

J.C. Fernández Rozas, "Comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales", *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 595-616. ISSN 0034-9488.

COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES *

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Una unificación insuficiente del contrato de seguro. II. Pervivencia del método conflictual en la reglamentación contractual de la UE. 1. Unificación del Derecho internacional privado patrimonial. 2. Derecho aplicable a los contratos: A) Comunitarización del Derecho internacional privado; B) Adopción de normas de conflicto uniformes como método eficaz. 3. Régimen general del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: A) Objetivos; B) Revisión del Convenio de Roma de 1980. IV. Perspectivas abiertas por el Reglamento Roma I.

I. Una unificación insuficiente del contrato de seguro

1. La unificación del Derecho privado europeo y, dentro de ésta, la unificación del Derecho de obligaciones en el interior de los Estados miembros, cobra un especial interés en el ámbito del contrato de seguro. La relevancia de la actividad aseguradora es incuestionable al constituir en la actualidad el segundo sector de la economía, tan solo superado por el bancario dentro del sistema financiero de los países más desarrollados. Las operaciones internacionales de seguro han alcanzado en los últimos tiempos una prevalencia significativa en el contexto del proceso de integración europeo como evidencia la existencia de una cuantiosa legislación comunitaria¹. No en vano, en mayor medida que la banca,

* El texto se corresponde en lo sustancial con la ponencia presentada en el Seminario "El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro (Reglamentos "Bruselas I, Roma I y Roma II)" organizado por SEAIDA en Madrid los días 5 y 6 de marzo de 2009.

¹ Vid. P. Blanco-Morales Limones y J. Carbonell Puig, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo. Aspectos teóricos y prácticos*, Madrid, 2002.

el sector de los seguros está fuertemente reglamentado en aras de la protección de la clientela, especialmente en el caso de los particulares: baste atender a los “riesgos de masa”. El establecimiento de un sistema de licencia única en virtud del cual la autorización otorgada en un Estado miembro para ejercer la actividad aseguradora se extiende a toda la Unión Europea, ha dado lugar a un verdadero mercado único en este importante sector. Desde hace muchos años la creación de un mercado único de seguros ha sido considerada como tarea prioritaria para la Comunidad, toda vez que este sector se ha caracterizado, en todos los Estados miembros, por el constante crecimiento del volumen de negocios, como consecuencia del aumento de la demanda de este tipo de servicios.

El mercado europeo de seguros se ha visto sometido a cambios radicales que, sobre la base del Acta Única Europea, han tenido su punto más álgido en el establecimiento del mercado europeo de seguros, el 1 de julio de 1994. De conformidad con el art. 8 A del Tratado CE, la creación de un mercado interior de seguros implicó un espacio sin fronteras interiores en el que las entidades aseguradoras pudiesen ejercer libremente su actividad. El objetivo de la actividad comunitaria en este campo es doble: en primer lugar, posibilitar que los ciudadanos de la Comunidad puedan tener acceso a la gama más amplia posible de productos aseguradores, garantizando la protección jurídica y económica necesaria a la hora de realizar una operación de seguros; en segundo lugar, asegurar que las entidades aseguradoras que estén autorizadas en alguno de los Estados miembros puedan ejercer su actividad en toda la Comunidad, tanto en régimen de establecimiento como de prestación de servicios.

2. La realización del mercado interior ha facilitado en gran medida el acceso al mercado de las empresas de seguros no establecidas en una determinada región y, asimismo, se ha coordinado a escala europea el acceso al mercado de las empresas establecidas fuera del EEE. Para alcanzar tales objetivos, la Comunidad ha hecho una distinción entre los seguros de vida y los seguros no de vida, a fin de atender a la especificidad de cada uno de ellos y a la importante función que desempeña el seguro de vida en la formación del ahorro y la previsión a largo plazo. Los esfuerzos se han centrado en la liberalización generalizada de los mercados de seguros y de los sistemas de supervisión nacionales, con el fin de hacer efectiva la libertad de establecimiento y prestación de servicios y crear un mercado único europeo en el sector. La Directiva de reaseguros (64/225/CEE), cuya actuación quedaba limitada a un ámbito caracterizado desde siempre por la liberalización, representó, no obstante, un primer paso importante en el camino de la supresión de restricciones.

El iter histórico es suficientemente conocido a partir de la clasificación de las actividades aseguradoras. Cabe retener que la primera generación de Directivas sobre seguros de daños y perjuicios y seguros de vida (73/239/CEE y 79/267/CEE) se enmarcaron en el proyecto de plena armonización de las correspondientes legislaciones y trajeron consigo la supresión de las

restricciones nacionales que impedían el establecimiento de sucursales en otros Estados miembros; en dichas Directivas se fijaban disposiciones coordinadas de admisión, así como las normas para la provisión de fondos propios mínimos de las empresas de seguros. Concretamente la Primera Directiva de coordinación del seguro directo de vida (Directiva 79/267/CCE, derogada por la Directiva 2002/83/CEE) estableció un conjunto normativo tendente a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento, previsto en el Tratado de Roma, en esta actividad aseguradora y, con posterioridad, la Segunda Directiva (90/619/CEE, derogada por la Directiva 2002/83/CE) de coordinación del seguro de vida, organizó la libre prestación de servicios en este sector. Por último, la Tercera Directiva, de 10 de noviembre 1992 de coordinación del seguro directo de vida, consiguió la plena realización del mercado interior en esta actividad de seguros, con arreglo a los principios de una autorización administrativa única y supervisión de la actividad de la entidad aseguradora por las autoridades del Estado miembro en que esté situado el domicilio social de aquélla. Paralelamente, en lo concerniente a los seguros distintos del de vida, incluidos los seguros obligatorios (si bien algunos ramos u operaciones quedaron excluidos) la Directiva 73/239/CEE estableció un marco jurídico adecuado para propiciar la libertad de establecimiento en el sector, haciendo lo propio en lo concerniente a la libre prestación de servicios la Directiva 88/357/CEE. Finalmente, la Tercera Directiva de coordinación del seguro incorpora la coordinación de las normas nacionales en materia de inversión, diversificación y emplazamiento de los activos aptos para inversión de las provisiones técnicas; la legislación aplicable a la supervisión de seguros, las condiciones del seguro y el control material de las pólizas y de los documentos contractuales, y, por último, el acceso a la actividad de seguros y su ejercicio, y la supervisión con arreglo al principio de control por el país de origen. Fuera de los ramos referidos debe recordarse también que la Comunidad ha regulado la materia aseguradora en relación con el seguro obligatorio del automóvil (*infra*, nº 3) y con los seguros de crédito y caución.

El régimen descrito permite vislumbrar la existencia de una serie de principios. En primer lugar se encuentra el “principio de admisión única” en virtud del cual cualquier asegurador autorizado en un Estado EEE puede ejercer su actividad en otros Estados miembros del EEE sin tener que someterse a ningún otro procedimiento de admisión, y, por tanto, puede operar sin restricciones en todo el EEE mediante el establecimiento de sucursales y en el marco de la libre prestación de servicios. En segundo término se halla el “principio de supervisión en el país de origen” por el cual la autoridad del país en el que la empresa aseguradora tiene su sede es a quien compete la responsabilidad de supervisión de las actividades económicas globales de la empresa.

Las denominadas “terceras Directivas de seguros” se vieron acompañadas de la Directiva sobre cuentas anuales y cuentas consolidadas de las empresas de seguros (91/674/CEE), que establece una amplia armonización de las cuentas de

las empresas del sector. Asimismo, se ha pretendido elaborar a escala europea, sobre la base de la mencionada directiva sobre cuentas anuales y cuentas consolidadas, una estadística de seguros que se ocupe, entre otros aspectos, de los efectos del mercado interior en este ámbito. Estas directivas y las consiguientes modificaciones legislativas supusieron, en muchos Estados miembros, una reorganización sustancial de los mercados nacionales de seguros, caracterizada por la supresión de cualquier tipo de autorización previa de las tarifas y condiciones de seguro y por el libre acceso de nuevas empresas y productos.

3. También el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles reviste especial importancia para los ciudadanos europeos, independientemente de si son titulares de una póliza o víctimas de un accidente. Resulta de interés primordial para las empresas de seguros, ya que en la UE constituye una parte importante del negocio de seguros no de vida. El seguro de vehículos automóviles incide también en la libre circulación de personas y vehículos. El fortalecimiento y consolidación del mercado interior del seguro de vehículos automóviles debe, por lo tanto, ser un objetivo fundamental de la actuación comunitaria en el sector de los servicios financieros. Esta es la función de la versión codificada de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad que publica el DOCE de 7 de octubre de 2009. Conforme a esta disposición, cada Estado miembro debe tomar todas las medidas útiles para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de los vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio esté cubierta por un seguro. Los daños cubiertos, así como las modalidades de dicho seguro, están determinados en el marco de dichas medidas.

La referida Directiva ha tenido la virtud de codificar las cinco Directivas sobre el seguro de automóviles, unificando en un único texto todas las disposiciones hasta ahora dispersas. En consecuencia, se procede a la derogación de las cinco Directivas, con las consiguientes Directivas que las habían ido modificando a lo largo de los años (art. 29): a) Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. b) Segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles. c) Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. d) Directiva 2000/26/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles). e) Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Quinta Directiva).

4. Ahora bien, la armonización descrita se centró preferentemente en la desaparición de los principales obstáculos para las libertades de establecimiento y prestación de servicios en este ámbito. Por el contrario, la contribución de las Directivas a la armonización del Derecho del contrato de seguro fue bastante más limitada, centrándose en los deberes de información del tomador del seguro (*disclosure obligations*) y del asegurador (también respecto del agente de seguros), la posibilidad de resolución unilateral por parte del tomador en el seguro de vida y, por último, en el seguro de defensa jurídica (Directiva 87/344/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica) y en el seguro de responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles (Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad).

Ante la imposibilidad de garantizar una protección uniforme del tomador del seguro mediante la creación de un Derecho contractual armonizado, se actuó a través de la creación de un régimen especial de determinación del Derecho aplicable para aquellos riesgos que estuviesen situados dentro de un Estado miembro, contenido hoy en día en el art. 7 Segunda Directiva 88/357 y en el art. 32 Directiva 83/2002, mediante los cuales se crean las normas que servirán de base a las legislaciones nacionales, estableciéndose distintos niveles de autonomía conflictual dependiendo del tipo de contrato.

5. Como puede observarse, la unificación descrita no ha logrado suprimir la existencia de conflictos de leyes en el sector de los seguros de la UE. Siguen existiendo dos regímenes diferenciados según si el riesgo cubierto por el contrato está situado dentro o fuera de un Estado miembro. En el primer caso se aplican las normas de Derecho autónomo, fruto de la transposición de las Directivas europeas correspondientes, y que en nuestro Derecho están contenidas en los arts. 107 a 109 de la Ley del Contrato de Seguro; en el segundo caso, y también para cualquier

contrato de reaseguro² con independencia del lugar de situación del riesgo, se ha aplicado hasta la fecha el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y en la actualidad por 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 (RR I). Esta irrazonable distinción, así como las diferencias radicales de concepción y contenido de ambas regulaciones, hacían esperar con interés las novedades que el RR I podía proporcionar. Si bien el nuevo art. 7 de este instrumento ha defraudado las expectativas que de él se esperaban³.

El referido Reglamento forma parte del conjunto de actuaciones a través de las cuales se está produciendo la progresiva comunitarización del Derecho internacional privado. Como establece su cdo. 7: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”. Por eso, antes de proceder a un estudio sistemático del mismo, es aconsejable proceder a un estudio de las realizaciones concretas de ese proceso de “comunitarización” en el ámbito del Derecho contractual.

II. Pervivencia del método conflictual en la reglamentación contractual de la UE

1. Unificación del Derecho internacional privado patrimonial

6. El progreso económico va unido al desarrollo constante de la contratación pero, por el momento, en la UE no es previsible la desaparición de los Derechos contractuales nacionales manteniéndose la diversidad jurídica en este sector como una característica inherente a este modelo de integración. Ello no es incompatible con la producción de ciertas aproximaciones en función de que el mercado lo vaya requiriendo. En este contexto es manifiesta la necesidad de flexibilizar las reglas de juego y buscar un equilibrio de las reglas de la contratación entre empresarios y las de la contratación con consumidores. Por eso la unificación conflictual constituye una etapa muy relevante del lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos.

Configurada la UE como una “Comunidad de Derecho” cada vez más homogénea, en la que coexisten con carácter interdependiente los Derechos nacionales y el propio Derecho comunitario⁴, el mayor desarrollo del Derecho privado europeo se ha producido en el marco de la cooperación judicial civil abarcando al Derecho civil y al mercantil, con la excepción de aquéllos ámbitos ya regulados directamente por el Derecho comunitario, como es el caso de la

² J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, “Derecho aplicable al contrato de seguro internacional. Perspectiva española”, *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Madrid, 1997, pp. 209–249.

³ R. Miquel Sala, El ‘nuevo’ Derecho internacional privado de los seguros en el Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 425-448.

⁴ K.D. Kerameus, “Procedural Harmonization in Europe”, *AJCL*, 1995, pp. 401-416.

protección de los consumidores o la propiedad industrial. Sea como fuere han estado presentes toda una serie de instrumentos, propiamente comunitarios o fruto de convenios en virtud del antiguo art. 220 TCE (art. 293 CE), que supusieron una unificación indudable en numerosos campos, señaladamente el Derecho de los seguros.

7. Si algo pone de manifiesto esta evolución es que el mercado único sigue estando necesitado de la unificación del Derecho privado. Si se quiere, la existencia de un espacio económico común exige contar, en la medida de lo posible, con un Derecho patrimonial privado común y en este orden los resultados alcanzados por el momento en la UE han sido decisivos aunque se trate de una unificación que resulta insuficiente. Y ello pese a ciertos planteamientos caracterizados por una euforia europeísta que insisten en el progresivo desarrollo del Derecho derivado en la formación de un Derecho privado europeo, poniendo el acento en el papel desarrollado por la jurisprudencia del TJCE⁵. Es cierto que hasta la fecha hemos asistido a una importante unificación normativa en ciertos sectores del Derecho privado en la UE, pero aún carecemos de un consenso acerca de la arquitectura de un Derecho privado europeo que suponga la supresión de los Códigos existentes en los Estados miembros.

Frente a la referida euforia, estamos ante diferencias de estilo, de razonamiento y de formación jurídica verdaderamente diversas que no sólo se manifiestan en la diversidad entre el Derecho continental y el *common law*⁶, sino que son mucho más profundas y que se oponen frontalmente a la imposición de un texto común “desde arriba”. Baste contemplar algunos ejemplos significativos del particularismo que es menester superar. De un lado, desde la perspectiva del Derecho anglosajón, no existe propiamente una teoría general de las obligaciones” lo que contrasta con el amplio tratamiento deparado, en este círculo jurídico, a las reglas relativas a la formación, a la interpretación o la validez de los contratos, al cumplimiento y a la responsabilidad contractual. De otro lado, desde la perspectiva continental, debe tenerse en cuenta que en la mecánica de los códigos civiles de factura francesa existía y ha continuado existiendo una consideración del contrato como una figura que requiere la concurrencia de una serie de elementos o de presupuestos, de suerte que sólo con la concurrencia de todos ellos se considera que ha sido celebrado⁷.

8. Por el momento los avances más notables de la unificación jurídica europea se han producido en el marco del Derecho internacional privado patrimonial,

⁵ T. Hartlief, “Towards a European Private Law?”, *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 166 ss.

⁶ M.L. Palazón Garrido, “Importancia de la tensión ‘civil law – common law’ en la elaboración de los Principios de Derecho contractual europeo”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 294-313.

⁷ V.gr. art. 1261 Cc. Vid. L. Díez Picazo, E. Roca Trías y A.M. Morales, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2003.

pues está claramente acreditado que los objetivos de armonización se materializaron a través de procedimientos normativos de especial relevancia para ese ordenamiento⁸. De ahí que se haya sostenido con razón que la UE, en tanto que resultado de la integración de los Estados miembros, no podía sino estimular de forma enérgica el desarrollo coordinado del Derecho internacional privado de dichos Estados⁹. En este marco de la cooperación civil y mercantil la vía utilizada ha sido hasta la fecha la de los convenios internacionales¹⁰ al responder a la puesta en práctica y promoción de la propia política integradora; si bien esta vía ha periclitado cediendo el terreno a otros instrumentos comunitarios, señaladamente los Reglamentos tras las modificaciones producidas por el Tratado de Amsterdam. Es significativa la relevancia que en el Derecho internacional privado comunitario han ocupado tanto la competencia judicial y el reconocimiento de decisiones, como la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como la propiedad industrial, quiebra y concursos, sociedades, asistencia judicial internacional o supresión de legalizaciones.

Dentro de los modelos efectivos de la unificación figura, en efecto, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales¹¹ que hasta la fecha ha sido un valioso instrumento de eficacia universal destinado al logro de la uniformidad legislativa en el sector de las obligaciones contractuales. Dicho carácter universal, su aplicación obligatoria y la amplitud de su ámbito material dentro del Derecho patrimonial, evidencia las pretensiones de sus redactores de convertirlo en un instrumento básico para las transacciones comerciales internacionales que reforzase, a partir de su carácter armonizador, la seguridad jurídica en sectores de inmensa trascendencia económica; seguridad que se pretende conseguir solucionando los problemas derivados de la disparidad de normas jurídicas existentes entre los Estados miembros¹². Sin embargo, este instrumento no ha quedado exento de críticas, toda vez que los operadores jurídicos han acostumbrado a soslayar en la práctica diaria los conflictos de leyes. De ahí la bondad de las acciones preventivas a través de la unificación de normas sustantivas en materia de contratos, no libre de problemas pero factible, ya que los valores legales que poseen son los mismos, teniendo en cuenta que la raíz de los Derechos en Europa es común, que las condiciones sociales y económicas son también similares, por ser en todos ellos una economía de mercado del Estado industrial y, en último lugar,

⁸ *Vid.*, por todos, P. de Miguel Asensio, "Integración europea y Derecho internacional privado", *RDCE*, nº 1, 1997, pp. 413-445.

⁹ *Cf.* A.V.M. Stuycken, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *R. des C.*, t. 232, 1992, p. 284.

¹⁰ M. Fallon, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne", *R. des C.*, t. 253, 1995, p. 9-282.

¹¹ S. Sánchez Lorenzo, "La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *La unificación jurídica europea (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 139-164.

¹² P. Lagarde, "Le nouveau droit international des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287 ss.

porque la ideología y comportamiento de los Jueces son similares. No hay que olvidar que el Convenio de Roma de 1980 ha sido, en sí misma, un mecanismo de conflicto de leyes, un importante avance sí, pero en el terreno no material o sustantivo. Y ello pese al relevante sustrato que incorpora de cultura jurídica común.

9. Ciertamente, uno de los objetivos armonizadores de la UE es frenar la dispersión y la atomización normativa en materia patrimonial y, en esta dirección, en los últimos años se ha ido produciendo una cierta armonización en el Derecho contractual¹³, pero sólo de forma parcial ya que la diversidad de leyes dificulta la adaptación¹⁴. En medios comunitarios hay una conciencia generalizada que la existencia de los Códigos civiles estatales y la propia existencia del Derecho internacional privado conforman una importante barrera hacia la integración. De ahí que las acciones comunitarias no se limitasen como en el pasado a resolver los problemas suscitados por las relaciones transfronterizas. La voluntad de superar una nueva etapa, forjando un Derecho común de obligaciones, tendría su origen en el carácter fragmentario de la armonización europea. Indudablemente tanto las disposiciones de la referida Convención de Roma de 1980 como las propias del Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 podrían constituir en el futuro un fundamento jurídico común; sin embargo por sí mismas no podrían resolver por completo el problema de las relaciones jurídicas transfronterizas en el sector contractual. Pueden sin embargo encontrarse en el acervo comunitario instrumentos cuyo carácter “puntual” es sólo aparente.

En efecto, el Derecho comunitario cuenta con numerosas directivas para la unificación de problemas concretos en el ámbito del Derecho privado, que tenían en la mayoría de los casos como objetivo, simultáneamente, la protección de los consumidores y la unificación de las condiciones de la competencia de los empresarios; y debe reconocerse el cuantioso alcance armonizador de estos instrumentos respecto de los Derechos nacionales, hasta el punto de conformar una especie de “Derecho común” en las materias citadas. Por esta razón en determinadas ramas del Derecho privado (y, en particular, el Derecho contractual) se han desarrollado normas comunes gracias a la armonización progresiva realizada a escala comunitaria. Parece evidente que un Derecho contractual europeo debería regular la fase precontractual, la formación del contrato, las condiciones de validez, la ejecución o el incumplimiento de las obligaciones, las modalidades de pago, etc.. Su existencia supondría una

¹³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (2001/C 255/01), *DOCE*, C 255, de 13.9.2001.

¹⁴ C. Vattier Fuenzalida, “Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea”, *RDP*, nº 78, 1994, pp. 223-230; M^a P. García Rubio, “Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea”, *XIV Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, 1995, pp. 237-258; J. Vicent Chuliá, “La unificación del Derecho de obligaciones”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº 2, pp. 21-52.

referencia obligada para las futuras propuestas legislativas que incidiesen de una u otra forma en cuestiones contractuales y, en todo caso, tendría el efecto de aportar la necesaria certidumbre en la contratación amén de reducir los costes de la transacción.

2. Derecho aplicable a los contratos

A) Comunitarización del Derecho internacional privado

10. A partir de su entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 el Tratado de Amsterdam, suscrito el 2 de octubre de 1997 por los quince Estados miembros de la Unión Europea, representó la “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil (antes en el “tercer pilar”), posibilitando la existencia de un Derecho internacional privado comunitario inimaginable hasta hace pocos años y constituyendo a su vez un paso importante en el camino de la posible armonización o unificación de importantes parcelas del Derecho, incluido el mercantil¹⁵. Ni más ni menos, el Tratado de Amsterdam “comunitarizó”, transfirió al primer pilar, la cooperación judicial civil poniendo el acento en el desarrollo a través de Reglamentos, que han ido apareciendo (señaladamente en el sector del Derecho procesal civil internacional) con gran celeridad¹⁶. Acaso esa celeridad ha producido una importante dosis de incertidumbre en relación con los aspectos técnicos de las distintas bases jurídico competenciales y respecto al papel que debe jugar el Derecho internacional privado en la construcción de un fidedigno Derecho privado europeo¹⁷. Pero al margen de esta circunstancia resulta indudable que nos hallamos ante una situación mucho más ventajosa, desde el punto de vista de la integración y de la unificación jurídica, que la hasta ahora existente basada en convenios entre Estados miembros.

En rigor, el art. 65 TCE emana del art. K.1.6º TUE en su enunciado por el Tratado de Maastricht y a partir de ahora la coordinación intergubernamental en materia civil ha pasado a ser una política comunitaria, atendiendo de esta suerte a una de las principales demandas plasmadas en los informes sobre el Tratado de Maastricht y proclamadas por la doctrina. No en vano, la finalidad del precepto es fomentar la compatibilidad de las normas de conflicto de los Estados miembros, en

¹⁵ P. de Miguel Asensio, “El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado”, *La Ley* (supl. Unión Europea), nº 4510, 1998, pp. 1-3; R. Rueda Valdivia, “La unificación europea del Derecho conflictual: presente y futuro”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 151-178.

¹⁶ J. Basedow, “The Communitarization of the Conflict of Law under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market L. Rev.*, vol. 37, 2000, pp. 687-708; A. Borrás, “La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado presente y futuro”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, Bilbao, 2002, p. 285-318; K. Boele-Woelki y R.H. van Ooik, “The Communitarization of Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, pp. 1-36.

¹⁷ S. Álvarez González, “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, *Derecho privado europeo* (S. Cámara Lapuente, ed.), Madrid, Colex, 2003, pp. 157-190, esp. pp. 157-190, esp. p. 176.

la medida en que sea necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior. Debe dejarse bien sentado que la armonización del Derecho civil material, por el contrario, no puede fundamentarse en el referido precepto, que únicamente de refiere de forma directa a las disposiciones de Derecho internacional privado y de Derecho procesal civil internacional. De hecho, el art. 65 TCE ofrece la posibilidad de proceder a la comunitarización de amplios sectores del Derecho internacional privado: no es una carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del este ordenamiento, pero comporta una atribución significativa de competencias a la Comunidad, cuyo ejercicio no se subordina a la existencia de una precisa vinculación con el mercado interior sino que es suficiente con que la medida que se pretenda adoptar implique “una función promotora del mercado interior”¹⁸.

11. La institucionalización o “comunitarización” del Derecho internacional privado comunitario, relegando la anterior fórmula de los convenios, presenta ventajas indudables: la adopción de la normativa institucional, impuesta “desde arriba”, evita los inconvenientes en el procedimiento de adopción de actos normativos que genera toda negociación convencional, con las consiguientes versiones sucesivas derivadas de cada ampliación comunitaria¹⁹. Pero también suscita dudas y dificultades. El art. 67 TCE ha introducido algunas particularidades acerca del procedimiento de adopción de actos normativos relativos a la cooperación judicial en materia civil. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, se abrió un período transitorio de cinco años, durante los cuales dicho procedimiento se basa en la decisión unánime del Consejo, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro. Tras el período transitorio, únicamente la Comisión conservará la iniciativa legislativa, si bien está obligada a considerar las propuestas presentadas por los Estados miembros. A diferencia del procedimiento normativo previsto para la política general de armonización de legislaciones (arts. 94 y 95 TCE), el Parlamento Europeo sólo tiene un papel secundario (consulta previa), sin participar en el régimen de codecisión característico del procedimiento del art. 251 TCE. Debe insistirse en que dicha competencia no sólo afecta a los sectores típicos del Derecho procesal civil internacional, sino que se extiende al ámbito del Derecho aplicable, como se deduce del art. 65.b) TCE.

B) Adopción de normas de conflicto uniformes como método eficaz

12. Ciertamente, las normas clásicas del Derecho internacional privado de los contratos son complicadas y sus resultados a menudo inciertos pues los tribunales nacionales manifiestan una tendencia a favor de la aplicación de la *lex fori* que incluso en muchos sistemas ha tenido una clara plasmación legal: siempre que la ley

¹⁸ Vid. S. Leible y A. Staudinger, “El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 89-115, esp. p. 114.

¹⁹ F. Pocar, “La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una ‘European Conflict of Laws Revolution’”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, pp. 873-884.

elegida “tenga alguna relación con el contrato”²⁰. No puede negarse que el método conflictual ha mostrado cierta ineficacia por más que haya realizado un importante impulso de adaptación a un entorno económico y social muy diverso del que lo vio nacer²¹; y se ha llegado a afirmar que el “conflictualismo padece una enfermedad consustancial para alcanzar los objetivos y valores que se propone”²². Las normas de conflicto, es cierto, tienden a “nacionalizar” la cuestión al designar como aplicable a un determinado sistema jurídico interno. Gran parte de las normas nacionales nunca fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales y precisamente el intento de resolver esa insatisfactoria situación motivó el desarrollo del Derecho uniforme aunque sus resultados han sido tan limitados que en la actualidad la norma de conflicto no ha perdido su papel relevante en la ordenación del tráfico comercial internacional²³.

Las técnicas del Derecho internacional privado basadas en la norma de conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional²⁴. La pretensión de localizar en un ordenamiento jurídico una situación privada, se ha dicho, es una solución basada en una teoría metafísica. Al margen de la falacia que registra una afirmación de este tipo, no pueden desconocerse una serie de datos que van en contra del método savigniano en la solución de las transacciones comerciales internacionales. En primer lugar, desde el punto de vista de los procedimientos de producción normativa, todavía existen muchos sistemas nacionales, no solo de filiación anglosajona, donde la norma de conflicto es de fuente predominantemente jurisprudencial, con la consiguiente incertidumbre que ello entraña. Esa incertidumbre también se manifiesta, en segundo término, con la actual coexistencia de normas internas con tratados internacionales en un determinado sistema jurídico y la delicada operación de identificar, dentro de un determinado sistema, la norma pertinente a la transacción controvertida; y ello al margen de la eventual aplicación de los Principios de Unidroit de 1994. En tercer lugar, y aunque la codificación internacional trata de evitarlo, por ejemplo la exclusión del reenvío operada por el art. 20 RR I, todavía están presentes los denominados “problemas de aplicación de la norma de conflicto” que pueden generar importantes perturbaciones a la hora de dar una solución justa al caso

²⁰ Al margen del cada vez más reducido ámbito de aplicación del art. 10.5° Cc, la Ley 60/2003, de arbitraje ha derogado la exigencia del art. 62 Ley 36/1988 de los árbitros resolviesen las posibles disputas conforme a la ley designada expresamente por las partes, “siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia”.

²¹ B. Audit, “Le droit international privé à fin du XX^{ème} siècle: Progres ou recul”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 50, 1998, p. 447.

²² Cf. F. K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 15-47.

²³ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209-5237.

²⁴ I.F.G. Baxter, “International Conflict of Laws and International Business”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 538-559.

concreto²⁵. Finalmente, si la consecuencia de la norma de conflicto es designar la aplicabilidad de un determinado Derecho estatal, localizando allí el supuesto, no cabe duda que esta operación se caracteriza, como hemos apuntado, por “nacionalizar”, impregnando de concepciones particulares, la respuesta a la transacción; y tal respuesta impide una consideración efectiva de la especialidad que introduce en la controversia jurídica la “internacionalidad del supuesto”: la propia situación del comercio internacional obliga a estimar la consideración del “elemento internacional” como una exigencia de justicia.

Argumentos como los apuntados han conducido a que el conflicto de leyes, identificado con frecuencia con el Derecho internacional privado, haya sido considerado con máximo recelo por los ius-mercatoristas y, en particular, por los abogados prácticos²⁶; ello es explicable, dado que este ordenamiento es altamente abstracto y académico, mientras que el Derecho comercial es a menudo menos preciso, pero vivo²⁷. Numerosas legislaciones mercantiles nacionales no se adaptan a las necesidades del comercio internacional en función de la incertidumbre que ofrecen los mecanismos de determinación del Derecho aplicable. No obstante, estos argumentos han quedado rebasados ampliamente en el ámbito de la Unión Europea.

13. En efecto, la inseguridad jurídica descollante para los operadores que intervienen en el tráfico diario en torno al ámbito de los contratos internacionales constituye un serio obstáculo para la expansión del comercio internacional, ya que en el ámbito de la UE coexisten multitud de normas autónomas y de otras fuentes normativas en materia contractual, lo que supone un freno para el comercio intracomunitario. Se trata de una legislación caracterizada por su naturaleza coyuntural y poco coherente que reclama una coordinación eficaz, como elemento constitutivo de un mercado único²⁸. Cuando resulte necesaria, la búsqueda de una mayor aproximación entre los Derechos sustantivos de los Estados miembros, mediante armonización o unificación, debe plantearse como una vía complementaria y no como una alternativa a los otros medios que permitan garantizar un desarrollo armonioso de las relaciones jurídicas en la Unión. Como es bien sabido, el Derecho internacional privado presupone la diversidad de los Derechos nacionales e intenta gestionar esta diversidad mediante la coordinación, por consiguiente, la adopción de normas uniformes de conflicto de leyes para determinar el Derecho aplicable a los contratos constituye un método eficaz, aunque parcial, para ofrecer una mayor seguridad jurídica a los operadores en el mercado

²⁵ J.-P. Béraudo, “La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l’arbitre dans le règlement des litiges commerciaux”, *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, p. 259.

²⁶ B.Mª Cremades, “Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional”, *RCEA*, vol. II, 1985, p. 27.

²⁷ Cf. P. de Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, t. I, 2001, p. 39.

²⁸ J. Basedow, “Un droit commun des contrats pour le marché commun”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 50, 1998, pp. 17-20; *id.*, “The Renaissance of Uniform Law: European Contract Law”, *Legal Studies: The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. 18, 1998, pp. 121-145.

interior. En efecto, parece que el conocimiento *a priori* de la legislación aplicable a un posible litigio y, en particular, la posibilidad de que las partes decidan la legislación por la que se registrará su contrato puede ser un instrumento eficaz para facilitar el comercio transfronterizo.

Ahora bien, el empleo del Derecho internacional privado en este sector tiene sus límites, toda vez que las normas imperativas del país del juez priman, en todos los casos, sobre el Derecho aplicable, y además, en ámbitos específicos como los contratos celebrados por los consumidores, el principio de la autonomía de la voluntad se ve limitado por disposiciones imperativas para garantizar la protección de los consumidores y de los trabajadores. Pueden pues surgir conflictos entre normas imperativas de las leyes de un país y normas imperativas inconciliables de otro Derecho nacional. Sería menester indagar si estos conflictos entre normas imperativas diferentes pueden tener una incidencia negativa en las transacciones transfronterizas, constituyendo un potencial obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior.

14. Por el momento el único modelo efectivo de unificación en la Unión Europea está representado por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y por su continuación en el RR I. Se trata de un importante instrumento internacional de eficacia universal destinado al logro de la uniformidad legislativa en el sector de las obligaciones contractuales. Dicho carácter universal, su aplicación obligatoria y la amplitud de su ámbito material dentro del Derecho patrimonial, evidencia las pretensiones de sus redactores de convertirlo en un instrumento básico para las transacciones comerciales internacionales que refuerce, a partir de su carácter armonizador, la seguridad jurídica en sectores de inmensa trascendencia económica; seguridad que se intenta conseguir solucionando los problemas derivados de la disparidad de normas jurídicas existentes entre los Estados miembros²⁹. Sin embargo, este instrumento no ha quedado exento de críticas, toda vez que los operadores jurídicos intentan soslayar en la práctica diaria los conflictos de leyes. De ahí la bondad de las acciones preventivas a través de la unificación de normas sustantivas en materia de contratos, no exenta de problemas pero factible, ya que los valores legales que poseen son los mismos, teniendo en cuenta que la raíz de los Derechos en Europa es común, que las condiciones sociales y económicas son también similares, por ser en todos ellos una economía de mercado del Estado industrial y, en último lugar, porque la ideología y comportamiento de los Jueces son similares. No hay que olvidar que tanto Convenio de Roma de 1980 como el RR I son, en sí mismos, una regulación conflictual, pero un importante avance en el terreno no material o sustantivo. Y ello pese a lo que hay en él de substrato de cultura jurídica común.

El alcance de estos instrumentoss no puede prescindir de la solución al problema crucial de la interpretación uniforme del texto. Tratándose de Derecho convencional, sus normas no quedan sujetas directamente a la interpretación del TJCE. Para dicha

²⁹ P. Lagarde, "Le nouveau droit international des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287 ss.

sumisión, se redactaron los dos Protocolos de interpretación. El primero, habilita a los órganos jurisdiccionales de apelación y casación para someter al TJCE cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación del Convenio, pero en su art. 6 difiere su entrada en vigor a la del segundo Protocolo. Dado que aún no se han cumplido las condiciones previstas en el art. 3 de este último para que entre en vigor, tampoco lo ha hecho el primero. En conclusión, aunque en un futuro próximo el TJCE llevará a cabo una imprescindible tarea interpretativa que garantice la solución uniforme en la aplicación del Convenio de Roma, al igual que lo ha hecho con el Convenio de Bruselas, hoy por hoy, tras varios años de vigencia del Convenio de Roma para algunos Estados, las jurisdicciones nacionales deben aplicar el Convenio de Roma sin poder contar con la inestimable ayuda de la cuestión prejudicial. Semejante orfandad interpretativa no garantiza en modo alguno una aplicación uniforme de reglas por naturaleza principales y enormemente flexibles, y esta dificultad no viene facilitada por la doctrina científica, que en las muchas páginas que ha dedicado al Convenio de Roma ha mantenido posiciones muy diversas sobre la interpretación, sentido, origen y alcance de sus normas más relevantes. La conversión del Convenio de Roma en un Reglamento comunitario dispuso en gran medida los tradicionales inconvenientes en orden a la consecución de una interpretación uniforme.

3. Régimen general del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

A) Objetivos

15. El Convenio de Roma de 1980 constituyó durante mucho años el régimen general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales para los sistemas de los Estados miembros³⁰. Diseñó un auténtico sistema general uniforme sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, aunque su función o, al menos, su objetivo inicial, no fue éste. Nació como un elemento correctivo o de equilibrio del espacio judicial europeo, vinculándose indirectamente, a través de su conexión con el Convenio de Bruselas, al propio art. 220 TCE. Una vez creadas unas reglas comunes sobre competencia judicial internacional en materia de obligaciones contractuales, donde la sumisión expresa y tácita, el domicilio del demandado y el lugar de ejecución de la obligación se retuvieron como criterios atributivos, la disparidad de normas sobre Derecho aplicable dejaba abierta la vía del *forum shopping*, esto es, a la elección fraudulenta del Tribunal predeterminada por la conveniencia de su norma de Derecho aplicable. Para evitarlo se decidió negociar un texto convencional que regulara la ley aplicable a las obligaciones tanto contractuales como extracontractuales, si bien el texto final se limitó a las primeras. Hubo que esperar muchos años y vencer numerosas dificultades para alcanzar el

³⁰ M. Virgós Soriano, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Tratado de Derecho comunitario europeo*, t. III, Madrid, 1986, pp.753-825.

Reglamento nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II).

En suma, el origen del Convenio de Roma revela que su adopción se debió más a la necesidad que a la posibilidad y que, funcionalmente, se integró como un texto orientado a la consecución directa de los fines del Mercado Único, hecho que no obsta a la naturaleza estrictamente convencional, no institucional, como fuente del Derecho, y sin perjuicio de su futura “comunitarización” por la vía del art. 65 TCE. El Convenio de Roma, sin embargo, no fue un texto que haya limitado su incidencia al ámbito estrictamente comunitario pues además de inspirar la reforma de diversas legislaciones estatales, e influyó notablemente en el Convenio interamericano sobre la ley aplicable a los contratos internacionales hecho en México el 17 de marzo de 1994, se ha convertido, en cierto modo, en una especie de *ratio scripta*. El ejemplo más significativo es su incidencia en el ámbito de la *lex mercatoria*, entendiéndose por ella no sólo los instrumentos jurídicos y prácticas contractuales utilizadas por los operadores económicos en el ámbito del comercio internacional, sino también, y sobre todo, los criterios jurídicos con los que los árbitros resuelven sus controversias.

El Convenio de Roma no incluyó más que una respuesta uniforme conflictual; unifica las reglas de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, excluyendo cualquier aspecto material. El hecho de omitir toda reglamentación de aspectos sustantivos no implica, ciertamente, que carezca de determinadas orientaciones materiales. El ámbito de aplicación espacial y material, junto a las cláusulas de compatibilidad, son la clave para entender que el Convenio de Roma de 1980 constituye el sistema general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales de los Estados parte y, en cierto modo, por tanto, del Derecho de la Unión Europea. Por una parte, el Convenio tiene una aplicación universal, resultando aplicable con independencia de que la ley designada sea o no la de un Estado parte y cualquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídica (art. 2). El Convenio establece un sistema general de Derecho aplicable a las obligaciones no previsto específicamente para relaciones intracomunitarias, esto es, espacialmente vinculadas al comercio entre Estados miembros, sino que se extiende a cualquier otra operación internacional extracomunitaria, que únicamente vincule a un Estado parte con terceros Estados, incluso cuando no quede afectado el Mercado Único. La diferencia, por ejemplo, con el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia es palpable. En este sentido, el Convenio de Roma va mucho más allá de lo que exigirían las demandas institucionales, las necesidades derivadas de la construcción del Mercado Único, moviéndose en el terreno de la unificación posible o conveniente desde un punto de vista de la política de cooperación.

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

vinculados. El Convenio se aplica a las obligaciones contractuales o contratos, excluyendo las obligaciones nacidas de una fuente distinta (extracontractuales). El hecho de que contemple un régimen general justifica la amplia compatibilidad del Convenio, orientada a facilitar la especialización de las soluciones y su eventual sectorialización. De un lado, los arts. 21, 24 y 25 contemplan dicha compatibilidad con otros textos convencionales que contengan una regulación atinente al Derecho rector de los contratos internacionales. Lo propio lleva a cabo el art. 23 respecto de los Derechos nacionales internos. Por su parte, el art. 20 se apresura a establecer la primacía de las normas de Derecho internacional privado institucional (Directivas y Reglamentos) sobre el propio Convenio de Roma. Esta última solución no sólo es coherente desde la perspectiva del sistema de fuentes, sino desde un punto de vista funcional: la generalidad del Convenio de Roma es incapaz de absorber las exigencias particulares del Mercado Único respecto del régimen de Derecho privado y, por ende, de Derecho internacional privado, en sectores concretos de la contratación. Por ello es comprensible que las incoherencias de reglamentación que se han producido entre el Convenio de Roma y el Derecho derivado comunitario se incardinan precisamente en aquellos sectores de la contratación que cuentan en el propio Convenio de Roma con una reglamentación especial, en particular en el ámbito de los contratos celebrados por los consumidores.

La compatibilidad con el Derecho derivado comunitario es la razón de ser de los puntos 3º y 4º del art. 1. Quedan excluidos del Convenio de Roma los contratos de seguros que cubran riesgos situados en territorio comunitario, si bien sí se incluyen los reaseguros aun en tal caso. La razón de esta exclusión es el régimen especial de Derecho aplicable a tales contratos de seguro contenido en las Directivas 88/357/CEE y 90/619/CEE, adaptado en los arts. 107-109 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro. La compatibilidad está presente, asimismo, en las exclusiones relativas a las obligaciones cambiarias [art. 1.1º ap. c)], y a los convenios de arbitraje y de elección del foro [art. 1.1º ap. d)]. La exclusión facilita la convivencia del Convenio de Roma con el Derecho uniforme ginebrino en materia cambiaria, que rige en una parte considerable de Estados miembros de la Unión Europea, si bien la propia especificidad del régimen de circulación de los títulos-valor aconsejaba igualmente tal exclusión. Lo mismo cabe decir de los acuerdos de elección de fuero y de sumisión a arbitraje. Los primeros cuentan con una reglamentación en el propio art. 17 del Convenio de Bruselas, y en cuanto al arbitraje, los Estados parte ya participaban prácticamente en bloque de los Convenios de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras y de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional.

Resulta, sin embargo, discutible la exclusión genérica del Derecho de sociedades del art. 1.1º ap. e). Es indudable que el Convenio de Roma debía ser compatible, en este punto, con las propias normas comunitarias relativas a la política de sociedades, y que este sector del ordenamiento tiene una dimensión institucional que escapa razonablemente de un régimen de obligaciones contractuales. El problema, sin embargo, estriba en determinar el alcance de la expresión “cuestiones pertenecientes

al Derecho de sociedades” y de la relación ejemplificativa de aspectos que se contiene en el propio precepto. Menos reservas suscita la exclusión de la representación y sus efectos, que no del contrato de agencia o mandato [art.1.1º ap. f)], y la de los aspectos procesales y probatorios, secularmente sujetos a la *lex fori*. En este último caso, conviene recordar que las presunciones legales (art. 14.1.º), la *forma ad probationem* (arts. 9 y 14.2º), la prescripción y la caducidad [art.10.1º ap. d)] tienen una calificación sustantiva que implica su sujeción a las reglas previstas en el Convenio de Roma.

B) Revisión del Convenio de Roma de 1980

17. Dentro de las acciones que deben emprenderse a fin de alcanzar un mayor grado de compatibilidad entre los ordenamientos jurídicos europeos figura expresamente la revisión del Convenio de Roma de 1980. A este respecto a Comisión Europea presentó a finales de 2002 un “Libro Verde” relativo a la cuestión de si convenía transformar el Convenio de Roma de 1980 en un instrumento comunitario propiamente dicho (Reglamento o Directiva), y modernizarlo en cuanto al fondo. Al efecto el Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea (CCBE) creó un Grupo de Trabajo, cuya labor consiste en redactar las respuestas a las 20 cuestiones de diversa índole: que planteó la Comisión. Algunas de estas cuestiones hacen referencia a la conveniencia y necesidad de transformar el Convenio de Roma en instrumento comunitario, otras son de carácter más técnico, relativas a la evaluación de las normas actuales sobre la protección del consumidor y a la necesidad de normas de conflicto aplicables al arbitraje, al desplazamiento temporal, a la compensación legal, a los pagos subrogatorios, y a la oponibilidad. El plazo para el envío de observaciones finalizó en septiembre de 2003. Durante el primer encuentro, celebrado el pasado 13 de junio, el Grupo de Trabajo se mostró conforme con la propuesta de la Comisión Europea para transformar el Convenio de Roma en instrumento comunitario, y en particular, para transformarlo en un Reglamento, lo que permitiría al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretar las disposiciones del mismo.

Ciertas disposiciones son, efectivamente de difícil interpretación, por ejemplo, la noción “de manera cierta” recogida en el art. 3.1º, o el término “disposiciones imperativas” recogido en el mismo art. 3.3º así como en el art. 5.2º, lo que ha llevado a los actores económicos a ignorar el Convenio o a los Tribunales a aplicarlo de manera incorrecta basándose en sus propias normas nacionales de Derecho internacional privado. Los miembros del Grupo acordaron apoyar la actualización global del Convenio en base al principio de libre elección. Asimismo, se mostraron a favor de modificar la redacción del art. 4.2º con el objetivo de fortalecer la presunción según la cual 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. Con el fin de incrementar la coherencia en el proceso general de armonización de la legislación y los procesos legales en la UE, el Grupo propondrá tomar en cuenta las definiciones ya existentes

en el acervo comunitario, por ejemplo, a la hora de definir el desplazamiento temporal del asalariado al que hace referencia el art. 6 del Convenio. Asimismo, se ha mostrado a favor de que las disposiciones relativas a la protección del consumidor se apliquen a la legislación sobre contratos de seguros.

En la Comunidad Europea se ha apostado desde antiguo por limitar los esfuerzos unificadores al ámbito propio del Derecho internacional privado. La uniformidad la garantizaba desde hace tiempo el Convenio de Roma de 1980, que da una respuesta utilizando las técnicas propias del Derecho internacional privado. Dichas técnicas presuponen la diversidad de los “Derechos nacionales” y su función es gestionar esta diversidad mediante la adopción de normas uniformes de conflicto de leyes para determinar el Derecho aplicable a los contratos dentro de los ordenamientos “estatales” en presencia. Ahora bien, si se pretende la búsqueda de una mayor aproximación entre los Derechos sustantivos de los Estados miembros, mediante armonización o unificación, tales técnicas deben plantearse como una vía complementaria, y no como una respuesta alternativa, a otros medios que permitan garantizar un desarrollo armonioso de las relaciones jurídicas en la Unión.

18. Por descontado el Convenio de Roma ha sido un método eficaz, aunque parcial, para ofrecer una mayor seguridad jurídica a los operadores en el mercado interior. No en vano el conocimiento *a priori* de la legislación aplicable a un posible litigio y, en particular, la posibilidad de que las partes decidan la legislación por la que se regirá su contrato puede ser un instrumento eficaz para facilitar el comercio transfronterizo. Mas el empleo de técnicas propias de Derecho internacional privado en este sector tiene sus límites, toda vez que las normas imperativas del país del juez priman, en todos los casos, sobre el Derecho aplicable y, además, en ámbitos específicos como los contratos celebrados por los consumidores, el principio de la autonomía de la voluntad se ve limitado por disposiciones imperativas para garantizar la protección de los consumidores y de los trabajadores. Y por si ello fuera poco, no es extraño que se susciten confrontaciones inconciliables entre normas imperativas de las leyes de un país y normas imperativas de otro Derecho nacional y es indudable que tales controversias comportan, las más de las veces, una incidencia negativa en las transacciones transfronterizas, constituyendo un potencial obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior.

Con todo, el espíritu del Convenio ha trascendido del ámbito estrictamente comunitario pues además de inspirar la reforma de diversas legislaciones estatales (concretamente en España la Comisión General de Codificación lo ha tomado como instrumento de base para una reforma en profundidad del obsoleto art. 10.5º Cc) influyendo notablemente en ciertos instrumentos internacionales elaborados fuera del contexto comunitario como el Convenio interamericano sobre la ley aplicable a los contratos internacionales hecho en México el 17 de marzo de 1994. Y es evidente que se ha convertido en una especie de *ratio scripta* de una cierta mitología moderna en la respuesta jurídica a los problemas que comporta la contratación transfronteriza.

IV. Perspectivas abiertas por el Reglamento Roma I

20. Entre las acciones efectuadas con el fin de alcanzar un mayor grado de compatibilidad entre los ordenamientos jurídicos europeos figura expresamente la revisión del Convenio de Roma de 1980. A este respecto la Comisión Europea presentó a finales de 2002 un “Libro Verde” para transformar el el Convenio en instrumento comunitario, y en particular, para transformarlo en un Reglamento, lo que permitiría al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretar las disposiciones del mismo. Más con independencia de que este nuevo instrumento, convenientemente modificado, siga la trayectoria del Convenio, siempre estará sometido a las limitaciones de una alternativa puramente conflictual en la unificación del Derecho europeo de los contratos. Por tanto, los días del Convenio están contados al transformarse en un Reglamento comunitario, el llamado Reglamento Roma I (RRI). El proceso legislativo se inició con la presentación de la “Propuesta para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales” el 15 de diciembre de 2005³¹ redactaba en términos muy conservadores pues sus redactores eran conscientes del arraigo práctico del instrumento anterior³², lo que no excluye que el nuevo texto incorpore ciertas novedades y regule materias no tratadas por el instrumento anterior³³. El RR I contiene en su articulado una cláusula de compatibilidad referida a su relación con el Convenio de Roma de 1980. De conformidad con art. 24.1º: “El presente Reglamento sustituirá al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el presente Reglamento en virtud del art. 299 del Tratado”. El Convenio de Roma de 1980 además de en Dinamarca, continuará aplicándose y seguirá en vigor en determinados territorios comprendidos en el ámbito de aplicación territorial del instrumento convencional que gozan de un estatuto jurídico especial en la UE y que en virtud de lo dispuesto en el art. 299 TCE, no les son aplicables las disposiciones de los Tratados comunitarios o solo se les aplica parcialmente. Este es el caso de la isla de Man³⁴, de Gibraltar o de las islas Féroes³⁵, a los cuales se les aplica el Convenio de Roma de 1980 en base a unas

³¹ COM(2005) 650 final.

³² P. Mankowski, *IPRax*, 2006, p. 101.

³³ S. Leible, “La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’: Algunas observaciones sobre artículos 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.

³⁴ *Vid.* M.A. Asin Cabrera, “La extensión del ámbito de aplicación territorial del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales a la isla de Man”, *REDI*, vol. XLIX, 1997, pp. 341-345.

³⁵ El art. 27 CR que fue suprimido por el art. 2 Convenio de 18 de mayo de 1992 relativo a la adhesión de España y Portugal al Convenio de Roma de 1980, hacía referencia a la delimitación de su ámbito de aplicación territorial y, en su virtud, Dinamarca extendía el Convenio a las islas Féroes y el Reino Unido a Gibraltar. Respecto a este último territorio, *vid.* el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones

declaraciones específicas, pero a los que no se les aplica el Derecho comunitario en toda su extensión y ello incluye al RR I.

20. Sin desconocer que el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 ha sido un instrumento importante en la búsqueda de una mayor aproximación entre los Derechos sustantivos de los Estados miembros, es obvio que sus soluciones deben plantearse como una vía complementaria y no como una alternativa a los otros medios que permitan garantizar un desarrollo armonioso de las relaciones jurídicas en la Unión. Sin negar sus evidentes méritos debe insistirse en que el sistema del Convenio de Roma y el RR I, no contiene más que una respuesta uniforme conflictual. Dicho en otros términos, unifica *prima facie* las reglas de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, excluyendo cualquier aspecto material, aunque el hecho de omitir toda reglamentación de aspectos sustantivos no implica, ciertamente, que carezca de determinadas orientaciones materiales.

La determinación del ámbito de aplicación espacial y material, junto a las cláusulas de compatibilidad, han sido la clave para entender que el referido sistema constituye el marco general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales de los Estados parte y, en cierto modo, por tanto, del Derecho de la UE. No en vano se trata de un sistema *erga omnes*; esto es, posee una aplicación universal, resultando aplicable con independencia de que la ley designada sea o no la de un Estado parte y cualquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídica (art. 2). También debe destacarse el ámbito espacial de aplicación del Reglamento Roma I, puesto que, con la excepción de Dinamarca, es vinculante para todos los Estados miembros. De esta suerte rige para todas las obligaciones contractuales civiles y mercantiles “que presenten una relación con el Derecho de diferentes Estados” (art. 1.1º) con independencia de que sea el Derecho de un Estado miembro o el de un tercer Estado (art. 2); solución justificada por la referencia al Mercado Único exigida por el art. 65 TCE, que no era lógico que las medidas de la Comunidad Europea apoyadas en este precepto solamente pudiesen regular supuestos de hecho intracomunitarios, y no supuestos de hecho con una ligera relación con un tercer Estado³⁶.

Asimismo establece un régimen general de Derecho aplicable a las obligaciones no previsto específicamente para relaciones intracomunitarias, esto es, espacialmente vinculadas al comercio entre Estados miembros, sino que se extiende a cualquier otra operación internacional extracomunitaria, que únicamente vincule a un Estado parte con terceros Estados, incluso cuando no quede afectado el Mercado Único. La diferencia, por ejemplo, con el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia es palpable. En este sentido, este instrumento va mucho más allá de lo que exigirían las demandas institucionales, las necesidades derivadas de la construcción del Mercado Único, moviéndose en el

contractuales, abierta a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992, (BOE, 19-VII y 9-VIII-93. Declaración del Reino de España en relación con el art. 27 del Convenio (BOE, 8-VI-99).

³⁶ S. Leible, “La propuesta para un Reglamento..”, *loc. cit.*, p. 544.

terreno de la unificación posible o conveniente desde un punto de vista de la política de cooperación.