COUSSIRAT-COUSTERE, *Article 8 § 1*, in *ibidem*, p. 323 ss; V. ZENO ZENCOVICH, *Articolo 8*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 307 ss. Sui rapporti tra la libertà di espressione e la protezione della personalità v. M. LEVY, *La liberté d'expression et la protection de la personnalité d'autrui*, in *Rev. Trim. Dr. Homme*, 1993, p. 147 ss.

<sup>85</sup> *Van der Linden v. Belgio* del 14 ottobre 1980, in *D.R.*, vol. 23, p. 127 ss.

<sup>86</sup> Cfr. *ex multis* la decisione *Silver et autres c. Regno Unito* del 35 marzo 1983, *Série A*, vol. 61, p. 32 ss; la decisione *Schöenberger et Durmaz c. Svizzera* del 20 giugno 1988, *Série A*, vol. 137, p. 10 ss e più recentemente *Akdivar et autres c. Turchia* del 16 settembre 1996, in *Recueil* 1998-II, pp. 715-716, § 6 ss.

<sup>87</sup> Rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 29 marzo 1991, in *Décisions et rapports - Commission européenne des Droits de l'Homme*, vol. 68, p. 30 ss.

<sup>88</sup> *Amplius* M. PUECHAVY, *L'avocat devant la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in *Gazette du Palais*, juin 2007, p. 32 ss.

<sup>89</sup> V. anche J. MC BRIDE, *Les relations entre les organisations non gouvernementales des droits de l'homme et les avocats*, in *Bulletin des droits de l'homme*, 1998, p. 67 ss.

## 1. Cenni agli orientamenti interpretativi degli organi di controllo della Cedu in materia di libertà di espressione.

48. Prima di procedere ad una considerazione delle questioni più rilevanti sollevate dalla libertà di espressione quale garanzia per l'esercizio di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale sembra opportuno fare alcuni rapidi cenni all'art. 10 della Cedu, e cioè allo specifico contesto normativo alla luce del quale le suddette questioni devono essere affrontate e risolte.

49. A proposito dell'art. 10 occorre precisare, innanzitutto, che il primo comma si occupa del diritto alla libera espressione mentre, il secondo, delle motivazioni che possono giustificare l'introduzione di eventuali restrizioni e/o limitazioni a tale libertà da parte delle autorità statali. Secondo quanto stabilito nel primo comma: "Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione" e, sempre secondo quanto ivi indicato, "tale diritto *deve intendersi come comprensivo sia della libertà di opinione sia della libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*" (corsivo aggiunto). Altrettanto significativo è poi l'ultimo inciso del primo comma, il quale dispone che: "il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre ad un regime di autorizzazione le imprese di radio diffusione, cinematografiche o televisive". Come emerge chiaramente, anche da un esame abbastanza superficiale, l'art. 10 della Cedu è una norma sostanzialmente unitaria. Essa, nondimeno, risulta composta da almeno due disposizioni formalmente distinte le quali, pur strettamente connesse tra loro, disciplinano aspetti differenti della libertà di espressione. Il punto in parola, già ampiamente evidenziato da numerosi commentatori italiani e stranieri dell'art. 10, è stato sviluppato assai efficacemente dalla prassi applicativa degli organi di controllo della Convenzione i quali, peraltro, hanno talvolta faticato a tracciare i rispettivi ambiti di pertinenza delle due disposizioni in considerazione<sup>90</sup>. Esso emerge con notevole chiarezza anche dalla stessa formulazione letterale dell'art. 10, specialmente nella parte in cui si fa riferimento sia alla libertà di opinione sia a quella (complementare) di ricevere e comunicare informazioni o idee.

50. Qualche rapida osservazione deve essere fatta anche a proposito del secondo comma dell'art. 10. Quest'ultimo stabilisce che: "l'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità o l'imparzialità del potere giudiziario"<sup>91</sup>. Può appena sottolinearsi che, diversamente da quanto previsto nel primo comma, nessuna distinzione è rinvenibile, all'interno di tale precetto normativo, tra la libertà di opinione e la libertà di comunicazione, le quali conseguentemente risultano entrambe assoggettate alle medesime limitazioni e restrizioni.

51. In ultimo – a proposito dell'approccio metodologico impiegato dalla Commissione e attualmente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione dell'art. 10 della Cedu – può osservarsi che i criteri ermeneutici utilizzati, almeno in via principale, per l'esegesi di tale disposizione valorizzano il suo carattere residuale rispetto ad altre norme che egualmente possono venire in rilievo nei singoli casi come, ad esempio, gli artt. 8 e 9 della Cedu<sup>92</sup>. Ne consegue dunque che la tutela garantita dall'art. 10 deve reputarsi valida *soltanto* allorché le suddette norme convenzionali appaiano concretamente inapplicabili. E' quasi superfluo precisare, invece, la forte valenza politica e talora anche i risvolti

<sup>90</sup> Per maggiori ragguagli sul punto indicato nel testo v. *ex multis* g. COHEN-JONATHAN, *Article 10*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (dir.), *La Convention Européenne des droits de l'homme*, cit., p. 365 ss; P. CARETTI, *Articolo 10*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 337 ss, ed *ivi* anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>91</sup> Secondo quanto precisato nella decisione *Handyside c. Regno Unito* del 7 dicembre 1976, *Série A*, vol. 24, p. 10, § 49, il significato e la portata delle espressioni "doveri" e "responsabilità" nell'art. 10, secondo comma della Cedu devono intendersi come storicamente mutevoli ossia diversi a seconda delle circostanze caratterizzanti il caso concreto nonché delle modalità impiegate per l'esercizio della libertà di espressione.

<sup>92</sup> V. sul punto F. RIGAUX, *Introduction générale*, in *Rev. Trim. Dr. Homme*, 1993, p. 3 ss.



pratici del suddetto approccio interpretativo, il quale ha portato all'individuazione di una gerarchia all'interno del sistema normativo-istituzionale della Convenzione europea nonché anche, da parte degli organismi di controllo della Cedu, di metodi differenti per la ponderazione degli interessi e la risoluzione dei conflitti tra disposizioni aventi il medesimo rango<sup>93</sup>.

## 2. La libertà di espressione quale limite all'esercizio di un'attività professionale, commerciale e imprenditoriale.

**52.** E' evidente che la tutela del diritto di accesso ed esercizio di un'attività economica non può considerarsi effettiva e completa in assenza di adeguate ed ampie garanzie della libertà di espressione. Ciò sembra essere stato percepito anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che – nella ormai non più recente decisione sul caso *Barthold c. Germania* – ha implicitamente riconosciuto l'applicabilità dell'art. 10 ai messaggi pubblicitari ed alle comunicazioni commerciali<sup>94</sup>. Un esplicito riconoscimento della competenza della norma di garanzia sulla libertà di espressione in materia di messaggi pubblicitari e comunicazioni commerciali si rinviene, invece, nella successiva pronuncia della Corte di Strasburgo sul caso *Markt Intern Verlag y Klaus Beerman c. Germania*, in cui è stato inequivocabilmente sostenuto che: “le informazioni di carattere commerciale non possono essere escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 10 della Cedu che pertanto non risulta applicabile unicamente a determinati tipi di informazioni e idee”.<sup>95</sup> Successive e non meno importanti conferme della tutelabilità delle più tipiche manifestazioni e forme di espressione commerciale e pubblicitaria nell'ambito del sistema della Convenzione europea si rinvergono nella più recente decisione sul caso *Groppiera Radio y otros c. Svizzera*<sup>96</sup> e, soprattutto, nella pronuncia sul caso *Autronic c. Svizzera*<sup>97</sup>. In quest'ultima decisione la Corte di Strasburgo ha anche aggiunto l'inciso assai significativo secondo cui, ai fini dell'applicabilità dell'art. 10, non rileva l'eventuale scopo di lucro perseguito con il messaggio commerciale o pubblicitario. Si tratta evidentemente di una precisazione rilevante non soltanto in astratto ma anche in concreto, poiché essa consente di concludere nel senso dell'applicabilità dell'art. 10 alle forme di comunicazione più tipiche dell'imprenditore e del professionista<sup>98</sup>.

**53.** A proposito della libertà di espressione “commerciale” del professionista deve essere menzionata altresì la celebre pronuncia sul caso *Casado Coca c. Spagna*, in cui la Corte europea non solamente ha dichiarato l'art. 10 applicabile al caso di specie, ma ha anche significativamente respinto l'artificiosa distinzione, difesa dal Governo spagnolo, tra la pubblicità commerciale (direttamente tutelata dall'art. 10) e la “semplice” pubblicità (esclusa, invece, dalle garanzie convenzionali)<sup>99</sup>.

**54.** Nella sua operatività come garanzia (o, se si preferisce, come condizione di legittimità delle misure e dei provvedimenti restrittivi ed impeditivi del diritto all'espressione in forma pubblicitaria o commerciale) l'art. 10 solleva, in particolare, la delicata questione riguardante il margine di apprezzamento discrezionale concesso agli Stati contraenti. A tale proposito, sembra opportuno distinguere a seconda che le ingerenze poste in essere da pubbliche autorità concernano l'esercizio del diritto all'espressione sotto forma di messaggi e pubblicità commerciale ovvero attengano al diritto di espressione in materie e settori di interesse commerciale. Tale distinzione – invero abbastanza nebulosa almeno se descritta in termini puramente astratti – assume, invece, notevole rilevanza se riferita alla

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 4 ss. Per un efficace *resumé* dei principali criteri interpretativi della Cedu v. *ex multis* H. MOSLER, *Problems of Interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in F. KALSHOVEN, P. J.KUYPER, J. G. LAMMERS (eds), *Essays on the development of the international legal order in Memory of Haro F. Van Panhuys*, Alphen aan den Rijn, 1980, pp. 150 ss e più ampiamente P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998.

<sup>94</sup> *Barthold c. Germania* del 25 marzo 1985, *Série A*, vol. 90, pp. 20-21, § 42.

<sup>95</sup> *Markt Intern Verlag y Klaus Beerman c. Germania* del 20 novembre 1989, *Série A*, vol. 165, p. 20, § 33.

<sup>96</sup> *Groppiera Radio y otros c. Svizzera* del 16 novembre 1988, *Séries A*, vol. 173, 1990, p. 10 ss.

<sup>97</sup> *Autronic c. Svizzera* del 22 maggio 1990, *Series A*, vol. 178, § 55.

<sup>98</sup> In argomento v. G. T. CHATTON, *Le discours commercial et publicitaire au sein de la Convention européenne des Droits de l'Homme: un parent pauvre de la liberté d'expression ?*, in *Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS)*, 2005, p. 273-321.

<sup>99</sup> *Casado Coca c. Spagna* del 24 febbraio 1994, *Série A*, vol. 285-A, p. 18, § 43.

casistica giurisprudenziale della Corte europea. Nella già richiamata decisione sul caso *Markt Intern Verlag y Klaus Beerman* la Corte di Strasburgo ha correttamente precisato che un ampio margine di apprezzamento statale (“marge d’appréciation”) risulta: “particulièrement indispensable en matière commerciale, en particulier dans un domaine aussi complete et fluctuant que celui de la concurrence déloyale”<sup>100</sup>. Ne consegue pertanto che, almeno in tali ambiti, il controllo giurisdizionale della Corte di Strasburgo circa l’effettivo rispetto dei principi di legalità e proporzionalità risulta limitato alla verifica se, nel caso ad essa sottoposto, le autorità statali abbiano oppure no agito in maniera coerente e ragionevole. Ciò in quanto un più esteso e penetrante controllo giurisdizionale della Corte di Strasburgo sulle misure restrittive della libertà di espressione “commerciale” sarebbe da ritenersi, infatti, come sicuramente contrastante con il carattere civile e politico dei diritti garantiti nel sistema della Cedu.

55. Nessun impedimento sussiste, invece, all’esercizio di un più ampio sindacato giurisdizionale da parte della Corte europea sulle misure ed i provvedimenti restrittivi disposti da autorità pubbliche nei riguardi della libertà di espressione (intesa come libertà di manifestare e diffondere opinioni e idee su argomenti di interesse commerciale). In tali ipotesi – non potendosi invocare l’argomento sopra esposto dell’incompatibilità di un più ampio controllo giurisdizionale della Corte con la natura dei diritti garantiti nella Cedu – deve ritenersi, pertanto, che il “marge d’appréciation” lasciato agli Stati contraenti è assai più limitato e nel concreto sostanzialmente identico a quello riservato ai medesimi a proposito delle misure e dei provvedimenti restrittivi della libertà di espressione in settori ed ambiti differenti. Quanto appena precisato, a nostro parere, trova conforto in particolare nell’approccio adottato dalla Corte di Strasburgo nella sua pronuncia sul caso *Hertel c. Svizzera*, in cui, infatti, è stato testualmente sostenuta la necessità di: “... relativiser l’ampleur de celle-ci (*id est*, la *marge d’appréciation*) lorsqu’est en jeu non le discours strictement ‘commercial’ de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l’intérêt général, comme par exemple à la santé publique”<sup>101</sup>.

## VI. Il divieto di trattamenti discriminatori nell’esercizio di un’attività professionale, commerciale o imprenditoriale.

### 1. Cenni al divieto di trattamenti discriminatori nell’art. 14 e nel Protocollo n. 12.

56. Prima di esaminare le principali questioni sollevate dalle disposizioni sul divieto di trattamenti discriminatori in relazione all’esercizio di attività commerciali, professionali e imprenditoriali sembra opportuno fare alcuni rapidi cenni sia all’art. 14 della Cedu sia all’art. 1 del Protocollo n. 12, e cioè agli specifici contesti normativi alla luce dei quali le suddette questioni devono essere risolte.

57. Secondo quanto testualmente stabilito dall’art. 14: “... il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza nessuna distinzione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di ogni altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra situazione”.<sup>102</sup> E’ evidente che tale norma riveste un’importanza particolare in relazione alle clausole della Cedu le quali, consacrando un diritto o una libertà civile, lasciano agli Stati contraenti un potere discrezionale per quanto attiene alle misure ed alle azioni da adottare in vista di un loro effettivo godimento da parte di singoli o gruppi di individui. Ed, infatti, tanto maggiore è la discrezionalità concessa agli Stati contraenti nella regolamentazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione europea tanto più, in maniera pressante e reale, emerge il pericolo di distinzioni illecite nei confronti di singoli e/o gruppi di individui da parte delle pubbliche autorità<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> *Markt Intern Verlag y Klaus Beerman c. Germania*, cit., p. 34.

<sup>101</sup> *Hertel c. Svizzera* del 25 agosto 1998, in *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, pp. 2325-2326, § 35.

<sup>102</sup> Per un commento alla disposizione v. R. BIN, *Art. 14*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 409 ss e più recentemente K. HEYDEN, *Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot: Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, April 2009, p. 81-89.

<sup>103</sup> *Amplius F. SEATZU, Il protocollo n. 12 alla convenzione europea per la protezione dei diritti dell’uomo: uno strumento giuridico efficace per la tutela dell’eguaglianza e per l’eliminazione delle discriminazioni?*, in *Jus*, 2002, p. 483 ss.

**58.** La giurisprudenza e la prassi applicativa degli organi di controllo della Cedu sull'art. 14 è stata assai tormentata quantunque, invero, non particolarmente abbondante<sup>104</sup>. Brevemente può ricordarsi qui che un'importante, anche se invero non più recente, applicazione di tale norma fu fatta dalla Corte di Strasburgo nel notissimo caso *Linguistique*, il cui notevole interesse consiste principalmente nell'aver contribuito ad affermare il concetto – destinato ad avere un brillante e duraturo avvenire nella successiva casistica e nella prassi interpretativa della Cedu – secondo cui il divieto di discriminazioni di cui all'art. 14 deve essere interpretato in maniera autonoma<sup>105</sup>.

**59.** Solamente con il Protocollo n. 12 è stato però introdotto nel sistema della Cedu un divieto di discriminazione in quanto tale, vale a dire un divieto di discriminazioni operate a prescindere dalla circostanza che una distinzione illecita tra individui o gruppi di individui sia stata introdotta in relazione al godimento di un diritto o di una libertà civile<sup>106</sup>. E' peraltro vero che l'art. 1 del Protocollo n. 12 deve essere considerato come una disposizione la cui efficacia normativa risulta abbastanza limitata non solamente per la sua formulazione letterale – indubbiamente più restrittiva rispetto a quella delle corrispondenti disposizioni previste nelle proposte del Comitato per l'eguaglianza tra uomini e donne del Consiglio d'Europa e della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza – ma anche e, forse soprattutto, in considerazione dell'interpretazione della medesima fornita nel *Rapport explicatif* del Protocollo n. 12 che, sebbene non vincolante, è comunque suscettibile di circoscriverne ulteriormente la portata<sup>107</sup>.

## **2. Segue: Il principio di non discriminazione e le attività commerciali, professionali e imprenditoriali.**

**60.** Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo fa rapidamente emergere che quest'ultima, al pari della Corte di giustizia dell'Unione europea, ha disposto un'utilizzazione estremamente cauta del principio di non discriminazione in combinato disposto con le garanzie fondamentali di protezione della proprietà privata<sup>108</sup>. Ciò risulta, almeno *prima facie*, assai singolare, soprattutto se si pensa alle potenzialità del predetto principio il quale, almeno se utilizzato opportunamente, avrebbe consentito, invece, alla Corte europea di accordare importanti tutele ai diritti fondamentali alla proprietà privata e alla libertà di iniziativa economica<sup>109</sup>. Sennonché, nelle poche occasioni in cui la Corte di Strasburgo ha avuto l'opportunità di pronunciarsi a tale riguardo, essa ha sostenuto che un trattamento differenziato deve essere considerato discriminatorio, ai sensi dell'art. 14 della Cedu, soltanto se privo di una giustificazione oggettiva e ragionevole, ovvero se concretamente assente un rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e le finalità stabilite<sup>110</sup>.

**61.** E', a questo punto, quasi superfluo sottolineare che una così vistosa mancanza di autonomia del principio di non discriminazione rispetto al principio di proporzionalità si rivela assai inappropriata, non solamente nelle circostanze in cui risulti effettivamente indispensabile accertare *in casu* l'eventuale arbitrarietà di interferenze di pubbliche autorità al diritto di proprietà privata e/o al diritto al rispetto dei

<sup>104</sup> Cfr. R. WINTEMUTE, "Within the ambit": how big is the "gap" in article 14 European Convention on Human Rights?, in *European human rights law review*, 2004, p. 366 ss.

<sup>105</sup> *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* del 23 luglio 1968, *Série A*, vol. 6, p. 34, § 10.

<sup>106</sup> Il testo del Protocollo n. 12 nelle versioni inglese e francese, corredato da informazioni costantemente aggiornate sullo stato delle ratifiche, è rinvenibile nel sito ufficiale del Consiglio d'Europa al seguente indirizzo: [www.conventions.coe.int/Treaty/English/cadereprincipal.html](http://www.conventions.coe.int/Treaty/English/cadereprincipal.html)

<sup>107</sup> Cfr. F. SEATZU, *Il protocollo n. 12*, cit., p. 491 ss.

<sup>108</sup> *Amplius* F. SUDRE (ed.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, 2008. V. anche le osservazioni di A. SACUCCI, *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in *I Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2005, p. 11 ss.

<sup>109</sup> Così P. DE SENA, *Valori economici e non economici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, p. 268 ss.

<sup>110</sup> V. a titolo esemplificativo *D.H. et autres c. République tchèque* del 13 novembre 2007, in *CEDH*, 2007, §§ 175 et 196.

beni e degli interessi economici, ma anche allorché risulti necessario verificare l'eventuale illegittimità di interferenze statali all'accesso ed all'esercizio di attività commerciali, professionali o imprenditoriali. Tali rilievi sembrano, peraltro, essere stati accolti, almeno in parte, dai giudici di Strasburgo che, nella recentissima decisione sul caso *Andrejeva c. Lettonia*, hanno riconosciuto una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 1 del Primo Protocollo, a seguito del rifiuto delle autorità giurisdizionali lettone di ammettere il richiedente al beneficio della pensione per gli anni lavorativi trascorsi nell'URSS, poiché privo della cittadinanza lettone al momento del ricorso<sup>111</sup>. In tale decisione la Corte europea ha ammesso, infatti, che il divieto di trattamenti discriminatori assume significato qualora si tenga concretamente conto della condizione personale dell'istante (e cioè della specifica realtà su cui le pubbliche autorità sono andate effettivamente ad interferire) e, ciò che è ancora più importante ai nostri fini, essa è pervenuta a siffatta conclusione a prescindere dall'esistenza *in casu* di contestuali violazioni del principio di proporzionalità.

## VII. Osservazioni conclusive.

**62.** La trattazione fin qui effettuata consente alcune osservazioni conclusive sul significato e la portata materiale delle garanzie e sulle limitazioni all'accesso ed all'esercizio delle attività commerciali, professionali e imprenditoriali nel sistema della Cedu.

**63.** La Convenzione europea dei diritti dell'uomo indubbiamente prevede alcune significative garanzie all'accesso ed all'esercizio di attività rientranti nei sopra indicati settori economici. Alcune di esse – ad esempio quelle contenute nell'art. 6, par. 1 – costituiscono importanti novità per gli ordinamenti giuridici di alcuni Stati contraenti come, ad esempio, la Francia. Altre, ed in particolare quelle concernenti i beni ed il diritto di proprietà privata, previste nell'art. 1 del Primo Protocollo, non sono completamente nuove per gli ordinamenti giuridici di altri Stati contraenti della Cedu, anche se il loro riconoscimento e, soprattutto, la loro tutela da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici nazionali operanti quali garanti del diritto della Cedu hanno conferito loro un diverso significato o comunque una maggiore legittimità ed incisività sul piano giuridico-formale. E' evidente, infatti, che una tutela supranazionale effettiva – vale a dire realizzata tramite adeguati meccanismi di controllo a carattere giurisdizionale come quelli attualmente previsti nel sistema della Convenzione europea – dovrebbe produrre un sicuro potenziamento delle attività commerciali, professionali e imprenditoriali ed una più ampia presa in considerazione, anche in sede giurisdizionale, delle esigenze connesse allo svolgimento delle suddette attività a carattere economico.

**64.** Occorre sottolineare comunque il carattere soltanto “parziale” (leggasi: incompleto) della protezione assicurata ai professionisti ed agli imprenditori nel sistema della Cedu, essenzialmente a causa della mancanza di disposizioni specificamente riguardanti la tutela delle libertà commerciali, professionali ed imprenditoriali. Tale situazione – particolarmente grave ogni qualvolta si tratti di stabilire la legittimità, secondo il diritto della Cedu, di provvedimenti e misure limitative o impeditive dell'accesso ed esercizio di attività commerciali, professionali e imprenditoriali – è soltanto in parte rimediabile facendo ricorso alla più recente Carta Sociale Europea che, come si è brevemente accennato sopra, contiene alcune garanzie *ad hoc* in materia di protezione delle attività commerciali, professionali ed imprenditoriali<sup>112</sup>.

**65.** In questa prospettiva appare pertanto auspicabile che la Corte di Strasburgo trovi ben presto occasione di pronunciarsi almeno su alcune tra le questioni sollevate dalla tutela delle attività commerciali, professionali e imprenditoriali di più difficile soluzione in base alle disposizioni della Cedu. Ciò consentirebbe, infatti, anche di fare una certa chiarezza sia sui complessi e tuttora problematici rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta Sociale Europea sia sulle effettive esigenze di ri-

<sup>111</sup> *Andrejeva c. Lettonia* del 25 giugno 2008, sul sito: <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/>

<sup>112</sup> *Amplius* R. BRILLAT, *Economic and social rights and the rights protected under the European Social Charter*, in R. CRAWSHAW (ed.), *Human rights and the police: seminar proceedings Strasbourg, 6-8 December 1995*, Strasbourg, 1997, p. 62 ss.

forma del diritto della Cedu, anche al fine di rendere quest'ultimo sistema normativo-istituzionale sempre maggiormente rispondente alle attuali esigenze di garanzia delle libertà e dei diritti dei singoli, notoriamente caratterizzati da una difficilmente scindibile commistione di profili civili, economici, sociali e culturali.

# DIPLOMACIA Y CULTURA LEGAL EN EL SISTEMA GATT/OMC

PABLO ZAPATERO MIGUEL  
*Profesor de Derecho Internacional Público*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 12.07.2009 / Aceptado: 27.07.2009

**Resumen:** El sistema GATT/OMC ha evolucionado desde un sistema basado en la diplomacia a un sistema basado en reglas. Este proceso cultural, en que los juristas vencieron a los diplomáticos como profesionales básicos que dirigirían el régimen, ha sido el resultado directo de una batalla interna sobre cualificaciones técnicas dentro del GATT que ha durado varias décadas. Las técnicas legales han reforzado significativamente el sistema multilateral de comercio en términos institucionales comparados. Sin embargo, la juridificación y judicialización incremental ha ampliado inevitablemente el ámbito de la justiciabilidad comercial, alcanzando un punto que genera críticas y preocupación. Desde la óptica del diseño institucional, este flexible y adaptativo régimen es uno de los más poderosos avanzados artefactos multilaterales de la arquitectura legal internacional.

**Palabras clave:** juridificación, OMC, GATT, diplomacia, diseño institucional, cualificaciones profesionales.

**Abstract:** The GATT/WTO system has evolved from a diplomacy-based system to a rule-oriented system. This cultural process in which lawyers finally triumphed over diplomats as key professionals running the regime was the direct result of an internal battle over technical qualifications inside the GATT that lasted several decades. Legal techniques have significantly reinforced the multilateral trading system in comparative institutional terms. However, incremental legalization and judicialization has inevitably broadened the scope of trade justiciability, reaching a critical point that generates some criticism and concern. From the point of view of institutional design, this flexible and adaptative regime is among the most powerful and advanced multilateral artifacts in international legal architecture.

**Key words:** legalization, WTO, GATT, diplomacy, institutional design, professional qualifications.

**Sumario:** I. Legalismo y anti-legalismo. II. Judicialización progresiva. III. Límites de justiciabilidad. IV. Flexibilidad y adaptación normativa.

## I. Legalismo y anti-legalismo

1. El sistema multilateral de comercio es, más de medio siglo después de su débil institucionalización originaria, un régimen esencial para gobernar los asuntos económicos del mundo. Creado sin estructura institucional alguna y aplicado de forma provisional durante casi medio siglo, el GATT (*General Agreement on Trade and Tariffs*) ha ido evolucionando hasta transformarse en una institución capital para la liberalización del comercio<sup>1</sup>. Una de las razones que explica el éxito de este reforzamiento progresivo es el empleo cada vez más preciso y refinado de técnicas legales en su seno. Gracias a ellas, la pequeña comunidad profesional del GATT fue transformando el sistema multilateral en una institución e hizo posible que viera la luz la Organización Mundial del comercio (1995).

---

J. H. JACKSON. *The World Trade Organization: Constitution and jurisprudence*, RIIA, 1, 1998.

2. El GATT es un conjunto de artículos recuperado de las negociaciones de la Carta de la Habana redactada en la Conferencia sobre Comercio y Empleo de Naciones Unidas (1947-1948). Como es sabido, esta conferencia estaba destinada a crear una organización internacional especializada (comercio) que, por motivos de agenda interna estadounidense, no terminó viendo la luz. Sin embargo, estas reuniones sentaron las bases de un importante proceso social: los representantes comerciales que negociaron la fallida carta volvieron a sus países de origen, en 1948, habiendo creado la primera comunidad global de políticos y funcionarios en favor del libre comercio<sup>2</sup>.

3. Esta pequeña comunidad especializada, cuyos lazos profesionales comienzan a tejerse en los encuentros del Comité Económico y Social de Naciones Unidas (1946), será el motor del gran proyecto político global del libre comercio. A partir de entonces, sus integrantes trabajarán en red desde las diferentes capitales del mundo desarrollado y en desarrollo para ir forjando y destilando una cultura jurídica propia con prácticas y técnicas cada vez más sofisticadas<sup>3</sup>. Así es como se arma la arquitectura legal e institucional del sistema multilateral de comercio; una arquitectura que, tras una larga travesía al margen de los grandes focos de la opinión pública, culmina en 1995 dando vida a la OMC<sup>4</sup>.

4. Esta institución internacional de tercera generación tiene algunas características revolucionarias (negociación de ‘paquete único’, exclusión de reservas y jurisdicción automática y vinculante para todos sus miembros). Para culminar este proyecto político, la comunidad de profesionales y políticos del GATT trabajó durante cuatro décadas en un largo proceso de aprendizaje colectivo que impulsa el sistema multilateral comercial hacia una progresiva formalización, institucionalización y jurisdiccionalización. En definitiva, avanzó de forma progresiva hacia la creación de un *sistema jurídico especializado* de Derecho internacional<sup>5</sup>.

5. Estas páginas se dedican al peso de la cultura y profesión jurídica en este proceso. En este sentido, un interesante fenómeno de la experiencia colectiva del GATT es la paulatina juridificación a la que es sometido, desde los albores de su precaria creación, hasta la constitución de la OMC. Sin embargo, este proceso no ha sido lineal. El sistema multilateral ha pasado por cuatro grandes etapas básicas: (1) una primera etapa “legalista” que domina la redacción del GATT y sus enmiendas a finales de los años 40<sup>6</sup>; (2) una segunda etapa “pragmática” (centrada en la búsqueda de consensos) que rige la administración e interpretación del acuerdo durante los siguientes veinte años<sup>7</sup>, (3) una tercera etapa de relativa inactividad institucional que abarca la década de los años 70 (y que se cierra en 1979 con la Ronda Tokio) y (4) una última etapa que se inicia a partir de los años 80, en que se vuelven los ojos al derecho como técnica privilegiada para resolver diferencias. Esta última etapa llega hasta nuestros días haciendo uso intensivo del derecho dentro del sistema GATT/OMC.

6. Los primeros pasos de la andadura del GATT arrancan con una aproximación marcadamente diplomática. En un principio, las primeras delegaciones consideraban que la diplomacia (y no el Derecho) debía ser la herramienta central para resolver las diferencias inter-estatales en materia comercial. La aproximación jurídica era por tanto percibida críticamente, con recelo. Esta percepción trae origen, como se ha apuntado, en el hecho de que el GATT no había sido ratificado por los parlamentos, se encontraba en precario (aplicación provisional) y carecía de estructura institucional. Así las cosas, de forma inevi-

---

<sup>2</sup> W. DIEBOLD. *The End of the ITO*, Essays in International Finance, n.16, 1952.

<sup>3</sup> A. CHAYES y A. HANDLER CHAYES. *The new sovereignty: Compliance with international regulatory agreements*, Harvard University Press, 1995, p.279.

<sup>4</sup> Véase, p.e, M. MATSUSHITA, T. SCHOENBAUM y P. MAVROIDIS. *The World Trade Organization: Law, practice, and policy*, Oxford University Press, 2006.

<sup>5</sup> P. ZAPATERO. “Modern international law and the advent of special legal systems”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol.1, n.23, 2006, pp.55-75.

<sup>6</sup> K. W. DAM. *The GATT Law and International Economic Organization*, University of Chicago Press, 1970, p.4.

<sup>7</sup> K. W. DAM. *The GATT Law...* op.cit.p.4. La actitud colectiva se resumía, según JACKSON, en dejar a un lado los “tecnicismos jurídicos”. J. H. JACKSON. “The Puzzle of GATT”, *Journal of World Trade Law*, n.1, vol.2, 1967, p.132. En palabras de HUDEC, la clave para entender el sistema legal del GATT en esa época era asumir que el derecho del GATT había sido diseñado y operaba como un instrumento diplomático. R.HUDEC. “The GATT Legal System: A Diplomat’s Jurisprudence”, *4 Journal of World Trade*, vol.4, 1970, p.615.

table, el objetivo central de la comunidad-GATT era la búsqueda de consensos para gestionar el día a día de la aplicación del acuerdo así como la subrepticia creación de un tejido institucional que administrara sus normas sustantivas<sup>8</sup>. De este modo, durante las primeras décadas reinó una aproximación eminentemente diplomática en el GATT. En palabras del último Director General que defiende esta posición, OLIVIER LONG (1968-1980), “el legalismo no contribuye a la liberalización comercial”<sup>9</sup>.

7. A medida que el GATT va consolidándose lentamente como organización, esta posición pierde apoyos. Así, van aumentando los valores de una aproximación más legalista, basada en derechos y obligaciones, en el cumplimiento e incumplimiento de normas procesales y sustantivas. El triunfo del derecho sobre la diplomacia, no obstante, requirió una dura confrontación. Esta confrontación sobre el peso relativo de las normas jurídicas y la diplomacia en el comercio internacional se libró tanto en los pasillos del edificio William Rappard como en las sedes de gobierno y la academia.

8. El desenlace de esta contienda, en que se discutió sobre técnicas, profesiones...y cualificaciones preferentes para administrar el GATT, ha sido fundamental para la evolución del sistema multilateral de comercio. Como recuerda el propio JACKSON, la relación entre diplomacia y derecho tiene más de 40 años de historia en el GATT<sup>10</sup>. Es no obstante durante la década de los 80, cuando la aproximación diplomática y la aproximación legal se enfrentan como grandes filosofías divergentes tanto en lo que respecta al propio mecanismo de solución de diferencias (los peculiares *panels* del GATT) como, por extensión, a las propias funciones del sistema multilateral de comercio<sup>11</sup>.

9. En los años 80 se produce una confrontación de percepciones sobre el rumbo del mecanismo de solución de diferencias y, con él, del propio GATT como institución. La dicotomía gira sobre valores, técnicas y culturas profesionales. Así, las discusiones de aquella época aluden, en esencia, a dos filosofías básicas en tensión: (1) legalismo *vs* antilegalismo/pragmatismo y (2) orientaciones normativas (aproximación basada en reglas) *vs* orientaciones diplomáticas. Los actores implicados en este debate intuían que aumentar el papel relativo del derecho frente a la diplomacia en el GATT no sólo tendría implicaciones institucionales para el GATT como organización; cambiaría también la cultura de la institución y con ello, inevitablemente, primaría a determinados colectivos profesionales frente a otros (obtención de estatus de operarios especializados, expertos, analistas, etc)<sup>12</sup>. El resultado de la confrontación es pues capital tanto para el futuro de la institución como de una parte de los profesionales que operan en su seno.

10. WILLIAM DAVEY, primer Director del servicio jurídico de la OMC (1995-1999), ofrece una clara síntesis de los dos postulados básicos enfrentados en aquella época. Para este profesor, el modelo legalista acentuaba la adjudicación (solución por terceros) y el anti-legalista (sic) un fuerte énfasis en la negociación y el consenso<sup>13</sup>. Ahora bien, la descripción canónica del estado de cosas generado por aquella confrontación se la debemos a JACKSON, cuyas teorizaciones contribuyeron en gran medida a la institucionalización del GATT durante la Ronda de Uruguay<sup>14</sup>. Este investigador distingue entre orientaciones diplomáticas y orientaciones normativas (“aproximación basada en reglas”) en el seno del GATT. Sobra decir que su “aproximación basada en reglas” significaba juridificación en la práctica, si

<sup>8</sup> Para una explicación de este proceso véase P. ZAPATERO. “La invención de los *panels* del GATT”, *Información Comercial Española: 60 años del GATT*, 2008, pp.89-106.

<sup>9</sup> En palabras de LONG, “el objetivo primario de los procedimientos de solución de diferencias no es decidir quien tiene razón y quien está equivocado... sino proceder de tal forma que incluso infracciones importantes sean sólo temporales y se terminen”. Véase O. LONG. *Law and Its Limitations in the GATT Multilateral System*, Martinus Nijhoff, 1987, p.71 y p.73.

<sup>10</sup> Véase J. H. JACKSON. *The World Trade Organization...* op.cit.p.63.

<sup>11</sup> Véase “Review of the Effectiveness of Trade Dispute Settlement under The GATT and the Tokyo Round Agreements”. *Report to the Commite on Finance, U.S. Senate, on Investigation N°332-212 Under Section 332 (g) of the Tariff Act of 1930*, USITC Publication 1793, December 1985, p.68.

<sup>12</sup> R.SHELL. “Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization”, *Duke Law Journal*, n.5, vol.44, 1995 nota 81, p.846.

<sup>13</sup> W. DAVEY. “Dispute Settlement in GATT”, *Fordham International Law Journal*, n.1, vol.11, 1987, pp.66 y 97.

<sup>14</sup> J. H. JACKSON. *Restructuring the GATT System*. Council on Foreign Relations Press, 1990.



bien aderezada con algunas consideraciones políticas: de hecho, JACKSON es autor de la primera monografía de referencia sobre el derecho del GATT, elaborada a finales de los 60<sup>15</sup>. Para JACKSON, en cualquier caso, la confrontación entre diplomacia y derecho era una cuestión de ‘grado’, de mayor preponderancia de un elemento sobre otro, no un enfrentamiento extremo, en clave de “juego suma cero”<sup>16</sup>.

**11.** Por otro lado, estas dos aproximaciones en tensión durante los años 80 también han sido atribuidas por algunos comentaristas al comportamiento individual de determinadas Partes Contratantes del GATT. Así, la literatura estadounidense ha definido la actitud general de EEUU como una aproximación legalista y la de Japón y las Comunidades Europeas como una aproximación diplomática<sup>17</sup>. Asimismo, el informe sobre el mecanismo de solución de diferencias elaborado para el Senado estadounidense en 1985 identificaba a los Estados Unidos, Nueva Zelanda, Hong Kong y Australia como Partes Contratantes que perciben el GATT como un conjunto de obligaciones vinculantes. Por el contrario, Japón y la Comunidad Europea eran caracterizados como actores favorecedores de una “aproximación flexible”, centrada en la negociación y el consenso: “para las Comunidades Europeas, la filosofía del GATT ha sido la diplomacia más que la adjudicación, y así no concebían que la adjudicación por terceras partes requiriese la modificación de políticas”. Aplicando esta óptica, por tanto, se “desenfataría” el carácter del GATT como instrumento regulador de obligaciones y derechos<sup>18</sup>.

**12.** La atribución de una aproximación más legalista a los Estados Unidos en aquella época ha sido fundamentada, en algunas ocasiones, aludiendo a una supuesta inclinación ‘tradicional’ de la cultura norteamericana hacia el derecho. Conforme a tal tesis, esto justificaría una mayor adhesión de la administración estadounidense al respeto de la legalidad en el GATT<sup>19</sup>. Sin embargo, no es una explicación convincente. Probablemente, determina más esta actitud el hecho de que el GATT se redactara bajo el liderazgo indiscutido y dominante de los EEUU y, por tanto, se adaptara mejor a sus valores e intereses comerciales. De hecho, es evidente que la Unión Europea tiene una posición legalista en la actualidad y, con toda probabilidad, esto se debe a que el derecho del sistema multilateral de comercio refleja mejor sus valores e intereses tras la Ronda de Uruguay.

**13.** En cualquier caso, determinar quien fue el mayor cumplidor y promotor de la legalidad en el comercio multilateral es por definición una tarea cuyos resultados serán siempre controvertidos. Ahora bien, también es del todo evidente que el mayor o menor legalismo entre las Partes Contratantes del GATT, y ahora entre los Miembros de la OMC, ha estado directamente vinculado al análisis (acertado o no) que realiza cada Estado sobre los perjuicios y beneficios agregados del sistema multilateral de comercio. Esa es la clave que explica, muy en particular, el mayor o menor legalismo en el comportamiento de cualquier gran potencia comercial.

## II. Judicialización progresiva

**14.** Hoy en día, la aproximación jurídica es, de forma indiscutida, la tendencia imperante en el sistema GATT/OMC. Una vez creada la OMC, y mirando hacia atrás, es evidente que el “legalismo” no ha producido un “envenenamiento de la atmósfera” del sistema multilateral de comercio sino que, más bien al contrario, lo ha fortalecido<sup>20</sup>. Por ello, hoy por hoy, la mayoría de los operadores y profesionales

<sup>15</sup> J. H. JACKSON. *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, The Boobs-Merrills Company Inc, 1969, p.43.

<sup>16</sup> J. H. JACKSON. *Reestructuring...* op.cit.p.59.

<sup>17</sup> Véase *inter alia* W. DAVEY. “The WTO/GATT World Trading System: An Overview, *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement* (P. PESCATORE, W. DAVEY y A. LOWENFELD eds), vol.1, 1997, Kluwer law international, p.75.

<sup>18</sup> Véase “Review of ...” op.cit.p.68.

<sup>19</sup> R.OSTRIHANSKY. “Settlement of Interstate Trade Disputes: The Role of Law and Legal Procedures”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.VXXII, 1991, p.180.

<sup>20</sup> W. DAVEY. “Dispute Settlement in GATT...” op.cit.pp.70-72.

del sector defiende las bondades de la aproximación jurídica en la solución de diferencias<sup>21</sup>. Los sesenta años de historia del GATT han terminado persuadiendo a la gran mayoría de los representantes estatales de que, a medio y largo plazo, ésta es la aproximación más efectiva.

**15.** Sin este cambio hacia orientaciones más juricistas, de hecho, el sistema multilateral de comercio no habría alcanzado la preeminencia que disfruta hoy en día en la arquitectura institucional global. Las instituciones sociales tienden, como indica ROBERT HUDEC, a seguir un patrón de maduración desde procesos informales de acomodación de intereses a procesos formales basados en normas preestablecidas. Este es claramente el caso de las normas jurídicas dentro del mecanismo de solución de diferencias así como, en general, dentro del propio sistema multilateral de comercio. En esencia, las claves del éxito del primero están en su continua formalización y en reducir su grado de politización (/diplomacia) de forma paulatina. Para obtener este resultado, necesariamente, hacen falta “reglas del juego” y, como es evidente, el producto más avanzado a este respecto es el Derecho.

**16.** El éxito, eficiencia y alto grado de litigiosidad del mecanismo de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio trae origen de un proceso gradual de formalización. Este proceso comienza en los años 50 con el paso de la fórmula del *grupo de trabajo* al *panel*, continua con la inclinación del mecanismo hacia el “incumplimiento de obligaciones” (frente a las reclamaciones sin infracción contempladas en el artículo XXIII del GATT), codifica la práctica en 1979 y, por último, lleva a cabo un desarrollo progresivo que, con la Ronda Uruguay, (a) unifica los procedimientos, (b) instaura una segunda instancia de apelación (Órgano de Apelación) y (c) establece la regla del consenso negativo en la adopción de decisiones.

**17.** El proceso de formalización de esta moderna institución especializada es alimentado desde las primeras reuniones informales de mediados del siglo pasado en que los delegados buscaban medios informales para resolver diplomáticamente sus diferencias comerciales<sup>22</sup>. Así, tras décadas de prácticas consensuadas, el trabajo del Grupo 13 de negociación sobre solución de diferencias, presidido por JULIO LACARTE-MURÓ, completa el fortalecimiento y juridificación del mecanismo redactando el actual Entendimiento de solución de diferencias<sup>23</sup>.

**18.** El nuevo mecanismo resultante, en palabras de SHELL, representa una contundente victoria de los legalistas en el debate sobre el modelo de solución de diferencias en libre comercio multilateral<sup>24</sup>. El paso del GATT a la OMC es así para muchos una transición de las normas suaves a las normas duras, al *hard law*. Esta es por ejemplo la opinión de ABBOTT, para quien esta tendencia se percibe con claridad en dos puntos:

“El primer punto es el refinamiento progresivo de las reglas desde lo general a lo específico. El segundo es la transformación de un sistema de solución de diferencias basado en el consenso en un sistema cuasi-judicial”<sup>25</sup>.

**19.** Hoy en día, la estricta aplicación del Derecho en vigor (derecho de la OMC) reina en la práctica especializada de los *panels* y Órgano de Apelación. Atrás quedaron los pronunciamientos diplomáticos de los *panels* de la etapa del GATT del 47. En suma, la aproximación legal ha ganado la partida a quienes identificaban juridicidad con rigidez e inflexibilidad; en definitiva a quienes consideraban que el derecho no se adaptaba a las “especificidades” y “necesidades” de la liberalización multilateral del comercio. El legalismo, por tanto, fue conquistando posiciones frente a la denominada *Diplomacia comercial del GATT*<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Véase p.e M.K. YOUNG. “Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats”, *The International Lawyer*, n.2, vol.29, 1995, pp.389-409.

<sup>22</sup> P. ZAPATERO. “La invención...op.cit

<sup>23</sup> T.P.STEWART y C.J. CALLAHAN. *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, *Dispute Settlement Mechanism*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

<sup>24</sup> R.SHELL. “Trade legalism...p.833.

<sup>25</sup> F.M. ABBOTT. “Incomplete Rule Systems, System Incompatibilities and Suboptimal Solutions: Changing the Dynamic of Dispute Settlement and Avoidance in Trade Relations Between Japan and the United States”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol.16, 1999, pp.195-196.

<sup>26</sup> En defensa de esta percepción véase O. LONG. *Law and its Limitations...op.cit.p.21 y 73* y K. W. DAM. *The GATT Law...op.cit.p.358*.

**20.** Las diferencias de percepción tenían sustanciales implicaciones. Para la aproximación diplomática, como recuerda JACKSON, el GATT era sólo un ‘foro de negociaciones’ diseñado principalmente para preservar un balance de concesiones y ventajas entre las Partes Contratantes<sup>27</sup>. Ahora bien, hay ciertos elementos de la aproximación diplomática que siguen aún presentes en materia de solución de diferencias. Aunque la solución de diferencias se encuentra hoy en día hiper-formalizada, preserva ciertos elementos diplomáticos que son expresión directa de la cultura y/o tradición diplomática del GATT y que se mantuvieron en el nuevo Entendimiento de solución de diferencias de la Ronda Uruguay<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, los *panels* disponen de un mandato determinado por negociación entre las partes. Al tiempo, existe una fase preceptiva de reexamen por las partes antes de que una decisión sea definitiva. Asimismo, las disposiciones del Entendimiento promueven la obtención de una solución “mutuamente aceptable” o el “mantenimiento del balance de los derechos y obligaciones”<sup>29</sup>.

**21.** En resumen, estos elementos se acercan a la *conciliación* y se distancian de la solución judicial como recuerda el juez PESCATORE. Es decir, se distancian del medio de solución de diferencias que determina simplemente “quién tiene razón y quién no”<sup>30</sup>. Sin duda, en palabras de CANAL FORGUES, la conciliación era el modo privilegiado de solución de diferencias en la época del GATT<sup>31</sup>. En la actualidad, aunque se han judicializado los procedimientos, se mantienen al tiempo algunas fórmulas y elementos propios de la conciliación<sup>32</sup>. Por tanto, el mecanismo constituye un *híbrido* en el que conviven orientaciones judiciales y conciliadoras. Su progresiva formalización avanza, en definitiva, sin renunciar a algunos elementos de la herencia diplomática.

**22.** De hecho, el mecanismo no es un órgano judicial *stricto sensu* dado que está compuesto por una pluralidad de órganos *ad hoc* (*panels*) y uno permanente (Órgano de Apelación) cuyos informes requieren la aprobación del Consejo General, que opera aquí como Órgano de Solución de Diferencias (OSD). Aunque la constitución de un *panel* y la aprobación de los informes sea ahora semiautomática (en contraposición con la antigua opción de bloqueo) es evidente que exigen una operación de validación formal por el Consejo General. Esta validación se produce de modo semiautomático, dado que la decisión sólo será rechazada en el caso de que voten en contra todos los Miembros (consenso negativo).

**23.** En cualquier caso, y aunque existan elementos no judiciales en el mecanismo, es evidente que la actual práctica del Órgano de Apelación está imprimiendo una fuerte orientación judicial. Por esta razón, la mayoría de la literatura especializada enfatiza la progresiva “judicialización” del mecanismo<sup>33</sup>. Este fenómeno es hoy en día indudable aunque las decisiones requieran una validación por un órgano político y se reserve un papel a la conciliación *dentro* del mecanismo.

**24.** Ahora bien, ¿qué sucede *fuera* del mecanismo?, ¿cual es el papel de la diplomacia en el contexto institucional de la OMC? En principio, las reformas de la Ronda de Uruguay convierten el derecho de la OMC y los informes del Órgano de Apelación y *panels* en un argumento cualificado para cualquier negociación bilateral. La acción diplomática tiende a ser más efectiva si se despliega a la sombra de un mecanismo de adjudicación: negociar a la sombra de normas obligatorias y sanciones por in-

<sup>27</sup> J. H. JACKSON. *The World Trading System: Law and Policy of international economic relations*, MIT Press, 1997, p.93.

<sup>28</sup> El fenómeno, como es lógico, no es privativo de la OMC. En general, como enfatiza MARTIN SHAPIRO, la propia concepción coercitiva de los tribunales tiende a ser engañosa dado que los separa de forma artificial de otros medios de solución de diferencias que no han abandonado. Véase M.SHAPIRO. *Courts: A Comparative and Institutional Analysis*, University of Chicago Press, 1981, p.8 y p.15.

<sup>29</sup> P. ZAPATERO. *Derecho del comercio global*, Thomson-Civitas, 2003.

<sup>30</sup> P.PESCATORE. “The GATT Dispute Settlement Mechanism...op.cit. pp.37-38.

<sup>31</sup> E.CANAL FORGUES. *L’Institution de la conciliation dans le cadre du GATT : Contributions a l’etude de la structuration d’une mecanisme de reglement des differends*, Bruylant, 1993.

<sup>32</sup> E.CANAL FORGUES. “Le système de règlement des différends de l’OMC”*La réorganisation mondiale des échanges*, Pedone, 1996, p.285.

<sup>33</sup> A mediados de los años 70, MALINVERNI ya empleó la expresión “jurisdiccionalización progresiva”. Véase G.MALINVERNI. *Les Reglements des differends dans les organisations internationales economiques*, IHHEI, 1974, p.171. En la literatura española MONTAÑA Y MORA se refiere, de forma indistinta, a “jurisdiccionalización” y “judicialización”. Véase M.MONTAÑA Y MORA. *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT*, Mc Graw Hill, 1997, p.63, nota 19.

cumplimiento (suspensión de concesiones comerciales) suele ser productivo. Y ahí reside de hecho el rol de la nueva diplomacia de la OMC: una *diplomacia legalista*, que habla el lenguaje del derecho y que negocia a golpe de disposiciones legales, citas jurisprudenciales y referencias de autoridad.

### III. Límites de *justiciabilidad*

25. En resumidas cuentas, la judicialización del sistema multilateral de comercio ha reequilibrado el peso de la diplomacia tradicional, basada en relaciones de poder, en favor de una diplomacia comercial basada en reglas<sup>34</sup>. Así pues, los procedimientos jurisdiccionales generan cierta igualación entre Estados al posibilitar que resuelvan sus diferencias sobre la base del derecho, con (relativa) autonomía e independencia del poder de cada cual. En la actualidad, un pequeño Estado siempre puede demandar a una gran potencia comercial y obtener una eventual decisión obligatoria favorable. Por tanto, y como ya se ha apuntado, se negocia a la sombra de un mecanismo de adjudicación multilateral de carácter obligatorio y con capacidad de autorizar suspensión de concesiones comerciales.

26. En cualquier caso, la eficacia última de las sanciones de la OMC viene determinada por el poder de mercado de cada Estado pues autoriza meramente la suspensión individual de concesiones comerciales; algo que obviamente afecta de forma negativa a los países en desarrollo<sup>35</sup>. Subrayada esta limitación, es evidente que el sistema jurisdiccional está abierto para todos los Miembros de la OMC y para toda reclamación que emplee el lenguaje legal de la OMC. Bajo este esquema, el alcance de los asuntos sometidos a la jurisdicción del mecanismo dependerá de la legitimidad y *auctoritas* que éste sea capaz de generar con su jurisprudencia. En este sentido, no hay limitaciones reales a la justiciabilidad en su seno. En esencia, la experiencia del GATT muestra cómo los límites de la justiciabilidad son, empleando la terminología de ALDO LIGUSTRO, “móviles” y “relativos” al tiempo. Por tanto, no hay límites sobre qué cabe resolver (y qué no) por medio del derecho<sup>36</sup>. Así, es difícil distinguir entre diferencias justiciables y no justiciables (entre conflictos jurídicos y no jurídicos) en el sistema multilateral de comercio<sup>37</sup>. Todos los conflictos tienen, en mayor o menor grado, perfiles legales<sup>38</sup>. Por ello, en definitiva, son conflictos jurídicos o no en función de la actitud que adopten las partes involucradas en ellos. Un conflicto es “jurídico”, por consiguiente, si las partes están de acuerdo en solucionarlo conforme a normas<sup>39</sup>. Para entender tanto los límites como la potencialidad de la solución de diferencias en el sistema GATT/OMC es necesario tener en consideración este hecho.

27. Sin embargo, alguna literatura aventura que hay especificidades inherentes al Derecho internacional económico que impiden resolver ciertas diferencias por medio de normas jurídicas. El propio ROBERT HUDEC, por ejemplo, alude a la “no justiciabilidad” de determinados conflictos: los denominados *casos erróneos*<sup>40</sup>. Defendiendo esta corriente, para WILLIAM DAVEY, son erróneos aquellos casos en que una decisión del mecanismo de solución de diferencias podría minar en su conjunto el sistema multilateral de comercio. DAVEY alude así a dos tipos básicos de casos erróneos: (a) aquellos casos en que el infractor no ha podido evitar la infracción de la norma por presiones domésticas y (b) aquellos casos en que falta consenso respecto a la propia norma<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> J. H. JACKSON. *The World Trading System...* op.cit. pp.109-110.

<sup>35</sup> Véase, p.e, J. PAUWELYN. “Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules- Toward a More Collective Approach”, *American Journal of International Law*, vol.94, 2000, pp.335 y 338, M.BRONCKERS y N. VAN D. BROEK. “Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law*, vol.8, 2005, pp.101-126 y A.E.ADEBUKOLA. “WTO Dispute Settlement Remedies: Monetary Compensation as an Alternative for Developing Countries”, *Bepress Legal Series*, Paper 1378, 2006.

<sup>36</sup> A.LIGUSTRO. *La controversia tra statu nel diritto del commercio internazionale: Del GATT all’OMC*, Cedam, 1996, pp.362-363.

<sup>37</sup> A.LIGUSTRO. *La controversia...* op.cit.p.361.

<sup>38</sup> A.LIGUSTRO. *La controversia...* op.cit. pp.362 y 365.

<sup>39</sup> A.LIGUSTRO. *La controversia...* op.cit. p.362.

<sup>40</sup> R.HUDEC. “GATT Dispute Settlement After the Tokyo Round: An Unfinished Business”, *Cornell International Law Journal*, vol.13, 1980, pp.159-166.

<sup>41</sup> W. DAVEY. “Dispute Settlement in GATT...” op.cit. pp.72-74.

**28.** El argumento es cuestionable. Para empezar, la literatura que abraza esta tesis no ha sido capaz de consensuar qué casos son erróneos y cuáles no. LIGUSTRO por ejemplo figura entre quienes apelan a maximizar la justiciabilidad del sistema GATT/OMC. Para ello, sin embargo, identifica dos casos erróneos (/no justiciables) básicos. El primer caso es aquel en que existe un consenso sobre la inoperatividad de la norma: “tendencia a la *desuetudo*” por falta de consenso entre las Partes Contratantes y situación de tolerancia general hacia su infracción (p.e: ¿artículo XXIV del GATT sobre integración regional?). El segundo caso es aquel que surge por “sobrecarga de los procedimientos”: aquellos supuestos en que la extrema complejidad de las reclamaciones produce “dificultades técnicas” graves<sup>42</sup>.

**29.** Lógicamente, gran número de reclamaciones en el sistema GATT/OMC son de este último tipo. En el pasado, por citar un famoso ejemplo cualificado, numerosos delegados consideraban erróneo que los *panels* trataran de resolver diferencias generadas por la Política Agrícola Común de las Comunidades Europeas. La motivación subyacente era que estas diferencias podrían afectar seriamente a la viabilidad del propio sistema multilateral de comercio a medio y largo plazo<sup>43</sup>. Del mismo modo, de seguir este razonamiento, analizar la legalidad-OMC de cualquiera de los acuerdos comerciales bilaterales y regionales existentes hoy en día podría considerarse un caso erróneo. Sin embargo, es evidente que estos acuerdos generan importantes tensiones a corto y medio plazo. Al tiempo, su no justiciabilidad genera evidentes riesgos para el sistema a largo plazo. Por ello, la teoría de los casos erróneos merece ser abandonada o, en su defecto, tratada con especial cautela.

**30.** Sostener que los casos erróneos por inoperatividad o estándares poco claros son categorías no justiciables equivale a sostener que el sistema no es justiciable. En puridad, casi todos los casos que se presentan ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC son de este tipo: los conflictos tienden a surgir, con frecuencia y de forma natural, tanto donde hay una percepción de inoperatividad de la obligación (inaplicación de la norma) como donde el estándar de comportamiento no está suficientemente claros (vaguedad o ambigüedad de la norma)<sup>44</sup>. Por consiguiente, la justiciabilidad no es más que una variable directamente dependiente de que exista voluntad política suficiente como para que una diferencia, X, sea resuelta conforme a normas jurídicas.

**31.** No obstante, debe hacerse una matización en relación con aquellos casos que se adentran en áreas que son competencia de otras agencias especializadas no comerciales y, por tanto, que administran normas legales internacionales diferentes al derecho de la OMC. Como es lógico, estos casos no pueden resolverse de la misma forma que aquellas diferencias estrictamente circunscritas a la norma aplicable especializada que emplea el mecanismo de solución de diferencias (derecho de la OMC). La jurisdicción de la OMC es una jurisdicción especializada en el marco de una arquitectura institucional global en que no existe, hoy en día, una jurisdicción superior que resuelva los potenciales conflictos que pudieran surgir con otros regímenes internacionales.

**32.** Por ello, tanto los *panels* como el Organismo de Apelación deben actuar con especial cautela a este respecto, dado que no existe un foro jurisdiccional neutral (foro no comercial) que pueda conocer en apelación, y en último término, de su decisión. De hecho, es aquí donde la teoría del *caso erróneo* podría tener razonable utilidad para inhibir la adopción de decisiones ‘unilaterales’ por parte de la OMC (p.e: régimen de licencias para la importación y exportación de genéricos) en áreas en que otras instituciones internacionales (p.e: protección de la salud y acceso a medicamentos) tienen competencias concurrentes.

---

<sup>42</sup> A.LIGUSTRO. *La controversie...*op.cit. p.363.

<sup>43</sup> Véase “Review of ...”op.cit.p.83.

<sup>44</sup> A.LIGUSTRO. *La controversie...*op.cit.p.364.

<sup>45</sup> V.IHERING. *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Thomson-Civitas, 1987.

#### IV. Flexibilidad y adaptación normativa

33. Para terminar, merece la pena hacer un breve apunte general sobre el papel del Derecho en el sistema GATT/OMC. Sin duda, discutir sobre la “naturaleza jurídica” de unas u otras instituciones, actos y acciones legales es una peculiar tradición de la literatura jurídica continental<sup>45</sup>. El derecho internacional económico no ha escapado a estas tradicionales contiendas intelectuales. Para SEIDL-HOHELVERDERN, por ejemplo, el legislador internacional opta por regular con cierta ductilidad las relaciones económicas internacionales por el sencillo motivo de que no es un profeta<sup>46</sup>. Esto explica según él que las obligaciones de los tratados económicos se encuentren moduladas por cláusulas de escape<sup>47</sup>. En efecto, el derecho de la OMC cuenta con la flexibilidad como una de sus grandes especificidades. Ahora bien, ello no implica que sus normas se diluyan en derecho suave<sup>48</sup>. Al contrario, como apuntara Robert Hudec, el derecho de la OMC dispone de ‘válvulas de presión’, de válvulas regulables (p.e: exenciones temporales para realizar ajustes de producción nacional). Ahora bien, esto no implica diferencia alguna de “naturaleza jurídica”.

34. Una “aproximación jurídica” no implica *per se* rigidez y ausencia de pragmatismo. Parafraseando a REMIRO BROTONS, en relación con el sistema GATT/OMC, “al final, lo pragmático ha sido, en orden a la solución de diferencias, lo jurídico”<sup>49</sup>. Y no le falta razón. Desafortunadamente, sin embargo, es extendida la percepción social que identifica el Derecho como un sistema petreo que combina normas duras y sanciones por incumplimiento. Este tipo de percepciones ignora, obviamente, que la flexibilidad es un simple elemento a gestionar en el diseño normativo de cualquier instrumento legal; una mera opción política que se resuelve con buena técnica normativa, por tanto, y que no dota al Derecho internacional económico de naturaleza jurídica alguna.

35. El Derecho de la OMC incorpora numerosas cláusulas de escape y excepciones que le dotan de una razonable dinamicidad y adaptabilidad. Este hecho, por supuesto, no invalida o relativiza su carácter jurídico. Así, el sistema GATT/OMC se asienta sobre una arquitectura regulatoria particularmente ductil y dinámica y, por tanto, potencialmente estable y perdurable en el tiempo. Prueba de ello son (1) las cláusulas de salvaguardia (artículo XIX del GATT y artículo X del AGCS/cláusulas de escape), (2) las excepciones generales (artículo XX del GATT y artículo XIV del AGCS), disposiciones en materia de seguridad nacional (artículo XXI del GATT y artículo XIV.bis. del AGCS), (3) las exenciones (artículo XXV.5 del GATT), (4) los criterios de legalidad de los acuerdos comerciales regionales (artículo XXIV del GATT y artículo V del AGCS), (5) el trato especial y diferenciado a países en desarrollo (Parte IV del GATT y artículo IV, etc del AGCS), así como (6) la propia transformación de la OMC en *Foro de negociaciones permanentes* (artículo III.2 del Acuerdo de la OMC).

36. Concebir el Derecho como “procesos y procedimientos” forma parte del ABC de la formación de cualquier jurista. No obstante, hay ciertas culturas profesionales (no jurídicas) que ignoran este hecho, atribuyendo al Derecho un carácter petreo o inflexible. El derecho combina procedimientos con normas sustantivas para resolver diferencias/conflictos/problemas/tensiones que no cabía prever cuando las normas sustantivas fueron originariamente establecidas. Y aquí, hay una gran variedad de procedimientos (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) que operan en torno a las normas sustantivas del sistema multilateral de comercio.

37. En esencia, el sistema jurídico de la OMC se caracteriza por ser especialmente dinámico y adaptativo. Este hecho se expresa, ya desde los orígenes del sistema multilateral de comercio, en la exis-

<sup>46</sup> I.SEIDL-HOHELVERDERN. *International economic law*, Martinus Nijhoff, 1992, pp.42-43.

<sup>47</sup> I.SEIDL-HOHELVERDERN. *International...op.cit.*p.42.

<sup>48</sup> En la época del GATT incluso se cuestionó el propio carácter jurídico de sus normas. A este respecto, las primeras reflexiones de ROBERT HUDEC sobre la “caracterización jurídica de las normas del GATT” son de particular interés. Véase R.HUDEC. “Adjudication of International Trade Disputes. Thames Essay nº1, Trade Policy Research Centre, London, 1978, pp.31-33.

<sup>49</sup> A.REMIRO BROTONS. “Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC”, *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, D-26, 1996, p.24.

tencia de una intensa relación entre adjudicación y legislación internacional. Como es evidente, los conflictos de intereses sobre los contenidos del derecho de la OMC (incluidas sus anomías) generan diferencias que escapan a las virtudes del mecanismo de solución de diferencias. Para ello, la maquinaria institucional de la OMC cuenta con dispositivos que complementan la función jurisdiccional corrigiendo ‘fugas’, manteniendo sano el pulso del sistema comercial multilateral por medio de regulación y/o reregulación.

**38.** La estructura flexible del sistema multilateral de comercio, como apuntara GILBERT WINHAM hace décadas, requiere de reregulación; es decir, la continua adaptación de las reglas a nuevas circunstancias. El curso común que sigue la reregulación en el sistema GATT/OMC es relativamente simple: la solución de diferencias pone sobre la mesa problemas específicos que, en ocasiones, son transplantados al proceso de negociación multilateral para generar una solución general<sup>50</sup>. De hecho, la historia del sistema GATT/OMC muestra con claridad que los procesos de legislación comercial internacional han estado intensamente asociados al funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias.

**39.** Así, junto a los conflictos sustantivos subsumibles *en* las normas de la OMC (cuestiones de aplicación e interpretación) existen conflictos *sobre* el alcance de esas normas, conflictos de intereses sobre el *statu quo*, sobre el ‘estado de cosas’ de su Derecho vigente. Es decir, existen conflictos referidos a asuntos regulados deficientemente o conflictos sobre asuntos sobre los que, sencillamente, existen lagunas (anomías). Como es evidente, el mecanismo de solución de diferencias no es una vía adecuada para abordarlos dado que no debe suplantar las funciones de la legislación. Por ello, en la práctica, estos conflictos tienden a transplantarse al proceso de negociación multilateral con objeto de modificar reglas o legislar *ex novo*. Estas prácticas (regulación/reregulación) permiten preservar la salud del sistema jurídico de la OMC reduciendo el recurso estatal al unilateralismo de los más poderosos e inhibiendo la migración a otros foros globales de regulación (bilaterales, regionales).

**40.** De hecho, estas prácticas ha sido tan efectivas para la consolidación del sistema multilateral de comercio que el Derecho de la OMC, hoy en día, institucionaliza las *Rondas de Negociaciones Multilaterales* (artículo III.2) y caracteriza a la propia OMC como un *Foro de Negociaciones Permanentes*. Así las cosas, a partir de la Ronda de Uruguay, el sistema multilateral de comercio es “un foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados por los acuerdos incluidos en los anexos del presente Acuerdo”. En suma, la OMC se auto-postula como un *mercado de trueque* regulatorio<sup>51</sup>.

**41.** Finalmente, hay que hacer referencia a la función de las denominadas *interpretaciones autorizadas* en el entramado institucional del sistema GATT/OMC. En cierto modo, estas interpretaciones colectivas de los Miembros de la OMC sirven para colocar unas “bridas” al mecanismo de solución de diferencias. Ya en la etapa del GATT, el artículo XXV del GATT autorizaba de forma implícita a realizar interpretaciones colectivas<sup>52</sup>. Dicho artículo, intitulado *Acción colectiva de las Partes Contratantes*, contemplaba la siguiente prescripción: los representantes de las Partes Contratantes se reunirán periódicamente “para asegurar la ejecución de las disposiciones del presente Acuerdo que requieren una acción colectiva” y “en general, para facilitar la aplicación del mismo y que se puedan alcanzar sus objetivos”. Esta sencilla disposición es la que permite al GATT adoptar durante décadas *interpretaciones definitivas* en un contexto de absoluta anemia institucional<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> G.R. WINHAM. *The Evolution of International Trade Agreements*, University of Toronto Press, 1992, p.128.

<sup>51</sup> Para un estudio que explica el foro de la OMC como un mercado de trueque multi-asunto (“multi-issue barter exchange”) véase B.M. HOEKMAN y M.M.KOSTECKI. *The Political Economy of the World Trade Organization: From GATT to WTO*, Oxford University Press, 1997, pp.56-83.

<sup>52</sup> J. H. JACKSON. *The World Trading System...* op.cit.p.90.

<sup>53</sup> Ésta es la definición de JACKSON: “una interpretación definitiva es una acción secundaria convencional que obliga a todas las Partes Contratantes del GATT conforme a su delegación previa de autoridad sobre la base del artículo XXV”. J. H. JACKSON. *The World Trade Organization...* op.cit. p.83-84.

42. El éxito de la disposición fue tal que el propio Acuerdo de la OMC regula asimismo un procedimiento de interpretación colectiva. Así, el artículo IX.2 atribuye esta facultad a la Conferencia Ministerial y al Consejo General: “la Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales...La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros”. Al tiempo, el propio artículo 3.9 del Entendimiento regula la relación del mecanismo de solución de diferencias con las “interpretaciones autorizadas”: “las disposiciones del presente Entendimiento no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una *interpretación autorizada* de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo por el que se establece la OMC o un acuerdo abarcado”.

43. De modo inevitable, estas disposiciones sobre interpretación colectiva (autorizada) muestran claros ecos de interpretación “auténtica”<sup>54</sup>. No obstante, es evidente que no siempre es fácil delimitar las fronteras entre interpretación de una norma y creación de una nueva. De hecho, las fronteras entre “interpretación autorizada” y enmienda soterrada son en ocasiones problemáticas<sup>55</sup>. En este sentido, es evidente que los parlamentos nacionales no dieron un ‘cheque interpretativo en blanco’ a la OMC y que, sin embargo, un empleo liberal de las “interpretaciones autorizadas” puede operar como un cauce alternativo para reregular.

44. Por último ya, hay que enfatizar la peculiar relación entre función jurisdiccional e interpretación autorizada en la OMC. Sin duda, las interpretaciones autorizadas contempladas en el derecho GATT/OMC permiten que los Estados mantengan en todo momento el control colectivo de las soluciones adoptadas por el mecanismo de solución de diferencias. En puridad, estas interpretaciones superponen al Consejo General y la Conferencia Ministerial sobre la última instancia jurisdiccional de la OMC (el Órgano de Apelación) y transforman a esta última, por consiguiente, en el máximo órgano de interpretación de la OMC *por defecto*<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Así por ejemplo, de hecho, REMIRO BROTONS concibe las interpretaciones autorizadas como tales. Véase A.REMIRO BROTONS. “Pelagattos...op.cit. p.31, nota 53.

<sup>55</sup> Véase la solicitud de “interpretación autorizada” al Consejo General respecto al artículo 22 del Entendimiento de Solución de Diferencias propuesta por las Comunidades Europeas y la respuesta de EEUU en Docs WT/GC/W/133, WT/GC/W/143 (5 de febrero de 1999) y WT/GC/W/144 (5 de febrero de 1999), respectivamente.

<sup>56</sup> Para una referencia del Órgano de Apelación a las “interpretaciones autorizadas” y su función frente a la “legislación judicial” (sic) véase Doc WT/DS33/AB/R, *Estados Unidos–Medida que afecta a las importaciones de Camisas y Blusas de Tejidos de Lana Procedentes de la India* (25 de abril de 1997).



VARIA

# COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 JUNIO 2008, SOBRE DENEGACIÓN DE LA CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR POLIGAMIA

NURIA MARÍA ALMAGRO RODRÍGUEZ  
*Licenciada en Derecho*  
*Universidad de Murcia*

Recibido: 04.07.2009 / Aceptado: 17.07.2009

**Resumen:** El presente trabajo analiza la reacción de la jurisprudencia y de las autoridades administrativas españolas ante el supuesto de sujetos extranjeros que, estando legalmente casados con varias mujeres en sus países de origen, solicitan la adquisición de la nacionalidad española. En particular, el art. 22 CC exige que el solicitante de la nacionalidad española presente un grado suficiente de integración en la sociedad española. Sin embargo, los tribunales españoles han negado en unos casos el acceso a la nacionalidad española, mientras que en otros casos, los solicitantes polígamos han adquirido la nacionalidad española. La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 junio 2008, ofrece la posibilidad de profundizar sobre este apasionante tema.

**Palabras clave:** Derecho internacional privado, poligamia, nacionalidad española, grado suficiente de integración en la sociedad española.

**Abstract:** This article deals with the courts and administrative Spanish authorities reaction before the case of foreign individuals who, being legally married to several women in his countries of origin, request the acquisition of the Spanish nationality. Especially, Article 22 of the Spanish Civil Code demands that the applicant for the Spanish nationality presents a sufficient level of integration in the Spanish society. In some cases, the Spanish courts have denied the access to the Spanish nationality because of the polygamous state of the applicant. Nevertheless, in other cases, the polygamous applicants have acquired the Spanish nationality. The judgment of the Spanish Supreme Court ("Sala de lo Contencioso-administrativo) of June 19, 2008, offers the possibility of penetrating on this exciting topic.

**Key words:** Private International Law, polygamy, Spanish nationality, sufficient level of integration in the Spanish society.

**Sumario:** I. Historia de un caso: nacionalidad española y poligamia. II. Análisis del caso: denegación de la concesión de la nacionalidad española por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado. 1. Poligamia versus nacionalidad española. Solución y criterio de la DGRN. 2. Justificación del suficiente grado de integración en la sociedad española. 3. Adquisición de la nacionalidad española por residencia en casos de poligamia. Soluciones discordantes. III. Análisis del caso: la STS 19 junio 2008. 1. Los argumentos empleados por el Tribunal Supremo y su crítica. 2. Los argumentos empleados por el recurrente y su crítica. 3. El orden público internacional español frente a la poligamia. IV. Otras resoluciones relativas a la concesión de la nacionalidad española por residencia a extranjeros cuyo estatuto personal permite la poligamia.

## I. Historia de un caso: nacionalidad española y poligamia.

1. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de fecha 27 noviembre 2000 denegó "la solicitud de concesión de la nacionalidad española deducida por el recurrente, dado que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que está

*casado con dos esposas, denotando con ello una insuficiente integración en la sociedad española, siendo tal situación contradictoria respecto con la normativa de estado civil española*<sup>1</sup>.

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de reposición. Sin embargo, la DGRN acordó desestimar el recurso presentado y confirmar aquélla mediante la RDGRN 11 febrero 2001. Como resultado de ello, se ratificó la decisión que negó la concesión de la nacionalidad española pretendida por el recurrente, el cual presentó, ulteriormente, recurso contencioso-administrativo ante la AN.

Entra en acción la AN a través de su sentencia de 11 junio 2002. El postulante de la concesión de la ciudadanía española, y aquí recurrente, es un varón senegalés casado, conforme a su Ley personal, con dos mujeres de su misma nacionalidad. Dicho sujeto *“solicita en la demanda que se dicte Sentencia en la que se revoque la resolución recurrida”* y se reconozca *“la nacionalidad española solicitada”*. La Administración, por su parte, *“mantiene la legalidad de la resolución impugnada, dado que el solicitante evidencia una falta de integración en la sociedad española”*. Dicha falta de integración es justificada por el Tribunal, pues objeta que la legislación española actual sólo reconoce el matrimonio monogámico y en consecuencia no admite los matrimonios múltiples ni aquéllos celebrados cuando alguno de los cónyuges estaba aún ligado por un matrimonio anterior. En su defensa el demandante argumenta haber acreditado *“una residencia legal y continuada durante más de diez años”*, además de tener un *“trabajo estable”* y unas relaciones normales dentro de la sociedad española. Por lo que *“en cuanto al requisito de integración en la sociedad española”* se escuda diciendo que *“el artículo 22.4 del Código Civil no exige un grado de integración total, sino sólo que sea suficiente”*, circunstancia que cree sobradamente acreditada por los hechos ya descritos según su argumento. Alega todo esto porque, como ya se ha evidenciado, la causa en torno a la cual gira la denegación de la concesión de la nacionalidad, es su doble vínculo matrimonial, esto es, su condición de polígamo. Y es que según declara el recurrente, conforme al artículo 9.2 CC, el *“hecho de estar casado con dos mujeres no implica que sea situación contraria a la legislación española”*. La AN desestimó el recurso interpuesto por el demandante, confirmando así la resolución recurrida por haber sido ajustada a Derecho.

La cuestión llega hasta el TS, que se pronuncia en su STS CA [Sala de lo Contencioso-Administrativo] de 19 junio 2008. El recurso de casación presentado en su día ante el TS se dirigió contra la sentencia de la AN, anteriormente expuesta, la cual, a su vez, había dictado sentencia confirmatoria de la RDGRN de 27 noviembre 2000, que denegó la concesión de la nacionalidad española solicitada por el recurrente. Razona el TS que el aspirante a español *“no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española”*, dado que la poligamia no es sólo una figura contraria a nuestro ordenamiento jurídico, sino *“algo que repugna al orden público español”*. Además, el intento del recurrente por ampararse en el art. 9.2 CC fue igualmente rebatido por el TS aclarando que aunque el Código Civil *“establezca que el estado de las personas se rige por su Ley personal y que ésta viene determinada por su nacionalidad”* no significa que hayan de aceptarse cualesquiera otras legislaciones extranjeras habidas y por haber.

## **II. Análisis del caso: denegación de la concesión de la nacionalidad española por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado.**

### **1. Poligamia versus nacionalidad española. Solución y criterio de la DGRN.**

2. La RDGRN 27 noviembre 2000, en torno a la cual gira toda la cuestión objeto aquí de estudio, deniega al solicitante extranjero la concesión de la nacionalidad debido a que *“no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que está casado con dos esposas”*<sup>2</sup>. La DGRN se pronuncia en este sentido porque considera que la poligamia es una *“figura que no tiene cabida en el ordenamiento jurídico español, ni en la sociedad española”*<sup>3</sup>, pues rechaza que una persona cuya capacidad matrimonial no es plena, por estar ligado a un vínculo matrimonial previo cuando celebró el se-

<sup>1</sup> Vid. Sent. AN 11 junio 2002, Fundamento de Derecho primero.

<sup>2</sup> Según Sents. AN 11 junio 2002 y TS 19 junio 2008, confirmatoria de la anterior, en referencia a la RDGRN 27 noviembre 2000.

<sup>3</sup> Vid. RDGRN 7 octubre 2002.

gundo enlace, pueda adquirir la nacionalidad española<sup>4</sup>. En consecuencia, y según lo estudiado, la DGRN emplea la siguiente fórmula para justificar la denegación de la concesión de la nacionalidad española: “poligamia ≠ Integración en la sociedad española = no adquisición de la nacionalidad española”<sup>5</sup>. Por último, cabe señalar que La DGRN ha utilizado estos argumentos en otras ocasiones para resolver sobre cuestiones similares<sup>6</sup>.

## 2. Justificación del suficiente grado de integración en la sociedad española.

3. En el caso concreto que nos ocupa, el solicitante de la nacionalidad española debe demostrar haber cumplido con los siguientes requisitos, según enuncia el art. 22 CC: 1º) Residencia en España durante al menos diez años; 2º) Residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición; 3º) Buena conducta cívica; 4º) Suficiente grado de integración en la sociedad española. No obstante, aunque los tres primeros requisitos quedan justificados por el recurrente, la DGRN concluye que, en lo que se refiere al último de los requisitos apuntados, el hecho de estar casado con dos mujeres demuestra que el solicitante no ha alcanzado un “suficiente grado de integración en la sociedad española”. Como subraya J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el interesado debe probar, en todos los casos, que presenta ese “suficiente grado de integración en la sociedad española” y así ha venido a exigirlo de modo constante la jurisprudencia (STS CA 18 septiembre 2007, STS CA 16 marzo 1999, STS CA 29 marzo 2006, STS CA 23 noviembre 2005)<sup>7</sup>. Existe un núcleo de datos de comportamiento “españoles” que son siempre exigibles a todo sujeto extranjero que desea adquirir la nacionalidad española por residencia (STS CA 19 junio 2008). Debe recordarse, también, que el art. 221 RRC indica que esta expresión (= “suficiente grado de integración en la sociedad española”) equivale al “grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles”. La prueba de este extremo es obligatoria, de modo que si no se lleva a cabo, la solicitud de nacionalidad española por residencia se rechazará (STS CA 18 junio 2008, STS CA 28 octubre 2005).

4. Surge, naturalmente, la pregunta clave del presente caso: ¿cuándo debe considerarse que una persona está suficientemente integrada en la sociedad española? ¿Qué clase de comportamiento, ideología, gustos o costumbres han de concurrir en un individuo que pretende la nacionalidad española para que pueda ser aceptado como español? ¿Qué define a un español? ¿Qué significa ser “español” desde el punto de vista del comportamiento social? ¿Se considera que no está suficientemente integrado en la sociedad española un español que mantiene relaciones simultáneas con dos mujeres?<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Cfr. Arts. 12.3, 46.2 y 76.2 CC.

<sup>5</sup> La poligamia (πολυγαμία) es una forma matrimonial a través de la cual una persona puede estar casada a la vez con dos o más personas del sexo opuesto. Dentro de esta figura podemos distinguir la poliandria, que es el matrimonio de una mujer con dos o más hombres, y la poliginia, que es la más común y que consiste en el matrimonio concurrente de un hombre con varias mujeres.

<sup>6</sup> *Ad ex.* RDGRN 25 enero 2006, que resolvió sobre un asunto similar sirviéndose del mismo razonamiento, cual es el insuficiente grado de integración en la sociedad española. Esta vez, no porque el aspirante a español estuviera ligado con doble vínculo matrimonial, sino porque al contraer matrimonio, según su costumbre, optó por la poligamia como forma de vida. También, la RDGRN 19 julio 2000, en la que entre otras causas, se deniega la concesión de la nacionalidad española por poligamia del solicitante.

<sup>7</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho de la nacionalidad”, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / A. DURÁN AYAGO / B.L. CARRILLO CARRILLO, *Curso de Nacionalidad y Extranjería*, 2ª Ed. Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, Madrid, 2007, pp. 100-101. *Vid.* igualmente, J.L. REQUERO IBÁÑEZ, “Adquisición de la nacionalidad por residencia: análisis jurisprudencial del artículo 22.4 del Código Civil, la buena conducta cívica y el suficiente grado de integración”, *REGAP*, nº. 32, 2002, pp. 53-72.

<sup>8</sup> *Vid.* sobre la cuestión concreta del suficiente grado de integración en la sociedad española, los muy interesantes trabajos de L.F. REGLERO CAMPOS, “El nuevo régimen de la adquisición de la nacionalidad española por residencia: plazos y requisitos de permanencia en el territorio español. Una especial referencia a los descendientes de emigrantes españoles”, *REGAP*, nº. 31, 2002, pp. 39-64; *Id.*, “La adquisición de la nacionalidad española por residencia en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre”, *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, nº 11-12, 1991 (ejemplar dedicado a las Reformas del Código Civil 1990-1991), pp. 275-342, y J.L. REQUERO IBÁÑEZ, “Adquisición de la nacionalidad por residencia: análisis jurisprudencial del artículo 22.4 del Código Civil, la buena conducta cívica y el suficiente grado de integración”, *REGAP*, nº. 32, 2002, pp. 53-72. Deben también considerarse, *inter alia*, J.F. AGUILÓ PIÑA, “Adquisición de la nacionalidad española por residencia: (Ley 51/1982 de 13 de julio, art.

5. Pues bien, dado que el legislador no se ha pronunciado al respecto, pues el art. 22 CC es lacónico sobre la cuestión, sucede que nos encontramos ante un concepto o término jurídico indeterminado que habrá de ser concretado por la jurisprudencia y la práctica registral española, adaptada a la conveniencia de los tiempos (*vid.* art. 3 CC), como ha indicado la doctrina<sup>9</sup>. De esta forma, la cuestión de saber si una persona física está integrada en la sociedad española queda fuera del ámbito de previsión del solicitante, pues aunque el resto de requisitos a cumplir pueden ser demostrados por éste con hechos objetivos, en cambio a la hora de demostrar su grado de integración en la sociedad dependerá de otra clase de hechos más subjetivos y por tanto sujetos a un intenso debate jurídico.

6. También es cierto que el art. 21.2 CC advierte que el Ministerio de Justicia podrá denegar la nacionalidad española “*por motivos razonados de orden público o interés nacional*”, y en este sentido no hay que olvidar que la poligamia es una figura contraria a los principios del Ordenamiento Jurídico español. De hecho, “*tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España*”<sup>10</sup>.

Pese a lo dicho, debe tenerse presente, por un lado, que los sujetos afectados en estos casos por la denegación de la nacionalidad española proceden de países donde la poligamia es la forma matrimonial prevista por su Ley personal, y no sólo por eso han de ser excluidos necesariamente como futuros españoles. Por otro lado, esto tampoco debe ser un presupuesto para aceptar sin más cualquier conducta o situación por el hecho de haber sido creada o estar prevista legalmente en el extranjero, pues, aunque toda persona nace y desarrolla parte de su vida en un concreto lugar y bajo la soberanía de un Derecho y costumbres determinadas, el pretendiente de la nacionalidad española no puede escudarse en el arraigo res-

---

22)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1984, pp. 1142-1150; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad: recensión y comentario de las decisiones dictadas de enero a octubre de 2005”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº. 10, 2005, pp. 213-233; ID., “Principios inspiradores y objetivos de la nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad: las principales novedades de la Ley 36/2002 de 8 de octubre”, *Derecho migratorio y extranjería*, núm. 1, noviembre 2002, pp. 47-86; M.A. AMORES CONRADI, “Adquisición de la nacionalidad española por residencia en España de diez años”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 18, 1988, pp. 827-838; M.C. APRELL LASAGABASTER, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa en materia de nacionalidad”, *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, nº 57, 1988, pp. 89-92; J.J. FORNER, “La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería”, en *El islam jurídico y Europa*: J. L. GIL IBÁÑEZ, “La adquisición de la nacionalidad española por residencia en las sentencias de la Audiencia Nacional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 6, 1996, pp. 1469-1472; ID., “La adquisición de la nacionalidad española por residencia”, en L. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. 2, 2001, pp. 1275-1304; *derecho, religión y política*, 1998, pp. 199-244.

<sup>9</sup> Por otra parte, los estudios generales sobre el Derecho español de la nacionalidad y/o sobre las reformas legales en la materia, incorporan un análisis doctrinal y jurisprudencial del requisito en cuestión recogido por el art. 22 CC (suficiente grado de integración en la sociedad española). *Vid.* entre otros y sin animo exhaustivo, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Cuestionario práctico sobre nacionalidad española*, 2009; ID., *Nacionalidad española. Normativa vigente e interpretación Jurisprudencial*, 2008; E. CANO BAZAGA, “El acceso de los extranjeros a la nacionalidad española”, en *La ley de extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, 2002, pp. 55-78; ID., “El sistema de acceso de los extranjeros a la nacionalidad española tras la Ley 36/2002, de 8 de octubre: ¿un sistema para la integración?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº. 4, 2004; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley 36/2002, de 8 de octubre: nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad”, *Anales de derecho*, nº 20, 2002, pp. 207-220; J.M. ESPINAR VICENTE, “Nacionalidad”, *Enc.Jur.Básica*, 1995, pp. 4379-4385; ID., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Ed.Civitas, Madrid, 1994, pp. 23-185; M.A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, “Comentario a la Ley 36/2002 de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”, *Actualidad civil*, nº 2, 2003, pp. 519-528; M.A. LINACERO DE LA FUENTE, “La nacionalidad: comentario a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2, 2004, pp. 2707-2742; ID., “La nacionalidad: comentario a la ley 36/2002, de 8 de Octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”, *Revista de Derecho privado*, año nº 88, 2004, pp. 412-442; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, “Arts. 17 - 41 Cc.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por M.Albaladejo y S.Díaz Alabart)*, 2ª ed., tomo I, vol.3º (arts.17-41), Ed.Revista de Derecho privado, Madrid, 1993, pp. 1-137; E. PÉREZ MARTÍN, *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía europea*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2003; J.M. RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, “El derecho español de la nacionalidad”, en *La inmigración : derecho español e internacional* (coord. S. ADROHER BIOSCA / P. CHARRO BAENA), 1995, pp. 87-188.

<sup>10</sup> *Vid.* STS 19 junio 2008, Fundamento de Derecho tercero, en referencia al art. 217 CP.

pecto a los usos de su país para hacer prevalecer a toda costa su “estatuto personal”, que en muchos casos podrá resultar contrario a la legislación española<sup>11</sup>. Así, no debería existir ninguna traba legal por la que se le deniegue el acceso a la nacionalidad española a un sujeto extranjero polígamo, sujeto que ha adquirido esta condición en su país de origen, que cumple con todos los requisitos previstos por la Ley para poder adquirir la nacionalidad española y que convive sólo con una mujer, ya que ha renunciado a la poligamia como forma de vida.

### 3. Adquisición de la nacionalidad española por residencia en casos de poligamia. Soluciones discordantes.

7. Dicho todo lo anterior y teniendo en cuenta que el doble ligamen, según la resolución de la DGRN recurrida, no sólo denota una falta de integración en la sociedad, sino que además es contraria al Ordenamiento Jurídico español<sup>12</sup>, es justo ahora preguntarse por qué en otros casos la DGRN ha concedido la nacionalidad española a otros sujetos cuya Ley personal también admite la poligamia y que, de hecho, en el momento de adquirir la nacionalidad, o estaban casados con dos mujeres y vivían con ellas de forma simultánea, o habían vuelto a contraer nupcias sin la previa disolución del vínculo matrimonial anterior.

8. En efecto, existen numerosos ejemplos de intentos de inscripción de matrimonios poligámicos en el Registro Civil español por parte de extranjeros, ya españoles por la vía de la residencia continuada, que pretenden hacer constar su matrimonio con la segunda esposa, que es con la que normalmente conviven en España. Esto significa que accedieron a la nacionalidad española aun siendo polígamos. Sea como fuere, en estos casos el polígamo ha conseguido traspasar todos los obstáculos legales para llegar a ser español y, tal y como reitera la DGRN en numerosas resoluciones relativas a esta materia, “*cuando una persona adquiere la nacionalidad española, su matrimonio anterior subsistente celebrado en el extranjero ha de inscribirse, en principio, en el Registro Civil español*”<sup>13</sup>. Lógicamente, el ahora español querrá inscribir a su esposa, sin preocuparle que ésta sea de su primer o segundo matrimonio, porque, con independencia de ese orden, ambos fueron celebrados según la que fuera su Ley nacional.

9. Los dos casos siguientes son, de forma resumida, prueba de esta discordancia de criterios a la hora de conceder la nacionalidad española a sujetos polígamos: a) Varón marroquí contrae matrimonio en 1983. En 1989 vuelve a casarse, sin haber disuelto previamente el enlace anterior. En 1990 adquiere la nacionalidad española por residencia y dos años después se divorcia de su primer cónyuge. En 2002 acude al Registro Civil para inscribir su matrimonio con la segunda esposa<sup>14</sup>; b) En 1972 un marroquí contrae nuevas nupcias sin haber disuelto su anterior matrimonio. Un año más tarde se divorcia de la primera mujer, la cual fallece en 1993. En el año 2000 dicho sujeto adquiere la nacionalidad española por residencia y es entonces cuando solicita ante el Registro Civil la inscripción de su segundo matrimonio<sup>15</sup>.

10. Sobre este escenario podemos visualizar dos posibles motivos causantes de esta ambigua situación a la hora de atribuir la nacionalidad española a un extranjero polígamo: a) La falta de control por parte de las autoridades españolas a la hora de tramitar la solicitud de adquisición de la nacionalidad, esto es, la escasa diligencia de las autoridades administrativas españolas para contrastar y requerir los datos

---

<sup>11</sup> En este sentido la SAP Málaga, Melilla, núm. 7/2003 (Sección 7ª), de 11 febrero 2003, indica: “*tampoco puede acogerse el argumento esgrimido sobre vulneración del principio de igualdad en relación con el derecho de libertad religiosa, por el hecho de que el acusado sea de religión musulmana, y esta religión permita la poligamia. (...) (Con este argumento del recurrente, que ha de calificarse de temerario y que pretende justificar la poligamia, proscrita en el derecho español, se podría incluso llegar a justificar otras conductas más aberrantes como por ejemplo la mutilación genital femenina)*”.

<sup>12</sup> En este sentido, *vid.* art. 46.2º CC: “*No pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial*”.

<sup>13</sup> *Ad ex.* RDGRN 2/2001, de 14 de mayo. RDGRN núm. 7/2003, de 4 de diciembre. RDGRN 1/2004, de 22 de octubre. RDGRN 4/2004, de 10 de diciembre.

<sup>14</sup> RDGRN núm. 7/2003, de 4 de diciembre.

<sup>15</sup> RDGRN núm. 2/2001, de 14 de mayo.

del solicitante y para asegurarse de la veracidad e integridad de los aportados por aquél; b) La acción dolosa del demandante durante la tramitación, que, asesorado o no por su abogado, hará todo lo posible por justificar y cumplir los requisitos legales establecidos para alcanzar la ciudadanía española. Es de suponer que el defensor del demandante de la nacionalidad es conocedor de la regla a seguir en esta cuestión y para lograr su objetivo no tendrá más remedio que ocultar, con frecuencia, la verdadera situación conyugal de su defendido.

11. Siendo esto así, y existiendo prueba fehaciente de la situación polígama del nuevo español -recuérdese que aquí lo que se intenta es inscribir el matrimonio con la segunda esposa; matrimonio que fue contraído mientras era vigente y válido uno anterior-, el Juez encargado del Registro Civil debería poner en conocimiento de la Fiscalía tales hechos. No parece justo que en unos casos no se le permite acceder a la nacionalidad a un sujeto extranjero que, por su sinceridad o por su despiste, o simplemente por el desatinado asesoramiento jurídico recibido, hace constar su condición de polígamo, mientras que en otros casos, ciertas personas son aceptadas como españolas porque no han dado indicaciones de su igualmente condición polígama. En consecuencia, en el segundo de los casos citados, la nacionalidad española adquirida por el polígamo debería ser anulada. En este sentido el art. 25.2 CC indica que “*La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años*”. Pero claro, esto ocurrirá siempre y cuando se denuncien tales eventos al Ministerio Fiscal y éste decida actuar en dicho caso.

### III. Análisis del caso: la STS 19 junio 2008.

#### 1. Los argumentos empleados por el Tribunal Supremo y su crítica.

12. En el primero de los Fundamentos de Derecho de la STS 19 junio 2008, el TS hace constar que, según la sentencia dictada por la AN y ahora recurrida, “*el solicitante en ningún momento al inicio del Expediente manifestó la circunstancia de tener dos esposas y fue en el traslado del Informe policial cuando formuló alegaciones al respecto*”. Si, como ha quedado probado, en otras ocasiones un polígamo puede obtener la nacionalidad española, ¿significan estas palabras del Tribunal Supremo que si el recurrente no hubiera hecho tales declaraciones, y hubiera mantenido silencio respecto de su condición matrimonial, entonces nos encontraríamos ante un resultado completamente diferente? Pues vistas las situaciones anteriores, probablemente sí.

13. Más adelante, el TS pone de manifiesto por qué no se puede consentir la existencia de matrimonios poligámicos entre ciudadanos españoles, y es “*que no es lo mismo residir en España -algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una Ley española así lo previese- que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas*”<sup>16</sup>. Cabe deducir entonces que no sería conveniente admitir como válido un matrimonio poligámico por todo el perjuicio político y, sobre todo, económico que ello puede acarrear: pensiones de viudedad para cada una de las esposas, permiso de residencia y posterior concesión de la nacionalidad española a cada cónyuge, etc.

Por otro lado, y volviendo a citar la sentencia de la AN, se afirma que “*es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monogámica*”. Pero ¿cuál es la razón que lleva al Estado a aceptar con agrado, sin reproches ni injerencias, la convivencia no matrimonial en todas sus formas mientras que en el caso de la familia matrimonial se muestra celoso por guardar unas apariencias que no son más que el reflejo de una moral adulterada? Avanzando en el contenido de la sentencia, el TS aclara que “*quizá no sea suficiente decir, como prudentemente hizo la re-*

<sup>16</sup> Vid. STS 19 junio 2008, Fundamento de Derecho segundo, en referencia a la STS 14 julio 2004.

*solución administrativa recurrida, que la poligamia es contraria a la legislación española sobre el estado civil*”, pues “*no toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad*”. Justamente esto es así y es acaso por esa razón que el Tribunal Supremo advierte que, en esta cuestión específica, “*resulta incontestable la incompatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos*”<sup>17</sup>.

Finalmente, cabe destacar la solución adoptada por el Tribunal Supremo que, como no podía ser de otra manera, desestimó el recurso de casación presentado por el solicitante de la nacionalidad española, ya que, como se ha indicado a lo largo de esta nota, la poligamia es una figura no sólo extraña a nuestro Ordenamiento Jurídico sino radicalmente opuesta en todo su significado a los principios reinantes en la sociedad española del momento. Y frente a ello no deben admitirse argumentos en contrario que puedan menoscabar la estructura jurídica básica del Estado y de la sociedad española, escudada ésta siempre en el orden público internacional español.

## 2. Los argumentos empleados por el recurrente y su crítica.

14. El demandante de la nacionalidad intenta defender su pretensión argumentando, por un lado, que el art. 22.4 CC “*exige acreditar que el grado de integración en la sociedad española es ‘suficiente’, no necesariamente ‘total’*”. A su favor explica que reside en España durante más de diez años de forma “*legal y continuada*”, que tiene “*un trabajo estable*” y “*unas relaciones sociales absolutamente normales*”. Por otro lado, manifiesta el solicitante que “*el hecho de estar casado con dos mujeres no implica que sea una situación contraria a la legislación española, puesto que según dispone el artículo 9.2 del Código civil la Ley aplicable a ambos matrimonios es la Ley personal de los contrayentes en el momento de la celebración, en este supuesto la Ley de Senegal que permite el matrimonio hasta con cuatro mujeres*”.

15. Pues bien, es cierto que, en lo que se refiere al primero de los argumentos, el art 22.4 CC declara que “*El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española*”, y efectivamente, el interesado ha justificado ambos requisitos. Pero el hecho de haber aportado pruebas que intenten demostrar el cumplimiento de la Ley a estos efectos no significa que éstas sean suficientes ni mucho menos ajustadas y acordes a la legislación española.

Respecto a la invocación del art. 9.2 CC es conveniente aclarar que, como muy acertadamente indicó el TS, aunque “*el Código Civil, a efectos de resolver los conflictos de leyes, establezca que el estado civil de las personas se rige por su Ley personal y que ésta viene determinada por su nacionalidad no equivale a dar por bueno el contenido de todas las legislaciones nacionales sobre el estado civil existentes en el mundo*”. Esto significa que “*la llamada a la correspondiente legislación nacional para regular el estado civil de las personas no puede servir de pretexto para soslayar el orden público español, que incluye sin duda la prohibición de la poligamia*”<sup>18</sup>.

16. Como se ha avanzado, la expresión “suficiente grado de integración” empleada por el Código Civil es un concepto o término jurídico “indeterminado” que, en consecuencia, necesita ser concretado por desarrollos jurisprudenciales que se adapten a las circunstancias del caso concreto. Esta labor no depende del candidato a español, que hará todo lo posible para probar que se halla integrado en la sociedad española, sino del tribunal al que corresponda el caso concreto, el cual juzgará y valorará todos los datos, pruebas y testimonios aportados por la parte interesada concluyendo al final si tal sujeto alcanza, o no, el “suficiente grado de integración”.

<sup>17</sup> Cfr. Corán 4:34 “*Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros (...)*”.

<sup>18</sup> Sobre este punto ha de recordarse la afirmación, perdurable, hecha por la STS 12 mayo 1885: “*es doctrina de Derecho internacional privado que tal extranjero le acompañan su estado y capacidad, y deben aplicársele las leyes personales de su país, evitando así los inconvenientes de no juzgarle por una sola ley cuando esto no se oponga a los principios de orden público y a los intereses de la Nación en que formula sus reclamaciones*”.



En este caso el Tribunal Supremo se opuso con toda la razón a los argumentos del recurrente e indicó que “*la poligamia constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero*”. Y es que por muy válida y legal que sea una figura o situación regulada por una legislación extranjera no significa que el Estado receptor deba asumirla como propia sin limitación o juicio alguno, y eso es así por mucho que el interesado haya cumplido con el resto de requisitos previstos por la Ley.

17. Resulta indiscutible en este proceso que la actuación de los asesores legales de la parte recurrente no ha sido propicia para los intereses de su representado y solicitante de la nacionalidad española, ya que son muchas las fuentes disponibles que evidencian el sentido de la jurisprudencia española en materia de poligamia. De hecho, si el interesado hubiera sido mejor aconsejado por su letrado y no hubiera mencionado en el Informe policial que tenía dos esposas, es decir, si hubiera mantenido la discreción al respecto que hasta ese momento tuvo, sería más que probable que en este instante no existiera esta sentencia denegatoria de su petición de nacionalidad española, y el polígamo estaría disfrutando de su nueva nacionalidad española. Y además, el sujeto mantendría en España su situación matrimonial como muchos otros polígamos (= no declarados, pero sí existentes en este país), lo hacen. Es más, ha sido comprobado que los extranjeros polígamos que pretenden ser españoles encuentran una vía para ello, que no es otra que la simple ocultación de su verdadero estado civil a las autoridades encargadas de valorar si existe un “suficiente grado de integración en la sociedad española” por parte de tal solicitante. Esta conclusión no constituye una malicia lingüística contra los poderes del Estado, sino la humilde realidad que se presenta frente aquéllos, que se limitan a aceptarla. Y es que polígamos españoles existen *de facto*. Pero con esto ocurre como con otras tantas cosas que muchos se niegan a ver y que no por eso dejan de existir.

### 3. El orden público internacional español frente a la poligamia.

18. El art. 12.3 CC dispone que “*en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”. Pero, para comprender el significado total de esta cláusula, primero hemos de responder a dos cuestiones: ¿Qué se entiende por “orden público en relación con la poligamia”? y ¿Qué se pretende salvaguardar con él en relación, también, con la poligamia?

19. El TS ha indicado que “*el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico*”<sup>19</sup> y ha explicado que lo que se trata de preservar es “*el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*”<sup>20</sup>. Aclarado esto ahora cabe explicar la relación -imposible- entre orden público internacional español y poligamia cuando se trata de permitir el acceso a la nacionalidad española de sujetos polígamos conforme a su estatuto personal.

20. En el presente caso, no se plantea la aplicación, stricto sensu, de una Ley extranjera que admite la poligamia. Por el contrario, en este caso se suscita la cuestión de si un sujeto, legalmente casado con varias mujeres según su Ley nacional, muestra un suficiente grado de integración en la sociedad española, a fin de adquirir la nacionalidad española por residencia. La concesión de la nacionalidad española a un sujeto casado con más de una mujer con arreglo a su Ley nacional, generaría “*una ‘externalidad negativa’, es decir, un daño a la ‘organización moral y económica de la sociedad’ del Estado cuyos tribunales conocen del asunto*”<sup>21</sup>. Argumentos como los mantenidos por el recurrente en la STS aquí comentada, en los que se pretende convencer de la infracción de lo dispuesto por el art. 22.4 CC o en los que se hace una interpretación literal e inducta del art. 9 CC, resultan improcedentes. Asimismo, “*permitir la existencia y la posibilidad de celebración de matrimonios poligámicos en España dañaría la paz social y la convivencia en la sociedad española, aspectos que están garantizados por los principios ju-*

<sup>19</sup> Vid. STS 19 junio 2008, Fundamento de Derecho tercero.

<sup>20</sup> STS 5 abril 1966, Aranzadi, 1966, núm. 1684.

<sup>21</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 348-353.

*ridicos que conforman el orden público internacional español. Los principios jurídicos de monogamia matrimonial y de dignidad constitucional de la mujer, son principios necesarios, básicos y fundamentales para la cohesión de la sociedad española. Una Ley extranjera que vulnerase tales principios, provocaría un resultado intolerable para el país cuyos tribunales conocen del asunto”<sup>22</sup>.*

**21.** Como se ha visto, tanto los jueces y tribunales como la propia DGRN mantienen su criterio y se muestran contrarios a conceder la nacionalidad española a extranjeros cuyo estatuto personal admite la poligamia. Y no por el simple hecho de haber nacido en un país donde esta forma matrimonial es permitida, sino porque los sujetos implicados en estos casos, o bien han optado por esta clase de matrimonio y lo prevén como posible después de haber contraído ya un primer enlace, o bien porque directamente ya están unidos con más de una mujer tiempo antes de la solicitud de la ciudadanía española. Con todo, en el presente trabajo se ha puesto de relieve la existencia de una realidad paralela existente en nuestro país en la que polígamos extranjeros llegan a ser ciudadanos españoles. Luego una vez ha ocurrido esto y el extranjero ha pasado a ser español, la DGRN tiene que enfrentarse a resolver y justificar legalmente porqué un español, aunque polígamo, no puede inscribir su matrimonio con la mujer, segundo cónyuge, con la que está legalmente casado, -pues no hay que olvidar que éste contrajo matrimonio poligámico según la Ley de su país de origen, la cual admite la poligamia y no regula el divorcio como un requisito previo para contraer nuevas nupcias-, por lo que no ha cometido el delito de bigamia tipificado en el art. 217 CP. Por ello, argumenta la DGRN que *“aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento”* del país del que se trate en el caso concreto *“y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. art. 12-3 Cc.) que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico que atentaría contra la dignidad de la mujer y contra la concepción española del matrimonio, que regula el impedimento de ligamen prohibiendo el matrimonio a los que estén ligados con vínculo matrimonial (cfr. art. 46.2º Cc.) y sanciona con la nulidad el matrimonio celebrado con infracción de tal prohibición (cfr. art. 73 n.º 2 Cc.)”<sup>23</sup>.*

#### **IV. Otras resoluciones relativas a la concesión de la nacionalidad española por residencia a extranjeros cuyo estatuto personal permite la poligamia.**

**22.** En la SAN 12 junio 2001, el recurrente, un varón marroquí, impugnó la RDGRN 19 julio 2000 que denegó *“su petición de concesión de nacionalidad española”* por falta de integración en la sociedad debido a que dicho recurrente declaró convivir en plena armonía con dos esposas y tener descendencia con ambas. Dicho sujeto alegó en su defensa que *“hay miles de españoles que, profesando la religión islámica, asumen la poligamia, sin que se ponga en entredicho su condición de españoles o su falta de integración en la sociedad”*. El resultado final, evidentemente, fue la confirmación de la resolución recurrida, pues como muy bien apuntó la AN, *“resultaría contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal”*.

**23.** La SAN 11 junio 2002 tuvo *“por objeto la resolución del Ministerio de Justicia de fecha 27 de Noviembre 2000, por la que se denegó la solicitud de concesión de la nacionalidad española deducida por el recurrente, dado que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que está casado con dos esposas, denotando con ello una insuficiente integración en la sociedad española, siendo tal situación contradictoria respecto con la normativa de estado civil española”*. Una vez más, la AN puso de manifiesto cuál es la tesis a seguir para resolver sobre la cuestión poligamia-nacionalidad. Además hay que resaltar la explicación que proporciona la AN sobre los artículos 21 y 22 CC, cuando afirma que éstos *“sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos*

<sup>22</sup> Vid. nota precedente.

<sup>23</sup> Vid., entre otras, la RDGRN núm. 4/2004, de 10 de diciembre.

*de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación”.*

**24.** En la STS 14 julio 2004, el TS manifestó que *“no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del “suficiente grado de integración en la sociedad española” del art. 22.4 Cc., ya que no es lo mismo residir en España -algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una Ley española así lo previese- que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas”.*

**25.** En la SAN 27 enero 2005, se decidió el recurso contra la RDGRN 7 octubre 2002, *“que denegó la solicitud de nacionalidad española por residencia del recurrente por falta de integración en la sociedad española al ‘estar casado con dos mujeres, figura que no tiene cabida en el ordenamiento jurídico español, ni en la sociedad española’”. De nuevo el solicitante de la nacionalidad prento, equivocadamente, demostrar su suficiente integración en la sociedad manifestando que “por lo que respecta a la poligamia ambos matrimonios, al haberse celebrado en el extranjero y entre extranjeros, se rigen por las normas del país en que se celebraron (art. 9 CC) sin que ello afecte a su grado de integración en la sociedad española”. La AN se muestra tajantemente clara ante esta cuestión y asevera que “ya se ha pronunciado en anteriores sentencias (Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2001 -rec. 1105/2000- y 11 de junio de 2002, -rec.574/2001) sobre la imposibilidad de conceder la nacionalidad española en los supuestos de poligamia por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico”.*

**26.** En la SAN 11 marzo 2008 se abordó el caso de un varón senegalés que, en 2002, presentó la solicitud de nacionalidad y *“tanto el Fiscal como el Juez-Encargado mostraron su parecer favorable a la concesión”* de la misma. Se adujo entonces que *“el interesado hablaba correctamente el idioma castellano y estaba perfectamente adaptado a la cultura y estilo de vida españoles”*. A pesar de ello, en 2006 *“la Administración denegó la concesión de la nacionalidad por la opción del recurrente por la poligamia”* cuando contrajo matrimonio en su país de origen con su única esposa. Posteriormente se presentó recurso frente a esta decisión aportando un nuevo certificado expedido en 2006 y en el que se hacía constar que los cónyuges optaban por el régimen de monogamia, alegando además que *“el certificado que la Administración demandada había tenido en cuenta era erróneo”*. Esta aportación tuvo como resultado una resolución estimatoria que reconoció la concesión de la nacionalidad española. Argumentó entonces la Audiencia que *“la integración del demandante en la sociedad española exigía, dados sus orígenes, un proceso de adaptación a una nueva cultura y entorno, adaptación que implicaba necesariamente un proceso de evolución para ajustarse a su nuevo medio, siendo así que de lo actuado ha quedado demostrado que el actor ha logrado su adaptación a la sociedad española en la que se ha insertado. Frente a ello no puede prosperar la apelación que hace la Administración a una opción -y ello aunque fuese cierto, lo cual no ha quedado acreditado- a favor de la poligamia que el interesado hubiera hecho legítimamente en su país, en el año 1982, conforme a su profesión religiosa pues supondría tanto como negar en tales casos la posibilidad de integración en la sociedad española a través del correspondiente proceso evolutivo de adaptación. Lo cierto es que el recurrente se ha adaptado a su nueva sociedad y su comportamiento no es contrario al orden público protegido por la ley, garantizando el Derecho español el respeto a sus creencias (...) negar la nacionalidad por el hecho de haber optado a favor de la poligamia, de forma legítima en su país conforme a su profesión religiosa, supondría negar la posibilidad de integración en la sociedad española a través del correspondiente proceso evolutivo de adaptación”.*

# NOTA SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES PARA EL *RECONOCIMIENTO* EN ESPAÑA DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION EUROPEA

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES  
*Catedrática de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Extremadura*

Recibido: 07.07.2009 / Aceptado: 21.07.2009

**Resumen:** La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (LSSPP) reguló el ejercicio en común de una actividad profesional, sobre la base de la cualificación profesional de los socios. Este objetivo es la manifestación de la dualidad entre el aspecto societario y el aspecto profesional de la sociedad profesional. La LSSPP pretende la creación de un nuevo tipo de profesional colegiado, que se suma de este modo a las personas físicas que ejercen la profesión de que se trate y no la regulación de un nuevo tipo societario.

En su redacción originaria, la LSSPP no contiene ninguna referencia a la posibilidad de actuación en España de sociedades profesionales extranjeras, ni siquiera las constituida en otros Estados miembros de la Unión Europea. Este olvido se intenta paliar ahora al añadir una disposición adicional séptima y modificar la disposición final segunda de la LSSPP, conforme a la redacción contenida en el *Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*.

Pese a lo bien intencionado de la reforma, la norma proyectada es confusa e innecesaria. Además, es contraria al Derecho comunitario, pues no corresponde al legislador español establecer las condiciones en que una sociedad de un Estado miembro es titular de las libertades de establecimiento y de servicios. Sí corresponde a la legislación del Estado miembro donde se ejerce la profesión la determinación de las condiciones para el ejercicio de la actividad profesional, sea por persona física, sea por persona jurídica, en los términos en que la jurisprudencia del TJCE convalida limitaciones justificadas por el interés general; en este aspecto la norma proyectada es poco clara e insuficiente.

**Palabras clave:** actividad profesional, práctica usual de una actividad profesional, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, profesiones reguladas, restricciones justificadas por un interés general, sociedades, sociedades profesionales.

**Abstract:** The 2/2007 Professional Corporation Act, of 15<sup>th</sup> March (LSSPP) regulated the common practice of professional activity on the basis of the professional qualifications of the members. This objective is the manifestation of the duality existing between the corporation aspect and the professional aspect of professional corporations. The LSSPP Act intends to create a new type of member of a professional corporation, adding, in this way, to the physical persons who develop a particular professional activity and not to the regulation of a new corporation type.

In its original form, the LSSPP Act does not include any reference to the possibility for foreign professional corporations to act in Spain, not even those corporations constituted in other member states of the European Union. This oversight is now being palliated by means of the seventh additional amendment and by modifying the second final provision of the LSSPP Act, according to the content of the *Bill for the Modification of different laws and their adaptation to the law of free access to service activities and their practice*.

Despite the good intentions of the amendment, the norm in project is confusing and unnecessary. Besides, it is contrary to the European Community law, since the Spanish legislator is not qualified to establish the conditions in which a corporation of a member state is entitled to the freedom of establish-

ment and services. However, the legislation of the member state where the profession is practiced is entitled to settle the conditions for the professional activity, whether by means of physical or legal personality, on the terms on which the jurisprudence of the *Court of Justice of the European Communities* validates limitations justified by general interest; in this respect, the norm in project is unclear and insufficient.

**Key words:** Corporations, Professional Corporations, professional activity, common practice of a professional activity, regulated professions, freedom of establishment, freedom to provide services, regulated professions, restrictions justified by general interest.

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares. II. Líneas generales de la Ley de sociedades profesionales. 1. Lo imperativo y lo dispositivo en la LSSPP. 2. El objeto social de las sociedades profesionales. III. Establecimiento y prestación de servicios en España por sociedades profesionales de otros Estados miembros. 1. Libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios de las sociedades. 2. Ejercicio de actividades profesionales por sociedades de otros Estados miembros. 3. La proyectada reforma de la LSSPP: nueva disposición adicional séptima y reforma de la disposición final segunda.

## I. Consideraciones preliminares.

1. Con inusitada frecuencia, cuando el legislador español tiene que regular figuras de nuevo cuño en nuestro ordenamiento jurídico, ignora la complejidad de su entorno, fruto de la coexistencia de una pluralidad de instancias con competencias legislativas. En un contexto marcado por la concurrencia normativa, son muchos los ejemplos en que actúa como si los problemas que tiene que resolver se desenvolvieran en una realidad acotada por los estrechos límites del mercado nacional.

Un exponente de esta forma de proceder lo encontramos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (LSSPP en lo sucesivo). En todo el articulado de la Ley no se encuentra ni la más leve referencia a la posibilidad de actuación en España de sociedades profesionales extranjeras, ni siquiera las constituida en otros Estados miembros de la Unión Europea.

2. Este olvido se intenta paliar ahora con la adición de una disposición adicional séptima y la modificación de la disposición final segunda de la LSSPP, conforme a la redacción contenida en el *Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*<sup>1</sup>. Este Proyecto de Ley, conocida como *Ley omnibus*, trae causa del mandato contenido en la Disposición Final Quinta del *Proyecto de Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio*<sup>2</sup>, conocida como *Ley paraguas*. Los dos textos responden a las exigencias que impone la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior*. Aunque su objetivo es más ambicioso, pues se extienden los principios regulatorios de la Directiva de servicios a sectores no afectados por la Directiva con la finalidad de mejorar la competitividad, aumentar la eficiencia y la transparencia simplificando el marco regulador

Antes de analizar esta nueva disposición, así como otras reformas que se establecen en el mismo Proyecto de Ley, conviene que nos detengamos en señalar cuáles son los aspectos configuradores de la LSSPP<sup>3</sup>.

## II. Líneas generales de la Ley de sociedades profesionales.

3. Según expresa su Exposición de Motivos, la Ley de Sociedades Profesionales «tiene por objeto posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad pro-

<sup>1</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 30-1, IX Legislatura, de 19 de junio de 2009

<sup>2</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 23-1, IX Legislatura, de 3 de abril de 2009

<sup>3</sup> Cfr., para los antecedentes, A. CAMPINS VARGAS, *La sociedad profesional*, Madrid, Civitas, 2000; M. LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit. Der Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht, Standes- und Zusammenarbeit*, Munich, 1970.

*fesional*». Conforme establece el artículo 1.1, las sociedades que deberán constituirse como sociedades profesionales son aquéllas que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional<sup>4</sup>. A su vez, para que se entienda que hay ejercicio en común de dicha actividad profesional es necesario que los actos propios de la misma, es decir de la actividad profesional, sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente<sup>5</sup>

4. Debemos tener presente que el objeto de la regulación de la LSSP son las *sociedades profesionales stricto sensu*, las que ejercen ellas mismas la actividad profesional de que se trate *Esto es, sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación social. En definitiva, la sociedad profesional objeto de esta Ley es aquélla que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Seguidamente, se reconoce la posibilidad de existencia de otras sociedades que quedan excluidas del ámbito de dicha Ley, como son las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional* (E. de M. Ley 2/2007)<sup>6</sup>.

5. No se incluyen, por tanto, en el ámbito de aplicación de la aquellas sociedades que se limiten a ser *sociedades de profesionales o entre profesionales*, sin perjuicio de la posible aplicación a éstas del régimen especial de responsabilidad, como consecuencia de la subsunción de las mismas en el supuesto normativo del apartado 1 de la disposición adicional segunda de dicha Ley.

6. Presupuesto de la aplicación de la LSSPP es el ejercicio de determinadas actividades profesionales, que en la terminología de la Directiva de Servicios y de la *Ley Paraguas*, podrían corresponderse con las denominadas profesiones reguladas, si bien en la definición de éstas no se incluye el requisito de obligada colegiación. La identificación de cuáles sean estas actividades profesionales se realiza en el artículo 1.1, párrafo segundo LSSPP: *aquéllas para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional*. Se impone, por tanto, un doble requisito: exigencia de titulación universitaria oficial e inscripción en un Colegio profesional. Podemos afirmar, en principio, que se trata de actividades para cuyo acceso se exige un previo y elevado nivel de cualificación técnica (titulación universitaria) y cuyo ejercicio ha de respetar estándares y elementos deontológicos marcados por la singularidad de la relación de confianza con los clientes o destinatarios de esos servicios profesionales<sup>7</sup>, que se traducen en especiales exigencias de responsabilidad, cuyo control corresponde a las corporaciones que tienen encomendada la ordenación y disciplina de dicha actividad de interés público (inscripción colegial)<sup>8</sup>.

7. La LSSPP pretende, de un lado, garantizar la seguridad jurídica de las sociedades profesionales, al establecer para las mismas una disciplina legal de las relaciones jurídico- societarias hasta ahora

<sup>4</sup> M. LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit. Der Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht, Standes- und Zusammenarbeit*, Munich, 1970.

<sup>5</sup> Vid. P. Yanes Yanes: *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, *passim*.

<sup>6</sup> RDGRN 21 diciembre 2007; cfr. F. REDONDO TRIGO, "Las sociedades profesionales y su objeto social en la resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2007", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 84, 707, 2008, pp. 1396-1421

<sup>7</sup> Una perspectiva clásica e imprescindible en A. LAMBOLEY, *La société civile professionnelle, un Nouveau statut de la profession libérale*, París, 1974.

<sup>8</sup> RR.DGRN 1 marzo 2008 y 28 enero 2009.

inexistente<sup>9</sup>. Junto a ello, la Ley pretende también asegurar un adecuado régimen de responsabilidad en garantía de los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados por la sociedad. Este doble objetivo es la manifestación de la dualidad entre el aspecto societario y el aspecto profesional de la sociedad profesional<sup>10</sup>. Expresamente se recoge en la E. de M. LSSPP que “*se establece una disciplina general de las sociedades profesionales que facilite el desarrollo de esta franja dinámica de nuestro sistema social y económico y con tan acusada incidencia en los derechos de sus clientes(...) En definitiva, esta nueva ley de Sociedades Profesionales se constituye en una norma de garantías: garantía de seguridad jurídica para las sociedades profesionales, a las que se facilita un régimen peculiar hasta ahora inexistente, y garantía para los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados de forma colectiva, que ven ampliada la esfera de sujetos responsables*”.

## 1. Lo imperativo y lo dispositivo en la LSSPP.

**8.** Certidumbre sobre el régimen jurídico de las sociedades profesionales y transparencia de las mismas también respecto de la forma social, son pues lo objetivos declarados de la Ley. Para alcanzarlos, contiene un conjunto de disposiciones imperativas, aplicables cualquiera que sea el tipo societario al que se acoja la sociedad profesional, y un conjunto de normas dispositivas<sup>11</sup>.

**9.** Son normas de *ius cogens* las relativas a los siguientes extremos:

1º) La exclusividad del objeto social y otros relacionados con el ejercicio de la actividad profesional tanto por la sociedad como por los socios (arts. 2, 3-al que el *Proyecto de Ley Ómnibus* da una nueva redacción-, 5 y 9);

2º) La composición subjetiva de la sociedad y de sus órganos (art. 4, al que el *Proyecto de Ley Ómnibus* da una nueva redacción);

3º) Formalización del contrato (art. 7);

4º) Inscripción en el Registro Mercantil y colegiación de la propia sociedad (art. 8);

5º) Régimen de responsabilidad de la sociedad y de los profesionales actuantes (art. 9 y 11); y

6º) Régimen de determinadas mayorías para la adopción de algunos acuerdos (arts. 10.2, i.f. y 14.3).

**10.** Las normas de naturaleza dispositiva ordenan determinadas relaciones jurídico societarias y ofrecen un modelo al que los socios podrán acogerse o podrán modificar conforme a su voluntad (no obstante, en algunos de estas normas parte de su contenido que es de carácter imperativo). Se trata de las normas relativas a las siguientes materias:

1º) Régimen general de participación en beneficios e imputación de pérdidas (art. 10);

2º) Intransmisibilidad de la condición de socio profesional (art. 12);

3º) Régimen de separación y exclusión de socios profesionales (arts. 13 y 14); y

4º) valoración de la cuota de liquidación del socio saliente (art. 16), ejercicio del derecho de suscripción preferente, retribución de prestaciones accesorias y determinados supuestos de reducción del capital social (art. 17).

## 2. El objeto social de las sociedades profesionales.

**11.** La *ratio* de la ley es la regulación del ejercicio en común de una actividad profesional sobre la base de la cualificación profesional de los socios, más que el ejercicio de una actividad económica genéricamente considerada a través de un conjunto de bienes. La exclusividad del objeto social viene exi-

<sup>9</sup> J.C. PAZ ARES, “Las sociedades profesionales: Una introducción”. *La Ley*, 2005, 5. pp-1030-1035; ID., “Las sociedades profesionales (principios y bases de la regulación proyectada). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 75, 653, 1999, pp. 1257-1275.

<sup>10</sup> R.C.O. Matthews, “The economics of professional ethics: should the professions be more like business?”, *The Economic Journal*, pp. 1991, pp. 737-759; M. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros”, *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 71, 2009, pp. 7-34.

<sup>11</sup> RR. DGRN 5 marzo 2009 y 6 marzo 2009.

gido por el art. 2 de la LSSPP: *Las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales...* Esta exigencia se fundamenta en la necesidad de impedir la *comercialización* de las profesiones y el incumplimiento de las normas deontológicas propias de la profesión de que se trate. Esta disposición prohíbe que junto a las actividades profesionales de que se trate se incluya en el objeto social otras actividades no profesionales. Así, por ejemplo, una sociedad de abogados no puede incluir en su objeto social la comercialización de materias primas. Al margen de la exageración, la prohibición debe entenderse sus justos términos. Por ello, se considera que dicha regla legal no excluye la posibilidad de que la sociedad profesional realice también determinadas actividades que, sin ser de ejercicio profesional en sentido estricto, pueden considerarse conexas a las profesionales que constituyan el objeto exclusivo de dicha sociedad. En tal sentido se suele hacer referencia, como ejemplo, a actividades de mediación, gestión, asesoramiento, consulta o información. Siguiendo con nuestro ejemplo, la sociedad de abogados podría editar libros con los aspectos más destacados de los casos defendidos o colaborar en el desarrollo de programas informáticos dirigidos al ejercicio de la abogacía. La exclusividad de lo objeto, en consecuencia es compatible con la realización de actividades accesorias que tengan clara conexión con el núcleo propio del objeto profesional exclusivo de la sociedad de que se trate, de modo que éste no quede desvirtuado por aquellas actividades conexas. Por el contrario, será incompatible con actividades que no pueden ser admitidas conforme a dicho criterio<sup>12</sup>.

12. Por otra parte, determina el mismo artículo 2 de la LSSPP, que las sociedades profesionales podrán desarrollar las actividades propias de su objeto exclusivo «...bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales. En este caso, la participación de la sociedad tendrá la consideración de socio profesional en la sociedad participada, a los efectos de los requisitos del artículo 4, así como a los efectos de las reglas que, en materia de responsabilidad, se establecen en los artículos 5, 9 y 11 de la Ley, que serán exigibles a la sociedad matriz».

13. Según el art. 3 de la LSSPP: *Las sociedades profesionales podrán ejercer varias actividades profesionales, siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal o reglamentario.* El Proyecto de Ley Ómnibus, acertadamente suprime la posibilidad de establecer incompatibilidades para las sociedades profesionales con normas de rango reglamentario. En este caso, la sociedad habrá de tener la composición subjetiva exigida por el art. 4. El mismo criterio ha de aplicarse respecto de la aplicación de las normas de la LSSPP a relativas a funcionamiento, colegiación, régimen de imputación y responsabilidad, etc.<sup>13</sup>

14. A los efectos que aquí interesan, la comprensión de las disposiciones sobre la exclusividad del objeto social debe hacerse desde la reglamentación de las actividades profesionales, por lo que su alcance más allá de lo estrictamente societario llega hasta las sociedades de otros Estados miembros, sin que ello suponga imponerle una restricción injustificada, pues deberá constreñirse al exacto perímetro de la actuación profesional.

### III. Establecimiento y prestación de servicios en España por sociedades profesionales de otros Estados miembros.

15. Diversos son los problemas que plantea el establecimiento y la prestación de servicios de las sociedades profesionales de otros Estados miembros de la UE. Por un lado, la posibilidad de que sociedades constituidas en Estados miembros de la UE, que desempeñen en tales Estados actividades profesionales, puedan ostentar la condición de socio profesional de una sociedad profesional española y representar las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto que el art. 4.2 de la LSSPP, reserva a los socios profesionales. Por otro, la posibilidad de su actuación en España, sea mediante estable-

<sup>12</sup> RR. DGRN 1 marzo 2008, 17 enero 2009 y 28 enero 2009. Cfr. F. REDONDO TRIGO, "Las sociedades profesionales y su objeto social en la resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2007", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 84, 707, 2008, pp. 1396-1421.

<sup>13</sup> RDGRN 17 enero 2009.



cimiento o mediante prestación de servicios. En uno y otro caso, en la solución que se dé habrán de ponderarse acertadamente los límites a la equivalencia de las condiciones exigidas por los distintos Estados miembros para el ejercicio de actividades profesionales<sup>14</sup>.

### 1. Libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios de las sociedades.

16. El art. 48 TCE establece: *Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central y centro de actividad principal se encuentren dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.*

*Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.*

El art. 48 TCE permite a una sociedad que instale su domicilio estatutario en un Estado miembro y que disponga de su explotación principal y/o sede de dirección en España, sin que se vea obligada, por mandato del art. 5 LSA, ni a constituirse con arreglo a la Ley española ni a fijar su domicilio estatutario en España. En el caso de las sociedades capitalistas, no son aplicable ni el art. 5.2 LSA y ni el art. 6.2 LSRL. Lo mismo vale para las restantes formas societarias que carecen de norma específica para la atribución de la nacionalidad española a la sociedad y que siguen el principio *constitución-domicilio*, genéricamente deducible del art. 28 CC. Estos preceptos son inaplicables porque implican un *obstáculo no justificado* a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la UE, prohibido por el art. 46 TCE.

17. El TJCE confirma el alcance del art. 48 TCE y la consiguiente *eurodepuración* (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) de las normas de conflicto de los Estados Miembros que determinan la ley aplicable a las sociedades. La tetralogía societaria del TJCE es de extraordinaria nitidez. Así, la STJCE 9 marzo 1999, *Centros Ltd vs. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, la STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, la STJUE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*: y la STJUE 12 septiembre 2006, *Cadbury Schweppes plc.*, establecen que la libertad de establecimiento de sociedades en la UE sólo tiene el límite del “fraude” o “abuso de Derecho” cuando se comprueba que la sociedad o sucursal establecida en otro país no existe realmente o se ha llevado un montaje en cuya virtud se le imputan actividades económicas o cifras de negocios falsas.

18. Dado que el Derecho de sociedades de los Estados Miembros regula distintos tipos societarios es posible que un Estado Miembro regule un tipo concreto de sociedad que no exista en otro Estado Miembro. En tal caso, se plantea la cuestión de si la sociedad creada en un Estado Miembro puede sobrevivir “como tal”, con los caracteres y efectos previstos en la Ley de ese Estado si se traslada u opera en otro Estado Miembro o si, por el contrario, debe transformarse a cualquier tipo societario de los expresamente contemplados en ese otro Estado.

19. Frente a quienes sostienen que es necesaria esa transformación, cabe recordar que se impone a la sociedad creada en otro Estado miembro un proceso de “nacionalización” inaceptable a la luz del Derecho comunitario por varias razones. En primer lugar, porque desnaturaliza a la sociedad, ya que se pierden algunos de los efectos atribuidos por la Ley con arreglo a la cual se constituyó; en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, porque atribuye a la sociedad efectos legales diferentes de Estado miembro a Estado miembro. Imponer a una sociedad legalmente constituida en un Estado miembro, a “reconvertirse” a un tipo societario contemplado en el Derecho del Estado miembro de destino supone un coste enorme y un obstáculo contrario a las libertades comunitarias de las que son titulares las sociedades. La sociedad beneficiaria de las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios no puede ser obligada a cambiar de tipo social cuando ejercita una actividad transfronteriza. La forzada transformación, por tanto, vulnera la esencia misma de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

<sup>14</sup> Por todos, vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de derecho de Sociedades*, 28,1, 2007, pp. 59-100.

**20.** En consecuencia, la única solución conforme al Derecho comunitario consiste en que, en principio, la sociedad legalmente constituida en un Estado Miembro debe poder operar en los demás Estados Miembros mediante el tipo societario originario de la sociedad en el Estado Miembro de origen. Esta solución evita que una misma sociedad de capital deba asumir tipos societarios distintos en cada Estado miembro. Esta segunda tesis ha sido expresamente apoyada por el TJCE: se reconoce la sociedad tal y como se creó en el Estado Miembro de origen<sup>15</sup>.

**21.** No obstante, las notables diferencias que median entre el régimen jurídico de las sociedades constituidas en los diversos Estados miembros, plantea dificultades en torno a la protección de socios y de terceros que contratan con ellas. Con el fin de intentar salvar las diferencias entre las legislaciones que regulan los tipos societarios de los distintos Estado miembros, el art. 44, apartado 2, letra g) del TCE, prevé la posibilidad de que el Consejo de la Unión Europea adopte directivas para coordinar, *en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, para proteger los intereses de socios y terceros*. Conforme a esta habilitación se han adoptado varias Directivas que armonizan el Derecho de sociedades de los Estados miembros. A los efectos que aquí nos interesan, estas directivas se han centrado en los elementos clave del sustrato económico de las sociedades, sin atender al elemento personal, en el que se incluiría la cualificación profesional de los socios.

**22.** Al respecto, el art. 43.2 TCE dispone: *La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo. 2º art. 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales*. El art. 43 TCE, en relación con el art. 48, antes reproducido, contiene un dato esencial para la resolución de las cuestiones que plantea la actividad en España de sociedades profesionales constituidas en otros Estados miembros de la UE: la equiparación de las personas jurídicas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo (Capítulo II del Título III, que lleva por rúbrica “libertad de establecimiento”), a las personas físicas nacionales de los Estados miembros, y la consiguiente aplicación a aquéllas de las condiciones fijadas por el Estado de establecimiento en lo que concierne al acceso a la actividad.

## **2. Ejercicio de actividades profesionales por sociedades de otros Estados miembros.**

**23.** Reiteradamente hemos subrayado que la LSSPP pretende la creación de un nuevo tipo de profesional colegiado, que se suma de este modo a las personas físicas que ejercen la profesión de que se trate y no la regulación de un nuevo tipo societario. En la LSSPP existe una clara línea divisoria entre la forma societaria que se adopte para el ejercicio de una profesión y los requerimientos que se le imponen a la sociedad por razón del ejercicio de una actividad profesional.

**24.** El derecho a la libertad de establecimiento implica que si la sociedad ha sido constituida con arreglo a las leyes que regulan el tipo societario de que se trate de cualquiera de los Estados miembros, no puede negarse a la sociedad correspondiente personalidad jurídica ni imponerle restricciones diferentes a las que se impongan a las sociedades constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado en cuyo territorio se ejerce la actividad. La constitución conforme al Derecho de un Estado miembro tiene alcance conflictual y, sin necesidad de transitar por el obsoleto expediente del reconocimiento, hace a la sociedad beneficiaria de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. Ahora bien, en los ámbitos de las respectivas libertades comunitarias fundamentales, sí podrá imponerse el cumplimiento de la normativa interna del Estado de ejercicio de la actividad, fruto de la potestad del Estado para requerirles el cumplimiento de las normas que garantizan el adecuado ejercicio colectivo de la profesión, siempre que ello no implique discriminación respecto a las sociedades nacionales ni obstáculos a las libertades comunitaria.

<sup>15</sup> STJCE 9 marzo 1999, *Centros* FJ 26 *in fine*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 93, 95, 57, 58, 59 y FJ 81.

**25.** Así se deduce de la interpretación que dada a los arts. 43 y 48 por el TJCE. Entre otras, la *STJCE sala 3ª de 30 de marzo de 2006 señala que “el interés general en proteger a los destinatarios de los servicios de que se trata contra un perjuicio que podrían sufrir a consecuencia de servicios proporcionados por personas que no tienen la cualificación profesional o moral necesaria puede justificar una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios”*<sup>16</sup> (STJCE de 25 de julio de 1991, Ságer, C76/90,); la *STJCE*, sala 5ª, de 17 de octubre de 2002, afirma: “No obstante, conforme a reiterada jurisprudencia, cuando tales medidas se aplican a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, pueden estar justificadas si responden a razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo”<sup>17</sup>.

En suma, la jurisprudencia del TJCE admite el establecimiento por los Estados miembros de restricciones a la libertad de ejercicio de actividades profesionales siempre que se justifiquen en razones de interés general, sean adecuadas y no vayan más allá de lo necesario para conseguir el objetivo propuesto.

**26.** Una vez examinada la remisión a la legislación del Estado de establecimiento en lo que concierne al establecimiento de condiciones para el ejercicio de la actividad profesional, sea por persona física, sea por persona jurídica, y la convalidación que de estas limitaciones hace el TJCE, procede examinar los diferentes supuestos.

**27.** Una sociedad titular de la libertad de establecimiento comunitaria la remisión a la legislación del Estado de establecimiento en lo que concierne al establecimiento de condiciones para el ejercicio de la actividad profesional, sea por persona física, sea por persona jurídica, y la convalidación que de estas limitaciones hace el TJCE puede ejercer como sociedad profesional en España siempre que según la Ley del Estado miembro con arreglo a la cual se ha constituido, pueda desarrollar actividades profesionales similares a las desarrollan en España las sociedades profesionales a tenor de la LSSPP.

**28.** Pues bien, esa compatibilidad se traduce en el reconocimiento en España de la condición de socio profesional a las sociedades que en su Estado de origen puedan acceder al ejercicio colectivo de la profesión de que se trate. Ahora bien, han de cumplirse los siguientes requisitos:

1º) Debe tratarse de una sociedad que con arreglo al Derecho interno del Estado de origen esté habilitada en él para el ejercicio de la actividad profesional en cuestión, extremo que habrá de acreditar ante el Notario que autorice la escritura pública de constitución de la sociedad profesional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 LSSPP. No cumpliéndose este requisito, el Registrador denegará la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad profesional de la que forme parte como socio una sociedad comunitaria. Así lo imponen los arts. 7 y 8.1 LSSPP<sup>18</sup>. Las sociedades de otros Estados miembros pueden participar como socios profesionales en los términos del art. 4.1 LSSPP si ello no es incompatible con lo establecido en su *lex societatis* extranjera.

2º) En todo caso, las personas físicas que actúan en nombre o por cuenta de la sociedad deben cumplir los requisitos de habilitación e inscripción en el registro del colegio profesional correspondiente.

**29.** La compatibilidad de la regulación de la LSSPP y su aplicación a las sociedades comunitarias, con el art. 48 TCE en relación con el art. 43 TCE ha de canalizarse a través de los dos postulados que se han sentado en las consideraciones precedentes: por un lado, el necesario reconocimiento a una sociedad validamente constituida en un Estado comunitario de plena personalidad jurídica, sin posibilidad de imponerle requerimientos o exigencias adicionales y de otro, la cualificación exigida a los socios profesionales que se justifica por la necesidad de evitar “vaciar” de profesionales la sociedad a cambio de su capitalización por socios profesionales.

<sup>16</sup> Rec. p. 1-4221, apartados 15 a 17

<sup>17</sup> Vid. SSTJCE de 31 marzo 1993, *Kraus*, C-19/92, Rec. p. 1-1663, apartado 32; *Gebhard*, apartado 37; de 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. p. 1-1459, apartado 34; *Pfeiffer*, apartado 19; de 4 julio 2000, *Haim*, C-424/97, Rec. p. 1-5123, apartado 57; *Mac Quen y otros*, apartado 26, y *Comisión/Italia*, apartado 23; en idéntico sentido, STJCE sala 2ª de 21 abril 2005.

<sup>18</sup> Una visión sesgada y errónea por desvirtuada en atención a criterios que no se corresponden con los objetivos de la LSSPP en L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Forma y publicidad de las sociedades profesionales”, en A. HERNÁNDEZ MORENO (Ed.), *Derecho de sociedades (Congreso UNIJÉS 2007)*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 17-56.

**30.** Los límites al ejercicio colectivo de la profesión se establecen en la LSSPP. De éstas presentan singular interés los relativos a la composición determinados en el artículo 4, al que el *Proyecto de Ley Ómnibus* da una nueva redacción. Conforme a la regulación vigente, es preciso que las tres cuartas partes del capital y los derechos de voto, o las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas pertenezcan a socios profesionales (art. 4.2), entendiéndose por tales, en este caso, las personas físicas que ostenten la habilitación necesaria según las normas españolas para ejercer la profesión que corresponda (art. 4.3 y 4). La reforma que se proyecta consiste, en lo esencial, en una reducción del porcentaje exigido, que se reduce de las tres cuartas partes a la mitad más uno.

La imposición de estas limitaciones se justifica en el interés público que subyace en la disciplina y control del ejercicio de actividades profesionales.

**31.** Pero, ello no impide, en absoluto, que la sociedad que, constituida al amparo de la legislación de un Estado miembro, aunque no esté específicamente habilitada para el ejercicio de actividades profesionales en el Estado de origen, pueda ejercer en España actividades profesionales. Por un lado, puede acogerse al régimen diseñado por la LSSPP participando como socio no profesional en el capital de una sociedad profesional constituida de conformidad con las prescripciones de la misma. En concreto, el art. 1.2 permite la participación en una cuarta parte del capital y de los derechos de voto en las sociedades capitalistas o una cuarta parte del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas. Por otro lado, puede constituirse como sociedad profesional siempre que cumpla los requerimientos de tenencia de capital en manos de socios profesionales que impone la LSSPP.

**32.** Deben recordarse varios datos que avalan las dos anteriores conclusiones. En primer lugar, el art. 48 TCE indica que las sociedades gozan de la *libertad de establecimiento –y de la libertad de prestación de servicios–* en cualquier Estado comunitario siempre que verifiquen dos requisitos:

1º) La sociedad debe haber sido *constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro*;

2º) La sociedad debe tener su sede social, administración central o centro de actividad principal en un país comunitario.

Ningún otro requisito se exige. Por ejemplo: no se requiere que la sociedad ejerza alguna actividad económica en el Estado miembro donde tiene su domicilio estatutario<sup>19</sup>.

### **3. La proyectada reforma de la LSSPP: nueva disposición adicional séptima y reforma de la disposición final segunda.**

**33.** Como indicábamos al principio, en el *Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* se añade a la LSSPP una nueva Disposición Adicional con el siguiente tenor:

*Serán reconocidas en España como sociedades profesionales las constituidas como tales de conformidad con la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea y cuya sede social, administración central y centro de actividad principal se encuentre en el territorio de un Estado miembro, siempre que hayan cumplido los requisitos previstos, en su caso, en dicho país comunitario para actuar como sociedades profesionales.*

*La prestación de servicios o el establecimiento en España de las sociedades antes referidas se ajustará a lo previsto en la normativa que regula el reconocimiento de cualificaciones profesionales y, en su caso, en la normativa de las corporaciones profesionales sobre establecimiento o ejercicio de profesionales comunitarios.*

**34.** A la vista de cuánto hemos señalado respecto a las sociedades como titulares de las libertades comunitarias de establecimiento y de servicios, la primera observación que hemos de hacer es que la norma proyectada además de innecesaria es contraria al Derecho comunitario, pues no corresponde al legislador

<sup>19</sup> STJCE 9 marzo 1999, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*; STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*

español establecer las condiciones para ello. Máxime si lo hace de manera confusa. Centrados en el primer apartado, cuando se impone a la sociedad *que hayan cumplido los requisitos previstos, en su caso, en dicho país comunitario para actuar como sociedades profesionales*, surgen de inmediato varias dudas. La primera ¿qué requisitos son los contemplados?; la segunda puesto que Estado de constitución y Estado de la sede social, administración central o centro de actividad principal pueden ser diferentes ¿cual será el *dicho país comunitario* que puede prever el cumplimiento de requisitos para actuar como sociedades profesionales? A nuestro juicio, no cabe más interpretación que la de la remisión a la ley del Estado de constitución.

**35.** Las deficiencias de la disposición que analizamos provienen de la confusión entre los aspectos societarios y los aspectos relativos al ejercicio en común de una actividad profesional sobre la base de la cualificación profesional de los socios.

**36.** Respecto de los aspectos societarios, el legislador español no tiene ningún margen de actuación. Además, resulta cuestionable que si la propia LSSPP reiteradamente señala que no regula ningún nuevo tipo de sociedad, por vía de una Disposición Adicional venga a regularse, de manera embrollada una cuestión de tan amplio alcance como la relativa a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Lo que se hace además, con un expediente decimonónico como es el reconocimiento, pues lo que esta en causa es determinar si la sociedad constituida en un Estado miembro será aceptada como tal en el mercado español de los servicios. Ello, valga la reiteración, lo regula el Derecho comunitario. Por tanto, a nuestro entender, tal y como está redactado el primer apartado de la disposición proyectada, sería deseable que en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se suprimiera para evitar incurrir en una violación del Derecho comunitario.

**37.** En cuanto a las cuestiones que plantea el ejercicio en común de una actividad profesional, el Proyecto de Ley viene a establecer tres condiciones que merecen análisis singularizado.

El primero de ellos, con la matización señalada para la deficiente dicción del precepto, implica que la sociedad debe cumplir los requisitos previstos en la Ley del Estado donde se constituyó comunitario para actuar como sociedades profesionales. Exigencia que, como hemos señalado, sólo podrá ser impuesta a los efectos de establecimiento en España o de participación como socio profesional de una sociedad profesional española. Por lo que al primer aspecto se refiere, valga recordar que no se impondrá la transformación en uno de los tipos societarios españoles, pues para las sociedades profesionales rigen sin matices los principios analizados en relación con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de las personas jurídicas.

**38.** Los otros dos requisitos se refieren al cumplimiento de la normativa sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales y de la normativa de las corporaciones profesionales sobre establecimiento o ejercicio de los profesionales comunitarios. Como ya hemos señalado, corresponde a la legislación del Estado miembro donde se ejerce la profesión determinar las condiciones para el ejercicio de la actividad profesional, sea por persona física, sea por persona jurídica, en los términos en que la jurisprudencia del TJCE convalida estas limitaciones justificadas por el interés general. En este punto, la redacción del apartado 2º de la proyectada disposición resulta poco clara y confusa. También sería deseable que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, armonizando lo previsto con los principios del *Proyecto de Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, la redacción proyectada mejorase para ceñirse a establecer claramente cuales son las limitaciones derivadas de la regulación de actividades profesionales.

**39.** Por último, el *Proyecto de Ley Ómnibus* modifica la Disposición Final Segunda de la LSSP con la inclusión de un nuevo apartado que supone la habilitación normativa al Consejo de Ministros para dictar las disposiciones reglamentarias para adaptar la normativa sobre establecimiento o ejercicio de profesionales comunitarios a la naturaleza societaria del prestador de servicios. En consonancia con las limitaciones que el derecho comunitario impone a los Estados miembros en orden a garantizar la efectividad de las libertades comunitarias fundamentales, esta habilitación sólo puede extenderse a los aspectos estrictamente regulatorios de la actividad profesional.

# GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 18 DE FEBRERO DE 2009

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA  
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Murcia*

Recibido: 04.07.2009 / Aceptado: 20.07.2009

**Resumen:** La Resolución de la DGRN de 18 febrero 2009 se enfrenta con la cuestión del acceso al Registro Civil español de una certificación registral californiana en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución. La DGRN examina todo el arsenal metodológico del DIPr. y realiza una cuidada delimitación entre las normas de DIPr. que siguen el método conflictual y las normas de DIPr. que siguen el método del reconocimiento. La DGRN concede el carácter de “decisión” a la certificación californiana de nacimiento y filiación de los menores y, en consecuencia, resuelve la cuestión mediante la aplicación de las normas que en DIPr. español regulan esta cuestión (art. 81 RRC). Una vez en dicha plataforma legal, la DGRN rechaza la existencia de fraude de Ley y de *Bad Forum Shopping*, y argumenta que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana no vulnera el orden público internacional español. La DGRN indica que el principio-valor del interés superior del menor aconseja que los menores tengan la misma filiación en California y en España y que su identidad sea una sola, de modo que tales menores no cambien de padres cada vez que cruzan las fronteras.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, maternidad subrogada, conflicto de Leyes, reconocimiento de decisiones, certificaciones registrales extranjeras, *Lex Fori*, filiación, Derecho internacional privado, *Forum Shopping*, fraude de Ley.

**Abstract:** The “Resolución” of the Dirección General de los Registros y del Notariado of February 18, 2009 faces the question of the access to the Civil Spanish Civil Registry of a birth certificate issued by the Californian authorities admitting two minors born in California as sons of two Spanish males. The woman who gave birth was a surrogate mother. The Spanish DGRN examines the whole methodological resources of Private International Law and places the problem in the field of extraterritorial effects of foreign decisions and not in the field of the Conflict-Of-Laws. Therefore, those effects have to be decided in accordance with Article 81 of the Spanish “Reglamento del Registro Civil”. In addition to that, the Dirección General de los Registros y del Notariado refuses any evasion of the Law and any *Bad Forum Shopping* in the case. Eventually, the Californian birth certificate is registered in the Spanish civil Registry because it is the best way to improve the welfare of the particular children and there is no damage to the Spanish *ordre public* (public policy of the Forum). Hence these minors will have the same filiation in California and in Spain and also their identity will be the same in these two countries.

**Key words:** surrogacy, surrogate mothers, Conflict-Of-Laws, Recognition and Enforcement of foreign Decisions, Foreign Birth Certificates, *Lex Fori*, Filiation, Private international Law, *Forum Shopping*, Evasion of the Law.

**Sumario:** I. Introducción. II. El art. 15 LRC, la inscripción del nacimiento en el Registro civil español y la cuestión del “doble espejo”. III. La gran cuestión: “normas de conflicto de Leyes” *versus* “normas de reconocimiento de decisiones”. 1. Perspectiva metodológica. 2. Hay que poner en su sitio a la norma de conflicto. IV. El art. 81 RRC. Círculo hermenéutico y posibilidades. V. Los requisitos concretos exigidos a la certificación registral californiana para su acceso al Registro Civil español. 1. Aspectos generales. 2. Ajuste de la solución californiana con el orden público internacional español. 3. La cuestión del fraude de Ley y del *Forum Shopping*. VI. Conclusión.

## I. Introducción.

1. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de fecha 18 febrero 2009 aborda un tema complejo y un supuesto muy particular: el acceso al Registro Civil español de una certificación registral californiana en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución<sup>1</sup>. El caso fue el siguiente: dos españoles, varones y casados entre sí en España, viajaron a California. En dicho *State*, los varones españoles contrataron, a través de los procedimientos establecidos en la legislación de California, a una mujer “portadora”, que tras la correspondiente inseminación artificial, gestó a dos gemelos a partir del material genético masculino de los cónyuges españoles. La mujer portadora dio a luz a dos niños. Antes del nacimiento de los mismos, las autoridades judiciales californianas habían declarado que los nacidos debían ser considerados como “hijos” de los varones españoles (= hijos “por naturaleza”, no hijos “adoptados”). Así se hizo constar, igualmente, en el Registro Civil californiano y así constaba en la certificación registral californiana presentada para su inscripción ante el Registro Civil español. Los cónyuges españoles instaron la inscripción del nacimiento de los menores en el Registro Civil Consular español en Los Ángeles. Dicho Consulado rechazó la inscripción al estimar que la gestación por sustitución está prohibida en Derecho español, ya que el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto<sup>2</sup>. Por tanto, con arreglo a dicha Ley, la mujer que da a luz debe ser considerada como “madre legal” de los nacidos. Y los cónyuges españoles no deben ser considerados “padres” de tales nacidos. Los interesados recurrieron la denegación de la inscripción ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). La DGRN dio la razón a los mismos y ordenó la inscripción registral del nacimiento de los menores con idéntica filiación a la que constaba en los Registros civiles californianos: los nacidos en California son hijos naturales de los cónyuges varones españoles.

2. Esta RDGRN 18 febrero 2009 constituye una decisión pionera en relación con este delicado y complejo tema. Para ello, la RDGRN 18 febrero 2009 utiliza con maestría las mejores técnicas del Derecho internacional privado (DIPr.) y se muestra, sin duda alguna, vanguardista y audaz en la solución del caso. La RDGRN 18 febrero 2009 pone de relieve que los oscuros tiempos del aislacionismo jurídico español han quedado plenamente superados. En efecto, la DGRN ofrece, en esta resolución, una solución legal de tecnología punta, que muestra la alta calidad de la ciencia jurídica internacional-privatista que hoy día se practica en España. Una solución que sintoniza con las tendencias que, en esta materia, comienza a mostrar el Derecho comparado. Desde ese punto de vista, puede también subrayarse que, a la hora de resolver problemas jurídicos de Derecho internacional privado, España ya no es la cenicienta

<sup>1</sup> El texto de la RDGRN 18 febrero 2009 puede encontrarse en [www.accursio.com](http://www.accursio.com). Los aspectos jurídicos internacionales de los contratos de filiación por sustitución (*surrogacy* - *gestation pour autrui*) comienzan ser explorados con detalle por la doctrina. *Vid.*, *inter alia*, las muy interesantes observaciones de G. CUNIBERTI en [www.conflictolaws.net](http://www.conflictolaws.net), así como G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1<sup>re</sup> ch. sect. C de 25 octobre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153; S. BYCHKOV GREEN, “Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law”, en [http://works.bepress.com/sonia\\_green/1](http://works.bepress.com/sonia_green/1); CH. BYK, “La déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l’homme: la bioéthique, une utopie civilisatrice à l’ère de la mondialisation?”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 863-882. En España, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2009, pp. 196-215, esp. pp. 212-215; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil*, 2009, pp. 11-13, en relación con esta RDGRN 18 febrero 2009.

<sup>2</sup> BOE núm. 126 de 27 mayo 2006.

de Europa. Y que el Derecho internacional privado ya no constituye un “*Arte Povera*”, sino el *Battlefield* en el que las distintas propuestas de método debaten entre sí en un diálogo cualificado dirigido a mejorar la vida internacional de los particulares. Para comprender correctamente la riqueza de matices de esta RDGRN 18 febrero 2009 es preciso, igualmente, acabar con prejuicios propios del pensamiento vertical y abrir las ventanas al típico *modus operandi* de la DGRN. Porque para la DGRN, el DIPr. es una “creación coral”, una “*opera aperta*” que crece y adquiere nuevas dimensiones cada vez que un lector aporta su propia perspectiva personal.

## II. El art. 15 LRC, la inscripción del nacimiento en el Registro civil español y la cuestión del “doble espejo”.

3. Antes de sumergir al lector en las procelosas aguas de los argumentos jurídicos de fondo empleados por la DGRN para fundamentar el acceso de la certificación registral californiana al Registro Civil español, debe despejarse una cuestión preliminar. En efecto, resulta preciso, con carácter previo, determinar si los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española y si, precisamente por ello, el nacimiento y la filiación de los mismos debe ser inscrita en el Registro Civil español. Entra en escena el muy conocido art. 15 LRC. Pues bien, para que dicho acceso sea posible, el precepto citado exige que el nacimiento haya tenido lugar en España o que el nacido ostente la nacionalidad española<sup>3</sup>. El primer supuesto no concurre: los menores nacieron en California. La duda surge en relación con el segundo párrafo del art. 15 LRC: ¿son españoles estos menores nacidos en California? A tal efecto, un segundo invitado se une a la fiesta jurídica: el art. 17.1.a) CC<sup>4</sup>. Este precepto indica que son españoles de origen “*los nacidos de padre o madre españoles*”. A partir de aquí, la DGRN acoge y recibe en la RDGRN 18 febrero 2009 su propia y tradicional interpretación del precepto (= con cita expresa de diversas resoluciones de la misma DGRN: se nombran, en efecto, la RDGRN 7 mayo 1965, RDGRN 4 febrero 1966, RDGRN 29 diciembre 1971, RDGRN 19 diciembre 1973, RDGRN 11 agosto 1975, RDGRN 19 enero 1976, RDGRN 11 abril 1978, RDGRN 7 mayo 1980, RDGRN 5 marzo 1986, RDGRN 28 octubre 1986 y Circular DGRN 6 junio 1981)<sup>5</sup>. Dicha interpretación, avanzada por el gran internacionalista español J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, subraya que la referencia que el art. 17.1.a) CC realiza en favor de los “*nacidos*” de padre o madre españoles, palabra introducida en el precepto por la Ley 18/1990 de 17 diciembre 1990 sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad, persigue un concreto objetivo, decisivo en el

<sup>3</sup> Art. 15 de la Ley del Registro civil (LRC) de 8 junio 1957 (BOE núm.151 de 10 junio 1957): “*En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.*

*En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español”.*

<sup>4</sup> Art. 17.1 CC: “*Son españoles de origen:*

*a) Los nacidos de padre o madre españoles.*

*b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.*

*c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.*

*d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español”.*

La redacción de este precepto es la vigente a 13 junio 2009, y es resultado de las modificaciones llevadas a cabo al texto originario del Código Civil de 1889, por las siguientes Leyes: Ley de 15 julio 1954 (BOE de 16 julio 1954), Ley 14/1975 de 2 mayo 1975 (BOE núm.107 de 5 mayo 1975), Ley 51/1982 de 13 julio 1982 (BOE núm.181 de 30 julio 1982), Ley 18/1990, de 17 diciembre 1990 (BOE núm. 302 de 18 diciembre 1990), Ley 29/1995 de 2 noviembre, por la que se modifica el Código Civil en materia de recuperación de la nacionalidad (BOE núm. 264 de 4 noviembre 1995), Ley 36/2002 de 8 octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 242 de 9 octubre 2002). Aunque no afecta directamente al texto del art. 17.1.a) CC, téngase presente la Disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (BOE núm. 310 de 27 diciembre 2007).

<sup>5</sup> Cuyo análisis puede seguirse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho de la Nacionalidad”, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / A. DURÁN AYAGO / B.L. CARRILLO CARRILLO, *Curso de Nacionalidad y Extranjería*, 2ª ed., Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, Madrid, 2008, pp. 52-53.

<sup>6</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Art. 17 CC”, en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, (Dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1986, pp. 17-53.



presente caso<sup>6</sup>. En efecto, el precepto pudo haber hecho mención a los “*hijos*” de padre o madre españoles, pero prefirió emplear el término “*nacidos*” para evitar el problema del llamado “*circulus inextricabilis*”, “doble espejo” o “problema circular”, típico de estos supuestos. Este problema surge cuando la determinación de la “nacionalidad” se vincula a la cuestión de la “filiación” y, al mismo tiempo, la cuestión de la “filiación” se vincula a la determinación de la nacionalidad del nacido. Así es, porque para concretar la “filiación” que corresponde al sujeto es necesario conocer cuál es su nacionalidad (= así lo exige el art. 9.4 CC: la filiación se rige por la Ley nacional del sujeto). Pero es que para determinar la nacionalidad del sujeto, es preciso conocer antes su filiación y saber quiénes son sus padres (= así lo exige el art. 17.1.a) CC, pues son españoles aquellos sujetos cuyo padre o cuya madre son españoles). El *circulus inextricabilis* se rompe con la expresión “*nacidos*” de padre o madre españoles, que hoy emplea el vigente texto del art. 17.1.a) CC. Mediante dicha expresión puede afirmarse que no es exigible que haya quedado determinada legalmente la filiación del sujeto respecto de un padre o de una madre de nacionalidad española. Por lo tanto, será suficiente con que se acredite el “hecho físico de la generación” del nacido. En otros términos, debe considerarse que un sujeto es “*nacido*” de padre o madres españoles si resulta posible recabar “*indicios racionales de la generación física del nacido por un progenitor español*” (vid. RDGRN 28 octubre 1986). En consecuencia, no es preciso que se haya llevado a cabo un proceso judicial en el que haya quedado determinada legalmente la filiación de los “*nacidos*” con arreglo a la Ley que regula la filiación ex art. 9.4 CC (= Ley nacional del nacido). Tampoco es preciso que conste la filiación de los nacidos en el Registro Civil español y que se produzcan los efectos legales que el art. 2 LRC anuda a dicha inscripción<sup>7</sup>. Aceptada esta doctrina, la RDGRN 18 febrero 2009 acepta que concurren datos que demuestran el hecho físico de la generación de estos nacidos, por parte de progenitores de nacionalidad española. Debe también indicarse que los nacidos habían sido generados a partir del material genético de los varones españoles y que así se hizo constar en una decisión judicial de un tribunal californiano pronunciada antes del nacimiento de los menores. Ese dato es ya un indicio muy poderoso del “hecho físico de la generación” por parte progenitores españoles y así lo había estimado anteriormente la misma DGRN en su muy importante Consulta de 20 diciembre 2006 [español nacido en India]<sup>8</sup>. En definitiva, el resultado es claro: los nacidos ostentan nacionalidad española, de modo que el art. 15 LRC es aplicable. Por tanto, el nacimiento de dichos sujetos puede y debe acceder al Registro Civil español.

### III. La gran cuestión: “normas de conflicto de Leyes” versus “normas de reconocimiento de decisiones”.

#### 1. Perspectiva metodológica.

4. El argumento jurídico empleado por el Consulado español en Los Ángeles para proceder a la denegación de la inscripción del acta registral californiana en España, estaba construido sobre un único fundamento jurídico: la filiación que constaba en la certificación registral californiana no se ajustaba a la Ley sustantiva española. En Derecho español, como se ha subrayado antes, el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, indica que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. La madre legal de los nacidos es, por tanto, la mujer que da a luz a los mismos. Esta regulación constituye el efecto jurídico de la nulidad de pleno Derecho de los contratos de “maternidad subrogada” en nuestra legislación. Pues bien, la DGRN, de modo contundente, *negat maiorem*. En efecto, la DGRN indica que, en este caso, la cuestión controvertida (= filiación de los nacidos en California: ¿quiénes son sus padres?) no suscita un problema de “Derecho aplicable a la filiación”, sino una cuestión de “efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera”. Se trata, realmente, de una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” (ex-

<sup>7</sup> Art. 2 LRC: “El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento”.

<sup>8</sup> Cuyas referencias y análisis pueden seguirse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Ed. Comares, 2009, pp. 212-215.

tranjeras) en España. En consecuencia, para decidir en torno al eventual acceso de la decisión registral californiana al Registro civil español, las autoridades registrales españolas no deben aplicar las normas de conflicto españolas y tampoco deben aplicar la Ley sustantiva designada por tales normas de conflicto (= la Ley 14/2006 de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida). Las autoridades registrales españolas deben proceder a la aplicación de otro conjunto distinto de normas: las normas específicas que, en Derecho internacional privado (DIPr.) español, disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español (= normas que forman parte integrante del sector “validez extraterritorial de decisiones” en DIPr. español y que no son normas de conflicto, y en concreto se trata del art. 81 RRC<sup>9</sup>). En consecuencia, no se trata de decidir qué Ley rige la filiación de los nacidos en California. Tampoco se trata de decidir quién gana una hipotética “batalla entre normas de conflicto” que se desarrolla entre la norma de conflicto californiana (= que defiende la aplicación, a las cuestiones de filiación, de la *Lex Fori*) y la norma de conflicto española (= que indica que la filiación debe regirse por la Ley nacional de los menores: art. 9.4 CC). Toda la RDGRN 18 febrero 2009 gira en torno a esta fundamental perspectiva metodológica<sup>10</sup>.

5. La perspectiva metodológica utilizada por la DGRN (= que ubica la cuestión controvertida en este supuesto dentro del ámbito de la “validez extraterritorial de decisiones”) sigue un enfoque técnico jurídico propio del pensamiento lateral. La DGRN libera la mente del operador jurídico internacional-privatista del hechizo de la norma de conflicto. La DGRN elimina el “efecto polarizador” de la norma de conflicto y explora nuevos caminos metodológicos en busca de la respuesta jurídica que aparece mejor argumentada (= la solución que proporciona soluciones más razonables en el caso concreto porque emplea en mayor medida la clásica *prudentia juris*). La “modernidad líquida” propia de la primera década del siglo XXI exige un *Approach* creativo lateral más que un exclusivo ejercicio de pensamiento vertical puramente deductivo y cerrado expresado a través de una cadena de silogismos. En efecto, la perspectiva del “reconocimiento de decisiones” potencia y facilita la vida internacional de los particulares. Cuanto más elevada es la movilidad internacional de los particulares, mayor es la necesidad de recono-

<sup>9</sup> Art. 81 RRC: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales”.

<sup>10</sup> Vid. RDGRN 18 febrero 2009, FD II: “La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido. En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el Encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma. Para ello, el Encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (art. 12.6 del Código Civil). Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de “Derecho aplicable” a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas. Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye es una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una “decisión extranjera” en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de “Derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro. La aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la aplicación de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, excluye, en este caso, la aplicación del art. 9.4 del Código Civil. La aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil excluye también la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida (...)”.

<sup>11</sup> Vid. en relación con el Convenio relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio, hecho en La Haya el 14 marzo 1978, la nota de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (“Nota sobre The Hague Marriage Convention”), en [www.hchc.net](http://www.hchc.net): “the question of the recognition of the validity of marriages is critical in an age of exponential growth of mobility”.

cimiento, en otros Estados, de las situaciones legales (= filiación en este caso) creadas en un Estado<sup>11</sup>. En el siglo XXI, el número de situaciones legales internacionales “decididas” o “cristalizadas” por autoridades públicas es muy elevado (= matrimonios, nombres, sociedades, filiaciones, divorcios, tutelas, etc.). El reconocimiento es un mecanismo que dinamiza de un modo extraordinario la vida internacional de los particulares (= evita al repetición de procesos y litigios en otros países).

## 2. Hay que poner en su sitio a la norma de conflicto.

6. Para la DGRN, ha llegado el momento, y es éste, de proclamar sin ambages que hay que poner en su sitio a la norma de conflicto. La norma de conflicto debe aplicarse, exclusivamente cuando es necesario determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales que se plantean, por vez primera, ante las autoridades españolas. La norma de conflicto no debe aplicarse cuando ya existe una “decisión” pronunciada por autoridad registral extranjera<sup>12</sup>. No es ése el lugar ni el momento correcto en el que debe operar. En efecto, el art. 9.4 CC es aplicable, exclusivamente, cuando se insta a través de declaración del sujeto (art. 168 RRC), la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un español en el extranjero. Sólo en dicho supuesto, el Encargado del Registro debe determinar la filiación del nacido mediante la Ley material a la que remite el art. 9.4 CC. Porque debe subrayarse y nunca se hará con el suficiente énfasis, que, a la hora de regular las cuestiones de “Derecho aplicable”, las normas de conflicto no son “prescindibles”, sino que son aplicables de oficio (= son “normas imperativas”), como indica el art. 12.6 CC y como recuerda la misma RDGRN 18 febrero 2009<sup>13</sup>. En consecuencia, si se trata de un nacido que ostenta la nacionalidad española, el Encargado del Registro Civil español aplicará, ex art. 9.4 CC, la Ley sustantiva española y en consecuencia, también, en su caso, la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Con otras palabras, el “método de los conflictos de Leyes” se aplica cuando es necesario encontrar y hallar la Ley aplicable a una situación privada internacional. En los casos internacionales, la autoridad estatal debe decidir qué conjunto de reglas jurídicas, qué Derecho estatal (= reglas jurídicas abstractas e hipotéticas), debe regir el caso. Para ello se emplea la norma de conflicto. Dicha norma determina, en efecto, qué Ley estatal es aplicable al caso. Dicha Ley estatal (= un concreto conjunto de normas jurídicas abstractas e hipotéticas) constituye la base del razonamiento judicial” (= “*la base du raisonnement du juge*”)<sup>14</sup>.

7. El “método del reconocimiento”, por el contrario, encuentra aplicación en presencia de una “decisión extranjera” en la que la autoridad pública ya ha encontrado y aplicado una concreta Ley estatal al fondo del asunto (G. CUNIBERTI)<sup>15</sup>. Este método del reconocimiento exime de la búsqueda de la Ley aplicable a la situación privada internacional. En la arquitectura jurídica de las normas sobre reconocimiento de decisiones, el clásico *travail de localisation* que lleva a cabo la norma de conflicto (= la localización espacial de las situaciones jurídicas internacionales), es innecesario y por ello, se debe prescindir del mismo). En efecto, el método del reconocimiento tiene presentes las normas jurídicas concretas ya aplicadas por una autoridad judicial o administrativa extranjera. Por lo tanto, la autoridad del Estado ante el que se hace valer la decisión dictada en otro Estado sólo debe decidir si otorga o no otorga efectos jurídicos a la decisión ex-

<sup>12</sup> Vid. RDGRN 18 febrero 2009, FD II *in fine*: “Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación”.

<sup>13</sup> Vid. RDGRN 18 febrero 2009, FD II *in primis*, citado en nota [10].

<sup>14</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44.

<sup>15</sup> G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1<sup>er</sup> ch. sect. C de 25 octobre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. p. 148.

<sup>16</sup> Explican D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44, que esta distinción clave entre el “método de la norma de conflicto y el “método del reconocimiento” arranca de las valiosas aportaciones de R. AGO, “Règles générales des conflits de lois”, *RCADI*, 1936, vol. 58, pp. 245-469, esp. p. 243 y de H. MOTULSKI, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Lib. Recueil Sirey, 1948, *passim*; vid. también, H. MOTULSKY, “Les actes de jurisdiction gracieuse en droit international privé”, *TCFDIP*, 1948-1952, pp. 16-31. Estas primeras aproximaciones fueron brillantemente reformuladas e in-

tranjera<sup>16</sup>. En el método del reconocimiento, la base del razonamiento judicial no es la norma de conflicto, sino las normas que regulan la cuestión de saber si las decisiones extranjeras deben surtir efectos jurídicos en un concreto Estado. Empeñarse en la aplicación de la norma de conflicto de frente a decisiones extranjeras sólo aumenta la carencia regulativa de la norma de conflicto cuando la situación jurídica ha sido ya resuelta por una autoridad extranjera. No resulta ocioso recordar las palabras de OVIDIO en sus *Tristia*, cuando señalaba que *causa patrocino non bona peior erit*: la mala causa empeora cuando se quiere defender.

8. En cierta medida, el método del reconocimiento supone un cierto triunfo del “unilateralismo introverso” (P. LAGARDE<sup>17</sup>). En efecto, la filiación de los nacidos en California se ha precisado con arreglo a las normas de conflicto extranjeras (= californianas), que son las que han determinado qué Ley sustantiva debía regir la filiación de los nacidos en California, y no con arreglo a las normas de conflicto españolas. El Derecho californiano, incluidas sus normas de conflicto, es el que decide cuál es la concreta filiación de los menores (= dicha filiación depende de la “*position de l’ordre juridique source*”, que es el Derecho californiano)<sup>18</sup>.

9. La idea matriz del método del reconocimiento (= conflicto de sistemas resuelto a favor de las normas de conflicto del Estado de origen) es antigua. No es de extrañar que la misma idea y ha sido formulada y reformulada en numerosas ocasiones durante la larga historia del DIPr. bajo teorías de diverso calado: 1º) La tesis de los “*derechos adquiridos*”, cuyo impacto en la Historia del DIPr. fue decisivo du-

---

mejorablemente presentadas por P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, *passim*, cuyas tesis ha seguido la doctrina posterior, como es el caso de H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2005; P. CALLÉ, *L’acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004; ID., “L’acte authentique établi à l’étranger. Validité et exécution en France”, *RCDIP*, 2005, pp. 377-412; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004, entre otros muchos.

<sup>17</sup> P. LAGARDE, “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006, pp. 1-30, esp. p. 28; ID., “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243.

<sup>18</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44.

<sup>19</sup> Sobre esta tesis, un auténtico *ave fenix* que nunca termina de extinguirse, *vid.* P. ARMINJON, “La notion de droits acquis”, *RCADI*, 1933, vol.44, pp. 1-110, radical partidario de la misma, como también E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol.I, Paris, 1930, esp. p. 195, F. LASALLE, *Das System der erworbenen Rechte*, Teil 1 (*Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze*), 2ª ed., Leipzig, 1880, y A. PILLET, “La théorie générale des droits acquis”, *RCADI*, 1925-III, vol.8, p. 485-538. Contrario a la tesis, de modo diáfano, J. MAURY, “Règles générales des conflits de lois”, *RCADI*, 1936, vol.57, pp. 329-563, esp. p. 379, así como A.A. EHRENZWEIG, “A Counter-Revolution in Conflicts Law? From Beale to Cavers”, *Harvard Law Review*, vol.80, 1966, pp. 377-401; A.A. EHRENZWEIG, “The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws”, *Michigan Law Review*, 58, 1959/60, pp. 637-688; ID., “A Proper Law in a Proper Forum: A ‘Restatement’ of the ‘Lex Fori Approach’”, *Oklahoma Law Review*, 18, 1965, pp. 340-352; ID., “Specific Principles of Private International Law”, *RCADI*, 1968, vol.124, pp. 167-370; ID., “Wirklichkeiten einer ‘lex-fori Theorie’. Zwischen Begriffshimmel der Überrechte und der ‘Begriffshölle’ des Eigenrechts”, en *Multitudo Legum. Ius Unum, Festschrift Wilhelm Wengler*, vol.II, Berlin, 1973, pp. 251-268. En general, sobre los derechos adquiridos, sus inconvenientes y sus ventajas, *vid.* J.K. BEACH, “Uniform Interstate Enforcement of Vested Rights”, *Yale Law Journal*, 27, 1917/18, pp. 656-667; R.D. CARSWELL, “The Doctrine of Vested Rights in Private International Law”, *ICLQ*, 8, 1959, pp. 268-288; A. FERRER CORREIA, “La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales”, *Multitudo legum, Ius unum, Festschrift Wilhelm Wengler*, vol.II, Berlin, 1973, pp. 285-320; A. MIAJA DE LA MUELA, “Los derechos adquiridos en la doctrina española y en el sistema de DIPr. español”, *ADI*, vol.I, 1974, pp. 3-28; H. MÜLLER, *Der Grundsatz der wohlverworbenen Rechte im internationalen Privatrecht, Geschichte und Kritik*, Hamburg, 1935; W.R. WICHSER, *Der Begriff des wohlverworbenen Rechts im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1955; H. MUIR-WATT, “Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis”, *RCDIP*, 1986, pp. 425-449; G. PARRA ARANGUREN, “General Course of Private International Law, Selected Problems”, *RCADI*, 1988, vol.210, pp. 9-224.

<sup>20</sup> Imprescindible es la lectura de la clásica contribución de PH. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, esp. pp. 55-59 y 189-203 y del enfoque jurisprudencial de la Sent. Cour d’Appel Paris 19 marzo 1965, *Banque ottomane. Vid.*, igualmente, PH. FRANCESKAKIS, “Droit international privé”, *E.Dalloz DI*, vol.I, 1968, pp. 671-674; ID., “Droit international privé comparé”, *E.Dalloz DI*, vol.I, 1968, pp. 674-688; ID., “Conflits de lois (Principes généraux)”, *E.Dalloz DI*, vol.I, Paris, 1968, pp. 370-497; ID., “Nota sent. Rabat 24 octubre 1950”, *RCDIP*, 1952, p. 89; ID., “Nota sent. Paris 7 julio 1954”, *RCDIP*, 1954, pp. 582 ss.

<sup>21</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 290-291. La SAP Badajoz 11 julio 1995 ilustra con acierto la figura del *doble reenvío* en DIPr. inglés, que se ha visto aplicada, entre otros en los casos *Collier vs. Rivaz* (1841), *In re Annesley* (1926), *In re Ross* (1930), *In re Askew* (1930), *In re O’Keefe* (1944), *In re Duke of Wellington* (1947), *In re C.W.Addams* (31 julio 1985), fallado por la *High Court Of Justice (Chancery Division)*.

rante muchos siglos<sup>19</sup>; 2º) La tesis de las situaciones jurídicas creadas y agotadas en el extranjero<sup>20</sup>; 3º) La tesis del “*doble reenvío*”<sup>21</sup>; 4º) La tesis del “ordenamiento competente” o “método de coordinación de ordenamientos”, defendida, con ropajes distintos, por diversos autores, entre los que destaca, sin duda, P. PICONE<sup>22</sup>.

**10.** La aplicación del método del reconocimiento resulta transparente e indiscutidamente clara en presencia de decisiones judiciales extranjeras. Estas decisiones siguen el régimen del método del reconocimiento y no el método conflictual. Son decisiones que producen efectos procesales de “cosa juzgada material” y en las que la autoridad judicial “decide” sobre los derechos y obligaciones de los particulares y “declara”, de modo definitivo, el estado jurídico de la cuestión debatida. Ahora bien, las cosas se complican cuando debe decidirse qué método emplear en relación con resoluciones dictadas por autoridades estatales no judiciales, como las autoridades administrativas, que suelen dictar “pronunciamientos” en los que no resuelven conflictos legales entre los particulares. Se trata de decisiones que se limitan a constatar la existencia y validez de situaciones jurídicas (= “*intervention non décisionnelle*” / “*situations cristallisées à l’occasion de l’action d’un organe non juridictionnel*”)<sup>23</sup>. Surge entonces la muy delicada y controvertida cuestión de saber si estas resoluciones, como es el caso de la debatida certificación registral californiana, deben ser consideradas como una “decisión”<sup>24</sup>. Pues bien, la respuesta debe ser afirmativa: dicha certificación registral es una “decisión” extranjera.

**11.** La clave de esta respuesta afirmativa reside en el carácter y grado de la intervención de la autoridad californiana en la formación de la solución jurídica contenida en la certificación registral. Como indica G. CUNIBERTI, la intervención de las autoridades californianas no se limita a constatar las manifestaciones de voluntad de unos sujetos particulares, sino que se trata de una intervención de fondo que lleva a cabo un control del ajuste del acto al ordenamiento jurídico (= intervención “volitiva” o “constitutiva” y no meramente receptiva o fedataria, de la autoridad extranjera). Por ello, la certificación registral californiana presenta una clara “intensidad decisional” (= “*intensité décisionnelle de leur contenu*”). Constituye una declaración oficial, por parte de una autoridad pública de un Estado, sobre la existencia, la legalidad y la validez legal de una situación jurídica determinada (= la filiación de los menores nacidos en California). Dicho pronunciamiento surte una serie de efectos jurídicos en los que particulares, en principio, confían<sup>25</sup>. Pronunciamiento que es el origen de ciertas expectativas jurídicas de los particulares. Esta consideración de la certificación registral californiana como una “decisión” se alinea con la tendencia observada en ciertos instrumentos legales, en la jurisprudencia y en la postura seguida por buena parte de la doctrina en favor de un concepto amplio de “decisión”<sup>26</sup>. Tres ejemplos bastarán.

En primer lugar, el art. 9.1 del Convenio relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio, hecho en La Haya el 14 marzo 1978 (no en vigor para España a fecha 13 julio 2005), indica que el matrimonio celebrado válidamente con arreglo al Derecho del Estado de su celebración (*Lex Loci Celebrationis*),

<sup>22</sup> Vid. C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 57-58, P. PICONE, “Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti”, en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 485-528; P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel Diritto internazionale privato*, Ed. Jovene Napoli, 1971; ID., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padua, 1986; P. PICONE, “La méthode de la référence à l’ordre juridique compétent en droit international privé”, *RCADI*, 1986, vol.197, pp. 229-420, esp. pp. 13-15.

<sup>23</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, p. 584.

<sup>24</sup> Vid. sobre este debate, *inter alia*, P. CALLÉ, *L’acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004; ID., “L’acte authentique établi à l’étranger. Validité et exécution en France”, *RCDIP*, 2005, pp. 377-412; CH. PAMBOUKIS, *L’acte public étranger en droit international privé*, Paris, 1993; ID., “L’acte quasi public en droit international privé”, *RCDIP*, 1993, pp. 565-590; CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, 2008, pp. 513-560; H. MUIR-WATT, “La recontre dans l’espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)”, *Rev. générale proc.*, 1998, pp. 291-311.

<sup>25</sup> G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1<sup>o</sup> ch. sect. C de 25 octobre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. p. 148; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44 y 584.

<sup>26</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 377-380.

incluidas sus normas de conflicto, se considerará también válido en todos los demás Estados contratantes, sin que éstos puedan aplicar sus propias normas de conflicto para verificar la validez de dichos matrimonios<sup>27</sup>. El acta registral de matrimonio es considerada una “decisión” y como tal es tratada por este Convenio de La Haya de 14 marzo 1978 relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio<sup>28</sup>.

En segundo lugar, el TJCE ha calificado como “decisión” un acta registral en la que consta el nombre de un menor y, en consecuencia, la ha tratado como tal (= mediante las normas que siguen el “mé-

<sup>27</sup> Texto del Convenio en *Hague Conference of Private International Law, Collection of Conventions (1951-2005)*, La Haya, 2005, pp. 240-250. En torno al mismo, *vid.* P. LALIVE, “La convention de La Haye du 14 mars sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages”, *ASDI*, 1978, vol. XXXIV, pp. 31-46; P. NYGH, “The Hague Marriage Convention – A Sleeping Beauty?”, *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, The Hague, 1996, pp. 253-267; C. ROEHRICH, “La convention de La Haye du 1<sup>er</sup> octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. Droit international privé”, *TDFDIP*, 1977-1979, pp. 3-27; H. VAN LOON, “What New Conventions There May Be: A Perspective From The Hague”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 855-868; L. D. WARDLE, “International Marriage Recognition: A World Dilemma”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 75-88; K. BOELE-WOELKI, “IPR-Gesetzgebung in den Niederlanden - Das Namenkollisions- und das Ehekollisionsgesetz”, *IPRax*, 1990, pp. 337-347; D. COESTER-WALTJEN, “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax*, 2006, vol. 26, pp. 392 ss.; G.A.L. DROZ, “Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé”, *RCADI*, 1991, vol. 229, pp. 9-424, esp. pp. 154-159; B. DUTOIT, “La Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé sous le signe du droit de la famille”, *RDIPP*, 1978, pp. 449-479; H.P. GLENN, “Conflict of laws. The 1976 Hague Conventions on Marriage and Matrimonial Property Regimes”, *Canadian Bar Review*, vol. LV, 1977, p. 586 ss.; M. NEAVE, “The New Rules on Recognition of Foreign Marriages - Insomnia for Lawyers”, *Australian Journal of Family Law*, 1990, vol. 4, p. 190 ss.; P.M. NORTH, “Development of Rules of Private International Law in the Field of Family Law”, *RCADI*, vol. 166, 1980, pp. 9-118, esp. pp. 92-98; P.M. NORTH, “Reform, but no Revolution. General Course on Private International Law”, *RCADI*, 1990, vol. 220, pp. 9-288, esp. pp. 74-79; W.L.M. REESE, “The Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 20, 1979, p. 25 ss.; K. SIEHR, “Family Unions in Private International Law”, *Netherlands International Law Review*, 2003, p. 419 ss.; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya”, *REDI*, 1993, vol. XLV, pp. 7-37; A. BAINHAM, “Family Law in a Pluralistic Society: A View From England and Wales”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 295-307; A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186; J.A. CARRILLO SALCEDO, “La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol”, *RCDIP*, 1983, vol. LXXII, pp. 1-35; A.J.E. JAFFEY, “The Essential Validity of Marriages in the English Conflict of Laws”, *Modern Law Review*, 1978, pp. 3-56.

<sup>28</sup> Art. 9 Convención 14 marzo 1978 sobre celebración y reconocimiento de la validez de los matrimonios (versión oficial en lengua inglesa, en *Hague Conference of Private International Law, Collection of Conventions 1951-2005*, La Haya, 2005, pp. 240-250): “A marriage validly entered into under the law of the State of celebration or which subsequently becomes valid under that law shall be considered as such in all Contracting States, subject to the provisions of this Chapter. A marriage celebrated by a diplomatic agent or consular official in accordance with his law shall similarly be considered valid in all Contracting States, provided that the celebration is not prohibited by the State of celebration”. Art. 10: “Where a marriage certificate has been issued by a competent authority, the marriage shall be presumed to be valid until the contrary is established”.

<sup>29</sup> *Vid.* al respecto, M<sup>o</sup>.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, Vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151; M. GARDEÑES SANTIAGO, “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona”, *Gaceta Jurídica UE y de la Competencia*, núm. 230, 2004, pp. 19-26; A. GATTINI, “Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza”, *RDI*, 1996, pp. 93-109; S. HEUER, *Neue Entwicklungen im Namensrecht: eine Untersuchung der aktuellen Entwicklungen im Namenskollisions- und Namenssachrecht*, Hamburg, Kovač, 2006; U. KIRCHHOFF, *Das Rechtsfolgenstatut der beschränkten Geschäftsfähigkeit und der Geschäftsunfähigkeit: Ein Beitrag zur Auslegung der Artt. 7 und 24 EGBGB*, Frankfurt am Main, 2005; R. KLÜBER, *Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung: die juristisch-ökonomischen Grundlagen des Schutzes der vermögenswerten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Tübingen, 2007; A. LARA AGUADO, “Incidencia del Derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el DIPr. (STJCE 30.III.1993, *Konstantinidis*, as.C-168/91)”, *RDP*, 1995, pp. 671-694; *Id.*, “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos”, *La Ley*, 15 oct. 2004, núm. 6107; *Id.*, “El caso Niebuill o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjerías”, *La Ley UE*, núm. 6560, 29 septiembre 2006; *Id.*, “El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil”, *Revista jurídica La Ley*, 2009, núm. 7104, versión *on line*; G. MÄSCH, “Art. 47 EGBGB und die neue Freiheit im internationalen Namensrecht – oder Casanovas Heimfahrt”, *IPRax*, 28, 1, 2008, pp. 17-22; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*”, *JDI Clunet*, 2004, pp. 1219-1237; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 18, 2004, pp. 507-529; M. REQUEJO ISIDRO, “Libertades comunitarias y registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución”, *Homenaje R. Arroyo*, Madrid, 2003, pp. 95-107; M. SCHERER, *Le nom en droit international privé: étude de droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 2004; E. SOMMER, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern: zu den Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf hinkende Rechtslagen im internationalen Familien- und Namensrecht*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2009; S. TONOLO, “La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell’ordinamento comunitario”, *RDIPP*, 2004, pp. 957-976; P. LAGARDE, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*”, *RCDIP*, 2004, pp. 193-202.

todo del reconocimiento” y no mediante “normas de conflicto”<sup>29</sup>. La STJUE 14 octubre 2008, as. C-353/06, *Grunkin-Paul*, es buena prueba de ello.

En tercer lugar, las resoluciones o certificaciones de los registros oficiales en las que consta una sociedad como legalmente constituida e inscrita en un Estado miembro, también han sido calificadas como “decisiones” y también han sido sometidas a las normas que siguen el “método del reconocimiento” y no a las “normas de conflicto”. Así se aprecia en la STJCE 9 marzo 1999, as. C-212/97, *Centros*<sup>30</sup>, STCE 5 noviembre 2002, as. C-208/00, *Überseering*<sup>31</sup>, STJCE 30 septiembre 2003, as. C-167/01, *Inspire Art*<sup>32</sup>, jurisprudencia que ha generado una doctrina inabarcable<sup>33</sup>.

12. Por otra parte, esta posición en favor de la calificación como auténticas “decisiones” en relación con determinadas resoluciones públicas “no judiciales” ha favorecido la extensión del llamado “principio del mutuo reconocimiento” en el ámbito comunitario<sup>34</sup>. Según la técnica o principio del “mutuo reconocimiento” (*Anerkennungsprinzip*), la situación jurídica creada por una autoridad (= judicial o administrativa) de un Estado miembro y considerada como “existente” y “válida” en dicho Estado, debe estimarse también “existente” y “válida” en los demás Estados miembros. El reconocimiento mutuo comunitario se basa en la idea de “confianza comunitaria” (= se aceptan en un Estado Miembro las si-

<sup>30</sup> *Recopilación*, p. I-1459.

<sup>31</sup> *Recopilación*, p. I-9919.

<sup>32</sup> *Recopilación*, p. I-10155.

<sup>33</sup> *Vid. inter alia*, S. GRUNDMANN, *European Company Law*, 2004, pp. 839-846, que contiene excelentes referencias. Para los comentarios españoles, téngase presentes las contribuciones de F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., “Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable”, en J.F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; ID., “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE”, *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., “La Sentencia ‘Centros’: el ‘status questionis’ un año después”, *Not. UE*, nº 195, 2001, pp. 79-96, y las referencias allí contenidas, así como A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 28, 1, 2007, pp. 59-100 y A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Personas jurídicas y sociedades mercantiles”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 397-447, esp. pp. 411-414.

<sup>34</sup> En torno al principio del mutuo reconocimiento, *vid. inter alia*, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 386-390; M<sup>a</sup>.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, Vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151; ID., “Nuevos interrogantes y nuevas respuestas en torno a la STJCE de 14 de octubre 2008, *Grunkin-Paul*”, en este mismo número de *CDT*; H.-P. MANSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RabelsZ*, 2006, núm. 4, pp. 1-40; A. BONOMI, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Globalización y comercio internacional*, XX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 223-237; B. ANCEL, “Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères”, *TCFDIP*, 1986/1987, pp. 25-56; P. PICONE, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *RCADI*, 1999, pp. 9-296; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2005; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004; S. BOLLÉE, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *RCDIP*, 2007, pp. 307-355; L. D’AVOUT, “État civil constitué à l’étranger et méthode communautaire de reconnaissance”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 203-216; D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenshalf”, en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132; D. HENRICH, “Anerkennung statt IPR. Eine Grundsatzfrage”, *IPRax*, 2005, pp. 422-429; ID., “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax*, 2006, vol. 26, núm.4, pp. 392-402; K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht: Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243, esp. p. 227; ID. “Nota a STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*”, *RCDIP*, 2003, pp. 508-536; E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, 2001, pp. 501-512; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360; H. MUIR-WATT, “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184; H. GAUDEMET-TALLON, “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, 2008, pp. 513-560; H. MUIR-WATT, “La reconte dans l’espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)”, *Rev. générale proc.*, 1998, pp. 291-311; B. ANCEL, “Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères”, *RDIPP*, 1992, pp. 201-220; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “Le Forum Shopping devant les juridictions françaises”, *TCFDIP*, 1998-1999, 2001, pp. 49-70; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, 2007; M<sup>a</sup>.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, Vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151.

tuaciones jurídicas “creadas” o “cristalizadas” por autoridades de otros Estados Miembros porque se confía plenamente en la Justicia impartida en el Estado Miembro de origen). Gracias a dicha idea de confianza en la Justicia extranjera de los demás Estados miembros, no es preciso controlar la Ley que aplicó la autoridad del Estado miembro de origen (= la norma de conflicto que aplicó la autoridad del Estado de origen es irrelevante). Dicha autoridad aplicó su “sistema nacional de normas de conflicto de Leyes” y, en consecuencia, aplicó una concreta Ley estatal. A partir de ahí, la situación dispone de un “pasaporte legal comunitario” y será reconocida y tenida como válida en toda la UE.

El mutuo reconocimiento comunitario se verá ampliamente favorecido en aquellos sectores del Derecho en relación con los que se elaboren “normas de conflicto comunitarias”, comunes a todos los Estados miembros. Con estas normas de conflicto “comunitarias” que determinan la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales de un modo uniforme en toda la UE, se eliminan los obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios. Por dos motivos. Primero, porque aunque, siguiendo una perspectiva “conflictualista”, las autoridades de un Estado miembro aplicarán sus propias normas de conflicto a la cuestión de los efectos legales que surten en dicho Estado las decisiones pronunciadas en otros Estados miembros (= como hicieron las autoridades alemanas en el célebre caso de la STJUE 14 octubre 2008, as. C 353/06, *Grunkin-Paul* para valorar los efectos en Alemania de un acta registral danesa de nacimiento en cuanto al apellido del nacido)<sup>35</sup>, resultará que una situación legalmente constituida en un Estado miembro con arreglo a una concreta Ley estatal, será válida en los demás Estados Miembros. En efecto, aunque la situación jurídica “cruce la frontera” de un Estado miembro con destino a otro Estado miembro, dicha situación jurídica se rige siempre por la misma Ley estatal, la Ley designada por la norma de conflicto comunitaria, que es común a todos los Estados miembros. Segundo, porque gracias a estas normas de conflicto comunitarias, se evita todo fenómeno de *Forum Shopping*: la Ley aplicable a la situación jurídica es la misma, cualquiera que sea el Estado miembro en el que se constituya o se cree la situación jurídica. Ello contribuye a la seguridad jurídica y por tanto, al buen funcionamiento del espacio europeo de seguridad, libertad y justicia (arts. 61 y 65 TCE). Debe recordarse, por último, que el método comunitario del mutuo reconocimiento (*Anerkennungsprinzip*) nada tiene que ver con la aplicación, a una situación privada internacional, de la “Ley de origen del sujeto” con el fin de lograr el reconocimiento de dicha situación en tal país de origen del individuo, no obstante los desvaríos, en este sentido, de ciertos autores<sup>36</sup>.

**13.** Ahora bien, el hecho de considerar la certificación registral californiana como una “decisión” no supone equipararla a una sentencia judicial extranjera. Las sentencias judiciales producen efectos de cosa juzgada y establecen un estado definitivo en Derecho de las posiciones jurídicas de los particulares. Lo declarado en la sentencia se tiene por verdadero en Derecho (= *pro veritate habebitur*). No es el caso de la certificación registral. Una vez que dicho documento público extranjero supera en España, en su caso, el método del reconocimiento, no será tratado como una “sentencia judicial” sino como lo que realmente es, es decir, como un “título apto para la inscripción en el Registro Civil” (*vid.* art. 81 RRC)

<sup>35</sup> M<sup>a</sup>.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, Vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151.

<sup>36</sup> La relación entre este “método del reconocimiento” y el llamado “principio del Estado de origen” o “mutuo reconocimiento” propio del Derecho Comunitario se encuentra muy bien explicada en numerosas contribuciones doctrinales. *Vid. inter alia*, G. DE BAERE, “Is this a Conflict Rule which I See before Me?: Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, pp. 287 ss.; S. BARIATTI, “The Future “communitarization” of the Choice of Law Rules on Non-Contractual Obligations (The “Rome I” Regulation)”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, a cura di A. Malatesta, Padova, 2006, pp. 19 ss.; ID., “La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 2005, pp. 5-24; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 33-37; S. GRUNDMANN, “Internal Market Conflict of Laws from Traditional Conflict of Laws to an Intergrated Two Level Order”, en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, pp. 5-25; M. AUDIT, “Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois”, *JDI Clunet*, 2006, pp. 1333 ss.; M. LEISTNER, “The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country-of-Origin Principle”, en *Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future*, dir. J. Drexler / A. Kur, Oxford, 2005, pp. 177 ss. A. MALATESTA, “Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?”, *RDIPP*, 2007, pp. 293-312; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Ed. Eurolex, 1999, esp. pp. 242-243.



que, una vez inscrito en dicho Registro, surte los efectos propios del mismo (*vid.* art. 2 LRC). El contenido de dicho documento público extranjero (= certificación registral californiana) sigue su propio destino: dicho contenido (= la filiación de los menores) puede ser planteado y reproducido ante los tribunales estatales de justicia. Los tribunales pueden, naturalmente, anular la inscripción y declarar la filiación de los menores en un sentido distinto del proclamado por la certificación registral californiana. El Registro Civil español publica presunciones de veracidad legal, no verdades absolutas. Ese objetivo corresponde a las decisiones de los tribunales de Justicia.

**14.** Las consecuencias del enfoque metodológico seguido por la RDGRN 18 febrero 2009 en favor de la perspectiva del “reconocimiento de decisiones” son claras.

En primer lugar, y pese a la alarma suscitada en ciertos autores, esta perspectiva (= “perspectiva del reconocimiento”) no extermina del razonamiento jurídico a las normas de conflicto. Éstas conservan “su” lugar, “su” espacio en el sistema jurídico y en el DIPr. En efecto, el método del “conflicto de Leyes” (= determinar, como sucede en este caso, la Ley aplicable a una filiación en un supuesto internacional), es siempre una etapa necesaria del razonamiento jurídico en todo supuesto de DIPr. En otras palabras, puede afirmarse que la precisión de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales es una cuestión que siempre pervive. Constituye una “*question irréductible*”, como con acierto singular escribe P. LAGARDE<sup>37</sup>. Y es una “cuestión irreductible” porque, cuando la autoridad californiana debe imponer el nombre al nacido y determinar su filiación, debe también aplicar, en todo caso, una Ley estatal, la Ley que regula la filiación. En efecto, sólo es posible fijar la filiación de los nacidos si una Ley estatal así lo establece. Y dicha Ley estatal reguladora de la filiación se determina con arreglo a las normas de conflicto del Estado donde surge, por vez primera, la cuestión de la filiación de los nacidos (= Estado de origen de la decisión: California en este caso). La autoridad extranjera (= californiana en este supuesto), aplica las normas de conflicto de su propio sistema jurídico (= principio de exclusividad del DIPr.)<sup>38</sup>. En suma, el “método del reconocimiento” no supone, por lo tanto, una “erosión” o “subversión” del paradigma conflictual, ni tampoco una “sustitución” del mismo<sup>39</sup>. La “parte noble” del Derecho internacional privado (P. MAYER / V. HEUZÉ) sigue en manos de las normas de conflicto<sup>40</sup>. La DGRN se limita a poner en su sitio a la norma de conflicto y a dejar muy claro que ésta sirve para determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, no para determinar si una decisión extranjera surte o no surte efectos jurídicos en España.

En segundo lugar, debe subrayarse que el enfoque metodológico propio del método del reconocimiento facilita, como antes se ha avanzado, la vida internacional de las personas y su circulación transnacional (D. BUREAU / H. MUIR WATT<sup>41</sup>). En efecto, esta opción de método evita situaciones claudicantes (= las partes no deben repetir procesos “Estado por Estado”), y potencia la seguridad jurídica internacional (= las situaciones jurídicas creadas válidamente en un Estado son consideradas válidamente existentes en los demás Estados).

#### IV. El art. 81 RRC. Círculo hermenéutico y posibilidades.

**15.** El art. 81 RRC indica: “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales*”<sup>42</sup>. El precepto es parco

<sup>37</sup> P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243, esp. p. 229 : “*La question des conflits de lois est irréductible. Lors de la création de situations juridiques hétérogènes, tant que subsisteront des divergences dans les législations en présence, toute autorité judiciaire ou administrative, ou même des particuliers à l’occasion d’un contrat, par exemple, devront toujours, au moment de la prise de décision, déterminer le droit applicable*”.

<sup>38</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 7-8; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, UAM, policopiado, 1984, pp. 118-126.

<sup>39</sup> B. ANCEL, “Regards critique sur l’érosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Vitoria-Gasteiz*, 2005, versión *on line*, pp. 345-416, esp. pp. 352-553.

<sup>40</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 345.

<sup>41</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, pp. 42-44, pp. 269 y pp. 580-586.

<sup>42</sup> Reglamento del Registro civil, publicado en el BOE núm. 296 de 11 diciembre 1958 y corr. errores en BOE núm. 18 de 21 enero 1959.

en palabras y, sin duda, aparece hoy ya desfasado y anticuado. Sin embargo, el art. 81 RRC refleja, de modo claro, diversas ideas que constituyen su círculo hermenéutico y que pueden acotarse en las que siguen: 1º) Cuando se dispone de un documento auténtico (= documento público no falsificado), sea original o testimonio (= documento prístino o copia completa o en resumen o extracto), expedido por autoridades extranjeras judiciales, administrativas o notariales, no es necesario, para practicar una inscripción en el Registro civil español, instar *ex novo* dicha inscripción; 2º) Dicho documento judicial, administrativo o notarial extranjero, constituye el “título para inscribir el hecho de que da fe” (= no es preciso, en dichos supuestos, contar con un título “español”); 3º) Sin embargo, no basta la mera presentación de dicho título para lograr la inscripción en el Registro Civil español. Dicho título extranjero debe superar un “control de legalidad”, pues sólo superado dicho “control de legalidad”, el documento extranjero tendrá “*fuerza en España*”; 4º) Existen dos modos de lograr la superación de este control de legalidad”. En primer lugar, si resulta aplicable un instrumento legal internacional, dicho texto legal fijará el nivel, profundidad y procedimiento de dicho control. En segundo lugar, a falta de tal instrumento legal internacional, también es posible lograr la superación del “control de legalidad” mediante los procedimientos recogidos en las Leyes españolas (= normas españolas de producción interna); 5º) El art. 81 RRC, en su lapidaria parquedad, no ofrece ningún elenco concreto de los requisitos que debe satisfacer el documento registral extranjero a fin de poder practicar la correspondiente inscripción en el Registro civil español con base en el título registral extranjero. Tampoco indica el precepto qué sistema o método debe seguirse al respecto, ya que se limita a subrayar que el documento registral extranjero debe presentar “*fuerza en España*”.

**16.** Resulta importante recordar, igualmente, lo que el art. 81 RRC no exige (= y que también forma parte de su “círculo hermenéutico”). En efecto, el precepto no requiere que la solución proporcionada por las autoridades registrales extranjeras (= californianas en este caso) a la cuestión jurídica planteada y que se refleja en la certificación registral extranjera (= la cuestión de la filiación de los nacidos en California mediante gestación por sustitución), sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. Como recuerda la RDGRN 18 febrero 2009, el art. 81 RRC, “*pudiendo haberlo exigido en tal sentido, no lo ha hecho en modo alguno, sino todo lo contrario*”. El art. 81 RRC requiere que las certificaciones registrales superen un control de legalidad, “*pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española*”<sup>43</sup>. En efecto, si así hubiera sido, el art. 81 RRC se habría referido a la necesidad de que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera hubiera respetado la Ley designada por las normas de conflicto españolas, como sí hace, expresamente, por ejemplo, el art. 36 RH. Existen diversas razones para considerar que no debe exigirse que la “solución californiana” a la cuestión de la filiación de estos menores sea igual a la “solución española”.

La primera razón que esgrime al efecto la DGRN descansa en un motivo lógico. Dicha exigencia habría sido irrazonable, pues las autoridades registrales extranjeras aplican “sus” propias normas de conflicto para determinar la Ley reguladora de la filiación de los nacidos en California. Exigir una completa identidad entre la solución californiana y la solución española resulta chauvinista, provinciano, y ridículamente imperialista, pues pensar que las autoridades registrales californianas van a resolver las cuestiones jurídicas con las normas de conflicto españolas en la mano, es querer imponer el sistema español de normas de conflicto al mundo entero<sup>44</sup>. Además es una batalla perdida, porque dijeran lo que dijeran

<sup>43</sup> RDGRN 18 febrero 2009, FD III *in primis*: “*Con arreglo al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, pudiendo haberlo exigido en tal sentido, no lo ha hecho en modo alguno, sino todo lo contrario. El art. 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un “control de legalidad”, pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Esta solución es lógica y se explica por varias razones*”.

<sup>44</sup> RDGRN 18 febrero 2009, FD III: “*En primer lugar, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado, y que, como regla general, y en virtud del principio de exclusividad del Derecho internacional privado, las autoridades públicas de un Estado sólo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les plantean, sus propias normas de Derecho internacional privado. En consecuencia, exigir que las autoridades registrales extranjeras hayan aplicado las normas españolas de Derecho internacional privado resultaría irreal e ilógico. Es por ello que el art. 81 del Reglamento del Registro Civil, pudiendo haber adoptado esta perspectiva, no lo ha hecho*”.

las normas españolas, las autoridades californianas aplican sus normas de conflicto, no las normas de conflicto “españolas” (= principio de exclusividad del DIPr., pues también las autoridades españolas aplican, exclusivamente, y salvo excepción prevista por el legislador, las normas de conflicto “españolas”).

La segunda razón que ofrece la DGRN descansa en la idea de reducir los “costes de transacción conflictuales”. En efecto, lo más frecuente será que las autoridades registrales californianas hayan solventado el caso mediante la aplicación de normas jurídicas sustantivas distintas a las que habría aplicado la autoridad registral española. Ello conduce a la “compartimentación espacial de la solución jurídica”. Los nacidos en California tendrían una determinada filiación en California, pero dicha solución resultaría inefectiva en España, de modo que los interesados tendrían que volver a plantear *ex novo* la inscripción de los menores en el Registro Civil español (= repetición de procesos registrales y “cerrar los ojos” antes la solución jurídica californiana). Ello vulnera la más elemental economía procesal y, en definitiva, acaba por elevar los costes de litigación para los particulares en el contexto internacional (= pues exige llevar a cabo “dobles procedimientos”, uno por país). Por otro lado, también resulta interesante el razonamiento de la DGRN al indicar que los perjudicados, en este caso, serían no sólo los particulares, sino los Estados implicados (= obligados a abrir “nuevos procesos” con coste para los aparatos registrales estatales y para el erario público español, cuando, realmente, el proceso registral ya tuvo lugar en el extranjero). En el siglo XXI, siglo de gran movilidad internacional de los particulares, la estabilidad legal de las situaciones jurídicas constituye la piedra angular de todo sistema de DIPr. que pretenda cumplir adecuadamente con su función.

La tercera razón que esgrime la DGRN apunta al carácter claudicante de la certificación californiana de nacimiento. En efecto, como se acaba de indicar, los nacidos en California podrían disponer de una determinada filiación en California, y de otra diferente filiación en España. Ello vulnera la seguridad jurídica en el contexto internacional. Para evitar este negativo resultado existe, precisamente, el Derecho internacional privado, cuya misión consiste en evitar que la división del mundo en Estados, con tribunales y autoridades públicas diferentes, con Leyes sustantivas distintas, y con sistemas de normas de conflicto distintas, haga inestables las “posiciones jurídicas de los particulares”. De ese modo, al posibilitar la “importación” en España de las decisiones públicas extranjeras, se logra que las situaciones jurídicas de los particulares no cambien de Estado a Estado (STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*<sup>45</sup>, y STJUE 14 octubre 2008, as. C 353/06, *Grunkin-Paul*). Subraya igualmente la DGRN el fundamento constitucional de la seguridad jurídica que proporciona el DIPr. (art. 9 CE). La seguridad jurídica en el contexto internacional es necesaria para cumplir de modo satisfactorio con el principio-derecho de la “tutela judicial efectiva” y con el derecho a un “proceso equitativo”. En efecto, una solución jurídica “no estable”, que se evapora nada más cruzar la frontera con destino a otro Estado, no es una solución constitucionalmente ajustada (art. 24 CE 1978 y art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950) (STEDH 19 marzo 1997, caso *Hornsby vs. Grecia*)<sup>46</sup>.

17. En el presente supuesto, no resultaba aplicable ningún instrumento legal internacional. La cuestión debe resolverse en el ámbito del citado art. 81 RRC. El precepto, con su raquítica letra, no ofrece ningún elenco concreto de requisitos que debe satisfacer el documento registral extranjero para poder practicar la inscripción en el Registro civil español con base en dicho título registral extranjero. La DGRN concreta cuáles son dichos requisitos dentro del antes aludido círculo hermenéutico del art. 81 RRC.

## V. Los requisitos concretos exigidos a la certificación registral californiana para su acceso al Registro Civil español.

### 1. Aspectos generales.

18. La DGRN comienza por un examen meticuloso del poco expresivo art. 81 RRC. Varios datos básicos sirven de punto de partida a su discurso: 1º) La imposibilidad, como se ha adelantado, de inter-

<sup>45</sup> *Recopilación*, p. I-11613.

<sup>46</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 375.

pretar el art. 81 RRC de modo que se exija que la solución que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución española; 2º) La imposibilidad de solventar la cuestión mediante una remisión al art. 954 LEC 1881, al no apreciarse “analogía” entre el supuesto regulado por el art. 81 RRC (= certificaciones registrales sin efecto de “cosa juzgada”) y el regulado por el art. 954 LEC 1881 (= sentencias firmes dictadas en procedimientos contenciosos que sí surten el efecto de “cosa juzgada material”); 3º) La imposibilidad de practicar, en el seno del art. 81 RRC, un “control conflictual escondido” de la certificación registral extranjera (= lo que supondría una aplicación del art. 9.4 CC y de la Ley nacional del sujeto a las cuestiones de filiación). En efecto, ello supondría convertir a la norma de reconocimiento en una norma de conflicto, o introducir una norma de conflicto en la norma de reconocimiento, lo que constituye un profundo error que destruye el “efecto útil” de las normas que operan para “reconocer” decisiones públicas extranjeras y situaciones jurídicas ya cristalizadas en otros Estados cuyas autoridades públicas han intervenido en dicha “cristalización legal”; 4º) La constatación de que la generalidad con la que se expresa la letra del art. 81 RRC deja un amplio margen de creatividad jurídica al intérprete para que éste proceda a la formulación de los requisitos específicos que deben exigirse a las certificaciones registrales extranjeras para poder acceder al Registro Civil español, siempre dentro de la arquitectura básica del precepto (= habilitación para la construcción del sistema).

19. El art. 81 RRC exige que la certificación registral extranjera tenga “*fuera en España*”. Nada más expresa el precepto. Para integrar y descifrar el significado concreto de dicha expresión, debe arrancarse de otro precepto que emplea la misma expresión: el inextinguible art. 954 LEC 1881, todavía en vigor, que regula el *exequatur* en España de las sentencias extranjeras dictadas en materias de Derecho privado, si bien, como antes se ha indicado, la aplicación por analogía del art. 954 LEC 1881 para decidir los efectos jurídicos de las decisiones extranjeras que no constituyen sentencias resulta improcedente. El texto de dicho precepto comienza con la siguiente frase: “*Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes [...]*”. En consecuencia, parece claro que el art. 81 RRC exige que las certificaciones registrales extranjeras superen un sistema similar al *exequatur* que se exige que superen las sentencias dictadas por tribunales de otros países. Ahora bien, esta referencia al art. 954 LEC 1881 y al sistema de *exequatur* debe realizarse con extrema prudencia por diversos motivos.

1º) El art. 81 RRC, pudiendo haberse referido directamente al *exequatur* regulado en la LEC 1881 (= referencia expresa a dicho mecanismo legal), resulta que no lo hace, a diferencia de lo que sí lleva a cabo el art. 83 RRC, relativo a la inscripción registral en virtud de sentencia o resolución extranjera (= que exige *exequatur* [*rectius*: “reconocimiento”])<sup>47</sup>. Y a diferencia, también, del art. 38 RH, que exige el *exequatur* para la inscripción de resoluciones judiciales o laudos arbitrales dictados en el extranjero<sup>48</sup>.

2º) El TS, responsable máximo y único durante más de un siglo de la aplicación del art. 954 LEC 1881 ha dejado muy claro que el *exequatur* regulado en el art. 954 LEC 1881 consiste en un sistema de “control de requisitos de regularidad internacional”. La autoridad del Estado requerido (España) debe examinar una serie de condiciones, procesales y sustantivas, que debe reunir la resolución pública extranjera. Si el resultado de este test es positivo, se concede el reconocimiento y *exequatur* (ATS 27 noviembre 1942, ATS 11 mayo 1965, ATS 24 diciembre 1996, ATS 15 julio 1997, ATS 21 abril 1998, STC [Sala 2ª] núm.54/1989 de 23 febrero, SAP Madrid 12 febrero 2008 [sentencia dictada en Pensilvania]). La LEC 1881 no acoge, pues, el modelo francés de la “revisión de fondo”. Por ello, la autoridad española no debe ni puede valorar ni examinar cómo ha procedido el juez de origen para dictar dicha resolución: ni el Derecho que aplicó para dictar su sentencia, ni tampoco su apreciación y/o valoración de los hechos.

3º) El TS también ha indicado que el *exequatur* regulado en el art. 954 LEC 1881 sólo es aplicable a “sentencias”. Según el TS, se considera una “sentencia” a efectos de los arts. 951-958 LEC 1881, “*cualquier resolución judicial extranjera firme recaída en un procedimiento contencioso y que verse sobre materias de Derecho privado*” (ATS 16 octubre 1961). Como es evidente, ello hace imposible aplicar *tout court*, tal cual, el art. 954 LEC 1881 para dilucidar si la certificación registral californiana (= que no es, evidentemente, una “sentencia” extranjera, pues no surte efectos procesales de “cosa juzgada”)

<sup>47</sup> Art. 83 RRC: “*No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla, requiere exequatur deberá ser previamente obtenido*”.

<sup>48</sup> Art. 38 del Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 febrero 1947, en BOE núm. 106, de 16 de abril de 1947): “*Las resoluciones judiciales o laudos arbitrales dados en el extranjero serán inscribibles cuando hayan sido reconocidos por Tribunal o Autoridad competente, con arreglo a las leyes y convenios internacionales*”.

surte efectos legales en España. En efecto, el TS tiene declarado que el art. 954 LEC 1881 no resulta aplicable a las resoluciones relativas a actos de jurisdicción voluntaria (ATS 8 febrero 1985, ATS 7 octubre 1971, ATS 7 febrero 1955, ATS 29 septiembre 1998, ATS 30 noviembre 1999, ATS 20 noviembre 1999, ATS 24 septiembre 2002, ATS 24 diciembre 2002, ATS 26 septiembre 2006). Línea seguida por la DGRN (RDGRN 7 abril 1952, RDGRN 21 junio 1958, RDGRN 5 octubre 1960, RDGRN 29 octubre 1960, RDGRN 18 enero 1964, RDGRN 13 diciembre 1974, RDGRN 28 junio 1996, RDGRN [1ª] 16 septiembre 2000, RDGRN [1ª] 23 febrero 2001, Res.Circular DGRN 15 julio 2006) y por las Audiencias Provinciales (AAP Madrid 27 diciembre 2007 [tutela constituida en Colombia], SAP Lugo 29 abril 1998, SAP Asturias 29 julio 2005, AAP Sevilla 16 enero 2007 [kafala marroquí]). El TS indica que el procedimiento de reconocimiento / *exequatur* regulado en los arts. 952-954 LEC 1881 es un procedimiento reservado, expresa y exclusivamente, a las sentencias extranjeras dictadas en procedimientos “contenciosos” que surten efectos de cosa juzgada. Ello impide su aplicación por analogía a las resoluciones extranjeras que contienen actos de jurisdicción voluntaria.

**20.** Un análisis combinado de los elementos anteriores conduce a la siguiente conclusión. El legislador guarda silencio en torno al significado concreto de la “*fuerza en España*” contenida en el art. 81 RRC, y la legislación española no contiene un sistema para dotar de efectos legales en España a las certificaciones registrales extranjeras en el que queden claros los requisitos que tales certificaciones deben superar. Pues bien, existe laguna legal. La integración de dicha laguna legal y el modo de llenar de significado la expresión “*fuerza en España*” empleada por el art. 81 RRC debe realizarse no mediante la aplicación por analogía del sistema del *exequatur* previsto para sentencias judiciales extranjeras, sino mediante la “elaboración judicial” o, en su caso por la DGRN, de un sistema legal para que las certificaciones registrales extranjeras adquieran “*fuerza en España*”. Este sistema debe construirse sobre los siguientes puntos.

1º) Debe tratarse de un sistema legal no idéntico al *exequatur* regulado por el art. 954 LEC 1881, sino de un sistema legal que, mediante el oportuno desarrollo judicial, concrete cuáles son los requisitos exigibles a las certificaciones registrales extranjeras, requisitos que deben tener presentes el “contexto registral” y el carácter de estas certificaciones. Las condiciones de regularidad internacional de las sentencias (= fijadas en el *exequatur* del art. 954 LEC 1881) y las propias de otros documentos públicos, como las certificaciones registrales extranjeras, no son y no deben ser idénticas, pues se refieren a decisiones de distinto carácter y alcance (G. CUNIBERTI)<sup>49</sup>.

2º) La declaración de “*fuerza en España*” de las certificaciones registrales puede obtenerse mediante un reconocimiento “incidental”. La autoridad ante la que se plantee la cuestión, valorará por sí misma si dicha certificación extranjera surte efectos legales en España o no los surte, sin que sea preciso haber logrado previamente una “declaración” judicial al respecto en proceso separado y anterior. Construir un sistema basado en el control “incidental” y no “por homologación” encaja perfectamente con el carácter de estos actos, que no son actos judiciales que crean estado de “cosa juzgada”. Por ello, estos actos pueden superar un test de “*fuerza en España*” por la autoridad que sea competente, test que no produce efectos *erga omnes*, sino sólo y exclusivamente en el proceso o procedimiento en el que se hace valer.

3º) El sistema de eficacia legal en España de las certificaciones registrales extranjeras que debe ser edificado a través de un desarrollo judicial, debe aparecer guiado por los dos mismos principios fundamentales que sustentan el *exequatur* recogido en el art. 954 LEC 1881. Primero: debe tratarse de un sistema de “control de requisitos de regularidad internacional” de la certificación registral extranjera, perfectamente definido (= requisitos legalmente determinados). Segundo: entre tales requisitos, no podrá exigirse que la solución a la que ha llegado la autoridad registral extranjera sea idéntica a la que hubiera alcanzado la autoridad registral española ni tampoco podrá llevarse a cabo una “revisión de fondo” de la certificación registral extranjera (= la autoridad española no examina la valoración de los hechos realizada por la autoridad registral extranjera ni tampoco es relevante qué Derecho sustantivo fue aplicado por tal autoridad extranjera a la hora de dictar su resolución registral). Esta creación legal de la DGRN desemboca en un sistema de “requisitos concretos”, similar al que existe en los sistemas de DIPr. de otros países<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1<sup>er</sup> ch. sect. C de 25 octubre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. p. 150.

<sup>50</sup> *Vid.* art. 65 Legge 31 maggio 1995, n. 218 “*su riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*”.

**21.** En conclusión, la DGRN indica que las condiciones exigidas a partir del citado art. 81 RRC para que las certificaciones registrales extranjeras surtan efectos legales en los Registros Civiles españoles (= condiciones para que el documento registral extranjero tenga “*fuera en España*”), son las siguientes: 1º) Condiciones formales que garantizan la autenticidad del “título registral extranjero” (= legalización o apostilla y formalidades propias del título extranjero), en los términos del art. 323 LEC); 2º) Equivalencia funcional de las autoridades registrales con las autoridades registrales españolas. El art. 85 RRC exige que las autoridades registrales extranjeras hayan intervenido con la misma intensidad constitutiva con la que intervienen las autoridades registrales españolas en casos similares; 3º) Ajuste del impacto legal de la decisión extranjera con el orden público internacional español (= requisito general que informa todo el sistema de DIPr. en el sector de la validez internacional de decisiones: art. 954.3 LEC 1881, art. 23 LAI, art. 34.1 R.44/2001, etc.); 4º) Control de la competencia de la autoridad registral extranjera (= no se reconocen decisiones dictadas por autoridades extranjeras internacionalmente incompetentes que operan con “exceso de competencia”); 5º) Control, en su caso, de los derechos de defensa de los implicados en el procedimiento registral llevado a cabo en el Estado de origen.

**22.** En el presente caso, no plantean problemas relevantes las exigencias de autenticidad del título extranjero registral presentado. La certificación registral extranjera presentada es un documento “público” (= un documento autorizado por autoridad extranjera), con las debidas garantías legales (= legalización o apostilla), que aseguran su autenticidad (= no falsificación). La aplicación, a tales efectos, del art. 323.2º LEC no suscita mayores dificultades. Tampoco provoca dificultades la exigencia de una “equivalencia de funciones registrales”. En efecto, la autoridad registral extranjera (= californiana) que expide la certificación registral pronunció su decisión mediante el ejercicio de funciones jurídicas equivalentes a las que despliegan las autoridades registrales españolas (= equivalencia de la intensidad de intervención de la autoridad pública). La DGRN extrae dicha exigencia del art. 85 RRC, cuyo texto indica que “[p]ara practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”. Este requisito evita el acceso al Registro Civil español de decisiones extranjeras en las que la autoridad registral no ha desplegado una “función constitutiva”, es decir, de resoluciones en las que la autoridad registral extranjera se ha limitado, meramente, a “dar fe” de las manifestaciones de voluntad de los interesados. Es claro que en el presente supuesto, la autoridad registral californiana intervino mediante la aplicación de las Leyes californianas para acreditar tanto el nacimiento como la filiación de los nacidos en California. Dicha autoridad intervino “con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley”<sup>51</sup>. En consecuencia, la certificación registral californiana constituye una “decisión” (= resolución efectiva, por una autoridad pública extranjera, de un caso particular concreto). En otras palabras, es posible afirmar que las autoridades registrales de California desarrollaron, en este supuesto, funciones similares a las que desarrollan las autoridades registrales españolas cuando deben proceder a la inscripción de nacimiento.

## **2. Ajuste de la solución californiana con el orden público internacional español.**

**23.** La DGRN lleva a término una elaborada construcción para demostrar el encaje de la certificación registral californiana con el orden público internacional español. Con carácter preliminar, debe subrayarse el concepto, contenido y alcance que la DGRN asigna al orden público internacional español. La DGRN realiza una interpretación basada en argumentos propios del análisis económico del Derecho (= “*Law And Economics*”). Para la DGRN, el orden público internacional español protege “*la cohesión moral y jurídica de la sociedad española*” y está compuesto por “los principios jurídicos básicos del Derecho español”. En consecuencia, el orden público internacional español salvaguarda los “*intereses generales*”, es decir, la “*organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española*”, así como el “*correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española como estructura su-*

<sup>51</sup> RDGRN 18 febrero 2009, FD IV, párrafo tercero, *in primis*: “En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que despliegan las autoridades registrales españolas. Así lo exige el art. 85 del Reglamento del Registro Civil....”.

*praindividual*". Ello significa que, para la DGRN, el orden público internacional protege "estructuras generales" y su tarea consiste en procurar que, en este caso, la introducción en el orden jurídico español de una decisión extranjera (= certificación registral californiana) no produzca una "externalidad negativa" (= un daños a la sociedad española tal y como la regula el legislador español)<sup>52</sup>. Para acreditar el perfecto encaje de la certificación registral californiana con el orden público internacional español, la DGRN utiliza diversos argumentos.

**24.** Primero. Al definir los principios jurídicos básicos sobre los que se edifica el orden público internacional español en materia de filiación, la DGRN subraya que en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción. Los casos de adopción son distintos a los casos de filiación por naturaleza, pero no menos cierto es que, acreditada la filiación, no cabe "*distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley*"<sup>53</sup>, como señala el art. 14 CE 1978. A este argumento debe añadirse otro, no menos relevante. En Derecho español se permite que la filiación por naturaleza de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres (art. 7.3 de la Ley 14/2006). En consecuencia, no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California en favor de dos varones con el argumento (¿?) de que se trata de sujetos del mismo sexo, resulta hoy día insostenible, pues sí que se permite en el caso de dos mujeres. Ciertamente es que el caso previsto por el legislador (= una mujer da a luz a través de técnicas de reproducción asistida y su cónyuge, también mujer, consta en el Registro como progenitor del nacido) es distinto al presente supuesto. Pero es también cierto que el caso no puede ser igual por motivos evidentes. En suma, no es posible aludir al principio de no discriminación por razón de sexo, ya que se trata de supuestos diferentes que disponen de regulaciones legales diferentes. Ahora bien, resulta nítido que la regulación contenida en el art. 7.3 de la Ley 14/2006 demuestra que en la actualidad, en Derecho español, no es ya un axioma dogmático que la filiación natural quede determinada, en todo caso, por la "vinculación genética" entre progenitores e hijos. Y así es, pues el antes referido art. 7.3 de la Ley 14/2006, permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres aun cuando el nacido no proceda del material genético de la mujer cónyuge de la mujer que da a luz. Por todo ello, puede afirmarse que aunque en Derecho español no se admite el contrato de maternidad subrogada, la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana expedida tras un contrato como el citado, produce unos efectos legales que no dañan la estructura jurídica básica de la sociedad española<sup>54</sup>.

**25.** Segundo. El argumento más fuerte utilizado por la DGRN hunde su basamento teórico en el concepto de "*interés superior del menor*" recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (CDN), en vigor para España<sup>55</sup>. Porque, como ha destacado A. GOUTTENOIRE, "*en ningún caso son los menores los que deben sufrir las consecuencias legales negativas de un comportamiento de sus padres*"<sup>56</sup>. Argumento que puede ser analizado desde tres perfiles diferentes.

1º) En el caso de que se rechazase la inscripción de la filiación californiana en el Registro Civil español, ello podría desembocar en la negación de una filiación de los menores inscrita en el Registro Civil español (= negación de su estado civil), menores que son, como antes se ha dicho, sujetos de nacionalidad española. Además, esa "filiación negada" no se sustituiría por ninguna otra filiación, lo que supondría que los niños, pese a ser españoles (art. 17.1.a CC)<sup>57</sup>, quedarían sin una filiación proclamada

<sup>52</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 348-370; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Orden público internacional y externalidades negativas", *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

<sup>53</sup> RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo segundo.

<sup>54</sup> En este sentido se pronunció sobre un caso muy similar al abordado por esta RDGRN 18 febrero 2009, la Sent. Cour d'appel de Paris 1<sup>re</sup> ch. sect. C de 25 octubre 2007, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, que no consideró contraria al orden público internacional francés la transcripción a los Registros franceses de una filiación determinada por las autoridades registrales californianas tras un contrato de gestación por sustitución acordado por ciudadanos franceses con mujer californiana.

<sup>55</sup> BOE núm. 313 de 31 diciembre 1990.

<sup>56</sup> A. GOUTTENOIRE, en [www.blog.dalloz.fr](http://www.blog.dalloz.fr), 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d'Appel de Paris de 25 octubre 2007: "*Le recours à l'intérêt supérieur de l'enfant permet de rappeler que ce ne sont pas les enfants qui doivent payer le prix des conséquences des actes des adultes, fussent-ils contraires à des principes essentiels du droit civil et pénal*".

<sup>57</sup> *Vid. supra* núm marginal 3 de este trabajo. La atribución de la nacionalidad española de origen *ex art. 17.1.a CC* no depende en ningún caso de la inscripción de dicha nacionalidad en el Registro Civil español.

por el Registro Civil e irían directamente al orfanato o devueltos a los Estados Unidos de América, donde también sufrirían un destino similar, a menos que sus “padres” se trasladaran a vivir permanentemente a dicho país.

2º) La filiación que consta en la certificación registral californiana es la filiación que mejor encaja con el interés superior del menor. En efecto, el art. 3 CDN obliga a que los menores se inserten en el ambiente legal y al cuidado de las personas que, en mayor grado, aseguren a los menores la “*protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*”. Es claro que las personas que han manifestado, con arreglo a lo previsto en el Derecho de California, su “consentimiento inicial a ser padres” y han tomado todas las precauciones, atenciones y cuidados necesarios al efecto, son personas más indicadas para ser considerados “padres”, ante la Ley, que la mujer que da a luz a los nacidos, que asumió su papel como mera parte en un contrato y que se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo. Este tratamiento legal en relación con los “padres por consentimiento” sintoniza con el “interés superior del menor”: son los mejores padres biológicos que estos concretos menores pueden tener. Los sujetos que toman la decisión voluntaria de tener un hijo mediante estas técnicas de reproducción humana asistida asumen una responsabilidad legal en relación con los nacidos. No pueden desistir de dicho consentimiento ni retractarse del mismo, porque ello podrá conducir a dejar al niño sin padres. Idea que está presente con fuerza creciente en la jurisprudencia de otros países (sentencia del Tribunal de apelación de California, Cal. App. 4th 1410, 1998, *Buzanca*)<sup>58</sup>.

3º) El menor tiene derecho a un “identidad única” (= derecho a ser considerado el mismo sujeto, con iguales datos de identidad por el sistema jurídico) (E. JAYME, A. GATTINI)<sup>59</sup>. Ello se pone de relieve, con mayor énfasis, en los casos “internacionales”. Este derecho deriva del art. 3 CDN<sup>60</sup>, de modo que la DGRN ha privilegiado, en palabras de A. GOUTTENOIRE<sup>61</sup>, “*le respect du droit étranger et la cohérence de la situation individuelle des enfants concernés*”. Pero mucho cuidado: este art. 3 CDN no contiene un mandato que obligue a mantener, en un país, el nombre y filiación atribuidos legalmente en otro país. Dicho precepto recoge, por el contrario, un “mandato genérico vigilante”, un “parámetro aplicativo del Ordenamiento Jurídico”, una “clave hermenéutica de interpretación del Derecho” (F. MORO)<sup>62</sup> que permite modular los resultados positivos o negativos de la aplicación de las normas de DIPr. Con otras palabras, puede afirmarse que el art. 3 CDN no ordena respetar la filiación y/o el nombre recogidos en una certificación registral extranjera. El precepto tampoco permite ni ordena admitir que los sujetos con múltiple nacionalidad puedan elegir la Ley aplicable a su nombre o a su filiación. Este art. 3 CDN, en conexión con el art. 8 CDN, sólo indica que el menor es titular de un derecho a “preservar su identidad” y que tal derecho debe ser defendido con carácter preferente, ya que responde al “interés superior del niño”. De ahí se deriva que el aplicador del Derecho debe vigilar con sumo cuidado los resultados a los que conduce la aplicación de las normas jurídicas, en este caso, del DIPr. El operador jurídico debe proceder a aplicar o no aplicar dichas normas y/o a modular su aplicación en un sentido o en otro, para dar satisfacción al “interés superior del menor”. Así pues, a la hora de saber si se debe dar efectos legales en España a la certificación registral californiana, los elementos fundamentales son los que aparecen conectados

<sup>58</sup> Texto en [www.legalspring.com](http://www.legalspring.com) y <http://lw.bna.com>.

<sup>59</sup> E. JAYME, “Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca”, *Rivista di Diritto civile*, 1995, núm.1. pp. 71-80, esp. p. 72; A. GATTINI, “Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza”, *RDI*, 1996, pp. 93-109, esp. p. 95.

<sup>60</sup> Art. 3 CDN: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”. Vid. igualmente, el art. 8 CDN: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

<sup>61</sup> Vid. el comentario de A. GOUTTENOIRE en [www.blog.dalloz.fr](http://www.blog.dalloz.fr), 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007.

<sup>62</sup> F. MORO, “Observations sur la communitarisation du droit de la famille”, *RDIPP*, 2007, pp. 675-712.



con la individualidad e identidad del menor (= “elementos subjetivos y psicológicos”). En este sentido, la DGRN observa que negar efectos jurídicos a la filiación que consta en la certificación californiana supondría que los menores tienen “padres distintos” según el país del que se trate. En California, sus padres son unos, pero en España sus padres son otros, “*de modo que sus padres [son] distintos cada vez que cruzan una frontera*”<sup>63</sup>. Los menores son titulares del derecho a una “identidad única” que se debe respetar “*por encima de las fronteras estatales*”. Este dato inclina a la DGRN a admitir la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana, pues sólo de ese modo se salvaguarda el interés superior del menor, reflejado en su derecho a tener la misma filiación en California y en España. Una consideración sosegada y atenta del poder transformador del Derecho que presenta el principio-valor del “interés superior del menor” en esta RDGRN 18 febrero 2009, muestra que las distintas normas jurídicas de DIPr. aplicables a este caso interpretan diferentes partituras para lograr un mismo resultado armónico. Es otra prueba más de la “polifonía de los mensajes valorativos”: diferentes normas y métodos pero una sola sintonía, el “interés del menor”.

La DGRN incorpora, en favor de este argumento, la doctrina del TJCE (STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*<sup>64</sup>, STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*<sup>65</sup>, STJUE 14 octubre 2008, as. C-353/06, *Grunkin-Paul*). Estos pronunciamientos subrayan que los menores (= e incluso, en general, las personas, como se aprecia en la STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*<sup>66</sup>), son titulares del derecho a disponer de una “filiación única válida en varios países” y de un “nombre y apellidos únicos”, válidos también en varios países. Este derecho a la identidad única del menor puede exigir que el nombre y apellidos, así como la filiación de un menor, otorgados en un Estado sean respetados por el Derecho de los demás Estados. La DGRN subraya que las sentencias del TJCE presentan “*un valor supracomunitario*”. En efecto, en estos casos, el derecho de los menores a una identidad única no depende ni en modo alguno puede depender de que se trate de ciudadanos “comunitarios” o no<sup>67</sup>. El derecho a una “identidad única” pertenece a todos los menores, pues deriva del art. 3 CDN. Al operar en dicha dirección, la DGRN se sitúa en la misma trayectoria abierta por el TJCE (STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*<sup>68</sup>, y STJUE 14 octubre 2008, as. C 353/06, *Grunkin-Paul*), trayectoria que también siguen otros tribunales de Estados miembros en “casos no comunitarios”. Así, el Decreto del Tribunale di Bologna de 11 septiembre 2007, procedió a inscribir en el Registro Civil italiano el nombre de una menor de nacionalidad italiana y canadiense, hija de padre y madre italianos, nacida en Canadá e ins-

<sup>63</sup> RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo quinto.

<sup>64</sup> *Recopilación*, p. I-01191.

<sup>65</sup> *Recopilación*, p. I-11613.

<sup>66</sup> *Recopilación*, p. I-01191. *Vid.* igualmente las muy interesantes conclusiones del Sr. Abogado General JACOBS, especialmente en el punto 39 de las mismas, de fecha 9 diciembre 1992.

<sup>67</sup> En el ámbito comunitario, la determinación de la filiación en un Estado miembro de la UE plantea problemas particulares ligados a los derechos fundamentales que el Derecho comunitario atribuye a los ciudadanos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro (= “ciudadanos comunitarios”). En efecto, en los casos en que el nacido sea considerado “hijo” de determinadas personas por el Derecho de un Estado miembro de la UE y así haya sido inscrito en los Registros de dicho Estado, y con independencia de que el nacido sea doble nacional o no lo sea, resultaría que si se obligara al nacido a ser considerado “hijo” de unas determinadas personas y no de otras, se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE (art. 18 TCE). Si cada vez que el nacido “cruza la frontera”, resulta que cambia su filiación, se producirían “*riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación de los interesados*”, que pueden “*causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado*” (= son palabras extraídas de la STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*, *Recopilación*, p. I-11613). En definitiva, en dicho supuesto, se dañaría la libre circulación de personas en la UE, pues los ciudadanos comunitarios se sentirían “desincentivados” y “obstaculizados” a trasladarse a otros Estados miembros si cada vez que cruzan las fronteras entre los Estados miembros, su filiación, y por tanto, su misma identidad, cambiase. La jurisprudencia del TJCE recaída en materia de nombre y apellido de las personas físicas apunta ya la solución jurídica: cuando un sujeto tenga “doble filiación” otorgada legalmente por dos Derechos de dos Estados Miembros de la UE, se deberá preferir como “filiación prevalente” una de las dos, que será, normalmente, la filiación elegida por el sujeto interesado o por sus representantes en el supuesto de su menor edad, siempre que esta situación no haya sido el resultado de maniobras estratégicas de los particulares (= mediante la búsqueda por los interesados de un foro de conveniencia: *Bad Forum Shopping*), y siempre que la admisión en un Estado miembro de la filiación del sujeto otorgada en otro Estado miembro no produzca resultados su orden público internacional (= lo que podría verificarse si la filiación elegida por los padres o representantes legales del sujeto, menor de edad, como “filiación prevalente”, perjudicara a dicho menor, pues en dicho supuesto, la certificación registral extranjera en la que consta es concreta filiación dañaría muy probablemente la estructura jurídica fundamental del Estado miembro de destino de dicha certificación registral).

<sup>68</sup> *Recopilación*, p. I-11613.

crita en los Registros de dicho país con el nombre y apellidos asignados por el Derecho sustantivo canadiense. El tribunal italiano recordó “*el derecho de la menor a ser identificada con el mismo apellido sea durante los períodos en los que reside en Italia, como en los períodos en los que reside en Canadá..... [ya que ello es consecuencia de su] derecho a un armónico desarrollo de la personalidad conectado con la unidad del nombre y con las dificultades que nacen del deber, en caso contrario, de transcribir en dos países actos que afectan a dicha menor en el caso de que la menor mantuviese en dos países dos identidades diferentes (matrimonio, separación, filiación, etc.)*”<sup>69</sup>. Por otra parte, en un caso muy similar al abordado por la DGRN 18 febrero 2009, la sentencia de la Cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007 indicó que la falta de transcripción en los Registros franceses de la filiación de dos gemelos nacidos en California habría podido producir efectos contrarios al interés superior de los menores, los cuales se habrían visto privados de su ligamen legal con el que era su padre biológico. Esta sentencia fue casada y anulada por la sentencia n° 1285 de 17 diciembre 2008 de la Cour de Cassation francesa, Première chambre civile, pero por motivos exclusivamente ligados a la legitimación del Ministerio Público, de modo que la cuestión se encuentra todavía pendiente de solución definitiva<sup>70</sup>.

**26.** Este modo de argumentar (= en el que el art. 3 CDN “dirige”, como “cláusula de valor supralegislativo”, los resultados de la aplicación de las normas de DIPr.) presenta una incidencia muy relevante, también, en los casos de determinación del “Derecho aplicable” al nombre y apellidos y a la filiación de los menores. En efecto, a la hora de decidir estas cuestiones, el aplicador del Derecho debe “monitorizar” el resultado de la aplicación de las normas de conflicto de modo que tal resultado encaje sin fisuras con el interés superior del menor. En tal sentido, en el caso, por ejemplo, de imposición de nombres a menores con múltiple nacionalidad, son los elementos subjetivos, como la vinculación psicológica del menor con un nombre concreto, los elementos de mayor peso específico. Los “elementos objetivos” del caso (= tales como la “vinculación más estrecha del supuesto con un país”, la nacionalidad de los menores y/o su residencia habitual, el hecho de que una nacionalidad coincida con un país de residencia habitual, que una nacionalidad sea más efectiva que la otra, etc.), por el contrario, son elementos ancilares, de importancia menor para el aplicador del DIPr. en el proceso de “monitorización de las normas de conflicto” guiado por el art. 3 CDN. Igualmente, la “elección de Ley reguladora” al nombre y apellidos y/o a la filiación por parte de los padres o representantes legales del menor, no debe ser aceptado como un criterio ciego y definitivo para determinar la concreta Ley reguladora a estos aspectos. La autoridad estatal competente puede apreciar que la Ley elegida puede no corresponder con interés superior del menor (= por ejemplo, porque aunque conduce a imponer un nombre único al menor, le perjudica psicológicamente porque denigra su dignidad personal, porque llama a confusión en cuanto al sexo u otra circunstancia en uno de los Estados vinculados con el caso, o porque presenta cualquier otra connotación negativa para el menor). En ese caso, dicha elección de Ley debe ser descartada y no producirá efectos y la última palabra corresponderá a las autoridades competentes, que determinarán qué Ley debe regir el nombre y apellidos y/o la filiación del menor de modo que encaje mejor con el específico interés de ese concreto menor<sup>71</sup>.

**27.** Tercero. La RDGRN 18 febrero 2009 sigue la célebre tesis del orden público internacional “atenuado” en relación con las “situaciones legalmente creadas en el extranjero”. La DGRN indica que la filiación de los nacidos en California constituye una situación jurídica existente y legalmente creada en un país extranjero y en una “sociedad extranjera”, y de cuyo ajuste al Derecho de tal país no cabe dudar. Se trata ahora de “exportar” tales situaciones jurídicas con destino a España. Pues bien, la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a “ciertos efectos” derivados de la situación legal creada en el país extranjero.

<sup>69</sup> Vid. RDIPP, 2009, pp. 99-102 y el muy agudo comentario de PIERALBERTO MENGOZZI, “Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana”, RDIPP, 2009, pp. 70-84.

<sup>70</sup> Vid. noticia de este proceso en RDIPP, 2008, pp. 939-940.

<sup>71</sup> En tal sentido, A. GATTINI, “Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza”, RDI, 1996, pp. 93-109, esp. p. 106; PIERALBERTO MENGOZZI, “Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana”, RDIPP, 2009, pp. 70-84, esp. pp. 83-84.

De dicho modo, la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido e impide ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución. Dicho contrato sería inejecutable en España porque pretender dicha ejecución en España dañaría la estructura legal básica española, sea cual fuere su Ley reguladora. La cláusula de orden público internacional impediría dicha ejecución (*vid.* art. 21 Reg. “Roma I”)<sup>72</sup>. Resulta evidente que si el contrato tuviera que ejecutarse “en España”, la estructura jurídica de la sociedad española resultaría dañada gravemente por la aplicación de la Ley californiana que permite dicha ejecución. La DGRN, en esta línea, se cuida bien en señalar que “*es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas*”<sup>73</sup>, lo que es rigurosamente cierto (art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)<sup>74</sup>.

Sin embargo, en este caso, el contrato de gestación por sustitución no se ha celebrado en España no pretende ser ejecutado en España (= ninguna parte reclama la ejecución de las prestaciones). La filiación “californiana” de los menores accede al Registro Civil español como una mera consecuencia última y periférica del contrato de gestación por sustitución. La certificación californiana de nacimiento y filiación no es un efecto jurídico del contrato de gestación por sustitución, sino un efecto de la aplicación al caso de la legislación californiana y de un pronunciamiento judicial, previo a la inscripción registral, expedido por un tribunal de California. El contrato de gestación por sustitución es nulo en Derecho español sea cual fuere su Ley reguladora, por acción del orden público internacional español. Pero el efecto jurídico último que dicho contrato, según el Derecho californiano y la certificación registral californiana, produce en el plano de la filiación de los menores, no vulnera el orden público internacional español, ya que encaja correctamente con el principio del interés del menor. Debe insistirse en que ello no supone, en ningún modo, dar cumplimiento o ejecutar o tener por válido en España el contrato de gestación por sustitución concluido en California. Por tanto, el orden público internacional español, que opera de modo radical contra la validez y ejecución en España del contrato de gestación por sustitución, no debe intervenir frente a la certificación de la filiación de unos menores nacidos como consecuencia de dicho contrato (= el orden público internacional español debe ser “atenuado” en relación con dicha filiación), del mismo modo que, por ejemplo, una sentencia extranjera que concede alimentos a la segunda esposa de un varón polígamo puede surtir efectos jurídicos en España sin que ello suponga, en modo alguno, que ese segundo matrimonio poligámico sea considerado válido en España.

### 3. La cuestión del fraude de Ley y del *Forum Shopping*.

28. Este aspecto suscita una atención especial. En efecto, *calamo corrente*, una primera reacción que suscita la RDGRN 19 febrero 2009 es la siguiente: “ahora cualquier sujeto puede acudir a las autoridades californianas a fin de que éstas declaren la filiación del nacido en favor de los contratantes y no en favor de la madre contratada que da a luz al nacido”. Una primera impresión podría conducir a pensar que existe una “vía libre” para poder “puentear” la legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida (= “*By-Pass jurídico*”). De ese modo, el sujeto que desee contratar a una madre de alquiler o madre por sustitución o madre gestante, no tiene más que “irse a California”. Es decir, se produce la impresión de que los particulares pueden “internacionalizar” fácilmente a su propio arbitrio y voluntad una situación jurídica “meramente nacional” (= conectada exclusivamente con España), y evitar, a través de dicha maniobra, la aplicación de la Ley española.

29. El mundo es una realidad dividida en Estados independientes, soberanos, muy diferentes entre sí y con sistemas jurídicos anclados en valores muy distintos, cuando no opuestos y enfrentados. Ésta es la explicación última de la prohibición de “internacionalizar” situaciones jurídicas exclusivamente internas”. Prohibición que existe en todos los sistemas jurídicos. En efecto, las situaciones “naturalmente conectadas con un Estado” (= todos sus elementos están conectados con un solo Estado), deben regirse

<sup>72</sup> Art. 21 Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento “Roma I”) (DOUE L 177 de 4 julio 2008): “*Orden público del foro. Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro*”.

<sup>73</sup> RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo octavo.

<sup>74</sup> BOE núm. 126 de 27 mayo 2006.

por la Ley de ese Estado. Es el “ámbito natural” de las Leyes de ese Estado. Es lo que P. LAGARDE llama “*el respeto a la autoridad de la Ley*” (= *l'autorité de la loi*)<sup>75</sup>. El Estado elabora sus Leyes para regular una comunidad social determinada (= aquella comunidad sobre la que, de modo natural, ejerce sus competencias legislativas y regulativas: la sociedad que ese Estado regula). Las Leyes de un Estado rigen las situaciones enteramente vinculadas con dicho Estado. Sólo de ese modo queda salvaguardada la “autoridad de la Ley” y se garantiza que tales Leyes puedan cumplir con el fin para el que han sido dictadas: hacer Justicia en relación con una concreta comunidad social. Las Leyes españolas persiguen ofrecer regulaciones y soluciones legales justas destinadas a la comunidad social española. Si ciertas situaciones jurídicas enteramente integradas en la comunidad social española (= por ejemplo, la determinación legal de la filiación de unos menores españoles en relación con unos progenitores españoles y con residencia habitual en España), quedan sustraídas a las Leyes españolas, la autoridad de la Ley española queda dañada. La Ley no podría entonces cumplir con su misión de Justicia. La división del mundo en Estados exige el respeto a la “autoridad de la Ley”. Por ello, cuando una relación social y jurídica (= la determinación de la filiación de los menores) ha sido artificialmente sustraída al ámbito de las Leyes de un Estado concreto, y ha sido situada en las manos de autoridades extranjeras para obtener una “decisión pública” en un determinado sentido, el DIPr. reacciona contra este *Bad Forum Shopping*. La reacción consiste en privar de eficacia jurídica a este “movimiento estratégico” de las partes. Dicha reacción es necesaria para impedir estas maniobras de los particulares que “aprovechan” el contexto internacional (= el hecho de que el mundo está dividido en Estados), para sustraer una situación social y jurídica (= precisión de la filiación) al alcance natural de las Leyes españolas. Conviene proceder con extrema cautela en este aspecto.

30. En primer término, debe subrayarse que en ningún caso se está en presencia de un “fraude de Ley”. La DGRN es tajante al respecto y destila una muy cuidada doctrina al recordar al lector que el “fraude de Ley internacional” exige la manipulación del punto de conexión de la norma de conflicto española. Con ello se crea una vinculación ficticia, aparente, puramente formal, entre el caso y un determinado país, cuya Ley los particulares desean ver aplicada al caso concreto. Es decir, habría “fraude de Ley internacional” en el caso de que los particulares hubieran fingido o creado la mera apariencia formal y legal pero sin contenido sustancial, consistente, por ejemplo, en presentar al nacido como un sujeto de nacionalidad norteamericana y domicilio en California. Ello habría provocado la aplicación de la Ley de California por un juez español que fuera competente para decidir sobre la filiación del nacido, ya que los tribunales españoles aplican a la filiación la Ley nacional del hijo (art. 9.4 CC). Para que exista “fraude de Ley internacional”, por lo tanto, los particulares alteran el “sentido normal” de la norma de conflicto (= que se dirige a dar aplicación a la Ley del país más vinculado con el caso), ya que consiguen provocar la aplicación de una Ley estatal que es, solamente en apariencia pero no en sustancia, la Ley del país más vinculado con el supuesto fáctico (= una nacionalidad que existe, pero que no representa, realmente, ningún vínculo del sujeto con el país cuya nacionalidad se ostenta). En el fraude de Ley internacional, los particulares crean una “vinculación aparente” (= un “montaje artificial” para eludir la normal aplicación de la Ley)<sup>76</sup>. Pero no “viajan a otro país para litigar allí” y obtener una resolución extranjera que luego intentan “introducir” en España. En el presente caso, no existió ninguna alternación del punto de conexión de la norma de conflicto. No se manipuló ninguna “conexión”. No hay norma de cobertura y norma defraudada. En este caso, el término “fraude de Ley” es inapropiado.

<sup>75</sup> Escribe P. LAGARDE: “*la faveur à la validité des situations juridiques, qui inspire de telles règles, este cependant soumise à certaines conditions. Il ne peut s'agir de reconnaître n'importe quelle situation crée n'importe où. Indépendamment de la condition de conformité à l'ordre public, la reconnaissance peut être subordonnée, non pas à l'application d'une certaine loi, mais à l'existence de certains liens de la situation avec son État d'origine*”. P. LAGARDE, “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006, pp. 1-30, esp. p. 30; ID., “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243. *Vid.* igualmente, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 446: “*Il semble en effet que l'intérêt essentiel de l'État consiste à assurer l'homogénéité et l'autorité de sa loi; les lois édictées par un État forment un ensemble; si on soustrait à cet ensemble des relations étroitement unies à celles auxquelles il s'applique sans conteste, il en résultera inévitablement des incohérences, des contradictions et une atteinte à l'autorité de la loi*”.

<sup>76</sup> Esta gráfica expresión es utilizada por el Abogado General Sr. PHILIPPE LÉGER, en sus Conclusiones presentadas el 2 mayo 2006, en el as. C/196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*: “*los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles el beneficio de las disposiciones de Derecho comunitario invocadas. De lo anterior se deduce que, para que pueda estar justificada por la lucha contra la evasión fiscal, la legislación nacional no debe limitarse a referirse a una situación definida en términos generales, sino que debe permitir al juez nacional denegar, en cada caso concreto, el beneficio del Derecho comunitario a determinados contribuyentes o a determinadas sociedades que hayan realizado un montaje artificial con la finalidad de eludir el impuesto*”.

31. En segundo término, subraya la DGRN que tampoco se puede considerar que los interesados “*hayan incurrido en el conocido como Forum Shopping fraudulento*”. Existe *Forum Shopping* fraudulento (= *Bad Forum Shopping*) cuando los particulares “sitúan” la resolución de un caso ante tribunales o autoridades de un Estado que no presenta una “relación sustancial” con el caso en cuestión. Más gráficamente expresado, existe *Forum Shopping* cuando los particulares “viajan para litigar” al extranjero (= viajan al extranjero con el propósito exclusivo de “litigar ante sus autoridades”). Los conocidos como *quickie divorces* (= “divorcios rapidillos”) y los *24 hours divorces* (= “divorcios en 24 horas”) son casos evidentes de *Forum Shopping*: los esposos no tienen relación sustancial alguna con el país ante cuyos tribunales se divorcian en 24 horas o menos, en ocasiones sin necesidad de viajar realmente a dicho país o con una estancia de menos de quince días. Los esposos viajan “para litigar allí” (= paraíso divorcista) y obtener una decisión pública con el único objetivo de provocar una solución jurídica que habría sido imposible obtener en España y posteriormente, introducir dicha decisión en el orden jurídico español a través de su reconocimiento y/o *exequatur*. Para justificar que en el presente supuesto no existe *Forum Shopping* fraudulento, la DGRN maneja tres argumentos.

32. El primer argumento subraya que “*la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes*”<sup>77</sup>. En otras palabras, la DGRN afirma que las partes no han creado un *status* jurídico inalterable (= como se habría creado, por ejemplo, en el caso de un divorcio pronunciado en virtud de sentencia judicial). Las partes han presentado ante el Registro civil español, simplemente, una “*certificación registral extranjera que no prejuzga ni impide, en su caso, un recurso ante los tribunales españoles, que podrán, eventualmente, establecer con carácter definitivo, la filiación de los nacidos en California*”<sup>78</sup>. Este argumento es correcto: mientras que en un *quickie divorce* se intenta introducir en España una sentencia judicial extranjera para que ésta produzca efectos de cosa juzgada en España, ello no sucede en el presente caso. El Registro Civil puede ser rectificado por decisión judicial posterior.

33. El segundo argumento se edifica sobre una simple proposición: no existe en el presente caso, ningún *Bad Forum Shopping* (= búsqueda consciente de un mero “foro de conveniencia” extranjero con el objetivo de obtener una resolución que no habría podido ser obtenida en España en un caso exclusivamente vinculado con España). Y no existe por lo siguiente. El mundo está dividido en Estados y cada Estado tiene sus Leyes y sus aparatos judiciales y administrativos. Cada Ordenamiento Jurídico refleja una idea particular de “Justicia”, tan legítima una como otra. La solución que la Ley de California ofrece a los casos de gestación por sustitución (= admisión de tales contratos y filiación en favor de los contratantes y no de la mujer que da a luz), es tan “justa” como la solución española (= represión y prohibición del fenómeno). Cada solución es “justa” en la respectiva sociedad (= solución californiana es justa “en California” y la solución española es justa “en España”). Por mucho que la legislación española prohíba los contratos de gestación por sustitución, ello no puede ignorar que otros legisladores estatales, como el californiano, adoptan otra perspectiva sobre estas prácticas y que las consideran perfectamente legítimas y legales. La legislación de California no “desaparece” por mucho que la legislación española sostenga totalmente lo contrario en relación con la filiación de los sujetos nacidos a través de técnicas de gestación por sustitución.

El *Bad Forum Shopping* es un mecanismo para castigar, mediante su “ineficacia legal”, los movimientos estratégicos de conveniencia que llevan a cabo ciertos sujetos y que consisten en situar ante un tribunal o autoridad extranjera, un caso exclusivamente vinculado con España y cuyo resultado pretenden introducir en el orden jurídico español. Pero en el caso presente, no existe un viaje de los interesados a California con el único propósito de litigar en el extranjero y obtener una certificación registral californiana que se pronuncia en un determinado sentido (= no se aprecia un “viajar al extranjero sólo para litigar”). En otras palabras, puede afirmarse que, en el presente caso, simple y llanamente, no existe *Bad Forum Shopping*. En efecto, los cónyuges españoles se trasladaron a California muchos meses antes del nacimiento de los menores. Siguieron y observaron todos los trámites, extremadamente exigentes, es-

<sup>77</sup> RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo sexto.

<sup>78</sup> *Vid.* nota anterior.

tablecidos por la legislación californiana para poder optar a la gestación por sustitución. La gestación por sustitución se llevó a cabo mediante los protocolos médicos seguidos por las clínicas médicas radicadas en California. Los cónyuges españoles establecieron su residencia en dicho *State*. La gestación de los menores por la mujer tuvo lugar en California. Dicha mujer gestante era nacional norteamericana y tenía su residencia habitual en California. Los niños nacieron en California. De todo lo anterior, puede inferirse que los “contactos” de este supuesto concreto con California no resultan, en absoluto, accidentales, fugaces, pasajeros, artificiales, meramente formales (G. CUNIBERTI)<sup>79</sup>. Una comparación útil del relato fáctico de este caso puede hacerse con la situación de las españolas que viajaban a Londres con la intención de abortar en los tiempos en los que la legislación penal española penaba todo tipo de aborto. El TC dejó bien claro que no había fraude de Ley alguno ni tampoco ningún *Bad Forum Shopping* en dichos casos. Las españolas viajaban a Londres para realizar diversos actos en el Reino Unido, actos que eran perfectamente ajustados a la Ley de dicho Estado (STC, Sala 2ª, 27 junio 1984)<sup>80</sup>. Consideraciones similares pueden realizarse en relación con los sujetos españoles que se trasladan a países en los que el consumo y/o tráfico de ciertos estupefacientes o medicamentos, prohibido en España, está permitido por la Ley de dicho país extranjero. Igualmente, en el caso de los “niños toreros españoles” (= españoles de 14 años o incluso de menos de esa edad, que se trasladan a vivir a México para poder participar en corridas de toros aunque no cumplen la edad reglamentaria exigida por la Ley española [16 años])<sup>81</sup> puede tampoco estimarse que se crea un contacto “artificial” o “meramente aparente” con Méjico. Naturalmente, en el caso de que el sujeto hubiera nacido en España y las técnicas de reproducción asistida hubieran tenido lugar en España, pero los sujetos se hubieran trasladado a un país extranjero sólo con el propósito de obtener una “decisión” pública sobre la filiación del nacido, ya sea una sentencia o una certificación registral, existe *Bad Forum Shopping* (= búsqueda de conveniencia del foro y de la autoridad extranjera) y la decisión extranjera sobre filiación no debería surtir efectos legales en España. Pero no es éste, como se ha visto, el caso objeto de la RDGRN 18 febrero 2009. Debe, además, recordarse, que la sanción contra el *Bad Forum Shopping* sólo procede en casos específicos y probados de “viajes para litigar al extranjero”, esto es, en casos que se apartan claramente de la regla general (= admisión de los efectos en España de las decisiones extranjeras). Y es sabido que: *quae communi legi derogant, stricte interpretantur*: lo que deroga al Derecho general debe ser interpretado de modo estricto y no expansivo o extensivo.

34. El tercer argumento parte de la arquitectura general del sistema legal español que regula los efectos de las resoluciones registrales en España. Visto que no existe una regulación legal específica de esta cuestión y que, por lo tanto, dicho sistema se construye “por casos”, la DGRN indica que el ajuste de la certificación californiana con el orden público internacional español incluye la cuestión de un eventual *Bad Forum Shopping*. Es decir, incluso si se considerara que los particulares han situado de un modo artificioso la cuestión jurídica de la filiación de los menores en manos de las autoridades de California, debe primar sobre la sanción a dicho *Forum Shopping*, el interés de los menores, ya que se trata de un interés “superior” que se impone a otras consideraciones y que exige la “continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores”<sup>82</sup>. Un posible *Bad Forum Shopping* no debería conducir a negar los efectos jurídicos registrales en España de la certificación registral californiana si ello se tradujese en una priva-

<sup>79</sup> G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1<sup>er</sup> ch. sect. C de 25 octobre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. pp. 156-157.

<sup>80</sup> BJC 1984, pp. 667-673: “la realización del aborto fuera del territorio español no se hace al amparo de norma alguna, para producir las consecuencias previstas en ella, ni persigue en consecuencia crear apariencia alguna de juridicidad del resultado, sino pura y simplemente llevar a cabo unos hechos fuera de España, de tal modo que la norma aplicable no sea la española, sino la territorial. No se dan por tanto los supuestos necesarios para apreciar la existencia de un fraude de ley...”. Vid. también la STS, Penal, 5 diciembre 1986 [R.7853], que rectifica la jurisprudencia anterior de la STS, Penal, 20 diciembre 1980 [R.4980] y STS, Penal, 15 octubre 1983 [R.4749].

<sup>81</sup> Vid. Diario *El Mundo*, 16 abril 2007.

<sup>82</sup> RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo séptimo: “el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones”, es decir, sobre un eventual *Forum Shopping* o sobre un contrato de “gestación por sustitución” que es nulo según el Derecho sustantivo español.

ción, para los menores implicados, de su filiación como estado civil<sup>83</sup>. Como también recuerda la DGRN, en caso de rechazar la inscripción de esta filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos queden privados de una filiación, que queden privados de su filiación en relación con el sujeto que es su padre genético, lo que resulta inadmisibles por vulnerar el “interés superior del menor”<sup>84</sup>.

## V. Conclusión.

35. La RDGRN 18 febrero 2009 constituye una auténtica experiencia jurídica que prima sobre la experiencia normativa. Un viaje iniciático a través de los presupuestos, de los fundamentos, y de la función del DIPr. en el que la DGRN coloca en su sitio a la norma de conflicto, demuestra dónde se halla el ámbito propio del método del reconocimiento, explica por qué ambos métodos son diferentes y deben ser diferentes en sus objetivos y en su funcionamiento y, finalmente, demuestra que el DIPr. es una rama del Ordenamiento Jurídico de cada Estado cuya función es impulsar, con la máxima seguridad jurídica posible, la vida internacional de los particulares. Fomentar el ínter curso de las personas a través de las fronteras sin que la división del mundo en Estados, realidad insoslayable, perjudique los intercambios transnacionales. Porque es en los intercambios transnacionales donde se halla el aumento del bienestar de las personas.

En esta RDGRN 18 febrero 2009, la DGRN no se olvida de la muy rica tradición jurídica del DIPr. que es aprovechada en su justa medida, sin que ello impida nuevas formas de enfoque de los problemas legales que el siglo XXI suscita al operador jurídico. La solución ofrecida por la DGRN se muestra correctamente equilibrada desde el prisma de la política jurídica. La RDGRN 18 febrero 2009 tiene su razón de ser en el “interés del menor”, principio-valor que monitoriza la aplicación de todas las normas de Derecho internacional privado español. Un lector inteligente de esta RDGRN 18 febrero 2009 vuelve a sentir la experiencia de la realidad. La experiencia de un DIPr. que se enfrenta con los contratos de gestación por sustitución, hecho típico del siglo XXI, y que proporciona una solución creativa a tan difícil supuesto. Una pausada lectura final a esta RDGRN 18 febrero 2009 muestra, igualmente, que la DGRN adopta una perspectiva “holística”: la DGRN percibe los problemas generados por este supuesto internacional de gestación por sustitución, “en su globalidad” y ofrece una solución al “conjunto problemático”. Es como un director de orquesta que, a pesar de contar con músicos que interpretan partituras distintas (= métodos jurídicos diferentes, normas jurídicas diversas, perfiles legales distintos, diversos particulares implicados), mantiene un “enfoque completo” que encuadra el supuesto planteado, su propia actuación para enfrentarse al mismo, las repercusiones de las soluciones ofrecidas y, en general y en definitiva, todo ese “conjunto problemático” que es, en sí mismo, una totalidad inescindible.

36. Esta modesta nota en torno a la RDGRN 18 febrero 2009 pretende, igualmente, constituir una prueba del reconocimiento de sus autores en favor de la labor ingente desarrollada por Dña. PILAR BLANCO MORALES-LIMONES, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Extremadura, al frente de dicha Dirección General. Nunca antes el DIPr. había recibido tanta y tan profunda atención por parte de la DGRN. Nunca antes el DIPr. había sido objeto de análisis tan fecundos y detallados como los que ha recibido por parte de la DGRN entre los años 2004 y 2009. La DGRN ha sabido destilar la mejor doctrina internacionalprivatista española en sus incontables Resoluciones, Instrucciones y Consultas, sin convertirse en *turris eburnea* aislada de la comunidad jurídico-científica internacional. Los años pasarán. Pero no pasarán el trabajo infatigable y la elevada calidad de las propuestas y soluciones jurídicas que ha desplegado durante cinco años Dña. PILAR BLANCO MORALES-LIMONES al frente de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

---

<sup>83</sup> G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1<sup>re</sup> ch. sect. C de 25 octubre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. pp. 152-153.

<sup>84</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2009, pp. 195-215, esp. pp. 212-215.

# APUNTES SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LA LEY APLICABLE A LAS DONACIONES: ANTES Y DESPUÉS DEL REGLAMENTO ROMA I

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
*Profesor titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Murcia*

Recibido: 11.05.2009 / Aceptado: 27.05.2009

**Resumen:** El presente trabajo explora las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional y a la Ley aplicable a las donaciones. Cuestiones que han suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia un debate teórico interesante en torno a los límites de la autonomía de la voluntad conflictual en relación con el ámbito material del Reglamento Roma I y del Reglamento 44/2001. Los problemas calificadorios que suscitan las donaciones aconsejaron en el pasado la formulación de normas específicas para determinar la Ley aplicable a las donaciones. El presente estudio aborda el régimen jurídico de las donaciones internacionales en el Reglamento Roma I, lo que resulta interesante visto que dicho instrumento legal no contiene normas específicas de conflicto de Leyes al respecto. Por otra parte, el presente trabajo expone un cuadro de soluciones relativas a la Ley aplicable a las donaciones que se enmarcan en el ámbito del Derecho de Familia.

**Palabras clave:** donaciones, normas de conflicto, Ley aplicable, comunitarización del Derecho internacional privado, *Lex Fori*, Ley nacional, autonomía de la voluntad conflictual residencia habitual.

**Abstract:** The present article explores the questions relative to judicial international jurisdiction and applicable Law to donations and gifts. In particular, donations have provoked an interesting theoretical debate concerning the limits of party autonomy to designate the applicable Law in international cases. In addition to that, donations have always created doubts about the material scope of application of the Rome I and Brussels I Regulations. Qualification is another classic problem regarding donations. Donations can be considered as “contracts” or “unilateral acts”. The present study deals with the legal treatment of the international donations in Rome I and Brussels I Regulations taking into account that these legal instruments have no specific rule on donations. On the other hand, the present work shows a wide array of potential solutions with regard to the Law applicable to the donations that take place in the area of Family Law.

**Key words:** Donations, gifts, Conflict-Of-Laws rules, Private international Law of the European Community, *Lex Fori*, national Law, habitual residence, party autonomy, contracts.

**Sumario:** I. Donaciones. Competencia judicial internacional. II. Ley aplicable a las donaciones. Situación anterior al Convenio de Roma y al Reglamento Roma I. El art. 10.7 CC. III. Ley aplicable a las donaciones. Donaciones sujetas al Reglamento Roma I. IV. Ley aplicable a las donaciones. Puntos de conexión y Reglamento Roma I. V. Ley aplicable a las donaciones. Las donaciones residuales. VI. Ámbito de la Ley aplicable a la donación.



## I. Donaciones. Competencia judicial internacional.

**1. Competencia judicial internacional.** La determinación de la competencia de los tribunales estatales para resolver cuestiones atinentes a las donaciones “internacionales” suscita diversas reflexiones<sup>1</sup>.

1º) Cuando las donaciones generan obligaciones contractuales o no contractuales, la competencia judicial internacional se rige por el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>2</sup> y Convenios de Bruselas (Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones

<sup>1</sup> Algunas referencias tangenciales sobre la cuestión de la competencia judicial internacional en materia de donaciones pueden hallarse dispersas en los Informes oficiales que acompañan al Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968. *Vid.* Informe de la versión original del Convenio por P. JENARD (DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 122-180), Informe sobre el primer Convenio de adhesión, de P. SCHLOSSER (DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 184-256), Informe sobre el segundo Convenio de adhesión, de D. EYRIGENIS / K. KERAMEUS (DOCE C 189 de 28 julio 1990, pp. 257-284), Informe sobre el tercer Convenio de adhesión, de D.M. DE ALMEIDA CRUZ / M. DESANTES REAL, y P. JENARD (DOCE C/189 28 julio 1990, pp. 35-56). En relación al Protocolo relativo a la interpretación por el TJCE del Convenio de Bruselas, *vid.* el informe oficial de P. JENARD, DOCE C189, 28 julio 1990, pp. 180-184. Las contribuciones doctrinales sobre el actual Reglamento 44/2001 son incontables. En la mayor parte de ellas pueden también encontrarse ciertas referencias a la competencia judicial internacional en materia de donaciones, con mayor o menor profundidad y detalle. *Vid.* AA.VV., *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Actas de seminarios Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009 (en prensa); J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Donaciones” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009 (en prensa); J.P. BERAUDO, “Le Règlement CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI Clunet*, 2001, pp. 1033-1084; P. BERTOLI, “La disciplina della giurisdizione civile nel Regolamento comunitario 44/2001”, *RDIPP*, 2002, pp. 625-658; C. BRUNEAU, “Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale”, *JCP*, 2001-I, pp. 304 ss.; ID., “La reconnaissance et l’exécution des décisions rendues dans l’Union européenne”, *JCP*, 2001-I, pp. 314 ss.; G. CAMPEIS / A. DE PAULI, *La disciplina europea del processo civile italiano: i regolamenti UE sulla giurisdizione, le notifiche, le rogatorie, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni e dei titoli esecutivi europei*, Padova, Cedam, 2005; H. CROZE, “Règlement CE n.44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Procédures*, avril 2001, pp. 7 ss.; G.A.L. DROZ / H. GAUDEMET-TALLON, “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *RCDIP*, 2001, pp. 601-652; B. DUTOIT, *Guide pratique de la compétence des tribunaux et de l’exécution des jugements en Europe. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Le Règlement “Bruxelles I”*, 2007; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n.44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 3ª ed., Paris, 2002; R. GEIMER / E. GEIMER / G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5ª ed., Köln, O. Schmidt, 2005; R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE / E. GEIMER, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, Eu-ZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, 2ª ed., München, Beck, 2004; P. GEORGANTI, *Die Zukunft des ordre public-Vorbehalts im europäischen Zivilprozessrecht*, München, Utz, 2006; P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE)*, Paris, Jupiter, 1986, (versión en castellano: Ed.La Ley, 1986), muy útil todavía aunque se refiere al viejo Convenio de Bruselas de 1968; B. HESS / T. PFEIFFER / P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation. Its Applications and Scope*, 2008; J. JUNGGERMANN, *Die Drittwirkung internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ, EuGVO und LugÜ*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht : Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, 8ª ed., Frankfurt am Main, Verl. Recht und Wirtschaft, 2005; D. LOCHOUARN, “Le Règlement CE n.44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile”, *Droit et procédures*, novembre 2001, pp. 362 ss.; P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, Julio 2007; A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, 2000, Pulim; P.G. MAYR / D. CZERNICH, *Europäisches Zivilprozessrecht: eine Einführung*, Wien, WUV, 2006; A. MOURRE, “La communitarisation de la coopération judiciaire en matière civile”, *RDAL*, 2001-6, pp. 700-792; A. NIEROBA, *Die europäische Rechtshängigkeit nach der EuGVVO (Verordnung (EG) Nr. 44/2001) an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; TH. RAUSCHER (HRG), *Europäisches Zivilprozessrecht*, München, Sellier, 2004; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento CE N.44/2001*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2003.

<sup>2</sup> DOCE L 12 de 16 enero 2001.

<sup>3</sup> DOCE núm.C 189/3 de 28 de julio de 1990 (versión codificada) y BOE núm.24 de 28 de enero de 1991, corr.err. BOE 30 de abril de 1991, versión modificada por el Convenio de Bruselas de 29 noviembre 1996 en BOE núm. 77 de 31 marzo 1999 y versión consolidada en DOCE C 27 de 26 enero 1998.

judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 septiembre 1968<sup>3</sup>) y Lugano (Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 septiembre 1988)<sup>4</sup> o Convenio de Lugano II<sup>5</sup>, según los casos.

2º) El concepto de “*donación que afecta a una sucesión o a un régimen matrimonial*” es un concepto autónomo propio del Reglamento 44/2001. Se debe definir con independencia de lo que por tal concepto entiendan los Derechos de los Estados miembros. Estas donaciones están excluidas del Reglamento 44/2001 y la competencia judicial internacional para conocer de los litigios que pudieran originar no se determina con arreglo a dicho Reglamento, sino con arreglo al art. 22 LOPJ.

3º) Si la donación suscita obligaciones contractuales, el art. 5.1 R. 44/2001 otorgará competencia a los tribunales del lugar donde debe entregarse el objeto de la donación contractual, pues la entrega de la cosa es, normalmente, la única obligación que surge y la única prestación a realizar.

4º) Si la donación suscita obligaciones no contractuales, como son aquéllas que no exigen aceptación por parte del donatario, el art. 5.3 R. 44/2001 otorga competencia a los tribunales del país donde se formalizó la donación (criterio causal), y a los tribunales del país donde debió entregarse el objeto de la misma (criterio del resultado), a elección del demandante<sup>6</sup>.

5º) En los supuestos no cubiertos por el Reglamento 44/2001, se aplica el art. 22 LOPJ. Según el tipo de donación, -contractual, *propter nuptias*, sucesoria, etc.-, serán aplicables los distintos foros especiales contenidos en el art. 22.3 LOPJ.

## II. Ley aplicable a las donaciones. Situación anterior al Convenio de Roma y al Reglamento Roma I. El art. 10.7 CC.

2. Antes de la entrada en vigor para España del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980<sup>7</sup>, y del Reglamento Roma I (Reglamento (CE) N°

<sup>4</sup> BOE núm.251 de 20 octubre 1994 y corr.err. BOE núm.8 de 10 enero 1995.

<sup>5</sup> Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 octubre 2007 [Convenio de Lugano II] en DOUE L 339 de 21 diciembre 2007.

<sup>6</sup> En torno al clásico dilema de la determinación del tribunal internacionalmente competente en relación con los ilícitos a distancia *vid.* las obras citadas en nota [1] y *adde*: P. BLANCO MORALES LIMONES, “Art. 5.3” y “Art. 5.4”, en A.-L. CALVO CARAVACA (EDIT.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 120-138; ID., “Mass media y Convenio de Bruselas, ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional?”, *GJCE y de la Competencia*, 1995, núm. 107, pp. 5-15; M. CALLORI, “Giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale, l’art 5 n.3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e la questione della localizzazione del *forum damni*”, *RDIPP*, 1997, pp. 601-656; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Madrid, 1999; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, “El *locus delicti commissi* en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet”, *Informática y Derecho*, 34, 2004, pp. 15-38; K. HERTZ, *Jurisdiction in Tort and Contract under the Brussels Convention*, Copenhague, 1998; G. PALAO MORENO, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, en J. PLAZA PENADÉS (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 275-297; A. SARAVALLE, “*Forum damni*” o “*Fora damni*”, *Il Foro Italiano*, 1995.4, pp. 331-340; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y conflictos de jurisdicción en internet*, Madrid, Colex, 2001; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en DIPr”, *REDI*, 1992, 2, pp. 417-442; ID., “Régimen jurídico del flujo internacional de datos informáticos de carácter personal”, *RGD*, 1992, 9527-9548; ID., “La Directiva 95/46/CE, Entre la protección de la intimidad y la libre transferencia internacional de datos personales automatizados”, *Economist & Jurist*, enero / febrero 1997, pp. 30-35; ID., “Circulación internacional de datos personales informatizados y la Directiva 95/46/CE”, *Actualidad Civil*, núm.23, 2-8 junio 1997, pp. 509-539; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*, Editorial Comares, Granada, 2008, esp. pp. 22-29.

<sup>7</sup> Versión consolidada en DOUE C 334 de 30 diciembre 2005; BOE núm. 171 de 19 julio 1993, corr. errores BOE núm. 189 de 9 agosto 1993. *Vid.* también Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la adhesión de la República Checa, de la República de Estonia, de la República de Chipre, de la República de Letonia, de la República de Lituania, de la República de Hungría, de la República de Malta, de la República de Polonia, de la República de Eslovenia y de la República Eslovaca al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, así como a los Protocolos Primero y Segundo relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hecho en Luxemburgo el 14 de abril de 2005 (BOE núm. 193 de 13 agosto 2007).

593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>8</sup>, la cuestión de la Ley aplicable a las donaciones “internacionales”, que siempre había planteado agudos problemas calificadorios<sup>9</sup>, fue resuelta con inmejorable criterio por el legislador. El legislador que redactó el texto articulado del Título Preliminar del Código civil<sup>10</sup> calificaba la donación como un acto jurídico distinto a los contratos, pues éstos estaban sujetos a la Ley designada por el art. 10.5 CC<sup>11</sup>, mientras que las donaciones estaban sujetas a la Ley designada por el art. 10.7 CC<sup>12</sup>. Por tanto, ninguna confusión era posible y puede decirse, sin temor a equivocarse, que para el legislador español de 1974 y a efectos del Derecho internacional privado, las donaciones no eran un simple y mero contrato, sino un “modo de adquirir el dominio” o un “contrato que producía la transmisión de la propiedad”, lo que exigía formular una norma de conflicto específica relativa a las donaciones, como explica la doctrina<sup>13</sup>. Los problemas de calificación estaban resueltos con extraordinaria claridad jurídica por el legislador español de 1974, que anduvo muy fino en relación con esta espinosa cuestión.

### III. Ley aplicable a las donaciones. Donaciones sujetas al Reglamento Roma I.

3. En la actualidad, el Reglamento Roma I señala la Ley aplicable a las donaciones siempre que se cumplan, cumulativamente, estos dos requisitos: 1º) Que se trate de donaciones que generan “obligaciones contractuales”; 2º) Que se trate de donaciones no reguladas por el Derecho de Familia.

4. a) *Donaciones contractuales*. Son donaciones reguladas por el Reglamento Roma I las que generan obligaciones contractuales, esto es, las que nacen de un contrato<sup>14</sup>. Varios datos deben precisarse.

<sup>8</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008.

<sup>9</sup> G.C. VENTURINI, “Donazione”, *EdD*, 1964, vol.XIII, pp. 992-996; A. PONSARD, “Disposition a titre gratuit”, *E.Daloz DI*, vol.I, 1968, pp. 617-619; ID., “Donation”, *E.Daloz DI*, vol.I, 1968, pp. 650-653.

<sup>10</sup> *Vid.* Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil, en BOE núm.163 de 9 julio 1974.

<sup>11</sup> Art. 10.5 CC: “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”.

<sup>12</sup> Art. 10.7 CC: “Las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante”.

<sup>13</sup> *Vid.* M.A. AMORES CONRADI, “Art. 10.7 CC”, *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, p. 124; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Art. 10.7 CC”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 704-710; A. REMIRO BROTONS, “Art.10.7 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 337-346; P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, 1997, pp. 63-90; A. MARIN LOPEZ, “Art.10.7 CC”, *CRef.Cc.*, 1977, pp. 535-540. Para la situación anterior a 1974, en la que se carecía de norma de conflicto relativa a las donaciones, *vid.* A. MARIN LOPEZ, “Las donaciones en Derecho internacional privado”, *REDI*, 1953, pp. 568-570.

<sup>14</sup> Aunque el Reglamento Roma I ya ha generado una literatura muy abundante, ésta se ha detenido con escasa frecuencia y profundidad en el tema de la Ley aplicable a las donaciones. *Vid.* J. BASEDOW / W. WURMNEST (Coord.), “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)”, *RabelsZ*, 2007, pp. 225-344; T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, 2009, Vol. 1, N° 1, pp. 5-18; P. BERTOLI, “Il ruolo della Corte di Giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento ‘Roma I’”, *RDIPP*, 2006, pp. 999-1020; P. BERTOLI, “Il ruolo della Corte di giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento «Roma I»”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 9-28; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario”, Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005; F. FERRARI / S. LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena 2007; P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006; S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 40-69; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*; GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ / EUROPEAN GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation”, Treizième réunion, Vienne, 19-21 septembre 2003; H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 2-39; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n.103, pp. 131-189 (texto similar, aunque no idéntico, en U. MAGNUS / P.

1º) *Donación y obligaciones contractuales*. El concepto de “obligaciones contractuales” y de “contrato” es propio del Reglamento Roma I. es preciso, por lo tanto, precisar qué donaciones suscitan obligaciones contractuales y cuáles no las generan. El problema es agudo y varias tesis se han vertido: (a) *Tesis del art. 12 Reg. Roma I*. Algunos autores han indicado que podría acudir al art. 12 Reg. Roma I y a la Ley del “contrato hipotético” (P. JIMÉNEZ BLANCO)<sup>15</sup>. Pero esta postura no parece compartible. Dicha Ley sólo debe consultarse a efectos de precisar si el contrato se ha formado o no, es decir para decidir en torno a la “existencia del contrato”, y no para precisar qué se entiende por “obligaciones contractuales” y, en este caso, por “donación contractual”. Además, el art. 12 Reg. Roma I sólo puede aplicarse si, previamente, se ha acreditado que el supuesto genera obligaciones contractuales. No es aplicable si la cuestión a resolver consiste en saber si las obligaciones en cuestión son “contractuales” o no lo son; (b) *Tesis del concepto autónomo de contrato*. A efectos del Reglamento Roma I, existe “contrato” cuando concurre una “vinculación jurídica voluntaria entre las partes”. Este concepto encaja con el que mantiene el Reglamento 44/2001 (Cons. 7 Reg. Roma I)<sup>16</sup>. Y permite resolver el problema de la calificación de la donación como “contractual” o como “extracontractual”, a través del “criterio de la aceptación”. En efecto, toda donación en la que el donatario emite su aceptación a la donación, deben ser consideradas como un “acuerdo libre de voluntades”. Por tanto, tales donaciones generan obligaciones “contractuales” a efectos del Reglamento Roma I. El hecho de que las donaciones hagan surgir obligaciones para una sola de las partes no excluye el carácter “contractual” de la donación. En el caso de que la donación no haya sido aceptada por el donatario, la obligación nace de la voluntad de una sola de las partes, de modo que tendrá carácter extracontractual, y el Reglamento Roma I no será aplicable. Se regirá por la Ley designada por el Reglamento Roma II<sup>17</sup>.

---

MANKOWSKI, “Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation COM (2002) 654 final”; F. MARONGIU BUONAIUTI, “Conseguenze della trasformazione della convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 141-156; U. HÜBNER, “Das Kollisionsrecht nach Rom I – ein Sonderweg für Versicherungsverträge”, *EuZW*, 2006, pp. 449-450; M. FRICKE, “Das Versicherungs-IPR im Entwurf der Rom-I-Verordnung, ein kurzer Überblick über die Änderungen”, *VersR*, 2006, pp. 745-751; H. HEISS, “Das Kollisionsrecht der Versicherungsverträge nach Rom I und II”, *VersR*, 2006, pp. 185-188; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, pp. 727-780; S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568; O. LOPES PEGNA, “Il rilievo del collegamento più stretto dalla convenzione di Roma alla proposta di regolamento Roma I”, *Rivista di Diritto internazionale*, 2006, núm.3, pp. 756-782; F. MARRELLA, “Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 28-40; MAX PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *RabelsZ*, 2004-I, pp. 1-118 y en [www.mpidipr.de](http://www.mpidipr.de); MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)”, 2006, [www.mpidipr.de](http://www.mpidipr.de); P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725; S. POILLOT-PERUZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité*, 2008-5, pp. 3-11; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, *Indret* ([www.indret.com](http://www.indret.com)); L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 112-130; F. SALERNO, “Le conseguenze della proposta di regolamento “Roma I” sulla legge italiana di diritto internazionale privato”, en G. CARELLA (Ed.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti, dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*, Milano, 2007, pp. 179-195; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl und des mangels Rechtswahl anwendbarer Recht (Rom I-Verordnung)? Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 2008, pp. 377-386.

<sup>15</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, 1997-I, pp. 63-90.

<sup>16</sup> Cons. 7 Reg. Roma I: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n. 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 (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”.

<sup>17</sup> Reglamento (CE) No 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»), texto en DOUE L 199/40 de 31 julio 2007.

2º) *Superación de las divergencias sobre la naturaleza jurídica de la donación*. El “criterio de la aceptación” que sigue el Reglamento Roma I permite superar el muy espinoso tema de la “naturaleza jurídica” de las donaciones. Como es sabido, la naturaleza jurídica de la donación es distinta de un Derecho estatal a otro. Y aún dentro de un Derecho estatal, la cuestión dista mucho de ser clara. Así, por ejemplo, en Derecho español, la donación se ha configurado por doctrina y jurisprudencia de tres diversas maneras: como un “modo de adquirir el dominio”, como un mero “contrato”, o como un “contrato que constituye, al mismo tiempo, un modo de adquirir la propiedad” y la cuestión sigue sin ser pacífica más de cien años después de vigencia del Código Civil. Por tanto, para ciertos autores, la donación genera obligaciones contractuales, y para otros no. Con el “criterio de la aceptación” asumido por el Reglamento Roma I, la donación será contractual o no lo será según concurra o no concurra la aceptación del donatario, sin entrar en otras disquisiciones doctrinales sobre la “naturaleza jurídica” de la donación.

5. b) *Donaciones contractuales ajenas al Derecho de Familia*. Las donaciones que dan lugar a obligaciones contractuales “*que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos*” (art. 1.2.b Reg. Roma I), así como las que dan lugar a “obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones” (art. 1.2.b Reg. Roma I), están excluidas del Reglamento Roma I, como ha señalado la doctrina más autorizada<sup>18</sup>. Según el Informe Oficial GIULIANO / LAGARDE anejo al Convenio de Roma de 1980, sólo están excluidas del Reglamento Roma I las donaciones que sí están reguladas por el Derecho de Familia<sup>19</sup>. Están cubiertas por el Reglamento Roma I las donaciones que no son objeto de regulación por el Derecho de Familia aunque se verifiquen en el ámbito de la familia. Ahora bien, este criterio aplicativo del Reglamento Roma I genera enormes problemas. En efecto, como es natural, hay donaciones que sí son reguladas por el Derecho de Familia italiano pero no por el Derecho de Familia español, como sucede, por ejemplo, con las donaciones entre cónyuges. Ello hace que la cuestión de saber si una donación está regida por el Derecho de Familia, dependa del Derecho aplicable a tal donación (= *circulus inextricabilis*). Pues bien, la única solución viable, como indica la doctrina más experta en la materia (P. JIMÉNEZ BLANCO, H. GAUDEMET-TALLON), parece ser la siguiente: el tribunal competente aplicará sus normas de conflicto de producción interna, y con arreglo a la Ley aplicable a la donación, decidirá si dicha donación resulta regulada por el Derecho de Familia o no. En caso de que la respuesta sea afirmativa, el Reglamento Roma I no se aplicará y la donación quedará regida por el Derecho de Familia de la Ley reguladora de la donación. En caso de respuesta negativa, la donación se regulará por la Ley designada por el Reglamento Roma I<sup>20</sup>. Ejemplo: se concluye una donación entre marido italiano y esposa francesa, ambos con residencia habitual en España, al margen de las capitulaciones matrimoniales. Los cónyuges someten la donación al Derecho francés. Hubo aceptación por parte del donatario. La donación es, por tanto, “contractual” y ahora queda por ver si está regulada por el “Derecho de Familia”. El juez español deberá aplicar los arts. 9.2 y 9.3 CC, preceptos que establecen la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. En este caso, dicho régimen económico matrimonial es el establecido por la Ley del país de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Si dicha residencia se localiza en España, el Derecho español rige el régimen económico matrimonial. Y como en Derecho sustantivo español estas donaciones no están reguladas por el Derecho de Familia, resultará que dicha donación debe regirse por la Ley determinada con arreglo al Reglamento Roma I. El Reglamento Roma I es, por ello aplicable y la donación se rige por el Derecho francés, que es la Ley elegida por las partes (art. 3.1 Reg. Roma I).

<sup>18</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 112-130.

<sup>19</sup> Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por MARIO GIULIANO, profesor de la Universidad de Milán y PAUL LAGARDE, profesor de la Universidad de París I, DOCE de 11 de diciembre de 1992 C 327, pp. 1-47, esp. pp. 17-19.

<sup>20</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, 1997-I, pp. 63-90; H. GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE nº 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)”, *RTDE*, 1981, pp. 215-285.

#### IV. Ley aplicable a las donaciones. Puntos de conexión y Reglamento Roma I.

6. *Reglamento Roma I. Puntos de conexión y donaciones.* El Reglamento Roma I no contiene una norma especial para fijar la Ley aplicable a las donaciones. Por tanto, son operativos los criterios generales para determinar la Ley aplicable (arts. 3 y 4 Reg. Roma I). De este modo, la donación se rige por las siguientes Leyes.

1º) *Ley elegida por las partes.* La donación se rige, en primer lugar, por la Ley elegida por las partes, expresa o tácitamente (art. 3.1 Reg. Roma I). El donante no puede elegir la Ley aplicable de modo unilateral. Sin embargo, debe estimarse que si el donante elige la Ley aplicable y el donatario acepta la donación, entonces, el donatario muestra su conformidad con la elección de Ley efectuada por el donante y puede estimarse que existe “Ley elegida por las partes” en el sentido del art. 3.1 Reg. Roma I<sup>21</sup>.

2º) *Donación de inmueble. Ley del país de situación del inmueble y excepción.* En defecto de Ley elegida, si se trata de la donación de inmueble, es aplicable el art. 4.3 Reg. Roma I, de modo que la donación quedará sujeta a la Ley del país donde esté sito el bien inmueble. No obstante, se puede descartar la aplicación de la Ley del país de situación del inmueble, a través de la cláusula de excepción recogida en el art. 4.4 Reg. Roma I. De ese modo, se aplicará, en su lugar, la Ley de otro país con el que la donación presente claramente vínculos manifiestamente más estrechos. Ello sucederá en el caso de que las partes tengan su residencia habitual en un país que no es aquél en cuyo territorio está situado el inmueble.

3º) *Donación de otros bienes. Ley del país de residencia habitual del donante.* En efecto de Ley elegida por las partes y si se trata de donación de otros bienes o activos no inmuebles, se aplicará a la donación la Ley del país de residencia habitual del donante (art. 4.2 Reg. Roma I). En efecto, la doctrina mayoritaria estima, con razón, que el donante es el “prestador característico”. Es el sujeto que entrega el objeto de la donación, mientras que el donatario se limita a aceptar y a recibir la cosa.

4º) *Donación mixta.* Es la llamada “compraventa amistosa” (*negotium mixtum cum donatione*), es decir una venta a bajo precio para enriquecer con ella al donatario. No debe haber particularidad desde el punto de vista del Derecho internacional privado. Esta donación se rige por la Ley del país de la residencia habitual del donante, ya que el donante es el prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I).

#### V. Ley aplicable a las donaciones. Las donaciones residuales.

7. Las donaciones no reguladas por el Reglamento Roma I son donaciones que no generan obligaciones contractuales (“donaciones residuales”). La Ley aplicable a las mismas se fija del siguiente modo<sup>22</sup>.

1º) *Donaciones mortis causa.* Presentan finalidad sucesoria, pues la mayor parte de estas donaciones *mortis causa* surten efectos sólo tras el fallecimiento del donante y son irrevocables (*vid.* en Derecho español, art. 620 CC). Son donaciones relativas a “los testamentos y las sucesiones” y por tanto, están excluidas del Reglamento Roma I. En Derecho internacional privado español quedan sujetas al art. 9.8 CC y no al art. 10.7 CC. Se rigen por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> M. FRIGESSI DI RATTALMA, “Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma del 19 giugno 1980”, *RDIPP*, 1992, pp. 819-854; K.F. BECKMANN, “Die Bedeutung der Vertragssprache im internationalen Wirtschaftsverkehr”, *RIW*, 1981, pp. 79-83; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, pp. 360-368; P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, pp. 188-191; L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8, esp. p. 4 nota [13]; D. MARTINY, “Das Römische Vertragsrechtsübereinkommen vom 19. Juni 1980”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 298-305; D. MARTINY, “Art. 27”, *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 10, 2006, 4ª ed., p. 1696; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349.

<sup>22</sup> C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 120-123; L. FUMAGALI, “La convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni”, *RDIPP*, 1993, pp. 589-606.

<sup>23</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 393-422; ID., “Art. 9.8 CC”, *Com.CC y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 350-391; ID., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Art. 9.8º CC”, *Com.CC y Comp.For.*, 1978, pp. 189-194.

2º) *Donaciones entre cónyuges*. Algunos ordenamientos nacionales someten estas donaciones a regímenes legales muy estrictos, para evitar “influidos” de la voluntad de un cónyuge sobre la del otro cónyuge (*receptum est ne inter virum et uxorem donationes valeant*). Por el contrario, otros ordenamientos las tratan como cualquier otra donación, caso del sistema jurídico español. La Ley reguladora del régimen económico matrimonial indicará si tales donaciones están sujetas a disposiciones específicas de Derecho de Familia. En dicho caso, estas donaciones se registrarán por la Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Pero en caso contrario, como sucede en Derecho material español, estas donaciones *propter nuptias* se registrarán por el Reglamento Roma I (erróneamente: STS 5 junio 2000; *vid.* también, SAP Granada 12 febrero 1992, STS 10 junio 1995, y SAP Baleares 26 abril 2005).

3º) *Donaciones en casos de Derecho interregional*. El art. 10.7 CC sólo es aplicable, en la actualidad, para determinar la Ley aplicable a las donaciones casos de Derecho interregional, porque el Reglamento Roma I no se aplica, en España, a casos de Derecho interregional. En estos casos, la donación se rige por la Ley correspondiente a la vecindad civil del donante (art. 10.7 CC y art. 16.1 CC).

## VI. Ámbito de la Ley aplicable a la donación.

8. Varios aspectos deben distinguirse para precisar las cuestiones que quedan cubiertas por la Ley que regule la donación, sea cual fuere la norma de conflicto aplicada para determinar dicha Ley.

1º) La capacidad general para donar o recibir por donación queda sujeta a la Ley nacional de donante o donatario (art. 9.1 CC)<sup>24</sup>. El Reglamento Roma I y el art. 9.2 y 3 CC, así como el art. 9.8 CC son preceptos inaplicables a estos aspectos de capacidad (art. 1.2.a Reg. Roma I).

2º) Las prohibiciones o capacidades especiales para donar o recibir por donación sí quedan sujetas a la Ley que regula el fondo de la donación. Ejemplo: la posibilidad o imposibilidad del *nasciturus* y del *concepturus* para recibir por donación o la posibilidad de recibir donaciones por parte de una fundación. Esta solución procede porque tales prohibiciones o capacidades especiales no son cuestiones de “capacidad”, sino cuestiones más bien, prohibiciones legales de donar o recibir por donación y por ello, son aspectos ligados intrínsecamente a la donación que deben quedar sujetos a la *Lex Donationis*.

3º) Cuando la donación se rige por el Reglamento Roma I, la Ley aplicable a la forma de la misma se fija a través del art. 11 Reg. Roma I. La forma de la *donación mortis causa* se regula por el Convenio de 5 octubre 1961 (Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias), y la forma de las donaciones contenidas en capitulaciones se rige por el art. 11 CC.

4º) La Ley que regula el “fondo de la donación” regula las siguientes cuestiones: bienes que pueden donarse, condiciones posibles de una donación, causas de revocación de las donaciones, validez sustancial de la donación y efectos de la misma<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> A. MARIN LOPEZ, “Las donaciones en Derecho internacional privado”, *REDI*, 1953, pp. 568-570; *Id.*, “Art. 10.7 CC”, *CRef.CC*, 1977, pp. 535-540.

<sup>25</sup> C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 120-123.

# I CONFLITTI DI LEGGI DAVANTI AGLI ARBITRI DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE: NOTE IN TEMA DI COLLEGAMENTO OBIETTIVO ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO “ROMA I” (\*)

PIETRO FRANZINA  
*Ricercatore di Diritto internazionale*  
*Università degli Studi di Ferrara*

Recibido: 24.08.2009 / Aceptado: 01.09.2009

**Riassunto:** Gli arbitri impiegano metodi diversi per individuare le “regole di diritto” applicabili al merito della controversia. In mancanza di *electio iuris* ad opera delle parti, tale operazione viene generalmente compiuta ricorrendo ora al metodo della *voie directe*, implicante per gli arbitri la possibilità di determinare senz’altro la disciplina materiale applicabile al rapporto litigioso, ora alle norme di conflitto che gli arbitri stessi ritengano appropriate alla fattispecie. In questo quadro, i pertinenti criteri di collegamento vengono in molti casi reperiti (o elaborati) secondo un procedimento che fa leva sui “principi generali” del diritto internazionale privato. L’articolo si sofferma sull’impiego di tali principi nella prassi odierna dell’arbitrato commerciale internazionale, cercando di stabilire se, ed eventualmente in che termini, le disposizioni contenute nel regolamento comunitario “Roma I” sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali rechino un riflesso dei predetti “principi generali” del diritto internazionale privato.

**Parole chiave:** arbitrato commerciale internazionale, conflitti di leggi, contratti, obbligazioni extracontrattuali, principi generali del diritto internazionale privato.

**Abstract:** Arbitrators employ different methods in order to determine the “rules of law” applicable to the merits of the dispute. Failing a choice of law agreed upon by the parties, arbitral tribunals usually resort either to the *voie directe*, identifying at once the legal regime to which the relationship at stake shall be submitted, or to the conflict-of-law rules that it considers to be appropriate in the circumstances. The process by which the relevant connecting factors are retrieved (or elaborated) by the arbitrators often implies a reference to the “general principles” of private international law. The paper examines the use of such principles in present-day international commercial arbitration and attempts to assess whether, and to what extent, the provisions contained in the “Rome I” regulation on the law applicable to contractual and non contractual obligations may be seen as reflecting “general principles” of private international law.

**Key words:** international commercial arbitration, conflict of laws, contracts, non contractual obligations, general principles of private international law.

**Sommario:** I. Il diritto oggettivamente applicabile al merito della lite nell’arbitrato internazionale. – II. Il ricorso ai “principi generali” del diritto internazionale privato. – III. Il regolamento “Roma I”, espressione di “principi generali”?

(\*) Questo articolo è stato scritto in occasione di un soggiorno presso il *Departamento de Derecho Social e Internacional Privado* della Universidad Carlos III di Madrid, finanziato con fondi comunitari nell’ambito del Programma LLP/Erasmus per borse di mobilità per attività di docenza. Tengo a ringraziare il prof. A.L. CALVO CARAVACA e gli altri componenti del suo gruppo ricerca per l’ospitalità riservatami.



## I. Il diritto oggettivamente applicabile al merito della lite nell'arbitrato internazionale

1. Nell'arbitrato commerciale internazionale la legge applicabile al merito della controversia viene individuata ricorrendo a metodi differenti<sup>1</sup>. Le moderne normative statali in materia di arbitrato prevedono in genere che gli arbitri, qualora le parti non abbiano provveduto esse stesse a scegliere la disciplina statale o non statale deputata a regolare il rapporto litigioso<sup>2</sup>, decidano il merito della lite in base alla legge statale richiamata dalle norme di conflitto da essi ritenute appropriate<sup>3</sup>, oppure – come si legge soprattutto nei testi più recenti – sulla base delle “regole di diritto” da essi considerate opportune<sup>4</sup>, cioè sulla base delle norme materiali che gli stessi arbitri, senza passare per il “filtro” di una disciplina di conflitto particolare, reputino idonee a regolare la fattispecie<sup>5</sup>.

La formula evocata da ultimo, che riferendosi alle “regole di diritto” abbraccia tanto l'ipotesi dell'applicazione di un ordinamento nazionale quanto quella dell'impiego di norme di natura diversa, come i Principi UNIDROIT o la *lex mercatoria*<sup>6</sup>, trova un sostanziale riscontro nei regolamenti delle principali

<sup>1</sup> Nella dottrina recente, v. su tutta la tematica: H.A. GRIGERA NAÓN, “Choice-of-law problems in international commercial arbitration”, *RCADI*, 2001 (t. 289), p. 9 ss.; F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, Giuffrè, 2001; H.N. KULPA, *Das anwendbare (materielle) Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren*, Peter Lang, 2005. Di recente, v. sull'argomento anche E. JOLIVET, “La détermination du droit applicable au fond du litige”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, a cura di A. Mourre, 2008/2, p. 15 ss. L'analisi proposta nel presente contributo farà riferimento in modo specifico alla determinazione del diritto applicabile nelle controversie riguardanti rapporti di *natura contrattuale*. Identici problemi possono ovviamente insorgere rispetto a qualsiasi altra lite compromettibile in arbitri. È qui possibile solamente segnalare che, in questi casi, la specificità della materia trattata impone l'impiego di soluzioni in parte diverse da quelle illustrate in queste pagine. Con specifico riferimento alle liti in tema di fatti illeciti, v. ad esempio F. GONZALEZ, “The treatment of tort in ICC arbitral awards”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 13 (2002), n. 2, p. 39 ss.

<sup>2</sup> V. ampiamente H.N. KULPA, *op. cit.*, p. 70 ss.

<sup>3</sup> Ad esempio, l'art. 46 dell'*Arbitration Act* britannico del 1996, dopo aver stabilito, al par. 1, che il tribunale arbitrale decida il merito della lite “in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute”, oppure, “if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal”, dispone che qualora manchi un accordo delle parti (ovvero, se del caso, *nella misura in cui* manchi un simile accordo), il tribunale arbitrale “shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable” (su tale disposizione, v. S.R. SHACKLETON, “The applicable law in international arbitration under the new English Arbitration Act 1996”, *Arbitration International*, 1997, p. 375 ss.). L'art. 28 della legge modello dell'UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale prevede che il tribunale arbitrale, in difetto di una designazione operata dalle parti circa le “rules of law” applicabili al merito della lite, “shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable”; di analogo tenore la previsione dell'art. 33, par. 1, delle *Arbitration rules* della stessa UNCITRAL, adottate nel 1976: “The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable”. Sulle due previsioni testé richiamate v. rispettivamente H.M. HOLTZMANN, J.E. NEUHAUS, *A guide to the UNCITRAL model law on international commercial arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 764 ss., e D. CARON, M. CAPLAN, M. PELLONPÄÄ, *The UNCITRAL arbitration rules*, Oxford University Press, 2006, p. 121 ss.

<sup>4</sup> V., fra gli altri, l'art. 1496 del *nouveau code de procédure civile* francese (“L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées”), o l'art. 34, par. 2, della *Ley de Arbitraje* spagnola del 23 dicembre 2003, a norma del quale, in caso di arbitrato internazionale, “los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes”, salvo che, “[s]i las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas”. Su quest'ultima disposizione, v. A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional: el enfoque transaccional de la nueva ley española de arbitraje”, in *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, a cura di A.L. CALVO CARAVACA e S. AREAL LUDENA, Colex, 2005, p. 699 ss.; sulla disciplina francese v. invece, per tutti, J.-L. DELVOLVÉ, J. ROUCHE, G.H. POINOTON, *French arbitration law and practice*, Kluwer Law International, 2003, p. 144 ss.

<sup>5</sup> Riconoscendo agli arbitri la possibilità di applicare le “regole di diritto” da essi ritenute appropriate, le norme che riconducibili al modello di cui si parla nel testo non escludono l'eventualità che gli arbitri facciano applicazione, se del caso, in prima battuta, delle *norme di conflitto* che considerino adeguate. In altre parole, quella che viene accordata agli arbitri attraverso la soluzione descritta è un'autonomia più ampia di quella prefigurata dal metodo segnalato in precedenza, che comprende l'eventualità del ricorso al metodo conflittuale. Per un esempio recente, v. la sentenza CCI del 1998 nel caso n. 9636, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 109, in cui gli arbitri hanno provveduto ad identificare, richiamandosi all'art. 1496 del *nouveau code de procédure civile*, le norme di diritto internazionale privato a loro avviso più idonee a risolvere i conflitti di leggi riguardanti il rapporto controverso.

<sup>6</sup> V. ancora, per tutti, H.N. KULPA, *op. cit.*, p. 73. Più specificamente, sull'applicazione in sede arbitrale dei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, v. F. GÉLINAS, “La jurisprudence arbitrale de la CCI et les principes d'UNIDROIT”, *Les cahiers de l'arbitrage*, a cura di A. Mourre, 2002, p. 243 ss., e E. JOLIVET, “The UNIDROIT Principles in ICC Arbitration”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* (Special Supplement), 2005, p. 65 ss.

istituzioni che amministrano procedimenti arbitrali. L'art. 17, par. 1, delle *Rules of Arbitration* della Camera di Commercio internazionale, ad esempio, dopo aver stabilito che le parti "shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute", dispone che, "[i]n the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate"<sup>7</sup>. Analogamente, l'art. 28, par. 1, delle *International Arbitration Rules* della *American Arbitration Association*, dispone che il tribunale arbitrale, in mancanza di scelta ad opera delle parti, "shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate"<sup>8</sup>.

2. I metodi descritti – quello basato sull'uso di norme internazionalprivatistiche previamente individuate dagli arbitri, e quello incentrato sulla designazione "diretta" della disciplina materiale applicabile al rapporto – sottendono, a guardar bene, una comune logica "conflittualistica". Entrambe le tecniche presuppongono in ultima analisi la ricerca di un collegamento appropriato fra la fattispecie litigiosa e un determinato ordinamento giuridico (o altro complesso di regole). Come tali, esse richiedono agli arbitri di *selezionare gli indizi* suscettibili di esprimere un siffatto collegamento (la nazionalità delle parti, il luogo di conclusione del contratto, quello in cui le rispettive obbligazioni debbono essere adempiute, etc.), e di *determinarne la rispettiva rilevanza* (attribuendo maggior peso ad uno di essi o operandone una valutazione globale). Compiti, questi, che per essere assolti in modo razionale (in funzione del "controllo" cui l'operato degli arbitri è necessariamente soggetto, quanto meno ad opera delle parti)<sup>9</sup> devono per forza riflettere – anche se all'interno di un quadro flessibile – delle regole di giudizio, ossia dei *criteri*<sup>10</sup>. Se nell'ambito della prima delle tecniche illustrate questi criteri vengono identificati dagli arbitri in modo esplicito, attraverso la previa individuazione di una o più norme di conflitto "appropriate", nella c.d. *voie directe* i criteri in parola risultano assorbiti all'interno della più ampia valutazione compiuta dagli arbitri in vista della determinazione della disciplina materiale "adeguata" a regolare il caso di specie, e non godono necessariamente di un'autonoma "visibilità"<sup>11</sup>.

Questa differenza, ancorché non trascurabile, non vale a configurare le tecniche in questione come tecniche contrapposte, o mutualmente esclusive. Da un lato, perché, sul piano delle *modalità di funzionamento*, entrambe le tecniche presuppongono il riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità in capo agli arbitri<sup>12</sup>. Dall'altro, sul piano dei *risultati* cui possono condurre, perché le due tecniche in pa-

<sup>7</sup> Il regolamento, nel testo in vigore dal 1° gennaio 1998, può leggersi all'indirizzo <http://www.iccwbo.org>. Nella precedente versione, la norma in esame, contenuta nell'art. 13, par. 3, prevedeva che gli arbitri individuassero la legge ("law") applicabile al merito della lite attraverso regole di conflitto da essi ritenute appropriate. Sull'attuale e la precedente disciplina dettata a questo riguardo dal regolamento, v. L. FUMAGALLI, "Art. 17", in *Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio internazionale*, a cura di A. Briguglio e L. Salvaneschi, Giuffrè, 2005, p. 303 ss., e M. BÜHLER, Th.H WEBSTER, *Handbook of ICC arbitration*, Sweet and Maxwell, 2005, p. 207 ss.

<sup>8</sup> Il testo integrale del regolamento si trova nel sito <http://www.adr.org>. Previsioni simili si incontrano nei regolamenti di molte altre istituzioni: v., ad esempio, l'art. 22, par. 3, delle *Arbitration rules* della *London Court of International Arbitration* (<http://www.lcia.org>), o ancora l'art. 22, par. 1, delle *Arbitration Rules* dell'*Arbitration Institute* della Camera di Commercio di Stoccolma (<http://www.sccinstitute.com>) e l'art. 4 del *Nuevo Reglamento de la Corte Española de Arbitraje* (<https://www.camaras.org>).

<sup>9</sup> È stato messo in luce in dottrina come la discrezionalità accordata agli arbitri quanto alla individuazione delle norme applicabili al merito della lite non equivale al riconoscimento di una *incondizionata* libertà di scelta: la valutazione loro demandata, in altre parole, pur non obbedendo ad uno schema predeterminato, esige comunque di essere effettuata in modo prudente e responsabile. Cfr. D. CARON, M. CAPLAN, M. PELLONPÄÄ, *op. cit.*, p. 131, dove si nota – in relazione all'art. 33, par. 1, delle regole arbitrali dell'UNCITRAL – come nel corso dei lavori preparatori sia stata scartata, per queste ragioni, l'ipotesi di consentire al tribunale arbitrale di utilizzare le norme di conflitto "which it chooses", risultando preferibile prevedere l'impiego delle norme di conflitto "which it considers applicable".

<sup>10</sup> Sull'idea che anche il metodo della *voie directe* implichi necessariamente l'impiego di criteri, v. ad esempio E. SCHÄFER, H. VERBIST, CH. IMHOOS, *Die ICC-Schiedsgerichtsordnung in der Praxis*, Economica Verlag, 2000, p. 117.

<sup>11</sup> Cfr. P. LALIVE, "Les règles de conflit de loi appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", *Revue de l'arbitrage*, 1976, p. 155 ss.

<sup>12</sup> I "binari" normativi lungo cui è convogliata l'individuazione diritto applicabile al merito della lite nel quadro della prima delle tecniche sopra indicate sono tracciati, come detto, dagli stessi arbitri mediante la selezione di norme di conflitto appropriate. L'esistenza di un ampio margine di apprezzamento costituisce la prima delle caratteristiche generalmente segnalate rimarcate dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza arbitrale rispetto alla determinazione del diritto applicabile al merito della controversia da parte degli arbitri; cfr. la sentenza CCI del 1966 nel caso n. 1422, in *JDI*, 1974, p. 885, nonché la sentenza CCI del 1982 nel caso n. 2730, in *Collection of ICC arbitral awards, 1974-1985*, a cura di S. Jarvin e Y. Derains, Paris, 1990, p. 490. Discrezionale, del resto, è la stessa scelta da parte degli arbitri fra la soluzione conflittuale e quella della *voie directe*; cfr. M. BENEDETTELLI, "L'arbitrato commerciale internazionale tra autonomia privata e coordinamento di sistemi giuridici: riflessioni in margine al nuovo regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale", *RDIPP*, 1997, p. 906 s.

rola sono idonee in linea di principio a valorizzare i medesimi “indizi” e possono dunque condurre, in un considerevole numero di ipotesi, ad esiti coincidenti<sup>13</sup>. È vero, infatti, che, seguendo la *voie directe*, gli arbitri sono in grado di qualificare un certo regime giuridico come “appropriato” al caso di specie in ragione del contenuto materiale delle relative norme, più che in ragione della particolare intensità dei suoi legami “geografici” col caso considerato<sup>14</sup>. È anche vero, però, che le moderne norme di conflitto, lungi dall’essere insensibili agli interessi di ordine materiale riguardanti la regolamentazione del caso concreto, possono concorrere in vario modo, senza rinunciare dalla logica localizzatrice che tradizionalmente le connota, alla realizzazione di tali interessi: anch’esse, dunque, possono essere valutate dagli arbitri come più o meno “appropriate” alla disciplina dell’ipotesi in esame avuto riguardo alla loro maggiore o minore idoneità a soddisfare le esigenze di carattere sostanziale che gli arbitri stessi abbiano reputato meritevoli di speciale considerazione<sup>15</sup>.

L’esistenza di diversi punti di contatto fra i metodi sopra descritti emerge, del resto, anche confrontando tali metodi con la soluzione, apparentemente diversa tanto dall’uno quanto dall’altro, adottata a questo stesso proposito in alcuni ordinamenti nazionali. Ci riferiamo alla soluzione accolta dall’art. 187, par. 1, della legge federale svizzera di diritto internazionale privato, in virtù del quale “[i]l tribunale arbitrale decide la controversia”, in mancanza di scelta ad opera delle parti, “secondo il diritto con cui la fattispecie è più strettamente connessa”<sup>16</sup>. Tale disposizione, di chiara matrice internazionalprivatistica, impone agli arbitri un percorso argomentativo non diverso, nella struttura, da quello che caratterizza alcune regole di conflitto, tanto nazionali quanto di diritto uniforme, ispirate al principio di prossimità: regole, cioè, che gli arbitri ben potrebbero ritenere “appropriate” al caso di specie in forza della prima delle tecniche indicate in precedenza. Essa, nel contempo, attribuisce agli arbitri un margine di apprezzamento particolarmente ampio, offrendo loro una “griglia” concettuale al cui interno possono essere valorizzati e “organizzati” gli stessi indizi e le stesse considerazioni cui potrebbe essere dato rilievo nel quadro della *voie directe* (compresi gli indizi e le considerazioni che possono condurre alla designazione di una disciplina di fonte non statale, essendo questa compresa nelle “regole di diritto” cui testualmente si riferisce l’art. 187 della legge svizzera e le disposizioni da esso ispirate)<sup>17</sup>.

**3.** L’analisi della giurisprudenza mostra come l’applicazione concreta dei metodi illustrati nelle pagine precedenti segua una pluralità di approcci diversi, talora variamente combinati l’uno con l’altro.

<sup>13</sup> Fatta salva, beninteso, l’applicazione di regole materiali di origine non statale, ipotesi di fatto preclusa allorché gli arbitri facciano uso di norme di conflitto, dato che queste, per come sono configurate negli odierni sistemi di diritto internazionale privato e nei principali strumenti di diritto internazionale privato uniforme, non consentono generalmente di per sé stesse un richiamo a regole siffatte; si deve peraltro considerare che gli arbitri devono comunque, per regola, quanto meno “tener conto” degli usi del commercio internazionale: l’art. 28, par. 4, della legge modello dell’UNCITRAL recita: “In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction”.

<sup>14</sup> Un esempio di come delle considerazioni di ordine materiale possano flettere i risultati di una ricerca meramente “spaziale” del diritto applicabile al merito della lite è offerto dalla sentenza CCI del 1993 nel caso n. 7154, in *Journal du droit international*, 1994, p. 1059 ss.

<sup>15</sup> La dottrina internazionalprivatistica moderna ha messo in luce, per un verso, le giustificazioni funzionali di molte delle norme rispondenti al c.d. metodo tradizionale dei conflitti di leggi (v. per tutti B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit”, *RCADI*, 1984 (t. 186), specie p. 271 ss.); dall’altro, ha rilevato come il metodo della localizzazione della fattispecie si presti ad essere variamente declinato, ad esempio prevedendo una pluralità di criteri di collegamento in concorso alternativo fra loro, o subordinando l’operare del richiamo internazionalprivatistico, conseguente all’impiego di criteri “spaziali”, alla possibilità di conseguire tramite esso determinate finalità di indole sostanziale. Su quest’ultima tematica, v. in generale P. PICONE, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: cours général de droit international privé”, *RCADI*, 1999 (t. 276), p. 84 ss.

<sup>16</sup> V. su questa norma, anche per ulteriori riferimenti, B. DUTOIT, *Droit international privé suisse - Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4<sup>a</sup> ed., Bâle, 2005, p. 656 ss. Diverse istituzioni arbitrali contemplano nei propri regolamenti norme di analogo tenore. V. ad esempio l’art. 33, par. 1, delle *Swiss Rules of International Arbitration* delle Camere di Commercio Svizzere (<https://www.sccam.org>), che recita: “The arbitral tribunal shall decide the case in accordance with the rules of law agreed upon by the parties or, in the absence of a choice of law, by applying the rules of law with which the dispute has the closest connection”. Una formula simile si rinviene, fra gli altri, anche nel regolamento di arbitrato della Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano, all’art. 3.

<sup>17</sup> Resta peraltro da stabilire se, ed eventualmente con quali adattamenti, sia possibile utilizzare il concetto di “prossimità”, elaborato nel diritto internazionale privato in funzione del richiamo di ordinamenti giuridici statali, con riferimento ad un corpo di regole non statali.

Un primo approccio, cui può riservarsi in questa sede solo un cenno, fa leva sulla tesi secondo la quale gli arbitri dovrebbero fare appello, per principio, ai criteri di collegamento in vigore nel paese della sede dell'arbitrato. Tale soluzione, pur trovando ancora quale riscontro nella prassi (in virtù, però, di una scelta di volta in volta liberamente compiuta dagli arbitri)<sup>18</sup>, ha oggi quasi del tutto perduto il consenso tributato in passato<sup>19</sup>. Tale evoluzione è avvenuta parallelamente al declino dell'idea in base alla quale l'opera dell'arbitro, che si vorrebbe per forza di cose integrata in un ordinamento giuridico nazionale<sup>20</sup>, consisterebbe fondamentalmente nel rendere giustizia in nome di uno Stato, risultando pertanto soggetta alle medesime norme "strumentali" che vincolano gli organi statali<sup>21</sup>.

Poche parole debbono essere spese anche in merito a quelle soluzioni che suggeriscono, al pari della precedente, l'impiego dei criteri di collegamento rinvenibili in un ordinamento giuridico determinato, sia esso l'ordinamento di provenienza dell'arbitro<sup>22</sup>, quello dello Stato i cui giudici sarebbero investiti della lite ove questa non fosse stata compromessa in arbitri<sup>23</sup>, quello del paese in cui la sentenza arbitrale è presumibilmente destinata a ricevere esecuzione<sup>24</sup> o, ancora, quello con cui la fattispecie appaia più intensamente connessa<sup>25</sup>. A prescindere dalle giustificazioni addotte in favore di ciascuna di queste teorie e al di là dei vantaggi (e soprattutto dei numerosi inconvenienti) insiti nel loro impiego, basti qui rilevare che nessuna delle soluzioni indicate gode di particolare fortuna nella prassi arbitrale.

Ben maggiore rilievo pratico riveste la soluzione che invita gli arbitri a fare riferimento alle norme di conflitto dei diversi paesi con cui la fattispecie appare collegata, in particolare il paese in cui ha sede il procedimento nonché il paese dell'attore e quello del convenuto, e ad applicare la legge su cui eventualmente convergono i richiami internazionalprivatistici operati da tali norme<sup>26</sup>. Non si può peraltro fare a meno di osservare come tale approccio, oltre ad essere per sua natura incapace di fornire *sempre e in ogni caso* una risposta al problema della legge applicabile al merito della lite<sup>27</sup>, susciti qualche perplessità sotto il profilo della giustificazione che lo sorregge e sotto il profilo della sua effettiva praticabilità. Se, infatti, è evidente che questo modo di procedere mira a salvaguardare le ragionevoli aspettative delle parti, è lecito dubitare che tali aspettative abbiano ad oggetto l'applicazione delle *norme di conflitto* dei rispettivi paesi: appare in effetti più ragionevole pensare che le parti si rappresentino, semmai, l'applicazione di una determinata regolamentazione materiale, percepita da esse come "vicina" alla fattispecie litigiosa (e ciò a prescindere dal fatto che si tratti, o meno, della disciplina richiamata dalle norme di conflitto di questo o quel paese). D'altro canto, quello che sembrerebbe essere un approccio suggerito da ragioni di pragmatismo, muove da un presupposto – l'univoca identificazione del paese in cui le parti

<sup>18</sup> V., per i riferimenti relativi alla giurisprudenza più risalente, J.D.M. LEW, *Applicable law in international arbitration*, Oceana, 1978, p. 201 s., p. 239 s e p. 255 ss.; nella giurisprudenza successiva, v. ad esempio la sentenza preliminare CCI del 1991 nel caso n. 6401.

<sup>19</sup> L'abbandono di questo approccio, accolto a suo tempo dallo stesso Institut de droit international (v. in particolare l'art. 11 della risoluzione su "L'arbitrage en droit international privé" adottata nella sessione di Amsterdam del 1957, integrata e confermata nella sessione di Neuchâtel del 1959: <http://www.idi-iiil.org>) e dalla più autorevole dottrina (F.A. MANN, "Lex facit arbitrum", in *International arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, a cura di P. Sanders, Nijhoff, 1967, p. 157 ss.), emerge già dalla Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961: ai sensi dell'art. VII, par. 1, di tale convenzione, infatti, gli arbitri "the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable".

<sup>20</sup> Su questo assunto, cfr: S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004, p. 17 ss.

<sup>21</sup> V. in proposito, anche per i necessari riferimenti, J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS, S. KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 429.

<sup>22</sup> V. DANILOWICZ, "The choice of applicable law in international arbitration", *Hastings International and Comparative Law Review*, 1985-1986, p. 261 s.

<sup>23</sup> V. in argomento, C. CROFF, "The applicable law in an international commercial arbitration: is it still a conflict of laws problem?", *International Lawyer*, 1982, p. 624.

<sup>24</sup> V. DANILOWICZ, *op. cit.*, p. 263.

<sup>25</sup> Ivi, p. 263 ss.

<sup>26</sup> V. in proposito Y. DERAIS, "L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige", in *Revue de l'arbitrage*, 1972, p. 99 ss., e più recentemente, dello stesso autore, "International Chamber of Commerce arbitration", *Pace Law Review*, 1984-1985, p. 602 s.

<sup>27</sup> Tutto infatti dipende dal grado di omogeneità riscontrabile fra le norme dei paesi in questione, quanto meno sul piano dei relativi risultati pratici. Un requisito, questo, tanto più difficile da raggiungere ove si tratti di procedimenti arbitrali con una pluralità di parti.

sono stabilite – che nell’odierna realtà del commercio internazionale non può essere sempre dato per scontato: a quale sistema di diritto internazionale privato dovranno infatti guardare gli arbitri nell’ipotesi in cui la sede statutaria dell’una o l’altra delle parti sia stabilita in un paese diverso da quello in cui si trovi la sua amministrazione centrale o il centro principale dei suoi interessi?

Accanto alla tecniche illustrate sin qui, la prassi arbitrale ne conosce un’altra, di impiego per la verità piuttosto discontinuo. Si tratta della tecnica che consiste nel ricavare o elaborare i criteri in esame a partire dai “principi generali” del diritto internazionale privato relativo alla materia di cui trattasi, cioè da principi largamente accettati, rinvenibili in più sistemi giuridici nazionali o in strumenti di diritto uniforme<sup>28</sup>. È su questa tecnica che intendiamo in questa sede concentrare l’attenzione, soffermandoci sulle ragioni che ne sorreggono l’impiego e sulle condizioni alle quali la stessa è in grado di operare utilmente.

## II. Il ricorso ai “principi generali” del diritto internazionale privato

4. Diverse sono le ragioni su cui riposa il ricorso ai “principi generali” del diritto internazionale privato ai fini della individuazione, nell’ambito dell’arbitrato, delle regole applicabili al merito della lite.

La prima attiene al fatto che il metodo in parola mette a disposizione degli arbitri dei criteri (o degli “approcci”) ragionevolmente precisi e in genere dotati di una consolidata esperienza applicativa, senza per questo costringere gli arbitri stessi a sviluppare il proprio discorso all’interno di una data esperienza giuridica statale, in linea col rifiuto dei particolarismi nazionali che caratterizza la moderna concezione del fenomeno arbitrale<sup>29</sup>.

La seconda ragione che giustifica l’impiego della tecnica in discorso riguarda il concetto stesso di “principio generale” e la funzione che esso assolve nelle esperienze giuridiche moderne. I “principi generali” – come attesta, in particolare, la riflessione condotta dalla dottrina internazionalpubblicistica<sup>30</sup> attorno alla formula utilizzata dall’art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia<sup>31</sup> – incorporano delle massime di razionalità giuridica che, per quanto elaborate all’interno di contesti specifici (tipicamente nel contesto dei sistemi internazionalprivatistici nazionali o in quello degli strumenti di diritto uniforme, per quanto concerne il tema oggetto di questo scritto) si prestano ad essere impiegate anche all’interno di contesti assai diversi da quelli di origine (il contesto propriamente “transnazionale” dell’arbitrato, nel nostro caso). Ciò avviene mediante un processo di astrazione che, pren-

<sup>28</sup> V. in generale su questa tecnica, anche per i necessari riferimenti alla giurisprudenza arbitrale che ne attesta l’impiego, Y. DERAÏNS, “International Chamber of Commerce arbitration”, cit., p. 603 s.; O. LANDO, “The law applicable to the merits of the dispute”, in *Contemporary problems in international arbitration*, a cura di J.D.M. Lew, Nijhoff, 1987, p. 108 ss.; Y. DERAÏNS, “La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat”, *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, p. 523 ss.; Fouchard, Gaillard, *Goldman on international commercial arbitration*, a cura di E. Gaillard e J. Savage, Kluwer Law International, 1999, p. 873 ss.; V.L. CRAIG, W.W. PARK, J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, 3ª ed., Oceana, 2000, p. 327 s.; F. VISMARA, *op. cit.*, p. 181 ss.; H.N. KULPA, *op. cit.*, p. 181 ss. V. altresì K. LIPSTEIN, “International arbitration between governments and individuals and the conflict of laws”, in *Contemporary problems of International law. Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday*, a cura di B. Cheng e E.D. Brown, Stevens and Sons, 1988, p. 178 s. Vale la pena segnalare come il ricorso ai principi generali del diritto internazionale privato costituisca uno dei metodi attraverso i quali può essere concretizzata la formula del “collegamento più stretto” impiegata, come si è detto, dall’art. 187 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato; v. A. BUCHER, A. BONOMI, *Droit international privé*, 2ª ed., Helbing & Lichtenhan, 2004, p. 343.

<sup>29</sup> Tale sensibilità si trova felicemente espressa, proprio in relazione al problema della determinazione del diritto applicabile al merito della controversia, in un passaggio del lodo pronunciato il 15 maggio 1963 Cavin relativamente al caso *Sapphire International Petroleum*, riprodotto, in traduzione inglese, in *ICLQ*, 1964, p. 1011: “[c]ontrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict law rules of the State in whose name he metes out justice, the arbitrator is not bound by such rules”, ma deve piuttosto impiegare, in difetto di un accordo delle parti, “the connecting factors generally used in doctrine and in case law and must disregard national particularities”.

<sup>30</sup> V. per tutti F. SALERNO, “Principi generali di diritto (diritto internazionale)”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI, Utet, 1996, p. 524 ss.

<sup>31</sup> Si tratta, come è noto, della disposizione in forza della quale la Corte internazionale di giustizia, “la cui funzione consiste nel decidere in base al diritto internazionale le controversie di cui è investita”, applica a questo scopo, oltre alle convenzioni internazionali e alle regole consuetudinarie, i “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” (oltre che, a titolo sussidiario, la giurisprudenza internazionale e gli insegnamenti della dottrina).

dendo le mosse dalle norme speciali in cui tali massime si sono inizialmente manifestate, mira ad isolare i valori e le ragioni di fondo di una certa disciplina, facendo in modo così che quei valori e quelle ragioni possano tradursi in soluzioni normative applicabili in ambiti nuovi e diversi. Si tratta, in definitiva, di una tecnica particolarmente adatta ad assolvere una funzione normativa *integrativa*: precisamente la funzione che il fenomeno arbitrale – in mancanza di indicazioni utili ricavabili dall'accordo delle parti e nell'impossibilità (o inopportunità) di operare un rinvio ad un ordinamento statale "di riferimento" – sembra esigere.

La terza ragione, infine, riflette la speciale attitudine che proprio il diritto internazionale privato pare dimostrare verso il ragionamento "per principi". La necessità di superare i particolarismi nazionali, avvertita sin dagli albori della moderna riflessione scientifica su questa disciplina<sup>32</sup>, si è tradotta in una spiccata sensibilità per l'impiego del metodo storico e di quello comparativo<sup>33</sup>, percepiti come funzionali, fra le altre cose, alla rilevazione di rimandi e analogie fra sistemi nazionali, presupposto per l'emersione di "principi generali" di applicabilità tendenzialmente universale<sup>34</sup>.

5. Per produrre risultati utili, il ricorso ai "principi generali" presuppone il soddisfacimento di almeno due condizioni.

La prima consiste nella effettiva possibilità di rinvenire, all'esito di un'ampia ricognizione dei sistemi internazionalprivatistici nazionali e delle altre norme pertinenti, un corpo sufficientemente omogeneo di principi regolatori dei conflitti di leggi. Se l'obiettivo è quello di sottrarsi ai particolarismi nazionali, in linea con la tendenza alla "delocalizzazione" propria dell'arbitrato, è chiaro che le sole "massime di razionalità giuridica" suscettibili di interessare il lavoro dell'arbitro sono quelle che ispirano un numero significativo di sistemi "particolari", godendo come tali di un'adeguata rappresentatività. Nel contempo, trattandosi di offrire agli arbitri uno strumento pratico, idoneo a risolvere in modo "controllabile" un problema concreto, va da sé che un ragionamento "per principi", per rivelarsi fruttuoso, non può tradursi nell'elaborazione di massime troppo generiche o vaghe.

La seconda condizione cui è subordinato l'impiego "utile" della tecnica in parola è che i principi, una volta rilevati, siano suscettibili di essere estrapolati verso il diverso contesto dell'arbitrato commerciale internazionale. Per espletare la funzione integrativa di cui si è parlato in precedenza non basta, infatti, che una certa soluzione risulti omogeneamente diffusa in un numero significativo di sistemi giuridici "particolari", ma occorre anche che si tratti di una soluzione coerente con i bisogni e le logiche proprie dell'arbitrato, non tributaria, cioè, dei valori e delle caratteristiche del contesto (nazionale o inter-statale) in cui ha originariamente visto la luce.

Entrambe le condizioni, evidentemente, sono assai difficili da soddisfare. E ciò, da un lato, perché i sistemi internazionalprivatistici nazionali conservano un forte connotato "particolare", di per sé poco compatibile con l'emergere di diffuse analogie fra le soluzioni adottate nei vari paesi: è infatti innegabile che anche nel diritto internazionale privato si registrano rilevanti fenomeni di circolazione dei modelli normativi, ma è vero anche che il processo di codificazione della materia a livello statale – che in epoca recente ha conosciuto un nuovo impulso – contribuisce a rafforzare in molti casi il carattere nazionale delle soluzioni accolte localmente, "congelando" le dinamiche di circolazione dei modelli di cui, peraltro, proprio molte codificazioni recenti hanno beneficiato<sup>35</sup>. Dall'altro, perché talune esigenze di

<sup>32</sup> Basti pensare alla classica relazione manciniana, del 1874, destinata all'Institut de droit international, concernente la "Utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati sotto la forma di uno o più trattati internazionali alcune regole generali del diritto internazionale privato per assicurare la decisione uniforme tra le differenti legislazioni civili e criminali", riprodotta in *Diritto internazionale*, 1959, I, p. 367 ss.

<sup>33</sup> R. DE NOVA, "Historical and comparative introduction to conflict of laws", *RCADI*, 1966 (t. 118), p. 441 ss.; F.K. JUENGER, "Lessons Comparison Might Teach", *AJCL*, 1975, p. 742 ss. Cfr. altresì B. OPPETIT, "Le droit international privé, droit savant", *RCADI*, 1993 (t. 234), specie p. 364 ss.

<sup>34</sup> Cfr., ad esempio, H. BATIFFOL, "Principes de droit international privé", *RCADI*, 1959 (t. 97), p. 435 ss.

<sup>35</sup> Su tutta la tematica, v. in generale B. AUDIT, "Le droit international privé en quête d'universalité", *RCADI*, 2003 (t. 305), p. 33 ss. Va peraltro rilevato come, proprio in materia di contratti, il particolarismo dei sistemi internazionalprivatistici nazionali appaia meno marcato di quanto non possa dirsi per altri settori: l'ipotesi di pervenire all'elaborazione di uno strumento (non vincolante) in cui siano stabilite delle regole, o dei principi, uniformi in questa materia viene del resto studiata da qualche anno in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato; v. da ultimo, anche per i rinvii ai lavori precedenti, la nota del Bureau permanent del marzo 2009 intitolata "Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et plan de travail suggéré pour l'élaboration d'un futur instrument", documento preliminare n. 7, nel sito <http://www.hcch.net>.

regolamentazione, centrali nell'arbitrato, rivestono talora un'importanza marginale all'interno delle discipline "particolari" nelle quali i principi in discorso debbono essere ricercati: così, per limitarsi ad un esempio banale, mentre le norme di conflitto cui sono soggetti i giudici statali devono poter efficacemente regolare (anche, se non soprattutto) rapporti contrattuali dalla struttura relativamente semplice, le norme che servono agli arbitri devono per forza di cose essere idonee a disciplinare le situazioni che tipicamente interessano il "grande" contenzioso commerciale internazionale, fatto sovente di rapporti contrattuali complessi, frutto del collegamento e dell'interrelazione di una pluralità di negozi giuridici.

6. Questi limiti, beninteso, non impediscono del tutto alla "tecnica dei principi generali" di esprimere le proprie potenzialità. La consapevolezza di tali condizionamenti, piuttosto, consente di definire in modo più preciso il lavoro che l'interprete è chiamato a svolgere: per un verso, infatti, i limiti sopra segnalati inducono a privilegiare, nella rilevazione dei "principi generali", gli indizi ricavabili dagli strumenti del diritto internazionale privato uniforme, più che quelli offerti dai sistemi nazionali; per un altro verso, i limiti predetti confermano che l'individuazione dei principi "utili" agli arbitri, lungi dal potersi esaurire nel riscontro di un "denominatore comune" delle soluzioni "particolari" invalse in questo o quel corpo di regole, nazionale o uniforme, implica una rielaborazione critica di quanto rilevato alla luce delle speciali esigenze dell'arbitrato.

L'idea che lo sguardo degli arbitri debba indirizzarsi di preferenza verso gli strumenti del diritto uniforme non ha bisogno di spiegazioni approfondite. La circostanza che due o più Stati abbiano ritenuto di poter rinunciare all'applicazione delle rispettive regole di diritto comune in favore dell'impiego di una normativa uniforme segnala di per sé, almeno in linea di principio, una tendenza al superamento dei particolarismi nazionali. Lo stesso procedimento cui è affidata l'elaborazione di testi uniformi, del resto, specie all'interno di "fori" di confronto a carattere universale, come la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, consente di scorgere in quei testi il risultato di quello stesso dialogo fra culture che costituisce il presupposto della definizione di soluzioni a-nazionali<sup>36</sup>.

Più problematiche sono le implicazioni dell'esigenza, sopra segnalata, di una rielaborazione critica da parte degli arbitri delle soluzioni ricavabili dai principi rinvenibili nei sistemi nazionali o nelle norme uniformi.

Il tema può essere convenientemente affrontato esaminando una questione concreta: il possibile riferimento, ai fini della ricognizione di "principi generali" di diritto internazionale privato, alle norme di conflitto in materia contrattuale elaborate dalla Comunità europea nel quadro della "cooperazione giudiziaria in materia civile" di cui al titolo IV del Trattato.

### III. Il regolamento "Roma I", espressione di "principi generali"?

7. Gli arbitri del commercio internazionale hanno fatto riferimento in più occasioni alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali<sup>37</sup>, e più precisamente alla previsione contenuta nell'art. 4 della Convenzione, ai sensi del quale il contratto, in mancanza di *electio iuris*, è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto, paese da identificarsi in via presuntiva con quello in cui risiede la parte che deve fornire la "prestazione caratteristica". Al di là dei casi in cui le norme della Convenzione sono venute in rilievo nell'ambito del me-

<sup>36</sup> Si rivela di per sé inessenziale, in quest'ottica, il fatto che la convenzione di cui trattasi sia entrata in vigore sul piano internazionale, o meno. Nella sentenza CCI del 2000 nel caso n. 9651, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12 (2000), n. 2, p. 76, ad esempio, si fa riferimento alla Convenzione dell'Aja del 22 dicembre 1986 sulla legge applicabile ai contratti internazionali di vendita di merci, mai entrata in vigore.

<sup>37</sup> In argomento, v. in generale C. KESSEDIAN, "La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Vingt ans après", in *Private law in the international arena. Liber amicorum Kurt Siehr*, a cura di Basedow e altri, T.M.C. Asser Press, 2000, p. 337 ss., A. TWEEDDALE, K. TWEEDDALE, *Arbitration of commercial disputes*, Oxford University Press, 2005, p. 212 s., e soprattutto F. MARRELLA, "The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 187 ss. Circa il rilievo riconosciuto alla Convenzione di Roma nella ricerca dei principi generali atti alla determinazione del "collegamento più stretto" di cui all'art. 187 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato (*cf. supra*, § 2) v. G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international*, Schulthess, 2006, p. 270.

todo, sopra ricordato, della applicazione “cumulativa” delle regole di conflitto degli ordinamenti con cui la fattispecie è connessa<sup>38</sup>, varie sono le pronunce che scorgono all’interno di tale strumento delle “règles de droit international privé généralement acceptées”<sup>39</sup>, o dei criteri “largement appliqué[s] dans de nombreux pays”<sup>40</sup>. Non mancano poi decisioni in cui si rileva che strumenti come la Convenzione di Roma “serve as evidence of recognized international principles applicable to choice of law issues”<sup>41</sup>, o integrano senz’altro dei “principes généraux de droit international privé”<sup>42</sup>.

Il particolare rilievo riconosciuto, sotto questo profilo, alla Convenzione di Roma si spiega agevolmente. La sua disciplina – in vigore in alcuni degli Stati (gli Stati europei) maggiormente coinvolti nel commercio internazionale – ha costituito una sorta di terreno di incontro fra l’approccio ai conflitti di leggi tipico dell’Europa continentale e le soluzioni invalse nella tradizione di *common law*. Grazie a questa sua “rappresentatività”, e alla scelta dei redattori di elaborare, in tema di collegamento obiettivo, una disciplina relativamente semplice (quella dell’art. 4), basata su una regola *unica*, ancorché articolata al proprio interno, caratterizzata da un’ampia discrezionalità riconosciuta all’interprete, la Convenzione ha potuto costituire un modello per la redazione di norme di conflitto, tanto nazionali<sup>43</sup> quanto pattizie<sup>44</sup>, in contesti assai diversi rispetto a quello nel quale la Convenzione stessa è stata concepita<sup>45</sup>. Non stupisce, dunque, che nelle sue disposizioni possa essere stato riconosciuto un riflesso dei “principi generali” della materia.

**8.** Meno agevole, alla luce delle osservazioni che precedono, è stabilire se ed in che termini la revisione della Convenzione di Roma, conclusasi con l’adozione del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. regolamento “Roma I”), abbia intaccato l’attitudine della disciplina in questione a costituire il riflesso dei “principi generali” della materia.

Per rispondere conviene anzitutto osservare come l’impianto generale del regolamento e molte delle disposizioni ivi contenute ricalchino il modello della Convenzione. Non mancano, tuttavia, innovazioni di rilievo. Non è ovviamente questa la sede per tentarne una ricognizione completa<sup>46</sup>. Ci limiteremo dunque ad alcune osservazioni volte ad un primo inquadramento della tematica.

In primo luogo, da un punto di vista generale, va rilevato che il regolamento “Roma I” si colloca in un quadro normativo assai diverso da quello cui appartiene il suo “predecessore”. Se è vero, infatti, che entrambi gli strumenti sono stati concepiti per concorrere alla realizzazione dei fini dell’integrazione comunitaria, non si può non rilevare come il disegno di tale integrazione sia profondamente mutato nel corso del tempo. Il diritto internazionale privato comunitario, nella sua attuale configurazione, non può ovviamente ignorare il fatto che le diverse politiche perseguite dalla Comunità (in materia assicurativa, finanziaria, della concorrenza, etc.) hanno conosciuto, dal 1980 ad oggi, un sviluppo importante, cui le

<sup>38</sup> Cfr. la sentenza parziale CCI del 1999 nel caso n. 10137, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 113.

<sup>39</sup> Così la sentenza CCI del 1989 nel caso n. 6360, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 1 (1990), n. 2, p. 24.

<sup>40</sup> Sentenza CCI del 1998 nel caso n. 9636, cit.

<sup>41</sup> Sentenza parziale CCI del 2004 nel caso n. 12494, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 126.

<sup>42</sup> Sentenza parziale CCI del 2001 nel caso n. 10988, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 115.

<sup>43</sup> Si pensi, ad esempio, alla previsione di cui all’art. 1211 del codice civile russo, introdotto nel 2001; vedine la traduzione francese in *RCDIP*, 2002, p. 188.

<sup>44</sup> Alludiamo in particolare all’influenza esercitata dalla Convenzione di Roma sulla Convenzione interamericana sul diritto applicabile ai contratti internazionali, aperta alla firma il 17 marzo 1994 a Città del Messico.

<sup>45</sup> Tra i fattori che hanno favorito la “fortuna” della Convenzione vi è probabilmente anche il fatto che, come è noto, le soluzioni ivi accolte sono state illustrate in un documento – la relazione dei professori Giuliano e Lagarde – che unisce al carattere ufficiale l’autorevolezza dei suoi redattori. È significativo, da questo punto di vista, il fatto che alcune sentenze arbitrali che menzionano la Convenzione si riferiscano, a fini interpretativi, anche alla relazione; cfr. ad esempio la sentenza CCI del 2002 nel caso n. 11864, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 119.

<sup>46</sup> Rinviamo per questo ai diversi studi monografici già apparsi su questo tema, fra cui si segnalano J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el reglamento Roma I*, Colex, 2009, e E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, 2009.



stesse norme di conflitto devono raccordarsi. Il progetto che ruota attorno alla costruzione del “mercato interno” e che mira ad assicurarne il “corretto funzionamento” va assumendo, cioè, un’identità sempre più precisa, e questa identità si riflette per forza di cose sulle stesse norme di conflitto, condizionandone l’interpretazione ed il modo d’essere anche là dove il loro testo risulti identico a quello delle corrispondenti previsioni convenzionali<sup>47</sup>. Il diritto comunitario, lungi dall’essere semplicemente lo “sfondo” davanti al quale le norme in questione assicurano la soluzione dei conflitti di leggi, presenta oramai una impronta “legeforistica”, rispetto alla quale lo stesso diritto internazionale privato (comunitario) è chiamato ad essere coerente<sup>48</sup>.

In secondo luogo, per quanto specificamente riguarda la disciplina di conflitto a carattere obiettivo, va osservato come nel nuovo testo la dialettica tra certezza e flessibilità si sia risolta nell’adozione di un punto di equilibrio più favorevole alle ragioni della astratta prevedibilità della legge regolatrice del contratto. Gli spazi entro i quali l’interprete può esercitare il proprio apprezzamento, avuto riguardo alle specifiche circostanze del caso, appaiono fortemente ridimensionati rispetto all’esperienza convenzionale. In particolare, l’art. 4, l’unica disposizione del regolamento sulla quale ci soffermeremo in questa sede, introduce una serie di criteri di collegamento speciali a carattere rigido<sup>49</sup>, innovando profondamente in questo modo l’approccio seguito dalla Convenzione<sup>50</sup>. L’eventualità che la legge regolatrice del contratto venga individuata sulla scorta di una valutazione “di prossimità” compiuta discrezionalmente dall’interprete costituisce, nel nuovo strumento, un’ipotesi residuale<sup>51</sup>.

9. L’indicazione che può trarsi dai rilievi appena svolti è che la disciplina regolamentare, se confrontata con la disciplina della Convenzione, si rivela nel complesso *meno idonea* a costituire la base per la rilevazione dei “principi generali” del diritto internazionale privato dei contratti<sup>52</sup>. O meglio, per riprendere le osservazioni svolte in precedenza circa le condizioni per un impiego “utile” di siffatti principi, la nuova disciplina, se vuole essere presa a riferimento dagli arbitri per i fini sopra indicati, appare maggiormente bisognosa di un lavoro di “rielaborazione critica”.

Questa “elaborazione critica” – sia detto per inciso – potrebbe condurre ad esiti pratici assai diversi da quelli ricavabili dall’applicazione delle corrispondenti disposizioni regolamentari. In questo modo, rispetto alle liti che si presentino collegate in modo esclusivo o prevalente con la Comunità, il metodo dei “principi generali” potrebbe facilmente entrare in conflitto con quello dell’applicazione “cumulativa” delle norme di diritto internazionale privato dei paesi con cui la fattispecie risulti collegata (le norme del regolamento “Roma I”, oramai). In tali situazioni, escluso un impiego “combinato” dei due metodi (attesa la loro non convergenza), l’interprete dovrà necessariamente optare per una delle soluzioni a lui offerte. In questo scenario, il problema teorico concernente le ragioni idonee a giustificare l’impiego dell’uno o l’altro dei metodi sopra descritti potrebbe assumere un rilievo concreto ben maggiore di quello che ha avuto sin qui.

Due, comunque, sono le principali direttrici lungo le quali a nostro avviso questo lavoro di rielaborazione dovrebbe svilupparsi in rapporto al regolamento “Roma I”: da un lato, la salvaguardia del carattere discrezionale dell’opera dell’interprete (e dunque dell’arbitro, nel contesto che qui interessa); dall’altro, la valorizzazione delle specifiche soluzioni accolte dal regolamento in linea di sostanziale continuità con la Convenzione.

<sup>47</sup> Sia consentito rinviare, in proposito, alle osservazioni generali svolte in P. FRANZINA, “Norme di conflitto comunitarie in materia di contratti con consumatori e corretto funzionamento del mercato interno”, *RDI*, 2009, p. 122 ss., e agli autori ivi citati.

<sup>48</sup> Su tutta la tematica, v. F. SALERNO, “Considerazioni introduttive – I”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) – Commentario*, a cura di F. Salerno e P. Franzina, *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 528 ss.

<sup>49</sup> Il criterio della residenza del venditore per i contratti di compravendita di beni mobili, il criterio della residenza del prestatore di servizi per contratti di prestazione di servizi, etc.

<sup>50</sup> Sulle modifiche apportate dal regolamento “Roma I” in tema di collegamento obiettivo, v. in generale, oltre alle opere richiamate *supra*, alla nota 46, A. LEANDRO, “Articolo 4 – Legge applicabile in mancanza di scelta, I”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008*, cit., p. 637 ss.

<sup>51</sup> V. soprattutto l’art. 4, par. 3 (“Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso paese”) e par. 4 (“Se la legge applicabile non può essere determinata a norma dei paragrafi 1 o 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto”).

Sotto il primo profilo va ricordato come la determinazione del diritto applicabile alla controversia sia caratterizzata, nell'arbitrato, da una spiccata flessibilità. Alla luce di ciò, è verosimile che gli arbitri faranno riferimento alle soluzioni adottate dal regolamento se e nella misura in cui ne sia possibile una rielaborazione in chiave flessibile. Le opportunità di un impiego "libero" del principio di prossimità, che nel regolamento – come si è detto – sono circondate da numerose cautele, manterranno nella prospettiva degli arbitri un'importanza centrale<sup>53</sup>. E ciò – lo si è detto in precedenza – anche in considerazione della necessità di risolvere in modo adeguato i problemi che caratterizzano il *genere* di liti che tipicamente vengono convogliate davanti agli arbitri, più che davanti ai giudici statali, come accade, ad esempio, allorché si faccia questione di un articolato complesso di negozi giuridici funzionale alla realizzazione di un'unitaria operazione economica: la flessibilità, in questi casi, può garantire l'assoggettamento dell'intera vicenda contrattuale ad un'unica legge, individuata in funzione di quello che gli arbitri stessi percepiscono essere il "baricentro" della vicenda stessa<sup>54</sup>.

Per quanto riguarda, infine, la seconda delle direttrici sopra segnalate, non si può escludere che le soluzioni "transitate" senza modifiche di sostanza dalla Convenzione di Roma al regolamento "Roma I" possano, proprio per tale ragione, guidare *positivamente* gli arbitri nella ricostruzione di corrispondenti "principi" di diritto internazionale privato. In questo quadro, chiarito che la continuità che si tratta di valorizzare è la continuità della *sostanza* dei criteri di collegamento (cioè la continuità riscontrabile nelle logiche che ispirano tali criteri, più che nel loro preciso modo di operare), è ragionevole pensare che gli arbitri potranno fare appello ai criteri speciali introdotti dal regolamento "Roma I" (una volta "depurati", per le ragioni già dette, della loro rigidità), là dove tali criteri – come quello della residenza del venditore, previsto dall'art. 4, par. 1, lett. *a*), del regolamento – "codifichino" soluzioni di fatto identiche a quelle già offerte dalla Convenzione (sia pure attraverso il gioco delle "presunzioni" dell'art. 4)<sup>55</sup>. Ciò, beninteso, a patto che non si tratti di criteri concepiti essenzialmente per assecondare delle *policies* sostanziali *particolari*, proprie del diritto comunitario.

---

<sup>52</sup> Qualcosa è cambiato, d'altronde, anche sotto il profilo della "rappresentatività" della disciplina in discorso: è vero infatti, che il regolamento "Roma I" costituisce il "diritto comune" di ben 26 paesi (gli Stati membri della Comunità europea, esclusa la Danimarca), ma è vero anche che tali paesi, a fronte dell'emergere di nuove potenze economiche, contribuiscono ai flussi commerciali internazionali in misura comparativamente assai inferiore rispetto al passato.

<sup>53</sup> È del resto ampiamente attestata nella giurisprudenza arbitrale la tendenza ad impiegare, anche in assenza di espliciti richiami a regole di conflitto particolari o a principi generali del diritto internazionale privato, un approccio volto a determinare il diritto applicabile al rapporto sulla base di una valutazione complessiva della fattispecie, volta a determinare il paese con cui la stessa presenti il collegamento più stretto; v. in proposito, anche per maggiori riferimenti, Y. DERAÏNS, "La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat", *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, p. 523.

<sup>54</sup> Sulle soluzioni ricavabili a questo proposito dall'impiego dei "principi" della Convenzione di Roma, v. la fattispecie analizzata da H.A. GRIGERA NAÓN, *op. cit.*, p. 240. Circa le condizioni ed i limiti entro i quali il regolamento "Roma I" consente un'analoga ricerca del "centro di gravità" del rapporto, v. invece F. SALERNO, *op. cit.*, p. 527 s., e A. LEANDRO, *op. cit.*, specie p. 655 ss.

<sup>55</sup> Quanto ai conflitti di leggi in materia di vendita, indicazioni in questo senso erano del resto già emerse nella giurisprudenza arbitrale (anche) per il tramite di un raffronto con l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile ai contratti a carattere internazionale di oggetti mobili corporali; cfr. la sentenza CCI del 1986 nel caso n. 5118, in *JDI*, 1987, p. 1027, e la sentenza CCI del 1989 nel caso n. 5885, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 7 (1996), n. 1, p. 83.

# ACTOS DE COMUNICACIÓN DE TRIBUNALES ESPAÑOLES DIRIGIDOS A LITIGANTES ESTADOUNIDENSES EN PROCESOS CIVILES Y MERCANTILES\*

ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ  
*Profesor de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Navarra*

Recibido: 07.07.2009 / Aceptado: 24.07.2009

**Resumen:** Cuando los tribunales españoles tienen que transmitir un documento a Estados Unidos para su notificación deben observar las normas del Convenio de La Haya de 1965.

Estados Unidos no ha hecho declaraciones en contra del empleo de ninguno de los mecanismos previstos por el Convenio. Además su legislación no contiene prohibiciones expresas frente a actos de comunicación de procesos extranjeros en su territorio.

Ello no quiere decir que cualquier notificación vaya a ser considerada válida por los tribunales norteamericanos en el momento del reconocimiento de la sentencia. Por eso, a la hora de decantarse por un determinado canal de notificación, las autoridades españolas no sólo deben tener en cuenta la rapidez de la comunicación, sino también las exigencias del *due process* y su interpretación por los tribunales estadounidenses.

**Palabras clave:** Asistencia judicial internacional, notificación internacional, transmisión de documentos, traslado de documentos, Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación, *due process*.

**Abstract:** "When a Spanish court has to transmit a document to the United States for service, it must observe the rules of the Hague Service Convention".

The United States has not made declarations against the use of any of the mechanisms provided for under the Convention. Besides their legislation contains no express prohibitions against service of foreign process in its territory.

That does not mean that any service will be considered valid by the U.S. courts at the time of recognition of the judgment. Therefore, when opting for a particular channel of service, the Spanish authorities must not only take into account the speed of communication but also the requirements of due process and its interpretation by the courts.

**Key words:** International judicial assistance, service of process abroad, transmission of documents, Hague Service Convention, due process.

**Sumario:** I. Introducción: 40 años de cooperación a través del Convenio de La Haya sobre notificación. II. Algunas particularidades de la notificación en el Derecho procesal federal de los Estados Unidos. III. Dificultades en la notificación de un proceso español a un demandado norteamericano. 1. Notificación en España al litigante estadounidense. 2. Notificación en Estados Unidos con la asistencia activa de las autoridades norteamericanas. A) Notificación a través del canal principal de transmisión. B) Trasmisión por la vía diplomática o consular. C) Transmisión directa entre funcionarios, oficiales y otras personas competentes. D) Transmisión directa entre el interesado y las personas competentes en el Estado de destino. E) Comisiones rogatorias. 3. Notificación con asistencia pasiva de Estados Unidos. A) Notificación a través de los cuerpos diplomático y consular españoles. B) Notificación postal. C) ¿Notificación por e-mail o Fax? IV. Conclusiones.

---

\* Este artículo ha sido redactado durante una estancia de investigación en la Fordham Law School de Nueva York. Agradezco a la Fundación IberCaja la concesión de una Beca de Excelencia en Investigación que ha hecho posible esta estancia.

## I. Introducción: 40 años de cooperación a través del Convenio de La Haya sobre notificación

1. Se acusa en ocasiones al docente de vivir demasiado despegado de la práctica jurídica. Un ámbito dentro de la ciencia del Derecho internacional privado en el que le resulta especialmente difícil conocer la problemática real que se plantea ante los tribunales es el de la asistencia judicial internacional. Habitualmente el empleo de los instrumentos normativos en este sector no tiene su reflejo en las sentencias y, por tanto, tampoco en las bases de datos de jurisprudencia. Por eso quienes mejor conocen el funcionamiento de los mecanismos de asistencia judicial internacional son los secretarios judiciales y las autoridades designadas por los instrumentos internacionales para llevar a cabo los actos de auxilio judicial o para solicitarlos.

Dada la escasa información que nos ofrecen las bases de datos de jurisprudencia sobre la importancia cuantitativa de la asistencia judicial internacional, tienen particular interés los resultados que proporcionan los cuestionarios que la Conferencia de La Haya envía periódicamente a los Estados firmantes acerca de la aplicación de algunos de sus Convenios. España solicitó a lo largo de 2007 la práctica de 170 notificaciones siguiendo el cauce principal establecido por el Convenio de La Haya de 1965 y recibió 309 peticiones siguiendo dicho mecanismo<sup>1</sup>. No podemos considerar que haya sido una actividad muy intensa si la comparamos con las 7385 peticiones recibidas por Alemania, que a su vez realizó 9791 peticiones a otros Estados en el mismo período<sup>2</sup>. Estas cifras confirman la relevancia práctica de este instrumento.

A la vista de estas estadísticas y encontrándonos en el 40 aniversario de su entrada en vigor<sup>3</sup>, me parece oportuno analizar algunos de los problemas prácticos que ha originado la aplicación del Convenio de La Haya de 1965.

Muchas veces estos problemas tienen su origen en los diferentes principios que inspiran la regulación procesal de la notificación en cada país. Uno de los países cuya normativa sobre notificación presenta más diferencias con la de los países de nuestro entorno jurídico es sin duda Estados Unidos. Es precisamente en nuestras relaciones de cooperación con este país con el que con más frecuencia aplicamos el Convenio, ya que en el auxilio entre Estados de la Unión Europea tienen primacía los reglamentos comunitarios<sup>4</sup>. Por eso quiero centrar este trabajo en las dificultades que pueden encontrarse los tribunales españoles a la hora de practicar notificaciones en los Estados Unidos. Esta delimitación del objeto de mi estudio me obliga a dejar de lado cuestiones de gran interés que se plantean cuando son las autoridades españolas las que prestan asistencia.

En 2007 la Autoridad Central de Estados Unidos recibió 6312 solicitudes de notificación, la mayor parte de ellas procedentes de países de la Unión Europea<sup>5</sup>. En principio podríamos pensar que, dado que la legislación norteamericana es más tolerante en cuanto a los modos de practicar las notificaciones y teniendo en cuenta que no consideran la notificación como un acto de autoridad ligado a la soberanía del Estado, no tendrían porqué surgir muchas complicaciones. Veremos si esto es así.

2. Empezaré este trabajo apuntando algunas de las características más importantes del régimen jurídico de la notificación en los Estados Unidos. Muchas de estas repercuten en las notificaciones in-

<sup>1</sup> Vid. "Response Spain to 2008 Service Questionnaire", en <http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/2008spain14.pdf>.

<sup>2</sup> Vid. "Response Germany to 2008 Service Questionnaire", en <http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/2008germany14.pdf>.

<sup>3</sup> El Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, entró en vigor el 10 de febrero de 1969, tras ser ratificado por Egipto, Reino Unido y Estados Unidos. Actualmente son parte en este Convenio 59 Estados. España ratificó el Convenio por Instrumento de 29 de abril de 1987 (BOE núm. 203, de 25 agosto; rect. BOE núm. 88, de 13 abril 1989).

<sup>4</sup> Art. 20.1 Reglamento (CE) Núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo.

<sup>5</sup> Francia, Alemania, Grecia e Italia fueron, por este orden, los países que más veces solicitaron la asistencia de la Autoridad Central norteamericana. España pidió su colaboración en 158 ocasiones. Vid. "Response United States of America to 2008 Service Questionnaire", en [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=publications\\_details&pid=4598&dtid=33](http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications_details&pid=4598&dtid=33).

ternacionales en las que los tribunales de Estados Unidos asisten o son asistidos por los tribunales de otros países. Posteriormente analizaré las distintas situaciones que se pueden dar cuando un tribunal español pretende notificar a un ciudadano norteamericano. Primero señalaré los casos en que el ciudadano o la empresa estadounidenses pueden ser notificados en España y los problemas que ello puede suscitar. Después entraré al estudio de las notificaciones de procesos españoles en Estados Unidos, en las que debe mediar la asistencia, activa o pasiva, de dicho país. Dado que tanto España como Estados Unidos son parte en el Convenio de La Haya sobre notificación internacional, la asistencia que estos países se presten deberá ser conforme con las disposiciones de dicho instrumento. El Convenio establece un mecanismo de cooperación principal, pero prevé otros métodos alternativos y admite acuerdos en relación con otras vías que faciliten la notificación. Como veremos, ninguno de los dos países han efectuado declaraciones contra los mecanismos de auxilio alternativos, de manera que las posibilidades que se presentan son muy amplias. A la hora de decidirse por uno u otro habrá que valorar distintas ventajas e inconvenientes.

## II. Algunas particularidades de la notificación en el Derecho procesal federal de los Estados Unidos

3. En Estados Unidos la notificación estuvo durante muchos años ligada a la competencia judicial sobre las personas. La notificación consistía en la entrega en mano de la demanda y el emplazamiento por medio de los oficiales del tribunal. La notificación en el territorio del foro era condición suficiente y necesaria para situar al demandado bajo la competencia del tribunal<sup>6</sup>.

4. Sólo en décadas recientes la notificación ha pasado de ser una función propia de los oficiales del tribunal a ser una responsabilidad del demandante<sup>7</sup>. Actualmente la mayor parte de las notificaciones las practican los abogados del demandante o empresas privadas especializadas en esta tarea. Conforme a las actuales Reglas Federales sobre Procedimiento Civil, cualquier persona mayor de 18 años que no sea parte en el proceso puede notificar la demanda y el emplazamiento<sup>8</sup>.

5. La entrega en mano al demandado de la demanda y del emplazamiento comparte ahora protagonismo con otros métodos válidos de notificación. En el sistema federal, además de otros mecanismos que la ley estatal pueda prever, se consideran métodos válidos la entrega de una copia de la demanda y del emplazamiento en la vivienda del demandado a una persona que allí resida y que tenga una edad y una capacidad de discernimiento adecuada; y la entrega de estas copias a un agente autorizado por el demandado o por la ley para recibir notificaciones<sup>9</sup>. Además cabe la posibilidad de que el demandante informe al demandado por correo o por otro medio fiable de la acción que ha emprendido contra él solicitándole que le exima de una entrega formal de la cédula de emplazamiento<sup>10</sup>.

6. Por otra parte, la relación de la notificación con la competencia sobre la persona ha cambiado<sup>11</sup>. La función de la notificación es ahora informar al demandado de la acción iniciada contra él, así como

---

<sup>6</sup> G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, 4ª ed., Wolters Kluwer, 2007, p. 817.

<sup>7</sup> Rule 4 (c) (1) Federal Rules of Civil Procedure (a partir de ahora FRCP).

<sup>8</sup> Rule 4 (c) (2) FRCP.

<sup>9</sup> Rule 4 (e) FRCP.

<sup>10</sup> Rule 4 (d) FRCP.

<sup>11</sup> En tiempos pasados la competencia judicial sobre una persona se apoyaba en el acto de notificación dentro del territorio del foro. Actualmente se asienta en dos elementos. En primer lugar, la persona debe ser susceptible de ser sometida a una jurisdicción por los vínculos que a ella le unen (normalmente vendrán determinados por los “*long-arm statutes*” de cada estado). En segundo lugar, para que el tribunal pueda ejercer su jurisdicción sobre esa persona, es necesario que se le haya dado noticia a través de una notificación correcta.

Por otra parte, la notificación del demandado dentro del territorio del foro como condición *suficiente* para asumir competencia ha quedado reducida al supuesto de *transient* o “*tag jurisdiction*”, cada vez más en tela de juicio. V. G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, p. 818.

de la naturaleza de las pretensiones del demandante, dándole oportunidad de defenderse. La adecuada notificación se convierte en una condición del *due process*. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha establecido que se considera que el demandado tiene *proper notice*, incluso si no tiene conocimiento real de la acción emprendida contra él, en la medida en que los procedimientos que se hayan seguido para notificarle estuvieran razonablemente calculados para informarle del caso teniendo en cuenta todas las circunstancias<sup>12</sup>.

Como se verá más adelante, la conformidad de la notificación con los imperativos del *due process* resultarán determinantes a la hora de considerar o no válida una notificación y a la hora de reconocer una sentencia dictada en rebeldía.

7. Por lo que se refiere a las notificaciones en el extranjero, tradicionalmente se realizaban mediante la solicitud formal de asistencia a través de las cartas rogatorias. Esta vía garantizaba el respeto a la soberanía de los Estados y al *due process*, pero resultaba bastante compleja y lenta<sup>13</sup>. En 1963, para superar las limitaciones de este método, se introdujo la Regla 4 (i) FRCP que liberalizó las normas sobre notificación internacional. Para ello establecía una serie de mecanismos para notificar en el extranjero que se añadían a los disponibles para las notificaciones en general. Se dejaba en manos del demandante la elección de cualquiera de ellos (incluso la posibilidad de emplearlos de forma combinada), sin que se requiriera conformidad con el derecho del lugar donde se realizaba la notificación. El demandante debía por lo tanto planificar su estrategia en función de si la eventual sentencia tendría que desplegar sus efectos en Estados Unidos o en otro país.

La situación fue cambiando con la ratificación en 1967 del Convenio de La Haya de 1965 y la progresiva incorporación de países al mismo. Como es sabido, los mecanismos que prevé el Convenio son siempre respetuosos con el Estado requerido. Finalmente, en 1993 se aprobó la nueva Regla 4 (f)<sup>14</sup> que sustituyó a la anterior Regla 4 (i). El nuevo precepto da prioridad a los métodos previstos por los instrumentos internacionales cuando estos son de aplicación. En los demás casos prevé otros mecanismos, siempre respetuosos con el estado de destino de la notificación. No obstante, mantiene un inciso que abre la posibilidad de recurrir, por orden del tribunal que conoce del asunto, a otros métodos no prohibidos por un acuerdo internacional. Este inciso parece permitir en ciertos casos el empleo de mecanismos no acordes con la normativa del Estado de destino<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> *Mullane v. Central Hannover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 70 S.Ct. 652, 94 L.Ed. 865 (1950): “A fundamental requirement of due process of law in any proceeding which is to be accorded finality is notice reasonably calculated under all the circumstances to apprise interested parties of the pendency of the action and afford them an opportunity to present their objections; and the notice must be of such nature that it reasonably conveys the required information, and must afford a reasonable time for those interested to make their appearance; but if, with due regard for practicalities and peculiarities of the case, those conditions are reasonably met, the constitutional requirements are satisfied”.

<sup>13</sup> *Id.* H.L., JONES, “International Judicial Assistance: Procedural Chaos and a Program for Reform”, *Yale L.J.*, 1953, vol. 62, pp. 534-545.

<sup>14</sup> Rule 4 (f) Serving an Individual in a Foreign Country.

Unless federal law provides otherwise, an individual - other than a minor, an incompetent person, or a person whose waiver has been filed - may be served at a place not within any judicial district of the United States:

(1) by any internationally agreed means of service that is reasonably calculated to give notice, such as those authorized by the Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents;

(2) if there is no internationally agreed means, or if an international agreement allows but does not specify other means, by a method that is reasonably calculated to give notice:

(A) as prescribed by the foreign country's law for service in that country in an action in its courts of general jurisdiction;

(B) as the foreign authority directs in response to a letter rogatory or letter of request; or

(C) unless prohibited by the foreign country's law, by:

(i) delivering a copy of the summons and of the complaint to the individual personally; or

(ii) using any form of mail that the clerk addresses and sends to the individual and that requires a signed receipt; or

(3) by other means not prohibited by international agreement, as the court orders.

<sup>15</sup> Para una visión crítica de la actitud norteamericana en el plano unilateral y multilateral, *vid.* S. BURBANK, “The Reluctant Partner: Making Procedural Law for International Civil Litigation”, *L. & Contemp. Probs.*, 1994, vol. 57, pp. 103-152.

### III. Dificultades en la notificación de un proceso español a un demandado norteamericano

8. La asistencia judicial que se prestan entre sí los tribunales norteamericanos y españoles en la práctica de notificaciones en el ámbito civil y mercantil se rige por el Convenio de La Haya sobre notificación de documentos en el extranjero. Cuando dentro de un proceso que se celebre en España sea necesario trasladar un documento a Estados Unidos para su notificación, habrá que estar a lo que disponga el Convenio. Cuando concurren las condiciones de aplicabilidad del Convenio, éste es de aplicación exclusiva.

El proceso tendrá que versar sobre una materia civil o mercantil. Esta cuestión no plantea problemas en nuestras relaciones de cooperación con Estados Unidos ya que ambos países mantienen un concepto amplio de estas materias que comprende casi cualquier cuestión ajena al Derecho penal<sup>16</sup>.

Para que pueda operar el Convenio es preciso que la dirección de la persona a la que hay que notificar sea conocida.

El principal dificultad para determinar cuándo es de aplicación el Convenio es saber cuándo hay que remitir un documento al extranjero para su notificación. El Convenio no establece cuándo “there is an occasion to transmit a judicial or extrajudicial document for service abroad”. Queda en manos de la ley interna del foro la decisión de cuándo hay que transmitir un documento al extranjero y, por tanto, de cuándo es preciso observar las normas del Convenio. En este sentido, se ha afirmado que el Convenio no es obligatorio para los Estados miembros. Precisamente un caso resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos puso de manifiesto el carácter crítico de esta cuestión<sup>17</sup>. Como veremos a continuación, en muchos casos las legislaciones internas permiten notificar a litigantes extranjeros en el territorio del foro, evitando la notificación internacional.

9. Cuando dentro de un proceso que se celebre en España en materia civil o mercantil, de acuerdo con el Derecho español, sea preciso practicar una notificación en Estados Unidos a un litigante cuya dirección se conoce, será preciso hacerlo respetando las reglas del Convenio de La Haya. En este sentido se dice que aunque el Convenio no es obligatorio, sí que es exclusivo. Tanto la legislación estadounidense como la española admiten la primacía del Convenio<sup>18</sup>.

10. El Convenio establece un canal principal para prestar la asistencia judicial. Los Estados se prestan auxilio a través de las autoridades centrales designadas al efecto. Estas reciben las solicitudes y se encargan de realizar la notificación o de hacer que se practique. Pero el Convenio prevé otros métodos alternativos (arts. 8-10). La mayoría de las veces los Estados miembros pueden decidir si van a prestar cooperación a través de esos mecanismos haciendo declaraciones al respecto. Algunos de los mecanismos alternativos encajan en lo que se denomina la asistencia judicial activa y otros en la asistencia judicial pasiva<sup>19</sup>. Además, el Convenio contiene dos artículos, el 11 y el 19,

---

<sup>16</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, respuesta 21; “Response Spain to 2003 Service Questionnaire”, en [http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/lse\\_es.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/lse_es.pdf), respuesta 6.3. Ambos países siguen las recomendaciones 69-72 de la Comisión Especial de 2003 acerca de la interpretación amplia de las materias “civil y mercantil”. Según estas recomendaciones, el Convenio debería interpretarse en forma autónoma, sin referencia exclusiva al derecho del estado requirente ni al Derecho del estado requerido ni a ambos Derechos conjuntamente. *Vid. Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission on the practical operation of The Hague Apostille, Evidence And Service Conventions* (28 October to 4 november 2003), en [http://hcch.evision.nl/upload/wop/lse\\_concl\\_e.pdf](http://hcch.evision.nl/upload/wop/lse_concl_e.pdf). España ha prestado cooperación bajo las normas del Convenio incluso en cuestiones que consideramos dentro del ámbito laboral y administrativo.

<sup>17</sup> *Volkswagenwerk A. G. v. Schlunk*, 108 S. Ct. 2104 (1988).

<sup>18</sup> Regla 4 (f) FRCP. Por otro lado, por la cláusula de supremacía del art. VI de la Constitución de Estados Unidos, cuando el Convenio de La Haya es aplicable, prevalece sobre los métodos de notificación incompatibles que establezcan las leyes estatales. En el caso de España *vid.* Art. 96.1 CE; art. 177 LECiv/2000.

<sup>19</sup> En la asistencia activa el Estado asistente pone sus propios órganos al servicio del Estado requirente, mientras que en la asistencia pasiva se limita a permitir, dentro de su territorio y bajo ciertas condiciones, la actividad del Estado requirente o de particulares encaminada a la práctica de diligencias procesales. *Vid.* C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, pp. 33-38.

que permiten acudir a métodos de transmisión de documentos no previstos por el Convenio. Ni España ni Estados Unidos han hecho declaraciones que limiten el uso de los mecanismos alternativos y sus legislaciones son bastante tolerantes con métodos no previstos por el Convenio, lo que hace que nuestras autoridades puedan recurrir a muchas vías para notificar en los Estados Unidos.

	<b>Método de transmisión o notificación</b>	<b>Tipo de asistencia</b>	<b>Posibilidad de los Estados parte de oponerse a su empleo</b>
<b>Canal principal</b>	Asistencia activa a través de la autoridad central (arts. 2-7)	Asistencia activa.	No
<b>Canales alternativos</b>	Vía consular o diplomática directa sin medida de compulsión (art. 8)	Asistencia pasiva.	Sólo cabe oponerse a las notificaciones a no nacionales del foro
	Vía consular indirecta (art. 9 párr. 1)	Asistencia pasiva.	No cabe oposición
	Vía diplomática indirecta si lo exigen circunstancias excepcionales (art. 9 párr. 2).	Asistencia pasiva.	No cabe oposición
	Comunicación directa entre funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes (art. 10 b)	Asistencia activa.	Cabe oposición
	Comunicación directa entre la persona interesada y los funcionarios judiciales y ministeriales u otras personas competentes (art. 10 c)	Asistencia activa.	Cabe oposición
	Vía postal (art. 10 a)	Asistencia pasiva.	Cabe oposición
<b>Vías derogatorias</b>	Acuerdos entre dos o más Estados a fin de permitir vías de remisión, en particular la comunicación directa entre sus autoridades respectivas (art. 11)	Asistencia activa o pasiva.	Depende de si existen o no dichos acuerdos entre los Estados
	La ley interna de un Estado contratante puede permitir otras formas de remisión (art. 19)	Asistencia activa o pasiva.	Depende de si la Ley interna del país requerido permite otras vías de remisión

**11.** Los problemas que se pueden plantear en las notificaciones internacionales son muy variados. Cuando se hacen a través de la asistencia activa, es decir, solicitando la cooperación de las autoridades del país de destino, los problemas pueden surgir en torno a la competencia del requirente para hacer la solicitud, el modo de hacer llegar la solicitud a la autoridad requerida, el contenido de la solicitud, el idioma, etc. Normalmente la autoridad requerida será la que tenga que exigir el cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades para ofrecer su asistencia. Cuando la notificación se practica por medio de autoridades del foro, es decir, mediante asistencia pasiva, los problemas pueden surgir por una extralimitación de las competencias de las autoridades que practiquen la notificación y que puedan constituir una vulneración de la soberanía del país en el que se practica la notificación. Pero muchas veces los problemas más interesantes surgen en un momento posterior, después de practicada la notificación y dictada la sentencia. En los litigios internacionales con frecuencia es necesario obtener el reconocimiento de las sentencias en otro país. Para conceder el reconocimiento a sentencias extranjeras, la mayoría de los ordenamientos establecen un control de orden público procesal en el que se comprueba que se han respetado los derechos de defensa; en concreto, si se ha dado al demandado oportunidad de defenderse a través de una correcta notificación. Este punto es decisivo a la hora de diseñar una estrategia de notificación.

**12.** Una importante diferencia entre el régimen español de notificación y el estadounidense es que en nuestro sistema el tribunal es el responsable de la práctica de la notificación mientras que en el sistema americano lo es el demandante. Esto tiene su repercusión a la hora de elegir el modo en que se va a notifi-



car. En nuestro sistema el tribunal realizará la notificación pensando en los intereses de las partes. En el sistema americano los abogados del demandante recurrirán a los cauces que mejor se adecúen a sus objetivos.

Nuestros tribunales tendrán que pensar en primer lugar si la notificación se puede realizar válidamente en España. Como explicaré a continuación, esta decisión debe hacerse teniendo en cuenta si la sentencia tendrá que ejecutarse en España o en Estados Unidos. En el segundo caso tendrá que pensar en si la notificación dentro de nuestro territorio será un obstáculo para el futuro reconocimiento de la sentencia.

Una vez estudiados los casos en que es posible o conveniente notificar al litigante estadounidense en España, entraré a analizar la notificación en Estados Unidos de procesos que se celebran en España. En estos casos será necesaria la asistencia del país de destino, y dado que ambos países son parte del Convenio de La Haya, deberán observarse sus normas. Empezaré analizando los problemas que pueden tener lugar cuando se solicite la asistencia activa de las autoridades norteamericanas. Como hemos visto, el Convenio establece varios mecanismos de asistencia activa. A continuación me referiré a las dificultades que se pueden plantear cuando sean las autoridades españolas las que directamente notifiquen en Estados Unidos gracias a la asistencia pasiva, o consentimiento, prestado por dicho país.

### 1. Notificación en España al litigante estadounidense

**13.** Los actos de comunicación judicial a un ciudadano o a una persona jurídica norteamericanos no siempre tienen que practicarse en Estados Unidos. Ni siquiera cuando estos tengan allí su residencia o principal lugar de negocios. La necesidad de notificar en Estados Unidos la determinará el Derecho interno español<sup>20</sup>.

La cuestión no plantea problemas cuando el litigante norteamericano se haya personado en el juicio y actúe representado por procurador<sup>21</sup>. Las comunicaciones se harán a través de éste, que firmará las notificaciones que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito. Los actos de comunicación con los procuradores se realizan en la sede del tribunal o en el servicio común de recepción organizado por el Colegio de Procuradores<sup>22</sup>. Las comunicaciones se practican, pues, en España, por lo que no es precisa la notificación internacional.

La solución es distinta cuando el litigante norteamericano aún no se haya personado o no esté representado por procurador. En estos casos la ley prevé que los actos de comunicación se hagan por remisión al domicilio de los litigantes. Corresponde al demandante designar el domicilio del demandado a los efectos del primer emplazamiento o citación, contando con la ayuda del juez en caso de que al demandante le resulte imposible designar un domicilio<sup>23</sup>.

Si el demandante conoce el domicilio del demandado en Estados Unidos habrá que realizar una notificación internacional, acudiendo a la asistencia judicial internacional. No obstante, esta regla tiene varias excepciones. Si se trata de un litigio que afecta a una sucursal situada en España de una empresa con domicilio en Estados Unidos, podrá notificar válidamente a través de la sucursal. Lo mismo sucede cuando un empresario individual cuente con un establecimiento en España, en relación con los litigios derivados de dicho establecimiento<sup>24</sup>. No es válida sin embargo la notificación a través de una filial en

---

<sup>20</sup> La necesidad de notificar en el extranjero se determina por la *lex fori*. *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 9ª ed., Comares, Granada, 2008, p. 537.

<sup>21</sup> La representación por medio de procurador es necesaria salvo en los procedimientos orales cuya cuantía no exceda los 900 euros; en los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas; y en los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio (art. 23 LECiv/2000).

<sup>22</sup> *Vid.* arts. 153-154 LECiv/2000. V. J.J. PÉREZ MILLA, *La notificación judicial internacional*, Comares, Granada, 2000, pp. 63-64.

<sup>23</sup> Arts. 155-156 LECiv/2000.

<sup>24</sup> STS de 14 de mayo de 1990 (RJ 1990/3730). *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pg. 446. El domicilio del consignatario del buque no puede considerarse como establecimiento o sucursal del naviero extranjero y el emplazamiento en aquel lugar sería nulo, SAP Pontevedra de 31 de enero de 2001 (AC 2001/405). El consignatario que atendió al buque en puerto español es un mandatario de aquél para la realización de funciones concretas, pero carece de un poder o mandato que le habilite para recibir citaciones o emplazamientos en su nombre, salvo que se trate de un agente consignatario que forme parte de la estructura de la empresa demandada o concurren circunstancias especiales, AAP Vizcaya de 15 de octubre de 1999 (AC 1999/7410).

España<sup>25</sup>. Tampoco será necesario practicar una notificación internacional si el demandado domiciliado en Estados Unidos nombró un representante a efecto de notificaciones, ni cuando acuda a la sede del tribunal a recoger la notificación. Otro supuesto más específico en el que el domiciliado en Estados Unidos será notificado en España es el previsto en el art. 9 LPH, en el que se obliga al propietario a señalar un domicilio en España a efectos de citaciones relacionadas con la comunidad<sup>26</sup>.

Por otro lado, cuando se ignore el paradero del demandado, después de haber cumplido con los deberes de averiguación exigidos por la ley, se realizará la notificación por edictos en España. Procede también cuando se haya intentado infructuosamente la notificación en el extranjero o cuando se haya solicitado la asistencia a Estados Unidos y la demora sea tan larga que ponga en peligro los derechos del demandante<sup>27</sup>.

**14.** Las notificaciones así practicadas en nuestro territorio serán válidas a los efectos de los procesos que se celebren en España. No suponen una omisión de la aplicación del Convenio de La Haya puesto que en estos casos, según la ley española –ley interna del foro–, no hay ocasión de notificar en el extranjero. Por tanto, el litigante americano no podrá impugnar en España la validez de estas notificaciones alegando el incumplimiento del Convenio<sup>28</sup>.

**15.** Cuestión distinta es si terminado el proceso en España y dictada la sentencia ésta debe reconocerse o ejecutarse en Estados Unidos. Pero tampoco es probable que se planteen problemas en este momento. El examen que los tribunales de Estados Unidos hacen de las sentencias extranjeras para su reconocimiento, en lo que hace referencia a la notificación, consiste en comprobar el método seguido para su práctica y el tiempo que ha permitido para la defensa. El método debe cumplir con los requerimientos del *due process* y con lo prescrito por el Derecho del país de origen. En los casos que hemos visto la ley española permite la notificación en España, por lo que sólo habrá que comprobar que la notificación cumple con el *due process*. En *Mullane* se estableció que para superar el test constitucional del *due process* la notificación debía estar razonablemente calculada para dar conocimiento al demandado de la acción entablada contra él y darle oportunidad para defenderse teniendo en cuenta las circunstancias. En varias ocasiones los tribunales norteamericanos han denegado por este motivo el reconocimiento a sentencias en las que el demandado sólo había sido notificado mediante publicación en un diario, en un tablón de anuncios o mediante notificación a un agente del Estado extranjero<sup>29</sup>. A diferencia de algunos países europeos, España no utiliza este último sistema, que no suele ser visto con buenos ojos por los tribunales y por la doctrina norteamericanos. La notificación mediante publicación es aceptada en Estados Unidos en ciertas circunstancias, tales como el desconocimiento del paradero del demandado o cuando éste no puede averiguarse con un esfuerzo razonable<sup>30</sup>. Estas exigencias vienen a coincidir con las de nuestro art. 24 CE<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> STS de 28 de enero de 1994 (RJ 1994, 572). M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 446. Estados Unidos sí lo permite bajo ciertas condiciones.

<sup>26</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, pp. 446-447.

<sup>27</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, pp. 447-448.

<sup>28</sup> No podrán interponerse los recursos que la LECiv/2000 prevé en los casos de infracción procesal (arts. 468-476).

<sup>29</sup> *Vid.* G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, pp. 1047-1048; R.A. BRAND (Ed.), *Enforcing foreign judgments in the United States and United States judgments abroad*, ABA, pp. 16; M. L. MORKIN, "United States", en L. W. NEWMAN, (Ed.), *Enforcement of Money Judgments*, vol. III, Juris Publishing, actualización 2009, pp. 32-33. *Koster v. Automark Industries, Inc.* (1981, CA7 Ill) 640 F2d 77, la notificación al Ministerio de Asuntos Exteriores holandés no era acorde con los requerimientos del *due process*; *Corporacion Salvadorena de Calzado, S.A. (Corsal, S.A.) v. Injection Footwear Corp.* (1982, SD Fla) 533 F Supp 290 (applying Florida law), la notificación en el tablón de anuncios no satisface el *due process*; *Boivin v. Talcott* (1951, DC Ohio) 102 F Supp 979, 48 Ohio Ops 378, 64 Ohio L Abs 562, la notificación mediante publicación no es suficiente de acuerdo con el *due process*; *Montaner v. Big Show Prod., S.A.*, 620 So. 2d 246 (Fla. Dist. Ct. App. 1993), la publicación en un diario de Venezuela no es suficiente conforme al *due process* de Florida; *Tremblay v. Aetna Life Ins. Co.* 97 Mc. 547, 55 A. 509 (1903), la notificación mediante simple publicación no permitió el reconocimiento de una sentencia canadiense.

<sup>30</sup> G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, p. 828.

<sup>31</sup> SSTC 214/2005, de 12 septiembre (RTC 2005/214); 293/2005, de 21 noviembre (RTC 2005/293); 304/2006, de 23 octubre (RTC 2006/304); 223/2007, de 22 octubre (RTC 2007/223); 231/2007, de 5 noviembre (RTC 2007/231); 168/2008, de 15 diciembre (RTC 2008/168).

Por otro lado, Estados Unidos cuenta desde hace mucho tiempo con precedentes en los que se permite la notificación a extranjeros dentro de Estados Unidos sin necesidad de practicar la notificación en su residencia o en su centro principal de negocios fuera de Estados Unidos. Y ello tanto en relación con países miembros del Convenio como con países no miembros. Para ello sólo es necesario que el Derecho de Estados Unidos prevea mecanismos para practicar estas notificaciones, y tanto las leyes federales de procedimiento civil como las leyes estatales lo hacen. G. BORN ha enumerado varios de estos supuestos<sup>32</sup>. La situación más típica es la entrega personal de la demanda al demandado que se encuentra físicamente en el territorio de Estados Unidos. Las leyes de muchos estados americanos permiten también notificar a empresas u otras personas jurídicas extranjeras a través de sus directores en el país del foro. También cabe notificar al no residente cuando haya nombrado a un representante para recibir notificaciones en el foro. La legislación procesal federal permite notificar en Estados Unidos a las empresas extranjeras: a) cuando lo autoricen tanto la ley del estado donde esté situado el tribunal federal como la ley del estado donde se efectúe la notificación; y b) cuando se entregue la copia del emplazamiento y de la demanda a un directivo, gerente o a un representante general, o a un representante autorizado mediante nombramiento o por ley para recibir notificaciones<sup>33</sup>. La legislación federal también permite notificar a personas físicas a través de sus agentes<sup>34</sup>. Existe una abundante jurisprudencia para concretar los representantes a estos efectos. Cabe igualmente, conforme a la legislación federal y de acuerdo con la de la mayor parte de los estados, notificar a una empresa matriz extranjera a través de sus filiales en Estados Unidos. No obstante, es necesario un alto grado de proximidad, requiriéndose la prueba de un *alter ego* o relación de agencia entre la matriz y la filial<sup>35</sup>. Por otro lado, la legislación federal permite notificar en la vivienda donde habita o en un lugar donde vive usualmente el demandado<sup>36</sup>. Como ha señalado G. BORN a la vista de la jurisprudencia, no es fácil determinar cuándo una residencia propiedad de un demandado extranjero cumple con estas condiciones<sup>37</sup>.

16. Podemos concluir que los casos en los que la ley española permite notificar en España a litigantes extranjeros difícilmente plantearán hipotéticos problemas de reconocimiento en Estados Unidos. Y más si tenemos en cuenta que fue el Tribunal Supremo de Estados Unidos el que afirmó de forma concluyente la posibilidad de notificar a litigantes extranjeros en el foro, y sin recurrir por lo tanto al Convenio, cuando la ley del tribunal lo permita. No obstante, como también recordó la sentencia del caso *Schlunk*, ello no impide que el demandante pueda acudir también a los cauces del Convenio para asegurar la efectividad de la sentencia fuera del foro<sup>38</sup>.

## 2. Notificación en Estados Unidos con la asistencia activa de las autoridades norteamericanas

17. Cuando conforme a lo previsto en nuestra ley procesal la notificación haya de practicarse en Estados Unidos y el domicilio del demandado sea conocido, habrá que acudir a la asistencia judicial internacional, activa o pasiva, siguiendo los cauces del Convenio de La Haya. Dicho instrumento prevé un canal principal para llevar a cabo la asistencia, pero no es el único mecanismo válido. El Convenio prevé otros mecanismos alternativos, la mayor parte de los cuales pueden utilizarse sólo cuando el Estado requirente y el Estado requerido no han hecho declaraciones en contra. Además de estos mecanismos alternativos, el Convenio permite lo que los comentaristas denominan “mecanismos derogatorios”.

<sup>32</sup> G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, pp. 821-822.

<sup>33</sup> Rule 4 (h) (1). *Vid.* OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA, “General comments and practical operation of the Convention”, en *Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention*, 3ª ed., 2006, p. 19.

<sup>34</sup> Rule 4 (e) (2) (c) FRCP.

<sup>35</sup> El examen para determinar esta relación varía según los estados pero el *due process* exige unos mínimos para poder hacer esta notificación por sustitución. G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, pp. 821.

<sup>36</sup> Rule 4 (e) (2) (b) FRCP.

<sup>37</sup> G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, pp. 822.

<sup>38</sup> *Volkswagenwerk A. G. v. Schlunk*, 108 S. Ct. 2104 (1988): “this decision does not prevent voluntary compliance with the Convention even when the forum’s internal law does not so require, and such compliance can be advantageous”. Así lo recomienda también R.A. BRAND, *vid. ID.*, *Enforcing foreign judgments in the United States and United States judgments abroad*, ABA, pp. 26-27.

Ello significa que si el Estado requirente y el Estado requerido han llegado a un acuerdo para utilizar otros cauces, el Convenio no supondrá un obstáculo para su empleo, o bien, que si la ley interna del Estado requerido admite la posibilidad de que en su territorio se utilicen otros medios de remisión, el Convenio no se opondrá<sup>39</sup>. Como también he señalado, ni España ni Estados Unidos han hecho declaraciones contra ninguno de los mecanismos alternativos. Por lo que se refiere a los canales derogatorios, aunque no existen acuerdos bilaterales entre ambos países, la permisiva legislación estadounidense facilitará el uso de otros mecanismos no previstos por el Convenio. De hecho, la legislación norteamericana no establece ninguna restricción directa a las notificaciones internacionales en su territorio, aunque ello no implica que los tribunales americanos vayan a reconocer las sentencias resultantes<sup>40</sup>. En consecuencia, los tribunales españoles van a contar con un amplísimo abanico de posibilidades para notificar al litigante americano. Son muchos los aspectos que deben valorarse a la hora de decidirse por un mecanismo u otro. El canal principal es el mejor regulado y el que cuenta con mayores garantías, pero no parece ser el más rápido. Los canales derogatorios, por el contrario, pueden permitir notificaciones con menos formalidades y por ello más rápidas, pero no cuentan con todas las garantías que el convenio prevé para el cauce de las autoridades centrales y los mecanismos alternativos. A continuación iremos viendo con detenimiento el funcionamiento de estos canales. Dividiré el estudio entre mecanismos de asistencia activa y mecanismos de asistencia pasiva.

**18.** Para el caso de que reuniéndose todas las condiciones para la aplicación del Convenio los tribunales españoles notifiquen al demandado norteamericano fuera del amplio marco que ofrece el Convenio caben distintas penalizaciones. La primera es que en caso de que el demandado no comparezca, conforme al art. 15 el procedimiento no podrá proseguir<sup>41</sup>.

El demandado incorrectamente notificado puede también denunciar la nulidad de la diligencia en el primer acto de comparecencia ante el tribunal (art. 166.2 LECiv/2000). Si comparece sin impugnar la notificación ésta quedará subsanada<sup>42</sup>.

Finalmente, la omisión de los preceptos del Convenio puede suponer el no reconocimiento en Estados Unidos de la sentencia que se dicte en España. Como se ha señalado, junto al control constitucional del *due process*, se controlará el cumplimiento de la normativa sobre notificación del país de origen, que en este caso incluiría el Convenio de La Haya. En numerosas ocasiones los tribunales norteamericanos han exigido para el reconocimiento de sentencias procedentes de Estados miem-

<sup>39</sup> *Vid.* tabla con los distintos mecanismos admitidos por el Convenio.

<sup>40</sup> Aunque la legislación norteamericana no prohíbe ningún método específico de notificación eso no significa que cualquier notificación dé “reasonable notice to the defendant”. *Vid.* G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, p. 903.

<sup>41</sup> Art.15. “Cuando un escrito de demanda o un documento equivalente haya sido remitido al extranjero a efectos de notificación o traslado, según las disposiciones del presente Convenio, y el demandado no comparece, el Juez aguardará para proveer el tiempo que sea preciso hasta que se establezca que:

a) El documento ha sido notificado o se ha dado traslado del mismo según las formas prescritas por la legislación del Estado requerido para la notificación o traslado de los documentos otorgados en este país y que están destinados a las personas que se encuentran en su territorio, o bien

b) Que el documento ha sido efectivamente entregado al demandado o a su residencia, según otro procedimiento previsto por el presente Convenio, y que, en cualquiera de estos casos, sea notificación o traslado, sea entrega, la misma ha tenido lugar en tiempo oportuno para que el demandado haya podido defenderse.

Cada Estado contratante tiene la facultad de declarar que sus jueces, no obstante las disposiciones del párrafo primero, podrán proveer a pesar de no haberse recibido comunicación alguna acreditativa, bien de la notificación o traslado, bien de la entrega, si se dan los siguientes requisitos:

a) El documento ha sido remitido según alguno de los modos previstos por el presente convenio;  
b) Ha transcurrido, desde la fecha de envío del documento, un plazo que el Juez apreciará en cada caso particular y que será, al menos, de seis meses, y

c) No obstante las diligencias oportunas ante las autoridades competentes del Estado requerido, no ha podido obtener certificación alguna.

El presente artículo no impide que, en caso de urgencia, el Juez ordene cualesquiera medidas provisionales o cautelares”.

<sup>42</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 467.

bros del Convenio que la notificación fuera compatible con dicho instrumento<sup>43</sup>.

### A) Notificación a través del canal principal de transmisión

19. Como se ha señalado, el Convenio establece un mecanismo de cooperación que se asienta en la asistencia prestada por las Autoridades Centrales. Las autoridades competentes para realizar las solicitudes de notificación conforme al art. 3 (en España los Secretarios Judiciales de cada Tribunal) se deben dirigir a la Autoridad Central designada por el Estado requerido. La petición se hará conforme al formulario anexo al Convenio, sin necesidad de legalización ni formalidad equivalente. Los documentos que se pretenden notificar deberán adjuntarse a la solicitud, todo en doble ejemplar. Si la Autoridad Central considera que la solicitud no cumple con las previsiones del Convenio deberá informar de ello al requirente especificando los defectos detectados (art. 4). Si la solicitud es correcta la Autoridad Central del Estado requerido procederá u ordenará proceder a la notificación o traslado del documento.

20. En el caso de Estados Unidos, la Autoridad Central es la Oficina de Asistencia Judicial Internacional del Departamento de Justicia (*Office of International Judicial Assistance Civil, Civil Division, U.S. Department of Justice*). Sin embargo ésta ha delegado sus funciones en una empresa privada, *Process Forwarding International (PFI)*, contratada por el Departamento de Justicia. Las solicitudes deben enviarse a dicha empresa<sup>44</sup>. Tendrán que enviarse por correo o por mensajería privada<sup>45</sup>. *PFI* no acepta solicitudes hechas por otros medios como el fax o el correo electrónico<sup>46</sup>.

21. Si el Secretario Judicial del Tribunal español no especifica un método distinto, *PFI* da cumplimiento a las solicitudes mediante notificación personal<sup>47</sup>, de acuerdo con el art. 5.1 a) del Convenio. En caso de que la notificación personal sea imposible, la empresa contratada recurre a otros métodos previstos por la ley competente en el lugar donde se deba efectuar la notificación, incluido el servicio postal si dicha ley lo permite<sup>48</sup>. La autoridad española puede expresar su voluntad de que la notificación se practique de un modo particular, según prevé el art. 5.1 b). Ello no entrañará ningún problema porque normalmente serán compatibles con las leyes americanas, muy flexibles en este ámbito<sup>49</sup>. *PFI* sólo utiliza la notificación informal (art. 5.2) cuando así lo solicita la autoridad requirente. En estos casos, lo único que exige es que tales notificaciones sean eficaces conforme a la ley aplicable y que no impliquen medidas de coerción<sup>50</sup>. Conviene saber que cuando los documentos sean trasladados para su notificación formal –según el art. 5.1 a) y 5.1 b)– a través de

<sup>43</sup> M. L. MORKIN, “United States”, en L. W. NEWMAN, (Ed.), *Enforcement of Money Judgments*, vol. III, Juris Publishing, actualización 2009, pp. 32. *Vid. Parsons v. Bank Leumi Le-Israel B.M.*, 565 So. 2d 20 (Ala. 1990); *Arco Electronics Control Ltd v. Core International*, 794 F. Supp. 1144 (S.D. Fla. 1992); *Koehler v. Dodwell*, 152 F. 3d 304 (4th Cir. 1998); *White v. Ratcliffe*, 285 Ill. App. 3d 758, 221 Ill. Dec. 113, 674 N.E.2d 906, 912 (2d Dist. 1996). Una discusión sobre la necesidad o no de notificación compatible con el Convenio puede leerse en G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, p. 1048.

<sup>44</sup> *Process Forwarding International (PFI)* es una filial propiedad absoluta de *ABC Legal Services, Inc (ABC)*.

Process Forwarding International, 633 Yesler Way, Seattle, WA 98104, USA. E-mail: info@hagueservice.net. Website: <http://www.hagueservice.net>.

El 30 de enero de 2009 se volvió a conceder este contrato a ABC Legal y a su división PFI Process Service, por el período de un año con la posibilidad de renovarlo otros 5 períodos de un año.

<sup>45</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 28 c).

<sup>46</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 33 c). Ello impide que nuestros Secretarios Judiciales puedan hacer uso de las facultades que les concede el art. 162 LECiv/2000.

<sup>47</sup> Así se estableció en el contrato, pese a que conforme al art. 5.1 a) cabe utilizar cualquier modo de notificación previsto por la ley del Estado requerido. La notificación personal es una de las previstas en Rule 4 FRCP.

<sup>48</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 6.

<sup>49</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 29 b).

<sup>50</sup> *Vid.* “USA - Central Authority & practical information”, en [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=authorities.details&aid=279](http://www.hcch.net/index_en.php?act=authorities.details&aid=279), y “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 29 c).

*PFI*, tanto la solicitud (por duplicado) como los documentos deberán estar traducidos al inglés<sup>51</sup>, con independencia de que el destinatario entienda el castellano<sup>52</sup>. Esto es lo que más encarece la notificación formal por medio de la Autoridad Central. Cuando se solicita la notificación informal no se exige, en principio, la traducción. Sin embargo, en algunas ocasiones en que el demandado ha impugnado la falta de traducción, los tribunales han decidido que dicha notificación no es suficiente para dar noticia al demandado sobre el procedimiento iniciado y para darle oportunidad de defenderse, y por lo tanto las sentencias no se han reconocido por vulnerar el *due process*<sup>53</sup>. La Autoridad Central conforme al art. 4 del Convenio también devolverá las solicitudes que no contengan el nombre y la dirección completos del destinatario, especificando estas objeciones.

**22.** A *PFI* le corresponde también expedir el certificado de cumplimiento de la solicitud previsto en el art. 6 del Convenio<sup>54</sup>. La mencionada empresa se comprometió a llevar a cabo las notificaciones y a emitir el certificado en el plazo de 6 semanas desde la recepción de la solicitud<sup>55</sup>. Actualmente el precio de sus servicios es 95 dólares por notificación<sup>56</sup>. De no abonarse esta tasa la solicitud es devuelta en menos de una semana.

**23.** Aunque frecuentemente se hace por vía diplomática, también cabe emplear el mecanismo de la Autoridad Central para solicitar la práctica de notificaciones al Gobierno de los Estados Unidos, a sus Agencias y Funcionarios por acciones que hayan realizado dentro de sus competencias. No obstante, las solicitudes hechas de este modo se rechazan cuando no cumplen con los principios del Derecho internacional consuetudinario<sup>57</sup> y cuando se dirigen a una entidad gubernamental que según el Derecho norteamericano carece de personalidad jurídica propia que le permita ser demandada con independencia de los Estados Unidos (por ejemplo, si se intenta notificar a una Embajada americana)<sup>58</sup>. *PFI* no ejecuta estas solicitudes de notificación sino que las envía al Departamento de Justicia (que es el encargado de representar a Estados Unidos y sus agencias ante los tribunales) para que se haga cargo<sup>59</sup>.

**24.** Cuando concurren las circunstancias para su aplicación, el Convenio es obligatorio para los Estados parte. Por eso los motivos por los que cabe rechazar la ejecución de la notificación son muy restringidos. Estos motivos pueden ser de forma o de fondo. Entre los primeros, la Autoridad Central

<sup>51</sup> No obstante, los documentos en francés también se notifican, “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 30. Así ha ocurrido recientemente en *John Galliano SA v. Stallion Inc.* 859 N.Y.S. 2d 903 (N.Y. Sup. Ct. 2008), en la que se sostuvo que el Convenio no establece la obligación de que los documentos que se notifiquen en Estados Unidos estén traducidos al inglés y que en el caso concreto el envío de los documentos en francés no era injusto ni inadecuado.

<sup>52</sup> Así lo exigirá la Autoridad Central americana, con independencia de que haya pruebas de que el destinatario conoce la lengua original. “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 30.

<sup>53</sup> En este sentido *vid. Julen v. Larson* (1972, 2nd Dist) 25 Cal App 3d 325, 101 Cal Rptr 796, 799–800, en la que se rechazó el reconocimiento de una sentencia suiza porque los documentos en el proceso de origen fueron notificados en Estados Unidos en alemán. Cfr. M. L. MORKIN, “United States”, *op. cit.*, pp. 33–34. No obstante, no siempre que el demandado desconoce el idioma de la notificación se ha denegado el exequátur, *vid. Tahan v. Hodgson* (1981) 213 App DC 306, 662 F2d 862, 32 FR Serv. 2d 70, en la que se reconoció una sentencia israelí pese a que el demandado recibió los documentos en hebreo, idioma que desconocía.

<sup>54</sup> *PFI* utiliza el servicio de correo para enviar el certificado de ejecución de la solicitud. No obstante, a través de su página web el solicitante puede seguir la tramitación de la notificación y puede conseguir copias electrónicas del certificado de ejecución cuando esté disponible. “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 33 e).

<sup>55</sup> “United States of America Central Authority under the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters”, en [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=events.details&year=2003&varevent=5](http://www.hcch.net/index_en.php?act=events.details&year=2003&varevent=5).

<sup>56</sup> Esta tasa no es exigible cuando la notificación se dirija al Gobierno de los Estados Unidos o a sus Agencias. Estados Unidos es de los pocos países (con Francia, Bahamas, México y algunas provincias de Canadá) que todavía no asume los gastos de asistencia, tal y como propone el art. 12.1 del Convenio.

<sup>57</sup> Por ejemplo, la exigencia de dar un plazo de al menos 60 días para dar una primera respuesta, “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 26 a).

<sup>58</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 26 a).

<sup>59</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, preguntas 26 c) y 29 a)

norteamericana ha denegado la notificación: a) por no haberse presentado la solicitud en el formulario prescrito por la Convención en inglés o francés (arts. 3 y 7); b) no enviarse el resumen del documento a notificar en inglés o francés (arts. 3 y 5); c) por no enviarse la solicitud y el documento por duplicado (art. 3); d) o la traducción del documento a notificar (art. 5); e) dirección incompleta de la persona a notificar (art. 1); f) no haberse recibido en tiempo suficiente para notificar el documento antes del procedimiento (art. 15); g) no haberse adjuntado los documentos a notificar<sup>60</sup>.

El art. 13 permite denegar la asistencia por motivos de fondo, en concreto, cuando se considere que la solicitud atenta contra la soberanía o la seguridad del estado<sup>61</sup>. La Autoridad Central de Estados Unidos no suele invocar este precepto<sup>62</sup>.

## B) Transmisión por la vía diplomática o consular

25. Otro modo de obtener la asistencia activa de las autoridades norteamericanas es el previsto por el art. 9 del Convenio. Este precepto permite dirigir solicitudes por vía diplomática, y en ciertos casos consular, a las autoridades designadas por el Estado requerido con este propósito, para que éstas lleven a cabo la notificación. Sin embargo, la mayor parte de los Estados (incluido Estados Unidos) han designado a estos efectos a la misma autoridad que se encarga de recibir las solicitudes por el cauce principal del Convenio. En estos casos el artículo 9 resulta superfluo. Además, se plantea el problema de si cuando la Autoridad Central actúa bajo el art. 9 deben satisfacerse los requisitos de los arts. 5 y 6 (traducción y certificado) previstos para el mecanismo principal. La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya se ha adelantado a proponer que así sea, para evitar incertidumbres<sup>63</sup>.

26. Los tribunales españoles han utilizado algunas veces este cauce. La transmisión de los documentos y la posterior notificación suelen dilatarse unos dos meses.<sup>64</sup>

## C) Transmisión directa entre funcionarios, oficiales y otras personas competentes

27. Otro de los canales alternativos que enumera el Convenio es el de la comunicación directa entre los funcionarios ministeriales, oficiales u otras personas competentes del Estado de origen y del Estado de destino (art. 10 b). Como he señalado, ni España ni Estados Unidos han hecho declaraciones en contra de este mecanismo, que a primera vista parece atractivo y eficiente. Sin embargo, nuestro país no ha hecho un desarrollo normativo que permita explotar convenientemente esta vía<sup>65</sup>. En teoría este sistema da la posibilidad a nuestros abogados, procuradores y secretarios de juzgado de solicitar la práctica de notificaciones a las personas competentes en Estados Unidos (que incluye también a empresas especializadas en notificaciones)<sup>66</sup>.

28. Por lo que se refiere a los requisitos de traducción, como para los otros canales alternativos que

<sup>60</sup> B. RISTAU, *International Judicial Assistance*, vol. I, International Law Institute, Washington D.C., revisado en 2000, §4-4-1.

<sup>61</sup> La Autoridad Central norteamericana denegó en una ocasión la asistencia por este motivo. En aquella ocasión un litigante holandés pretendía demandar por daños ante los tribunales holandeses al Almirante al mando de las Fuerzas Navales Americanas en Europa y otros dos oficiales. No obstante, pese a la falta de notificación, el procedimiento en Holanda continuó y Estados Unidos terminó pagando la condena, sin realizar la protesta diplomática prevista en el art. 14 del Convenio. *B. V. Bureau Wijsmuller v. United States*, 487 F. Supp. 156 (S.D.N.Y. 1979). *Vid.* B. RISTAU, *op. cit.*, §4-4-2.

<sup>62</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, preguntas 49 a). En los últimos 5 años no ha denegado la asistencia por estos motivos.

<sup>63</sup> OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA, “General comments...”, *op. cit.*, p. 68.

<sup>64</sup> “Response Spain to 2008...”, *op. cit.*, pregunta 38.

<sup>65</sup> En las respuestas al cuestionario de 2003 España señaló que no utilizaba este mecanismo. *Vid.* “Response Spain to 2003...”, *op. cit.*, pregunta 11.3.

<sup>66</sup> Así se desprende de las respuestas dadas por ambos países al cuestionario enviado por la Conferencia de La Haya en 2008. *Vid.* pregunta 46 a) en “Response Spain to 2008...”, *op. cit.* y “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*

recoge el Convenio, Estados Unidos lo condiciona al test del *due process*. Si el demandado puede entender la naturaleza de los documentos y de los procedimientos, se cumple con los mínimos exigidos por el *due process*. Si la notificación se hace por un canal alternativo sin traducción y el destinatario acepta voluntariamente la notificación (o renuncia a ella), la notificación se considerará generalmente efectiva, salvo que se demuestre una denegación del *due process*<sup>67</sup>.

Por lo que a nosotros interesa, la suficiencia de la notificación se podrá cuestionar cuando se pretenda reconocer la sentencia en Estados Unidos de un proceso celebrado en España en el que se notificó a través de un canal alternativo. El destinatario puede alegar la falta de suficiente notificación y la vulneración del *due process* en el procedimiento de origen por falta de traducción de los documentos.

#### D) Transmisión directa entre el interesado y las personas competentes en el Estado de destino

29. En este caso es el propio interesado el que puede dirigirse a cualquier autoridad o persona competente para realizar notificaciones en el Estado requerido (que en el caso de Estados Unidos puede ser incluso un abogado). Ni España ni Estados Unidos se han opuesto al uso de este mecanismo. Como han señalado VIRGÓS / GARCIMARTÍN, la legislación española permite a cualquier interesado en el proceso “pedir al tribunal español que le habilite para diligenciar directamente la solicitud de notificación ante la autoridad, funcionario o persona competente para practicar notificaciones en el Estado de destino”<sup>68</sup>.

Las condiciones relativas a la traducción son las mismas que las comentadas en el apartado anterior.

#### E) Comisiones rogatorias

30. Nuestra legislación interna de Derecho internacional privado prevé la posibilidad de que nuestras autoridades judiciales soliciten la asistencia de las autoridades extranjeras para la práctica de notificaciones a través de comisiones rogatorias (art. 276 LOPJ)<sup>69</sup>. Aunque el Convenio de La Haya prevalece sobre esta normativa –y establece además medios más eficaces de cooperación–, nuestras autoridades podrían acudir a este mecanismo en virtud del art. 19 del Convenio. Dicho precepto permite emplear métodos no previstos por el Convenio en la medida en que el Estado requerido lo permita. La legislación norteamericana prevé que los tribunales del distrito donde reside o se encuentra el demandado puedan instar la notificación a éste, siguiendo una carta rogatoria o una solicitud hecha por un tribunal extranjero<sup>70</sup>. En todo caso, acudir a esta vía carece de todo sentido.

A través del canal derogatorio del art. 11 del Convenio también cabría admitir la asistencia a través del mecanismo que establece la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias<sup>71</sup>, del que tanto España como Estados Unidos son parte. No obstante, España apenas ha prestado atención a la Convención Interamericana<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 34.

<sup>68</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, p. 453. *Vid.* arts. 167.1 II y 172.2 LECiv/2000.

<sup>69</sup> Del Juzgado son elevadas por conducto del Presidente de la Audiencia, TS o TSJ, al Ministerio de Justicia. Éste las remite al Ministerio de Asuntos Exteriores para su transmisión por vía diplomática o consular a la autoridad competente del Estado requerido. Sobre este procedimiento y su burocratización *vid.* L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 553-554; M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 413.

<sup>70</sup> Sección 1696 del Título 28 US Code (*vid.* en nota 74).

<sup>71</sup> Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecho en Panamá, el 30 de enero de 1975, ratificada por Instrumento de 22 de junio de 1987 (BOE núm. 195, de 15 de agosto). Su art. 4 establece lo siguiente:

“Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requerente o requerido según el caso.

Cada Estado Parte informará a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos acerca de cuál es la autoridad central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias”.

La autoridad central norteamericana a los efectos de esta Convención es la misma que en el Convenio de La Haya.

<sup>72</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Notificaciones en el extranjero: experiencias en los procesos de integración y en las relaciones entre México y España”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 7, 1999, pp. 45-74.



### 3. Notificación con asistencia pasiva de Estados Unidos

31. En términos generales Estados Unidos mantiene una actitud tolerante frente a los actos de comunicación que tribunales de otros países deban realizar en territorio estadounidense. No existen restricciones directas a la notificación de procesos extranjeros<sup>73</sup>. No hay leyes federales que prohíban la práctica de estos actos ni que impongan la necesaria participación de las autoridades americanas<sup>74</sup>. Las legislaciones estatales muy rara vez afrontan la cuestión de la notificación de procesos extranjeros en su territorio. Por ello, para notificar en Estados Unidos, los litigantes en procesos extranjeros tienen libertad para utilizar cualquier mecanismo de notificación disponible en la ley extranjera. Esto se debe en gran medida a que, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los países del *civil law*, para los Estados Unidos la notificación no es tanto un acto judicial que dependa de las autoridades públicas sino que es una responsabilidad de las partes<sup>75</sup>.

32. Ahora bien, esta ausencia de restricciones a la hora de notificar en Estados Unidos no supone que llegado el momento de reconocer sentencias extranjeras cualquier mecanismo de notificación vaya a ser aceptado. Para que la sentencia sea reconocida será necesario que la notificación practicada en el proceso de origen sea compatible con las exigencias del *due process*<sup>76</sup>.

33. De manera coherente con estos principios, Estados Unidos no ha formulado ninguna oposición a los mecanismos de asistencia pasiva previstos por el Convenio. España tampoco ha formulado oposición a estos mecanismos. Además, nuestra legislación procesal permite que nuestras autoridades notifiquen haciendo uso de esos mecanismos.

#### A) Notificación a través de los cuerpos diplomático y consular españoles

34. La cooperación pasiva se concreta muy frecuentemente en permitir realizar actos de instrucción procesal a las autoridades diplomáticas o consulares de otro país. Para que esto pueda tener lugar es preciso que la ley del foro atribuya a sus autoridades diplomáticas y consulares competencia para realizar estas actuaciones y que el Estado receptor no se oponga. El art. 8 del Convenio de La Haya prevé este medio de cooperación, pero no atribuye competencias a los agentes diplomáticos o consulares. “Simplemente les permiten ejercitar en otros Estados las competencias de que dispongan conforme a su Derecho nacional”<sup>77</sup>. En virtud de dicho artículo, los Estados parte se comprometen a prestar cooperación pasiva permitiendo a las autoridades consulares o diplomáticas practicar notificaciones sin que medie coacción. La notificación podrá practicarse sobre los nacionales del foro y, si no media declaración en contra, sobre los no nacionales. España atribuye a sus autoridades consulares esta competencia pero sólo en relación con los nacionales españoles<sup>78</sup>. No obstante, la doctrina entiende que si el Estado receptor permite la práctica de notificaciones a no nacionales, no tiene sentido auto-imponerse tal límite<sup>79</sup>. Estados

<sup>73</sup> *Restatement (Third) Foreign Relations Law* §472 (2).

<sup>74</sup> La norma interna que regula la asistencia de Estados Unidos en materia de notificación refleja esta libertad en su apartado b).

Sección 1696 del Título 28 del US Code:

“§ 1696. Service in foreign and international litigation

(a) The district court of the district in which a person resides or is found may order service upon him of any document issued in connection with a proceeding in a foreign or international tribunal. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon application of any interested person and shall direct the manner of service. Service pursuant to this subsection does not, of itself, require the recognition or enforcement in the United States of a judgment, decree, or order rendered by a foreign or international tribunal.

(b) This section does not preclude service of such a document without an order of court”.

<sup>75</sup> G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, pp. 902-903.

<sup>76</sup> G.B. BORN / P. B. RUTLEDGE, *op. cit.*, pp. 903, 1045-1050.

<sup>77</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 410.

<sup>78</sup> Art. 300 LEC 1881. Pese a que la disp. derog. única de la LECiv/2000 no menciona este precepto, la doctrina entiende que sigue en vigor. *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 410

Unidos permite a las autoridades diplomáticas de otros países practicar notificaciones, tanto a nacionales del foro como a extranjeros, siempre y cuando no medie coacción<sup>80</sup>. Por consiguiente, la notificación sólo se puede practicar por este medio cuando el destinatario acepte voluntariamente la entrega del documento<sup>81</sup>.

35. Sobre los requisitos de traducción, *vid.* pto. 28. El Convenio no dispone nada al respecto.

## B) Notificación postal

36. Otro modo de practicar notificaciones en Estados Unidos sin recurrir a la asistencia de las autoridades norteamericanas es la comunicación postal, prevista en el art. 10 a) del Convenio. El concepto *postal channels* del Convenio incluye también los telegramas<sup>82</sup>. Los servicios privados de mensajería se consideran equivalentes a la vía postal<sup>83</sup>. Ni España ni Estados Unidos se han opuesto a su empleo en sus respectivos territorios. La Ley de Enjuiciamiento Civil permite la remisión de las comunicaciones por correo certificado o telegrama con acuse de recibo o por cualquier otro medio semejante que permita dejar en los autos constancia fehaciente de haberse recibido la notificación, de la fecha de la recepción y de su contenido<sup>84</sup>.

37. Pese a lo dicho, los tribunales de Estados Unidos mantienen una dilatada controversia acerca de la interpretación del art. 10 a) del Convenio. Existen líneas distintas de jurisprudencia<sup>85</sup>. La primera, representada por el caso *Bankston*<sup>86</sup>, entiende que el término “*send*” utilizado en dicho precepto en lugar de “*serve*” significa que no se está estableciendo la posibilidad de notificar por correo. Simplemente permitiría el envío de documentos una vez hecha la notificación a través de alguno de los cauces previstos por el Convenio para ello. El segundo grupo de sentencias, encabezado por *Brockmeyer*<sup>87</sup>, sostiene que el art. 10 a) sí establece la posibilidad de notificación por vía postal, pero es condición para su validez la compatibilidad de dicho método con el derecho del foro y la no declaración en contra de este sistema por parte del Estado de destino. Una tercera postura es la mantenida en el caso *Papir*<sup>88</sup>, en el que se argumenta que el art. 10 a) permite la notificación por correo, y es irrelevante que no cumpla con los re-

<sup>79</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 411. Así se desprende también de la jurisprudencia según la respuestas de España al cuestionario sobre el Convenio enviado en 2003, “Response Spain to 2003...”, *op. cit.*, pregunta 11.1.

<sup>80</sup> Y ello pese a que Estados Unidos prohíbe a sus autoridades consulares notificar en el extranjero a litigantes de procesos que se celebren en Estados Unidos.

Title 22 Code of Federal Rules (C.F.R.), §92.85: “The service of process and legal papers is not normally a Foreign Service function. Except when directed by the Department of State, officers of the Foreign Service are prohibited from serving process or legal papers or appointing other persons to do”.

<sup>81</sup> OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA, “General comments...”, *op. cit.* p. 67.

<sup>82</sup> OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA, “General comments...”, *op. cit.*, p. 69.

<sup>83</sup> *Conclusions and Recommendations... (2003)*, *op. cit.*, núm. 56. Tanto España como Estados Unidos admiten tanto el envío como la recepción de notificaciones a través de los servicios privados de mensajería (v. respuestas a la pregunta 44, en los cuestionarios 2008 de ambos países). *Id.*, *EOI Corp. v. Medical Marketing Ltd.* 172 FRD 133 (DC NJ. 1997); *R. Griggs Group Ltd. v. Filanto SpA*, 920 F. Supp. 1100 (DC Nev. 1996). En sentido contrario v. *Mezitis v. Mezitis*, NYLJ, (Sup. Ct. NY County, 1995), que no consideró incluidos en el 10 a) los servicios privados de mensajería.

<sup>84</sup> Arts. 152 (forma de los actos de comunicación), 155 (actos de comunicación con las partes aún no personadas o no representadas por procurador) y 160 (remisión de las comunicaciones por correo, telegrama y otros medios semejantes) LECiv/2000.

<sup>85</sup> La doctrina también ha tratado detenidamente esta cuestión: C.R. ARMSTRONG, “Note: Permitting service of process by mail on Japanese defendants”, *Loy. L.A. Int’l & Comp. L.J.*, 1991, vol. 13, pp. 551-599; F.B. MANN, “Comment, Foreign Service of Process By Direct Mail Under the Hague Convention And The Article 10(a) Controversy: Send v. Service”, *Cumb. L. Rev.*, 1991, vol. 21, pp. 647-662; P.N. MCCAUSLAND, “Note and Comment, How May I Serve You? Service Of Process By Mail Under The Hague Convention On The Service Abroad Of Judicial And Extrajudicial Documents In Civil Or Commercial Matters”, *Pace L. Rev.*, 1992, vol. 12, pp. 177-197.

<sup>86</sup> *Bankston v. Toyota Motor Corp.* (1989, CA8 Ark) 889 F2d 172, 112 ALR Fed 765.

<sup>87</sup> *Brockmeyer v. May*, 383 F.3d 798 (9th Cir. 2004).

<sup>88</sup> *Papir v. Wurms*, 02 Civ. 3273 (RCC), 2005 U.S. Dist. Lexis 2201, 2005 WL 372061 (S.D. NY 2005).

querimientos del foro cuando dicho país no ha formulado declaración que limite el ámbito del artículo en cuestión. La segunda postura es la más acorde con el Convenio según la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya<sup>89</sup>.

**38.** El Convenio no impone el deber de traducción de los documentos enviados a través del correo postal. Los tribunales estadounidenses han considerado válidas notificaciones de documentos sin traducción por correo dirigidas al extranjero<sup>90</sup>. No obstante, como se ha señalado más arriba<sup>91</sup>, tanto el art. 24 de nuestra Constitución como la cláusula del *due process* en el caso de que la futura sentencia tenga que ser reconocida en Estados Unidos hacen necesaria la traducción cuando el desconocimiento de la lengua por parte del destinatario puedan dar lugar a una situación de indefensión.

### C) ¿Notificación por e-mail o Fax?

**39.** El Convenio de La Haya no hace ninguna mención expresa a la comunicación por medios electrónicos. Tras dedicar importantes esfuerzos a la repercusión de la aparición de estas tecnologías sobre el Convenio, la Comisión Especial en 2003, en sus conclusiones y recomendaciones, afirmó que el espíritu y la letra del Convenio no se oponen al uso de las modernas tecnologías y que su aplicación podía ser beneficiosa para su funcionamiento<sup>92</sup>.

El art. 162 LECiv/2000 hace posible el empleo de estos instrumentos bajo dos condiciones. En primer lugar los destinatarios deben contar con los equipos necesarios para recibir los escritos y documentos. En segundo lugar, estos medios deben garantizar la autenticidad de la comunicación y de su contenido y dejar constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron.

Como se ha dicho anteriormente, la legislación norteamericana no contiene preceptos que excluyan expresamente la posibilidad de notificar por medios electrónicos<sup>93</sup>. Por tanto, los tribunales españoles, cuando concurren las circunstancias señaladas por el art. 162 LECiv/2000, podrán notificar válidamente al demandado domiciliado en Estados Unidos gracias a la vía derogatoria que abre el art. 19 del Convenio. Este artículo hace posible utilizar medios de transmisión distintos de los previstos en el Convenio cuando la ley interna del Estado de destino lo permita. Para ello, no obstante, es necesario interpretar de modo amplio los términos “*permits*” y “*transmission*” del art. 19<sup>94</sup>.

Además, hay que tener en cuenta que la notificación electrónica ya se está empleando en Estados Unidos, tanto en el ámbito doméstico como en notificaciones hacia el extranjero. No obstante, la decisión de permitir esos medios queda a discreción de los tribunales, que normalmente lo aceptan cuando aparece justificado por las circunstancias. Así, por ejemplo, se ha admitido cuando los mecanismos tradicionales se han mostrado inefectivos y hay probabilidades de que la notificación electrónica dé un conocimiento real y en tiempo oportuno para la defensa<sup>95</sup>. También se considera relevante que el demandado dirija mayoritariamente sus negocios por Internet y que trate normalmente con sus clientes por correo electrónico, que los demandados no hayan revelado sus direcciones físicas o que hayan aparecido como empresas de nacionalidad desconocida<sup>96</sup>. En general, los tribunales americanos suelen autorizar la notificación por e-mail en casos internacionales cuando el litigante extranjero ha evadido los métodos tradicionales y utiliza el e-mail como método de comunicación pre-

<sup>89</sup> OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA, “General comments...”, pp. 75-80.

<sup>90</sup> Por ejemplo en *Shoei Kako Co. v. Superior Court*, 33 Cal. App. 3d 808, 109 Cal. Rptr. 402 (1st Dist. 1973), o más recientemente en *Heredia v. Transport S.A.S.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4094 (S.D. N.Y. 2000).

<sup>91</sup> *Vid.* pto. 28.

<sup>92</sup> *Conclusions and Recommendations... (2003)*, *op. cit.*, núm. 4.

<sup>93</sup> *Vid.* pto. 31.

<sup>94</sup> No ocurriría así si interpretamos que “*transmission*” es el paso previo para el posterior “*service*” ejecutado por una autoridad local y si interpretamos “*permits*” como previsión expresa.

Los tribunales de Estados Unidos han interpretado ambos términos en sentido amplio *vid. Banco Latino v. Lopez*, 53 F.Supp.2d 1273 (S.D. Fla. 1999), que consideró la entrega personal de la notificación a través de un detective sobre un demandado americano que estaba en España, puesto que no estaba prohibido por el derecho español.

<sup>95</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 60.

<sup>96</sup> *Philip Morris USA Inc. v. Veles Ltd.*, 2007 WL 725412 (S.D. N.Y. 2007).

ferido o único. Normalmente se rechazan cuando no se ha intentado previamente la notificación tradicional y cuando no parece probable que vaya a dar un conocimiento real de la acción al demandado<sup>97</sup>.

40. No obstante, aunque considerásemos la notificación válida a efectos del proceso que se celebre en España, hay que pensar en si la sentencia que se dicte podrá ser reconocida en Estados Unidos. La decisión sobre el reconocimiento dependerá una vez más de los conceptos básicos del *due process*. Si el método electrónico empleado resultó efectivo para dar conocimiento real de los procedimientos al demandado y le permitió tener tiempo suficiente para responder, será difícil que se rechace el reconocimiento por el mero hecho de que no se haya utilizado una notificación personal. Cuestión distinta es que el método seguido para notificar fuera expresamente inadmisibles según la ley del lugar donde se pretende ejecutar la sentencia<sup>98</sup>.

#### IV. Conclusiones

41. El hecho de que ni España ni Estados Unidos hayan realizado declaraciones en contra de los canales alternativos y derogatorios previstos por el Convenio, unido a la ausencia de restricciones para practicar actos de comunicación de procesos extranjeros en Estados Unidos, hace que los tribunales españoles cuenten con una amplio abanico de posibilidades a la hora de notificar en Estados Unidos.

42. No obstante, la falta de limitaciones que se deduce del Convenio y de la normativa interna norteamericana no debe llevar a las autoridades españolas a disminuir el cuidado debido a la hora de practicar las notificaciones. La cláusula constitucional del *due process* exige actuar con diligencia y conocer cuándo los tribunales norteamericanos consideran que se han seguido los procedimientos razonablemente diseñados para dar conocimiento al demandado de las acciones emprendidas contra él de forma que le permitan defenderse. Para saber cuándo una notificación cumple con estos requerimientos hay que estar a las circunstancias del caso concreto.

43. Analizados los distintos mecanismos, parece que el canal principal del Convenio es el mejor camino para practicar notificaciones en Estados Unidos. Si bien es verdad que la Autoridad Central norteamericana es estricta a la hora de exigir la traducción de los documentos que se deben notificar y que sólo acepta solicitudes que le lleguen por correo ordinario o por mensajería, este canal ofrece sin embargo notables ventajas. Sin duda, la mayor de ellas es que *PFI* procura utilizar siempre la notificación personal, de manera que se asegura el cumplimiento con las exigencias del *due process* y se evitan futuros problemas de reconocimiento. Además la citada empresa está cumpliendo su cometido en plazos de tiempo muy razonables. Estas ventajas compensan claramente el coste de sus servicios.

44. Por otro lado, la celeridad ofrecen algunos de los canales alternativos no nos puede hacer perder de vista importantes inconvenientes. Aunque del texto del Convenio no se deduzca su obligatoriedad en estas vías alternativas, en la práctica, la falta de traducción de los documentos pondrá en peligro la futura eficacia de la sentencia en Estados Unidos debido a las exigencias del *due process*. La comunicación directa entre autoridades, que puede ser una interesante alternativa en el futuro, aún precisa de cierto desarrollo normativo. Finalmente, como hemos visto, la notificación electrónica al litigante norteamericano todavía no es una vía segura para garantizar el cumplimiento de los imperativos del *due process*.

---

<sup>97</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 61.

<sup>98</sup> “Response United States of America 2008...”, *op. cit.*, pregunta 64.

# NUEVOS INTERROGANTES Y NUEVAS RESPUESTAS SOBRE LA STJCE DE 14 DE OCTUBRE 2008, GRUNKIN-PAUL

MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL  
*Licenciada en Derecho*  
*Universidad de Murcia*

Recibido: 29.06.2009 / Aceptado: 07.07.2009

**Resumen:** El asunto *Grunkin-Paul*, como *leading case*, ha suscitado numerosas cuestiones controvertidas planteadas por la doctrina. Este trabajo tiene por objeto profundizar en el estudio de la innovación metodológica otorgada por la decisión del TJCE y arrojar luz sobre dichas cuestiones controvertidas. En particular, se examinan aspectos tales como los criterios de aplicación del Derecho Comunitario a los casos de Derecho internacional privado, la incompatibilidad del Derecho alemán con el Derecho comunitario, la incidencia del “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” recogido en el art. 12 TCE en el caso *Grunkin-Paul*, el impacto del derecho fundamental a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario y del Espacio judicial europeo en este caso y la autonomía de la voluntad de la persona como punto de conexión en materia de nombres y apellidos de las personas físicas.

**Palabras clave:** apellido, libertad de circulación y residencia del ciudadano comunitario, ley nacional, Derecho comunitario, norma de conflicto, norma de reconocimiento, conflicto de leyes, conflicto de sistemas, eficacia extraterritorial de decisiones, principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, autonomía de la voluntad, fraude de ley internacional, orden público internacional.

**Abstract:** The *Grunkin-Paul* decision issued by the European Court of Justice on October the 14<sup>th</sup> 2008 has rapidly become a leading case. It has provoked numerous controversial questions underlined by the doctrine of the legal scholars. The aim of this article is to point out the methodological innovation contained in the *Grunkin-Paul* decision and to shed some light on the above mentioned controversial questions. Especially, this article examines the scope of application of the Community Law with regard to private international law situations, the incompatibility of the German Law with the Community Law in the field of surnames, the effect of the principle of no-discrimination by nationality as stated by art. 12 of the European Treaty in the *Grunkin-Paul* judgment, the impact of the free movement of individuals in the EU in this decision as well as the impact of the “Freedom, Security and Justice Area” in the UE. In addition to that, some observations on the party autonomy as a connecting factor in the field of surnames will be made.

**Key words:** surname, free movement of individuals in the EU, national law, Community law, conflict of Laws rule, recognition of foreign decision, Conflict-Of-Laws, Conflict of Private international Law national Systems, principle of no discrimination by nationality, party autonomy, evasion of the Law, public policy of the Forum.

**Sumario:** I. Introducción. II. Primera pregunta: ¿Debe aplicarse el Derecho comunitario al asunto *Grunkin-Paul*? En caso de respuesta afirmativa, ¿Es incompatible el Derecho alemán con el Derecho comunitario? III. Segunda pregunta: ¿Qué incidencia presenta el “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” recogido en el art. 12 TCE en el caso *Grunkin-Paul*? IV. Tercera pregunta: ¿La decisión del TJCE obedece al argumento jurídico “derecho fundamental a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario (art. 18 TCE)” o hace referencia al “espacio judicial europeo”? V. Cuarta pregunta: ¿Cuál es la innovación metodológica de la solución del TJCE en *Grunkin-Paul*? VI. Quinta pregunta: ¿Qué incidencia presenta el orden público internacional en el asunto *Grunkin-Paul*? VII. Sexta pregunta: ¿Solventa el principio de mutuo reconocimiento cualquier cuestión jurídica semejante futura? VIII. Séptima pregunta: ¿Es la autonomía de la voluntad de la persona el mejor punto de conexión en materia de “nombre y apellido”? IX. Octava pregunta: ¿Coexisten fraude de ley internacional y *Forum Shopping* en el asunto *Grunkin-Paul*? X. Novena pregunta: ¿Por qué es *Grunkin-Paul* un auténtico *leading case*?

## I. Introducción.

1. En el primer número de esta Revista *Cuadernos de Derecho Transnacional* vio la luz el artículo “El caso “Grunkin- Paul”: Notas a la STJUE de 14 octubre 2008”<sup>1</sup>. En dicho trabajo se puso de manifiesto el gran impacto metodológico de esta decisión del TJCE en el paisaje jurídico europeo. En este nuevo trabajo sobre el mismo caso *Grunkin-Paul*, se pretende pasar revista a otras cuestiones controvertidas que dicho caso, un auténtico *seminal case*, ha suscitado en la doctrina. Para su más directa comprensión, este nuevo texto se expone en forma de “preguntas y respuestas”, como un diálogo encaminado a descubrir la máxima profundidad de la STJUE de 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*.

## II. Primera pregunta: ¿Debe aplicarse el Derecho comunitario al asunto *Grunkin-Paul*? En caso de respuesta afirmativa, ¿Es incompatible el Derecho alemán con el Derecho comunitario?

2. El Derecho comunitario no regula la materia “apellido” de una persona, por lo que, la competencia para regular esta materia corresponde a cada Estado miembro. En este sentido, cada Estado miembro es competente para fijar su Derecho Internacional Privado y su Derecho material respecto del nombre y apellido de una persona. La consecuencia es evidente: el legislador de cada Estado miembro establece puntos de conexión distintos para fijar la Ley aplicable al nombre. Las autoridades y tribunales de cada Estado miembro aplican, exclusivamente las normas de DIPr. de su Estado (= principio de exclusividad, recogido en el art. 12.6 CC)<sup>2</sup>. En consecuencia, existe una disparidad de sistemas de DIPr. que designan la Ley aplicable a una misma materia, incluso dentro de la UE. Por ejemplo, en materia de “apellido”, en Dinamarca se sigue el criterio de la “Ley del domicilio” y en Alemania y en España se sigue el criterio de la “Ley nacional”.

Cuando los progenitores del niño Leonhard Matthias Grunkin-Paul se trasladan a Alemania, lugar en el que pretenden la inscripción de la certificación registral en la que consta el apellido del niño tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca, el Encargado del Registro Civil alemán, deniega la inscripción.

3. La denegación se basa en el siguiente argumento. El Encargado del Registro Civil alemán aplica el DIPr. alemán. En concreto, aplica el art. 10 BGB, cuyo texto indica: “*El apellido de una persona se rige por la ley del Estado de su nacionalidad*”. Leonhard Matthias Grunkin-Paul, ostenta única nacionalidad alemana. ¿Qué dispone el Derecho sustantivo alemán? El Derecho material alemán prohíbe la inscripción de un apellido compuesto por el del padre y el de la madre. En consecuencia, el Derecho alemán permite la inscripción del apellido “Grunkin” o “Paul”, pero no, la inscripción del apellido que de conformidad con la ley danesa había inscrito el Encargado del Registro civil danés, “Grunkin-Paul”. En consecuencia, ¿Qué se puede hacer para evitar que Leonhard Matthias cada vez que “cruza la frontera” tenga una identidad distinta?

4. El TJCE nos ofrece la solución: “*Éstos [los Estados miembros], no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia [en materia “apellido”].*” (Cons. 16 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*). Así las cosas, sólo se aplicará la ley nacional alemana si respeta el Derecho comunitario.

El tribunal alemán, con acierto, traslada la decisión al TJCE y pregunta, si las normas nacionales alemanas de conflicto de leyes constituyen un obstáculo a las libertades garantizadas por el Tratado.

El TJCE, para resolver la cuestión planteada, no dudará en aplicar el Derecho comunitario. Su decisión está justificada debido a la internacionalidad de la situación. Para poder aplicar el Derecho comunitario es imprescindible que la situación no sea puramente interna (= expresa el TJCE “... *tal atadura al Derecho comunitario existe respecto de personas que son naturales de un Estado miembro y que permanecen legalmente sobre el territorio de otro Estado miembro...*” Cons. 17 STJCE 14 octubre 2008,

<sup>1</sup> M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El caso “Grunkin- Paul”: Notas a la STJUE de 14 octubre 2008”, *CDT*, ISSN 1989- 4570, vol. I, núm. 1, marzo 2009, pp. 143-151 (vid. <http://www.uc3m.es/cdt>, núm. 1).

<sup>2</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2009, pp. 7-8.

*Grunkin-Paul*). El supuesto encaja perfectamente con la situación en la que se halla Leonhard Matthias Grunkin-Paul.

La aplicación del Derecho alemán a la situación jurídica controvertida constituye un obstáculo al derecho fundamental de libre circulación y residencia del ciudadano comunitario recogido en el art. 18 TCE (= el hecho de estar obligado a ostentar en el Estado miembro del que es nacional el niño, un apellido diferente del ya atribuido e inscrito en el Estado miembro de su nacimiento y de residencia puede obstaculizar el ejercicio fundamental de libre circulación y residencia).

5. En definitiva, cada vez que Leonhard Matthias Grunkin-Paul “cruza la frontera” Dinamarca-Alemania queda afectado y perjudicado por un cambio de ley aplicable. La norma de conflicto de leyes danesa (= ley del domicilio) y la norma de conflicto de leyes alemana (= Ley nacional) contienen puntos de conexión distintos. La norma de conflicto de leyes danesa localiza la situación jurídica en Dinamarca (= se aplica la Ley danesa en materia de derecho al nombre y apellido: la Ley del domicilio) mientras que la norma de conflicto de leyes alemana localiza la situación jurídica en Alemania (= se aplica la ley alemana en materia de derecho al nombre y apellido: la ley nacional). La disparidad de legislaciones nacionales genera un verdadero conflicto de leyes.

*A sensu contrario*, la doctrina considera que se produce un caso de *No-Conflict*, en el supuesto de que las normas de conflicto de leyes de los Estados conectados con el asunto (= Alemania y Dinamarca), utilizaran el mismo punto de conexión o proporcionaran la misma solución jurídica a la cuestión controvertida (= caso de *False Conflict*)<sup>3</sup>. La aplicación del DIPr. alemán o del DIPr. danés sería, en tal caso, indiferente.

6. En este caso, el “cruce de frontera” comporta para Leonhard Matthias la carga de disipar las dudas sobre su identidad y desvirtuar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia entre el apellido que aparece en los registros de las autoridades danesas y en todos los documentos oficiales expedidos a su nombre en Dinamarca (= “Grunkin-Paul”), y el apellido que, por aplicación de la ley alemana, debiere inscribirse en el Registro Civil alemán (= “Grunkin” o “Paul”).

La ausencia de identidad única comporta un obstáculo al derecho fundamental de libre circulación y residencia del ciudadano comunitario recogido en el art. 18 TCE.

### III. Segunda pregunta: ¿Qué incidencia presenta el “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” recogido en el art. 12 TCE en el caso *Grunkin-Paul*?

7. El “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” constituye el derecho, del que disponen los ciudadanos comunitarios, a un trato igualitario otorgado por el Estado miembro, con independencia de su nacionalidad, respecto a una misma situación. En otras palabras, el ciudadano comunitario debe recibir, respecto a una misma situación, el mismo trato que el Estado miembro concede a sus nacionales. Por ejemplo, el Estado español debe otorgar un trato legal igual al nacional español y al nacional francés respecto a una misma situación jurídica relevante para el Derecho comunitario. En caso contrario (= trato desigual al ciudadano de nacionalidad francesa, por el mero hecho de ser nacional francés), el ciudadano francés soportará un perjuicio (= discriminación) por razón de la nacionalidad. Tal perjuicio se halla prohibido por el art. 12 TCE.

Es cierto que la autoridad alemana concede trato igualitario a todos los nacionales alemanes. Es cierto también que Leonhard Matthias Grunkin-Paul, “el niño más famoso del DIPr.”, por el hecho de estar vinculado a más de un Estado miembro (Alemania y Dinamarca) se encuentra en una situación distinta de aquellos que sólo están vinculados a un Estado miembro. No obstante, ¿existe relación entre las premisas citadas y el “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”?

8. La respuesta del TJCE es contundente: el “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” no tiene ninguna incidencia en el asunto *Grunkin-Paul*, aún cuando las premisas citadas son

<sup>3</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1997, pp. 12-14.

ciertas. Leonhard Matthias Grunkin-Paul no es discriminado por el Estado alemán por el hecho de ostentar la nacionalidad alemana. Por tanto, no resulta posible alegar la no discriminación respecto al caso concreto. El niño Leonhard Matthias, posee única nacionalidad alemana (= Leonhard Matthias podría ser discriminado por razón de la nacionalidad por el Estado miembro alemán, si ostentara una nacionalidad distinta a la alemana). Y es el Encargado del Registro Civil alemán, en virtud de la aplicación de las normas del Derecho alemán, el que deniega el reconocimiento de la certificación registral en la que consta el apellido del niño tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca (= Grunkin-Paul).

9. En conclusión, Leonhard Matthias Grunkin-Paul no es nacional de un Estado miembro que es tratado peor que los nacionales de otro Estado miembro. El TJCE, en su sentencia, no duda en afirmar “*Leonhard Matthias no sufre en Alemania ninguna discriminación por razón de su nacionalidad.*” (Cons. 19 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*) y “*la determinación del apellido de ese niño en Alemania conforme a la legislación alemana no puede constituir una discriminación por razón de la nacionalidad*” (Cons. 20 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

#### IV. Tercera pregunta: ¿La decisión del TJCE obedece al argumento jurídico “derecho fundamental a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario (art. 18 TCE)” o hace referencia al “espacio judicial europeo”?

10. En virtud del art. 18 TCE, el ciudadano comunitario (= no el ciudadano nacional de un tercer Estado) dispone del derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>4</sup>. Mientras que la creación y el establecimiento progresivo del espacio judicial europeo, tiene como beneficiario a cualquier persona, independientemente de que sea o no ciudadano comunitario.

11. El propósito del espacio judicial europeo es *construir un área en el que los tribunales de los Estados miembros actúen como si fueran los tribunales de un solo Estado, lo que, sin duda, potencia el “correcto funcionamiento del mercado interior”* (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>5</sup>).

Las autoridades comunitarias, para la creación de un auténtico espacio judicial europeo, deben adoptar medidas en materia de cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza que amparen el correcto funcionamiento del mercado interior. Esas medidas pueden concretarse en las siguientes: a) unificación de criterios que determinen la competencia judicial. b) unificación de las normas de conflicto de leyes en el ámbito de la ley aplicable. c) el mutuo reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro en el sector de la validez extraterritorial de decisiones.

La adopción de tales medidas implica la erradicación de obstáculos (= barreras jurídico-públicas y jurídico-privadas y un tercer grupo integrado por la desconfianza entre los Estados miembros, excesivo protagonismo del Estado considerado como ente soberano, inseguridad jurídica internacional, falta de previsibilidad de la ley aplicable, etc.) que impiden la efectiva creación del espacio judicial europeo.

12. El derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario en el territorio de los Estados miembros que integran la UE (art. 18 TCE), se considera una libertad comunitaria fundamental. Su ejercicio queda protegido por los instrumentos jurídicos internacionales. Tal es su importancia, que el Consejo europeo en Tampere (1999), afirmó en su punto segundo: “*El reto del Tratado de Amsterdam es garantizar que la libertad [libertad fundada en los Derechos Humanos, las instituciones democráticas y el imperio de la ley], que incluye el derecho a circular libremente en toda la Unión, pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos*”. En la *praxis*, cualquier ciudadano (sea o no nacional de un Estado miembro) que se halle en el territorio de la UE (= que “entre” en el espacio judicial europeo), tiene derecho a circular y residir libremente, con independencia de la literalidad del art. 18 TCE. En cualquier caso, el TJCE en su decisión judicial, no hace ninguna referencia al “espacio ju-

<sup>4</sup> Art. 18 TCE: *Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.*

<sup>5</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Comares, 10ª Ed., 2010, pp. 44-56.



dicial europeo”. El TJCE expresa “*Leonhard Matthias está legitimado, para invocar frente al Estado miembro del que es nacional [...], el derecho garantizado por el artículo 18 TCE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*” (Cons. 18 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

#### V. Cuarta pregunta: ¿Cuál es la innovación metodológica de la solución del TJCE en el caso *Grunkin-Paul*?

13. El problema “alemán” surge porque las autoridades alemanas ubican incorrectamente la cuestión controvertida en este caso, en el ámbito de la “Ley aplicable”. La norma de conflicto de leyes ocupa un lugar perfectamente delimitado en la Ciencia del Derecho internacional privado. El conflicto de leyes es “irreductible”<sup>6</sup>. En otras palabras, la norma de conflicto de leyes es siempre necesaria para determinar la existencia y validez de una situación jurídica privada de carácter internacional. La norma de conflicto de leyes queda ubicada en el ámbito de la ley aplicable: sirve para resolver la cuestión del Derecho aplicable a las situaciones jurídicas privadas internacionales.

El TJCE lo deja muy claro. De ahí que preste poca atención a la “nacionalidad”, empleada como punto de conexión por la norma de conflicto alemana (art. 10 BGB). La cuestión problemática planteada en el asunto *Grunkin-Paul*, no debe resolverse en el ámbito de Ley aplicable. Es irrelevante que el tribunal danés, en aplicación de su norma de conflicto de leyes, aplique el punto de conexión “nacionalidad”, “residencia habitual” o “ley del lugar de nacimiento”. D. CARREAU / P. LAGARDE / H. SYNDET expresan la misma idea: “*Il n’y a aucune raison pour la Cour de préférer la règle de conflit allemande à la règle de conflit danoise*”<sup>7</sup>. El asunto *Grunkin-Paul* no origina ni resuelve un hipotético “conflicto entre normas de conflicto”. Ni la norma de conflicto danesa debe prevalecer sobre la norma de conflicto alemana, ni la norma de conflicto alemana debe imponerse sobre la norma de conflicto danesa. El TJCE no “elige” la norma de conflicto danesa o la norma de conflicto alemana.

14. La cuestión controvertida debe ubicarse en el sector de la “eficacia extraterritorial de decisiones”. El núcleo del problema radica en que el Encargado del Registro Civil alemán deniega el reconocimiento de la certificación registral en la que consta el apellido del niño tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca. La denegación del reconocimiento, en Alemania, de la certificación danesa de nacimiento, comporta un obstáculo a la libre circulación y residencia de Leonhard Matthias Grunkin-Paul (art. 18 TCE). En consecuencia, el problema “alemán” no es una cuestión de “conflicto de leyes”. La norma de conflicto de leyes es abstracta (= en el sentido de que resuelve un conflicto entre “conjuntos abstractos de normas jurídicas”: Derecho alemán, Derecho japonés, Derecho danés, Derecho español, etc. y decide qué Derecho es aplicable a una situación privada internacional)<sup>8</sup>. La norma de conflicto de leyes declara la aplicación de una Ley estatal determinada (= “conjunto abstracto de normas jurídicas”), Ley que resolverá el caso concreto. En consecuencia, la base del razonamiento judicial se encuentra en una Ley estatal (= Ley estatal declarada aplicable por la norma de conflicto), es decir, en un conjunto de normas jurídicas abstractas e hipotéticas promulgadas por un legislador estatal<sup>9</sup>. Por el contrario, en este caso, se trata de decidir si esa “concreta” certificación registral danesa surte o no surte efectos legales en Alemania. En efecto, el problema “alemán” se erige sobre un “conflicto de decisiones”. La autoridad del Estado miembro alemán únicamente debe pronunciarse acerca

<sup>6</sup> P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, p. 229.

<sup>7</sup> D. CARREAU / P. LAGARDE / H. SYNDET, “La reconnaissance des noms patronymiques”, *Répertoire de Droit International*, janvier 2009, pp.13-15.

<sup>8</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, 8ª edición, Granada, 2007, p. 201; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, en *Estudios A. Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Conflicto de leyes (en el espacio)”, *EJB*, 1995, pp. 1428-1431; Id., “Derecho internacional privado”, *EJB*, 1995, pp. 2311-2316; G. KEGEL, “The Conflict-of-Laws Machine - Zusammenhang im Allgemeinen Teil des IPR”, *IPRax*, 1996, 5, pp. 309-315; P. LALIVE, “Tendances et méthodes en droit international privé”, *RCADI*, 1977-II, t.156, pp. 1-424, esp. pp. 220-209.

<sup>9</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: notas en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en este mismo número de *CDT*.

del reconocimiento de la certificación registral en la que consta el apellido del niño tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca.

El no reconocimiento por parte del Encargado del Registro Civil alemán, de la certificación registral danesa, crea un obstáculo a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario (art. 18 TCE). Leonhard Matthias Grunkin-Paul tendrá que soportar la carga de disipar las dudas sobre su identidad (= no ostenta una identidad única. Su identidad es distinta según el Estado miembro en el que se encuentre) y desvirtuar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia entre el apellido que aparece en los registros de las autoridades danesas y en todos los documentos oficiales expedidos a su nombre en Dinamarca, y el apellido que, de conformidad con la ley alemana, debiere figurar en el Registro Civil alemán.

15. El TJCE lo indica expresamente: “Cada vez que el apellido utilizado en una situación concreta no coincida con el que figura en el documento presentado como prueba de la identidad de una persona, en especial con vistas bien a obtener una prestación o un derecho cualquiera, bien a demostrar la superación de pruebas o la adquisición de aptitudes, o cuando el apellido que figure en dos documentos presentados conjuntamente no sea el mismo, esa divergencia de apellidos puede generar dudas sobre la identidad de esa persona así como sobre la autenticidad de los documentos presentados o la veracidad de los datos contenidos en éstos”. (Cons. 28 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

16. La solución que el TJCE ofrece al problema se sustenta en el principio de mutuo reconocimiento. ¿En qué consiste? El principio de mutuo reconocimiento indica que toda situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro (= en este caso, Dinamarca), debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros (= en este caso, Alemania), con independencia de la “Ley estatal” que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó para crear la situación jurídica. En ningún caso tendrá lugar, por parte del Estado miembro de destino, un control, sustitución y aceptación válida de las normas de conflicto de leyes del Estado miembro de origen. La situación jurídica creada en el Estado miembro de origen se “exporta”, tal cual, al Estado miembro de destino para que éste proceda a su reconocimiento. Como han subrayado A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el TJCE proclama con toda claridad que “hay que poner en su sitio a la norma de conflicto de leyes”<sup>10</sup>.

El reconocimiento de una situación jurídica privada de carácter internacional “ya creada”, por parte del Estado miembro de destino, es un beneficio propio de las situaciones intracomunitarias. El principio de mutuo reconocimiento como solución a los obstáculos a las libertades comunitarias de circulación, no interviene en las situaciones extracomunitarias. La carencia de soporte legal limita el *principio de mutuo reconocimiento* al territorio de los Estados miembros de la UE<sup>11</sup>.

## VI. Quinta pregunta: ¿Qué incidencia presenta el orden público internacional en el asunto *Grunkin-Paul*?

17. Cada Estado miembro puede reservarse la opción de no reconocer una situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro, si su reconocimiento resulta contrario al orden público internacional del Estado miembro de destino. El orden público internacional es distinto en cada Estado miembro. Por tanto, cada Estado miembro determina el reconocimiento de qué situaciones resulta contrario a su orden público internacional. En el caso *Grunkin-Paul*, el Estado alemán es competente para determinar si el derecho de Leonhard Matthias Grunkin-Paul a circular y residir libremente en el territorio de la UE perjudica el orden público internacional alemán.

El derecho a circular y residir libremente en el territorio de la UE queda sujeto “a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado [TCE] y a las disposiciones adoptadas para su aplicación”

<sup>10</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: notas en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en este mismo número de *CDT*.

<sup>11</sup> P. MENGOZZI, “Il Diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno stato non membro della comunità e della cittadinanza italiana”, *RDIPP*, 2009, pp. 70-84.

(art. 18 TCE). En consecuencia, la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario no es ilimitada. El obstáculo a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario puede justificarse si se erige sobre consideraciones objetivas y es proporcionado al objetivo legítimamente perseguido. La pregunta surge espontánea: ¿Es suficiente el argumento alegado por el Gobierno alemán para justificar la prevalencia del obstáculo frente al derecho fundamental de libre circulación y residencia del ciudadano comunitario?

**18.** El Gobierno alemán argumenta: a) que la nacionalidad como punto de conexión constituye un criterio objetivo que permite determinar el apellido de una persona de forma cierta y continuada. b) que la nacionalidad como punto de conexión garantiza la unidad del apellido entre los hermanos (= dicho problema no surge en la situación jurídica controvertida, puesto que, Leonhard Matthias es hijo único) y mantiene las relaciones entre miembros de una familia amplia (= garantiza una determinación idéntica del apellido de las personas de la misma nacionalidad). c) que la legislación nacional alemana no permite la atribución de apellidos compuestos porque considera necesario poder limitar la extensión de los apellidos.

El TJCE considera insuficiente la argumentación del Gobierno alemán, puesto que: a) “*observa [el TJCE] que la conexión, por el Derecho internacional privado alemán, de la determinación del apellido de una persona con su nacionalidad no carece de excepciones. En efecto, consta que las reglas alemanas de conflicto de leyes relativas a la determinación del apellido de un niño permiten una conexión con la residencia habitual de uno de sus progenitores cuando ésta se encuentra en Alemania*”. (cons. 34 SJTCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*). b) el Derecho alemán no excluye totalmente la posibilidad de atribuir apellidos compuestos a los hijos de nacionalidad alemana. “*En efecto, como confirmó el Gobierno alemán en la vista, cuando uno de los progenitores posee la nacionalidad de otro Estado los padres pueden optar por formar el apellido del hijo conforme a la legislación de ese Estado*”. (cons. 37 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

En definitiva, el Gobierno alemán no expone ningún motivo específico que permita denegar el reconocimiento del apellido de Leonhard Matthias, tal como ha sido atribuido e inscrito en Dinamarca. Por ejemplo, el TJCE estimaría la denegación del reconocimiento en el caso de que en Alemania ese apellido resultara contrario al orden público o perjudicara el interés superior del menor.

## VII. Sexta pregunta: ¿Solventa el principio del mutuo reconocimiento cualquier cuestión jurídica semejante futura?

**19.** El principio del mutuo reconocimiento debe actuar como “piedra angular” de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. En este sentido, una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros con independencia de la “ley estatal” que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó para crear la situación jurídica. Esta regla permite que la existencia de distintos Derechos sustantivos en cada Estado miembro y de sistemas de DIPr. diferentes en cada Estado miembro, no opere como obstáculo a la libre circulación de personas en la UE (E. JAYME / CH. KÖHLER<sup>12</sup>).

El reconocimiento mutuo se basa en la idea de “confianza comunitaria”. Se aceptan en un Estado miembro las situaciones jurídicas creadas por autoridades de otros Estados miembros porque se confía plenamente en la Justicia impartida en el Estado miembro de origen (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>13</sup>).

Ahora bien, la regla general de reconocimiento necesita de la adopción de un único instrumento internacional que fomente la armonización de las normas de conflicto (= principio de coherencia recogido en el Cons. 7 Reglamento Roma I). Ello facilita el reconocimiento mutuo de las situaciones jurídicas privadas de carácter internacional creadas en el Estado miembro de origen. En otras palabras, si la

<sup>12</sup> E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPraxis*, 2001, pp. 501-512; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360.

<sup>13</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Comares, 10ª Ed., 2010, pp. 44-56.

norma aplicable a una situación jurídica privada internacional concreta es siempre la misma (= se evita el fenómeno del *Forum Shopping*), con independencia de la autoridad estatal que conozca del asunto, la probabilidad de que los demás Estados miembros reconozcan como válida y existente dicha situación jurídica privada internacional es muy elevada. Los tribunales del Estado miembro de destino aplicarán la misma ley que los tribunales del Estado miembro de origen han asignado para la resolución de la situación privada internacional.

### VIII. Séptima pregunta ¿Es la autonomía de la voluntad de la persona el mejor punto de conexión en materia de “nombre y apellido”?

**20.** La situación jurídica privada internacional se halla conectada con una pluralidad de Estados miembros (en este caso con Alemania y Dinamarca). Por tanto, la determinación de la ley aplicable es necesaria para fijar la existencia de una situación jurídica privada internacional (= en este caso, para precisar el nombre del menor).

Cada legislador de cada Estado fija en la redacción de una norma de conflicto, la solución que considera más justa y adecuada, respecto a una situación jurídica privada controvertida de carácter internacional. Ello no significa que una solución, dada por el legislador de un Estado, deba ser considerada más justa y adecuada que aquella otorgada por los demás legisladores de los diferentes Estados.

La norma de conflicto creada por el legislador, “localizará” la situación jurídica controvertida en el Estado cuya Ley regirá el caso.

**21.** La autonomía de la voluntad de la persona empleada como punto de conexión respecto de la materia “nombre y apellido”, evita la generación de situaciones claudicantes que dificultan el efectivo ejercicio de las libertades comunitarias.

La autonomía de la voluntad de la persona constituye un punto de conexión con ventajas indudables (= el sujeto elige la ley del país con el que se sienta más identificado) pero también prescindible. El legislador puede fijar cualquier punto de conexión. Ahora bien, en el caso de que la materia “nombre y apellido” se rija por la Ley designada en virtud de la autonomía de la voluntad conflictual de la persona, sería conveniente que todos los Estados miembros que integran la UE deberían acoger la autonomía de la voluntad como punto de conexión de la norma de conflicto de leyes que regule dicha materia. En otras palabras, todos los Estados miembros de la UE aplicarían en materia de “nombre y apellido” la misma norma (= autonomía de la voluntad de la persona).

En todo caso, la autonomía de la voluntad de la persona no es un punto de conexión que deba operar sin límite alguno en esta materia. La autonomía de la voluntad de la persona debe ajustarse a un límite claro e insuperable: el interés superior del menor. El interés superior del menor es un valor que está por encima de cualesquiera otros valores o consideraciones. Por ejemplo, si un padre decide ponerle a su hijo un nombre que pueda marcarle negativamente durante toda su vida, la intención del padre debe encontrarse con una barrera que le impida alcanzar su propósito. Esa barrera es la “*importanza preminente dell'interesse superiore del minore*”<sup>14</sup>.

**22.** La pregunta surge, de nuevo, espontánea: ¿Cuál debería ser considerado el mejor punto de conexión en materia de derecho al nombre y apellido? El TJCE, en su decisión judicial, no se refiere, ni alude, ni menciona la autonomía de la voluntad de la persona como el “punto de conexión ideal” para determinar la Ley aplicable al nombre de las personas físicas en los casos internacionales.

En materia de derecho al nombre y apellido, el punto de conexión “nacionalidad” potencia la seguridad jurídica internacional y la previsibilidad de la ley aplicable. La ley del país de la nacionalidad de una persona será la ley aplicable en materia de derecho al nombre y apellido. Es complicado adquirir una nueva nacionalidad, mientras que, es sencillo obtener una nueva residencia habitual. Por tanto, la nacionalidad debe considerarse, un punto de conexión duradero en el tiempo (= factor imprescindible para fijar la previsibilidad de la ley aplicable).

<sup>14</sup> P. MENGOZZI, “Il Diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno stato non membro della comunità e della cittadinanza italiana”, *RDIPP*, 2009, pp. 70-84.

Por el contrario, la residencia habitual utilizada como punto de conexión, potencia la identificación e integración del sujeto en el Estado miembro en el que se resida. La ley del país donde el sujeto tuviere su residencia habitual será aplicable en materia de derecho al nombre y apellido. Consecuentemente, la residencia habitual fomenta la integración del ciudadano en el Estado miembro donde se encuentre, mientras que, la nacionalidad puede crear una conexión “aislada” con el Estado miembro de origen. El ciudadano nacional de un Estado miembro puede hallarse desvinculado del mismo, e incluso más, puede que no regrese nunca al Estado miembro cuya nacionalidad ostenta. En este sentido, debería aplicarse la ley del país con el que el ciudadano se halle más estrechamente vinculado a fin de evitar una conexión “irreal” que conduzca a la aplicación de Leyes desconectadas realmente con el caso que comporten costes conflictuales elevados y perjudiquen el intercambio internacional.

En consecuencia, cada punto de conexión tiene sus ventajas y sus inconvenientes. En materias del tradicional “Estatuto personal” no existen soluciones definitivas<sup>15</sup>.

**23.** En todo caso, en el asunto *Grunkin-Paul*, resulta irrelevante que la norma de conflicto danesa y/o alemana conduzca a la Ley nacional, a Ley de la residencia habitual o la Ley del lugar de nacimiento. El problema “alemán” surge por el “no reconocimiento” de la certificación registral danesa por parte del Encargado del Registro Civil alemán (= sector de eficacia extraterritorial de decisiones). La consecuencia del no reconocimiento de la certificación registral danesa es la siguiente: Leonhard Matthias Grunkin-Paul no puede ejercitar su derecho fundamental a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE (art. 18 TCE).

#### **IX. Octava pregunta: ¿Coexisten fraude de ley internacional y *Forum Shopping* en el asunto *Grunkin-Paul*?**

**24.** En primer lugar, no existe fraude de ley internacional en el asunto *Grunkin-Paul*. La determinación e inscripción del apellido del niño en el Registro Civil danés, de conformidad con la ley danesa, constituye simplemente la práctica de una inscripción de un apellido de un niño que ha nacido en Dinamarca. El fraude de Ley internacional se produce si se concurren los elementos siguientes:<sup>16</sup> 1º) un cambio voluntario y artificioso de la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes (= elemento material). 2º) la intención de las partes de alcanzar un resultado no admitido por el ordenamiento jurídico (= elemento intencional). En el caso *Grunkin-Paul* no concurren los elementos del fraude de ley internacional. No acontece una situación aparentemente jurídica bajo la cobertura de una ley que no sería aplicable si se conociera la auténtica situación jurídica controvertida. Ni se produce una “ficticia internacionalización” de una situación jurídica privada internacional. En definitiva, el asunto *Grunkin-Paul* no crea una conexión ficticia con un Estado miembro.

**25.** En segundo lugar, no se verifica *Forum Shopping* en el asunto *Grunkin-Paul*. Los padres de Leonhard Matthias solicitan la inscripción del apellido del niño en Dinamarca porque es el país en el que el niño ha nacido y reside desde entonces. El caso *Grunkin-Paul* se halla razonablemente conectado con Dinamarca. Con el certificado registral danés en mano, instan la inscripción del apellido en Alemania porque el niño es nacional alemán y reside en Alemania periódicamente. El caso *Grunkin-Paul* también se encuentra razonablemente conectado con Alemania.

En cualquier caso, los padres del niño Leonhard Matthias Grunkin-Paul ni persiguen la aplicación de una Ley que les resulte más favorable a su pretensión. Dichos padres no se desplazaron a Dinamarca con el único objeto e intención de litigar u obtener una decisión en dicho país.

#### **X. Novena pregunta: ¿Por qué es *Grunkin-Paul* un auténtico *leading case*?**

**26.** Leonhard Matthias Grunkin-Paul no es sólo un nombre y un apellido. Es mucho más. El TJCE ha puesto de relieve dos hechos incuestionables:

<sup>15</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Persona física”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 13-21.

<sup>16</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2010, pp. 280-288.

a) Primer hecho: Si la Ley de un Estado miembro otorga un nombre y apellidos a un ciudadano comunitario, dicha persona tiene derecho a utilizarlo en los demás Estados miembros, con independencia de los puntos de conexión de las normas de conflicto del “Estado miembro de destino”. La libre circulación y residencia del ciudadano comunitario, como derecho fundamental, prevalece frente a una posible aplicación de la norma de conflicto (= incorrecta, en todo caso, pues éste no es un supuesto de “Ley aplicable al nombre”) del Estado de destino.

b) Segundo hecho: La solución de *Grunkin-Paul*, no sólo alcanza la materia de “nombre y apellidos”. La solución debe extenderse a toda situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro. En este sentido, toda situación que implique un “cruce de frontera” y un perjuicio al ejercicio efectivo de las libertades comunitarias garantizadas en el Tratado, debe considerarse válida y existente en los demás Estados miembros.

El TJCE se pronunció siguiendo esta línea en otras decisiones judiciales: *Centros* (STJCE 9 marzo 1999), *Überseering* (STJCE 5 noviembre 2002), *Inspire Art* (STJCE 30 septiembre 2003), *Konstantinidis* (STJCE 30 marzo 1993), *García Avello* (STJCE 2 octubre 2003). En el caso de que no se eliminen todos los obstáculos (= en materia de derecho al nombre y apellido, de sociedades, de adopción, de tutela, etc.) los sujetos no circularán libremente en el territorio de la UE.

En esta misma línea se pronuncian D. CARREAU / P. LAGARDE / H. SYNDET “*L’arrêt Grunkin et Paul ou en tout cas les considérations qui l’inspirent est appelé à s’étendre à d’autres domaines que le nom*”<sup>17</sup>, así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>18</sup>.

**27.** En definitiva, lo que viene a proporcionar esta sentencia es una combinación de seguridad jurídica (= otorga estabilidad a las situaciones legalmente creadas y existentes en un Estado miembro), previsibilidad de la Ley aplicable (= “*diritto alla certezza del Diritto*”) y salvaguarda de la libre circulación de personas en la UE, todo ello mediante una inteligente utilización del principio del mutuo reconocimiento de las decisiones públicas pronunciadas en los Estados miembros.

---

<sup>17</sup> D. CARREAU / P. LAGARDE / H. SYNDET, “La reconnaissance des noms patronymiques”, *Répertoire de Droit International*, janvier 2009, p. 13-15.

<sup>18</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, esp. pp. 209-211.

SOBRE CDT

# NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (CDT)*

## **1. Contenido y periodicidad**

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

## **2. Originalidad e idioma**

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

## **3. Envío de originales**

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción ([celiamaria.caamina@uc3m.es](mailto:celiamaria.caamina@uc3m.es)) hasta el 15 de enero para el número de marzo y hasta el 15 de julio para el número de octubre.

## **4. Publicación y secciones**

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

## **5. Aspectos formales**

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. \_\_\_\_\_
  - 1. \_\_\_\_\_
    - A) \_\_\_\_\_
      - a) \_\_\_\_\_

Los párrafos irán numerados en números arábigos.



## 6. Normas para las citas

### a) Bibliografía:

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, n° 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge aplicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

### b) Jurisprudencia:

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

### c) Legislación:

- Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

## 7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

## 8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).