

ALCANCE DE LOS CONTROVERTIDOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 593/2008: PERSPECTIVA *DE LEGE* *LATA* Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

HILDA AGUILAR GRIEDER

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Huelva

Recibido: 09.10.2013 / Aceptado: 17.10.2013

Resumen: El objetivo de este estudio es analizar, tanto desde una perspectiva *de lege lata* como *de lege ferenda*, dos de los preceptos más polémicos del Reglamento “Roma I”. Por un lado, el verdadero alcance de la elección de ley consagrada por el art. 3 del Reglamento. Y, por otro lado, los diversos problemas planteados por el art. 4 del Reglamento en los supuestos de ausencia de elección de ley por las partes. De dicho precepto se desprende, por un lado, la voluntad del legislador de la UE de potenciar la previsibilidad del resultado y la especialización de las soluciones en materia de ley aplicable a los contratos internacionales. Y, por otro lado, la voluntad de reducir o limitar, aunque no de suprimir, el alcance del principio de los vínculos más estrechos en el marco del art. 4 del Reglamento. Ello justifica la mera intervención del susodicho principio como conexión de cierre del sistema, así como el alcance particularmente restrictivo de la cláusula de excepción consagrada por el referido precepto.

Palabras clave: Unión Europea; Derecho internacional privado; Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; elección de ley; ley aplicable en defecto de elección; principio de los vínculos más estrechos; cláusula de excepción; Convenio de Roma.

Abstract: The objective of this research is to examine, from a *de lege lata* and *de lege ferenda* perspective, the two most critical articles of the “Rome I” Regulation. There is, the real reach and scope of the choice of law in article 3 of the “Roma I” Regulation, and on the other the many problems posed by article 4 related to the cases that the law applicable to international contracts not chosen by the parties. Two important issues are derived from this article. Firstly the desire of the European legislator to strengthen the predictability of judicial responses and specificity to conflict resolution in the matter of the law applicable to international contracts. Secondly, there is an inclination to limit the scope, but not to suppress, the principle of the closest connection within the framework of article 4 of the Regulation. That is why article 4.4 provides a default rule which operates as a last resort, and restrictive scope of the exception clause of article 4.3 of the Rome I Regulation.

Key words: European Union; International private law; “Rome I” Regulation on the law applicable to international contracts; freedom of choice; applicable law in the absence of choice to the contract; principle of the closest connection; exception clause; Rome Convention.

Sommario: I. Amplitud del régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”. II. Alcance y límites de la autonomía conflictual en el marco del art. 3 del Reglamento “Roma I”. 1. Amplitud de la autonomía conflictual consagrada por el art. 3 del Reglamento “Roma I”. 2. Limitaciones a la autonomía conflictual consagrada por el art. 3 del Reglamento “Roma I”. III. Previsibilidad versus flexibilidad en el marco del art. 4 del Reglamento “Roma I”. 1. La voluntad del legislador europeo de potenciar la previsibilidad del resultado y la especialización de las soluciones en la ley objetivamente aplicable. 2. Alcance del principio de los vínculos más estrechos.

I. Amplitud del régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”

1. 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”¹ [en adelante, RRI])², al igual que ocurría con el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales³, prevé dos regímenes de Derecho aplicable: un régimen general y uno especial para determinados contratos internacionales. El régimen general de determinación de la ley aplicable, contemplado básicamente en los arts. 3 y 4 del RRI, opera en relación con la generalidad de los contratos internacionales, esto es, se aplica a los contratos internacionales que queden incluidos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento y que no estén sujetos al régimen especial de Derecho aplicable. El régimen general de Derecho aplicable afecta, pues, a la mayor parte de las categorías contractuales, ya que el régimen especial sigue siendo muy reducido; aunque menos que en el seno del Convenio de Roma (ámbito en el cual quedaban incluidos en dicho régimen únicamente los contratos individuales de trabajo⁴ y una parte de los contratos celebrados por los consumidores, aunque no los contratos de transporte ni los contratos de seguro [que actualmente también quedan sometidos al régimen especial]).

2. Al igual que ocurría en el marco del Convenio de Roma, en el RRI la aplicación del régimen general de Derecho aplicable parte de un presupuesto: el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación contractual. No obstante, la práctica nos muestra tipos contractuales, muy extendidos en el ámbito del comercio internacional, que pese a la existencia de una parte más débil de la relación litigiosa (al menos en la generalidad de los supuestos), quedan sujetos al régimen general de determinación de la ley aplicable. Tal es el caso, muy especialmente, de los contratos de agencia comercial, de los contratos de distribución y de los contratos de franquicia. Pese a que estas categorías contractuales se celebran entre profesionales, no por ello deja de existir una parte débil de la relación litigiosa a la que, al menos desde una perspectiva *de lege ferenda*, habría que proteger: el agente comercial, el distribuidor y el franquiciado.

Por otro lado, al régimen general de Derecho aplicable también quedan sometidos contratos, en los que además de existir una parte cuya posición negocial es claramente más débil, celebrados entre un particular y una persona que actúa en el ejercicio de su actividad comercial o profesional (“el profesional”). De hecho, el RRI, al igual que hacía el Convenio de Roma, sigue sometiendo al régimen general a muchos contratos de consumo, en concreto, a los que quedan excluidos del ámbito de aplicación material y/o espacial del régimen especial tuitivo contemplado en el art. 6 del Reglamento (el cual protege claramente al consumidor en tanto que parte débil de la relación litigiosa); y ello pese a la valoración negativa que dicha actitud suscitó durante la vigencia del Convenio de Roma y al objetivo expresamente manifestado por el mismo de reforzar la seguridad jurídica.

Al margen de lo señalado, los contratos de intermediación de seguros privados, pese a no existir un equilibrio en la posición negocial de las partes, también quedan sometidos al régimen general de Derecho aplicable contenido en el RRI⁵.

¹ Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación (I+D+I) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2011-29238), “La distribución de los seguros privados: bases para su reforma”, del que es Investigadora Principal la profesora M^a ROCÍO QUINTANS EIRAS.

² *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6. Corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2009, núm. L 309/87.

³ *DOCE*, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266; *BOE*, de 19 de julio de 1993, núm. 171; corrección de errores: *BOE*, de 9 de agosto de 1993, núm. 189. La versión consolidada del Convenio fue publicada en el *DOUE*, de 30 de diciembre de 2005, núm. C 334.

⁴ *Vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Aranzadi, 2009; *id.*, “Algunas cuestiones que plantea en DIPr. la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas”, *CDT*, 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 233-260.

⁵ La mediación de seguros privados puede llevarse a cabo, o bien, por un agente de seguros, o bien, por un corredor de seguros. La relación jurídica entre la entidad aseguradora y el agente de seguros, exclusivo o vinculado, se materializa a través de un contrato de agencia; mientras que la del cliente con el corredor de seguros a través del contrato de mediación o corretaje. A diferencia de lo que acontece con los contratos de seguro, ambas modalidades quedan sometidas al régimen general de Derecho aplicable del RRI. En relación con los problemas planteados en el referido sector, tanto en el ámbito interno como en el

Como consecuencia de todo lo señalado, nos parece digno de alabanza que el RRI haya tratado, al menos indirectamente, de hacer frente a dicha situación por medio de técnicas diversas: especialmente a través de la cláusula general de protección del Derecho de la UE, en sede del art. 3, y de algunas normas de conflicto especiales, en el marco del art. 4 del Reglamento (me estoy refiriendo, en concreto, a la norma conflictual relativa a los contratos de distribución y a la que concierne a los contratos de franquicia).

II. Alcance y límites de la autonomía conflictual en el marco del art. 3 del Reglamento “Roma I”

1. Amplitud de la autonomía conflictual consagrada por el art. 3 del Reglamento “Roma I”

3. Al igual que ocurría con el Convenio de Roma, el art. 3 del RRI consagra como criterio de conexión prioritario, para determinar la *lex contractus*, a la autonomía conflictual; lo cual implica que las partes puedan elegir la ley aplicable al contrato internacional que les une. El art. 3 del Reglamento, al igual que acontecía con el art. 3 del Convenio de Roma, confiere a las partes una amplia libertad a la hora de llevar a cabo la referida elección de ley. La extensa autonomía conflictual conferida a las partes, por los susodichos preceptos del RRI y del Convenio de Roma, está en sintonía con el pretendido presupuesto de aplicación del régimen general de Derecho aplicable (el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación contractual); así como con el principio básico en materia contractual: el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (en cualquier caso, dicho principio aparece limitado en los supuestos en los cuales una de las partes tiene una posición negocial más débil que la otra). Como vamos a poner de relieve en las siguientes líneas, la amplia autonomía de la voluntad de la cual gozan las partes en materia de contratos (al menos en la generalidad de los supuestos), en aras del principio de conciliación que ha de existir tanto en el ámbito del ordenamiento jurídico de la UE como en el seno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (entre el Derecho Internacional Privado [en adelante, DIPr.] y el Derecho privado interno que forma parte de un mismo ordenamiento jurídico), se proyecta tanto en sede de Derecho aplicable como de competencia judicial internacional.

La amplia libertad de la cual gozan las partes del contrato internacional, a la hora de elegir el Derecho aplicable al mismo, presenta diversas manifestaciones; las cuales ya existían en el marco del Convenio de Roma.

4. Por un lado, el Reglamento no requiere que exista una conexión entre el contrato internacional y el Estado cuya ley haya sido elegida por las partes para regir las controversias jurídicas que del mismo se deriven. Así, por ejemplo, en un contrato celebrado en España entre dos personas físicas, una con residencia habitual en España y otra en Francia, las partes pueden decidir someter el susodicho contrato a la ley italiana, y ello pese a que el mismo carezca de vinculación con Italia. Además, en el marco del art. 3 del RRI, tal como se desprende de su art. 2, las partes pueden someter el contrato internacional tanto a la ley de un Estado miembro como a la ley de un Estado que no pertenezca a la UE. Así, por ejemplo, en el caso que acabamos de mencionar, las partes podrían elegir, para regir el señalado contrato, tanto la ley italiana como la ley venezolana, aunque el mismo no presente ninguna vinculación ni con Italia ni con Venezuela. Esta manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes también tiene su proyección en sede de competencia judicial internacional, ya que, en el marco del Reglamento (CE) núm. 44/2001

internacional, *vid.* mi contribución en la siguiente obra colectiva: “La mediación de seguros privados desde la perspectiva del Derecho internacional privado español: problemas de ley aplicable”, en *Distribución de los seguros privados: bases para su reforma*, R. QUINTANS EIRAS (DIR^a), Aranzadi, Navarra, 2013; así como R. QUINTANS EIRAS, “Proyecto de Ley de mediación de seguros y reaseguros privados”, *Revista Española de Seguros* (en adelante, *RES*), 2005, núm. 122, pp. 287-296; *id.*, “Protección a los asegurados en contratos intermediados por mediador de seguros”, en los números monográficos editados por la *RES* con ocasión de los “25 años de la Ley de Contrato de Seguro. Experiencias y posibles modificaciones”, 2005, núms. 123-124, julio-diciembre, vol. I, pp. 445-464; *id.*, “Principales novedades de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados”, *RES*, 2006, núm. 127, pp. 543-560; *id.*, “La mediación de seguros: hacia una nueva regulación de la distribución de seguros”, en *Los Mercados Financieros*, bajo la dirección de A. Belén Campuzano/F. Coullado/R. Palomo, Tirant Lo Blanch, Dictum, Valencia, 2013, pp. 553-589.

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 (denominado Reglamento “Bruselas I”)⁶, las partes del contrato pueden elegir para dirimir la controversia suscitada, a través de la cláusula de elección de foro, a un tribunal de un Estado (que necesariamente ha de ser un Estado miembro de la Unión) que no guarde ninguna vinculación con el contrato internacional de que se trate⁷.

5. Por otro lado, de conformidad con el art. 3 del Reglamento, la elección de ley puede ser tanto expresa como tácita, esto es, puede designarse expresamente por las partes del contrato (elección expresa) o “resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” (elección implícita). El Convenio de Roma utilizaba una expresión menos contundente (“de manera cierta”), menos exigente, que la que emplea el RRI (“de manera inequívoca”); lo cual implica que, en el marco del Reglamento, la elección tácita o implícita de ley aplicable tenga un ámbito de actuación más reducido que en el Convenio de Roma⁸.

En relación con esta manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes también se aprecia una coherencia valorativa entre el RRI y el RBI. Al igual que acontece con el RRI, en el marco del RBI, la autonomía de la voluntad de las partes puede igualmente manifestarse tanto de un modo expreso (foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa [art. 23]) como tácito (foro de la sumisión tácita [art. 24]). En ambos instrumentos normativos europeos, la cláusula de elección de ley, al igual que acontece con la cláusula de elección de foro, es susceptible de aparecer contenida tanto en el propio contrato internacional como en un acuerdo independiente del mismo.

El art. 3 del RRI, al igual que su antecesor (el Convenio de Roma), no contiene una enumeración de los índices que denotan una elección tácita del Derecho aplicable al contrato⁹. No obstante, el Consi-

⁶ *DOUE*, de 16 de enero de 2001, núm. L 12; corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2001, núm. L 307; *DOUE*, de 5 de julio de 2002, núm. L 176. Dicho Reglamento (en adelante, RBI) sustituyó al Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE*, de 28 de julio de 1990, núm. C 189). El Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (denominado Reglamento “Bruselas I bis”) está destinado a sustituir, a partir del 10 de enero de 2015 (art. 81 Reglamento “Bruselas I bis”), al RBI (el cual sigue aplicándose en el momento de redacción de estas líneas): *DOUE*, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351/1. Pese a que el mismo ha entrado en vigor a los veinte días de su publicación en el *DOUE* (art. 81 Reglamento “Bruselas I bis”), tal como suele acontecer con los instrumentos normativos europeos de DIPr., la aplicación del susodicho Reglamento no va a ser inminente, mediando un plazo considerable (superior a dos años) entre su entrada en vigor y su aplicación efectiva. En relación con el largo y tortuoso proceso de elaboración del susodicho Reglamento europeo, *vid.* el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, presentado en Bruselas el 21 de abril de 2009 por la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2009) 175 final, el cual se plantea, entre otras cuestiones, la supresión de todas las medidas intermedias necesarias para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en otro Estado miembro. Un interesante estudio del Reglamento “Bruselas I bis” puede encontrarse en A. NUYS, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *RCDIP*, 2013, núm. 1, pp. 1-63.

⁷ En el marco del RBI, las partes pueden designar genéricamente, para resolver sus controversias, a los tribunales de un determinado Estado (por ejemplo, a los tribunales alemanes), o elegir específicamente a un concreto órgano jurisdiccional de un Estado (por ejemplo, a los tribunales de Munich); lo cual constituye una manifestación más, en sede de competencia judicial internacional, de la autonomía de la voluntad de las partes.

⁸ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 13ª ed., Comares, Granada, 2012, pp. 547-734, pp. 603-604, núms. 104-105, según los cuales la aludida exigencia del RRI significa “que el juez debe quedar convencido, de un modo radical, sin duda ninguna, del hecho de que las partes han elegido una concreta Ley” como *lex contractus*.

⁹ A dichos índices de elección tácita, que gozan de carácter abierto, se hizo referencia en el Informe GIULIANO/ LAGARDE, aunque con un carácter puramente ejemplificativo (*vid.* M. GIULIANO/ P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE*, de 11 de diciembre de 1992, núm. C 327/1, pp. 15-16): el comportamiento de las partes anterior y posterior a la conclusión del correspondiente contrato, las referencias en el contrato en cuestión a un determinado ordenamiento jurídico estatal, los hábitos contractuales anteriores existentes entre las partes del contrato, el comportamiento de las partes en el curso del proceso, etc. En relación con los indicios a tener en cuenta a los efectos de determinar una elección implícita de ley aplicable, en el marco del art. 3 del RRI, *vid.*, muy especialmente, P. BLANCO-MORALES LIMONES/ M. CASADO ABARQUERO/ D.M. MORENO HURTADO, “Capítulo sexto: La morosidad en las operaciones comerciales internacionales”, en *Medidas de lucha contra la morosidad*, P. BLANCO-MORALES LIMONES (DIR^a), La Ley, Madrid, 2011, pp. 389-491, pp. 414-415, los cuales recalcan que dichos indicios no pueden valorarse aisladamente; así como A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 604-605, núms. 106 y 107, según los cuales no existe una “tabla cerrada” de elementos que puedan

derando 12 del Reglamento señala que la existencia de un convenio atributivo de competencia, a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, para resolver los litigios derivados de un contrato constituye uno de los factores (sin que se especifique cuáles son dichos factores) que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si existe una elección tácita de ley¹⁰. Dicha consideración del RRI nos merece una valoración negativa¹¹, ya que la necesidad de conciliar ambos instrumentos normativos europeos (el RRI y el RBI) no debe impedir tener muy en cuenta que ambos reglamentan ámbitos diferentes: el de la ley aplicable, el primero, y el procesal (la competencia judicial internacional), el segundo. Por ello, la elección por las partes del contrato internacional de un tribunal estatal, para que conozca del correspondiente litigio, no conlleva en modo alguno la voluntad de dichas partes de someterse a la ley del Estado en el cual dicho tribunal ejerce su jurisdicción. Desde este prisma, estimo que ello no cambia por el hecho de que el contrato en cuestión presente vínculos muy estrechos (incluso los más estrechos) con dicho país, ya que dicha consideración (la de la proximidad a un concreto Estado) no puede tener cabida en el terreno de la autonomía conflictual¹². En efecto, el art. 3 del RRI (al igual que ocurría con el art. 3 del Convenio de Roma), que se basa exclusivamente en el principio de la autonomía de la voluntad, únicamente puede aplicarse cuando pueda deducirse, directa o indirectamente, una voluntad, pero no con base en factores objetivos de localización, los cuales sólo podrán tener cabida dentro del art. 4 del Reglamento. En suma, a mi modo de ver, el hecho de presentar el contrato vínculos muy estrechos con un país no significa, necesariamente, que las partes quieran someterse a la ley del susodicho país, para que regule el correspondiente contrato, si no lo han manifestado de un modo expreso (o tácito), incluso aunque las partes hayan decidido someterse exclusivamente a un tribunal que ejerza su jurisdicción en el referido Estado. De hecho, en el marco del RRI, al igual que ocurría con el Convenio de Roma, el principio de proximidad únicamente se tiene en cuenta, para determinar la ley aplicable al contrato internacional en cuestión, en el ámbito del art. 4 del Reglamento, esto es, cuando las partes no han hecho uso, ni expresa ni tácitamente, de su autonomía conflictual. Considero que este planteamiento cobra aun mayor fuerza, si cabe, en el marco del RRI, ya que, como anteriormente hemos mencionado, el susodicho Reglamento exige, en aras de reforzar la seguridad jurídica (objetivo principal del mismo), que la elección tácita de ley aplicable se derive “de manera inequívoca”, y no “de manera cierta” como ocurría en el Convenio de Roma, “de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”; lo cual implica que, en el ámbito del Reglamento, sólo pueda considerarse que existe elección tácita de ley aplicable en los supuestos en los que la voluntad de las partes del contrato, de someter el mismo a un determinado ordenamiento jurídico estatal, no admita duda alguna.

6. Al margen de lo señalado, el art. 3 del RRI ampara la modificación de la ley aplicable al contrato, ya que permite, en consonancia con la amplia autonomía de la voluntad de la cual gozan las partes en materia contractual, que las mismas puedan, en cualquier momento, decidir que el contrato

ser valorados a efectos de probar la existencia de una elección implícita de la ley aplicable al contrato, lo cual implica que el órgano jurisdiccional en cuestión tenga que analizar “todos los datos relacionados con el contrato”, aunque teniendo en cuenta el “peso de dichos datos en el supuesto específico de que se trate”.

¹⁰ En relación con dicho Considerando, la doctrina más acreditada ha puesto de relieve que, a estos efectos, las cláusulas compromisorias no pueden equipararse a las cláusulas de elección de foro: *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 2, pp. 52-133, pp. 66-67, núm. 25, el cual argumenta sólidamente las razones que justifican dicha postura.

¹¹ En cualquier caso, la Propuesta de RRI, presentada por la Comisión de la UE, era incluso más radical en lo que afecta a esta cuestión, ya que asumía la controvertida regla “*qui eligit judicem, eligit jus*”, esto es, la regla “el que elige el tribunal, elige el Derecho”; de tal modo que la elección por las partes de litigar exclusivamente ante un determinado tribunal estatal conllevaba la elección del Derecho material estatal de dicho Estado para regir el contrato en cuestión (*vid.* A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, p. 605, núm. 107, los cuales aclaran que el Considerando 12 del Reglamento se refiere tanto a los tribunales de un Estado miembro como a los de un tercer Estado).

¹² En un sentido diferente parece manifestarse M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en AAVV, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6ª ed. revisada, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-207, p. 156, núm. 168, el cual, aunque en el ámbito del art. 3 del Convenio de Roma, al enumerar ejemplos de elección tácita de ley aplicable, estima que la misma puede derivarse de “la vinculación consciente de elementos esenciales del contrato a un Derecho determinado (sin que pueda atribuirse a razones de conveniencia económica o de desarrollo de la transacción), junto con la atribución expresa por las partes de competencia exclusiva a los tribunales de ese país para dirimir sus diferencias”.

que les une se rija por una ley diferente de la que lo regulaba con anterioridad, siempre y cuando ello no perjudique a la validez formal del contrato ni a eventuales derechos de terceros; incluso aunque la ley posterior se haya elegido tácitamente por las partes y la anterior de un modo expreso. Supongamos que dos empresas, una establecida en Francia y otra en España, celebran entre sí un contrato de suministro de material informático que contiene una cláusula de elección de ley a favor de la ley alemana (ya que, como anteriormente recalamos, la ley elegida no tiene necesariamente que estar vinculada a los elementos del contrato), y que el suministrador del material informático, como consecuencia de incurrir en retrasos en el suministro, es demandado por la empresa española ante los tribunales españoles. Pues bien, en el supuesto de redactar el demandante su demanda con arreglo al Derecho español y de contestar el demandado a la misma basándose igualmente en el Derecho español, habría que entender que las partes han modificado la ley aplicable al contrato, en concreto, la previa elección de ley expresa por una elección tácita de ley, por lo que, con base en el art. 3 del Reglamento, el referido contrato internacional de suministro se regularía por la ley española y no por la ley alemana. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la referida autonomía conflictual (en su vertiente tácita) se deriva, no de la sumisión a un tribunal español, sino del hecho de redactar la demanda (el actor) y de contestar a la misma (el demandado) con arreglo a un determinado Derecho material estatal (en este caso, al Derecho material español). Esta manifestación de la autonomía conflictual, derivada de la extensa autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual, también encuentra su proyección en clave procesal, en concreto, en sede de competencia judicial internacional, ya que como es sabido, en el marco del RBI, el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita prevalece sobre el de la sumisión expresa, lo cual implica que la sumisión expresa de las partes pueda ser derogada por una posterior sumisión tácita de las mismas, esto es, que la existencia de una cláusula de elección de foro, a favor de un tribunal de un determinado Estado miembro de la UE, no impida que las partes puedan posteriormente cambiar de opinión y someterse, incluso tácitamente, a un tribunal de otro Estado miembro de la Unión en los términos previstos en los arts. 23 o 24 (según si la sumisión posterior, a un determinado tribunal de otro país de la UE, sea expresa o tácita).

7. Y, por último, el art. 3 del RRI faculta a las partes a elegir la ley aplicable a la totalidad del contrato o sólo a una parte del mismo. Por lo tanto, la elección de ley puede ser, o bien, total, o bien, parcial. En esta cuestión también existe cierta correspondencia con el RBI, ya que recordemos que, en el marco de este último, se puede recurrir a la cláusula de elección de foro para atribuir competencia, a un determinado tribunal estatal, para resolver únicamente determinados aspectos de una relación jurídica. En el ámbito del art. 3 del RRI, al igual que ocurría con el Convenio de Roma, también existe, con carácter excepcional, la posibilidad de fraccionamiento en la ley aplicable al contrato internacional, siempre y cuando ello no produzca un resultado incoherente. Tal incoherencia existiría, por ejemplo, si las partes del contrato sometiesen las obligaciones de una de ellas (vendedor, arrendador, agente comercial, etc.) al ordenamiento jurídico griego, y las obligaciones de la otra parte (comprador, arrendatario, principal, etc.) al ordenamiento jurídico belga. No obstante, se presume que las partes quieren someter todas las cuestiones de fondo del contrato internacional a un único ordenamiento jurídico estatal.

2. Limitaciones a la autonomía conflictual consagrada por el art. 3 del Reglamento “Roma I”

8. En cualquier caso, la autonomía conflictual que el art. 3 del RRI consagra, para la generalidad de los contratos internacionales, esto es, los que no están sometidos al régimen especial de Derecho aplicable, pese a su gran amplitud, está sujeta a relevantes limitaciones. En concreto, dicha autonomía conflictual está sometida a los límites siguientes.

Por una parte, la aplicación de la ley elegida por las partes va a quedar excluida en los supuestos de intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas (las cuales han sido objeto de una definición excesivamente restrictiva por el art. 9.1 del RRI) y del expediente técnico del orden público internacional (art. 21). En relación con la intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas o “leyes de policía” como límite a la autonomía de la voluntad conflictual de las partes,

es preciso sacar a colación una sentencia muy reciente: la sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013 (asunto *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV versus Navigation Maritime Bulgare* [asunto C-184-12]).

La sentencia del TJUE, en el asunto *Unamar*, tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada por la Corte de Casación belga el 20 de abril de 2012. La cuestión prejudicial planteada consistía en resolver si, habida cuenta de la calificación de los controvertidos arts. 18, 20 y 21 de la Ley belga relativa al contrato de agencia comercial de 13 de abril de 1995, conforme a dicho ordenamiento jurídico (el del foro), como disposiciones de Derecho imperativo especial en el sentido del art. 7.2 del Convenio de Roma (esto es, como “leyes de policía” o normas materiales internacionalmente imperativas), debe interpretarse que las disposiciones de Derecho imperativo especial del país del juez, que ofrecen una mayor protección que el mínimo establecido por la Directiva 86/653/CEE relativa a los agentes comerciales independientes, se apliquen también al contrato cuando resulte que la *lex contractus* sea el Derecho de otro Estado miembro de la UE (en este caso, el Derecho búlgaro [el cual fue elegido por las partes, en el propio contrato, para regir el contrato en cuestión]) en el que también se goce de la protección mínima que proporciona la Directiva de agencia. Es preciso tener en cuenta que los referidos preceptos del ordenamiento jurídico belga han llevado a cabo la transposición de los art. 17 y 18 de la Directiva de agencia comercial, los cuales constituyen el núcleo duro de la misma.

En el polémico asunto *Unamar*, el TJUE, pese a reconocer que el art. 7.2 del Convenio de Roma ha de interpretarse de un modo restrictivo en aras de “atribuir plena eficacia al principio de autonomía de la voluntad de las partes en el contrato” (Considerando 49), considera que el juez, a la hora de calificar una ley nacional como “ley de policía”, habrá de “tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su configuración general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate. Tal como ha subrayado la Comisión, así puede suceder en caso de que la transposición en el Estado del foro garantice, en virtud de la extensión del ámbito de aplicación de una Directiva o mediante la opción de un uso más amplio del margen de apreciación que ésta concede una mayor protección a los agentes comerciales en razón del interés particular que el Estado miembro atribuya a esa categoría de nacionales” (Considerando 50).

En el asunto *Unamar*, el TJUE concluyó declarando que los arts. 3 y 7.2 del Convenio de Roma deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la UE que “garantiza la protección mínima prescrita” en la Directiva de agencia comercial, “ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose a tal efecto en el carácter imperativo” que, en dicho ordenamiento jurídico, “tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas”. Pese a que dicha sentencia se refiere al Convenio de Roma (arts. 3 y 7.2), estimo que la mayor parte de sus Conclusiones son extrapolables al ámbito del Reglamento “Roma I”, ya que la propia sentencia, en su motivación, alude a la definición contenida en el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”, así como a la jurisprudencia origen de la misma (sentencia *Arblade* del TJCE de 23 de noviembre de 1999 [C-369/96 y C-376/96]), a la hora de extraer sus conclusiones (con independencia de reconocer que el Reglamento “Roma I” no resultaba aplicable *ratione temporis* al litigio principal).

Dicha sentencia del TJUE establece relevantes conclusiones en torno a la problemática relativa a la conciliación del Reglamento “Roma I” con las disposiciones materiales de la Directiva de agencia. Por un lado, la consideración de una norma como “ley de policía” no está condicionada a que la *lex contractus* (elegida por las partes del contrato de agencia comercial) sea la ley de un Estado no miembro de la Unión que, en cuanto tal, no haya transpuesto la Directiva de agencia comercial. Por otro lado, las normas internas de los Estados miembros de la Unión, que excedan del mandato contenido en una disposición imperativa de la Directiva de agencia, también pueden tener la consideración de normas materiales

internacionalmente imperativas, aunque no gocen del principio de primacía del Derecho comunitario, esto es, aunque su origen, en tal caso, sea interno y no comunitario. Y, por último, a mi modo de ver, esta sentencia es crucial a efectos de mitigar la inseguridad jurídica propiciada por la sentencia *Arblade* y, en última instancia, por la definición de “ley de policía” contenida en el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”, ya que el TJUE deja claro que las normas protectoras del agente comercial pueden tener la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas, lo cual pone indirectamente en entredicho la endeble y artificial distinción entre “normas de dirección u ordopolíticas” y “normas de protección”.

En suma, desde mi punto de vista, esta sentencia se hace eco, al menos de un modo indirecto, de la existencia, en la mayor parte de los contratos internacionales de agencia comercial, de un desequilibrio en la posición negocial de las partes contractuales. Ello obliga a buscar mecanismos o instrumentos que permitan limitar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, al menos en cierta medida, en dicha categoría contractual, la cual, como es sabido, está sujeta al régimen general de Derecho aplicable. De este modo, el TJUE pone un “parche” que mitiga los abusos que pueden existir por parte del principal con motivo de la inclusión, de los contratos de agencia comercial, en el régimen general del Convenio de Roma/ Reglamento “Roma I”. Aunque dicha actitud haya de ser aplaudida, al menos mientras no se modifique el marco normativo actualmente vigente, estimo que lo más apropiado, desde una perspectiva *de lege ferenda*, sería incorporar los contratos de agencia comercial dentro del régimen especial de determinación de la ley aplicable.

A mi juicio, dichas bases o parámetros de actuación, que se extraen de la sentencia *Unamar*, son extrapolables al ámbito de otras Directivas europeas sectoriales que, al igual que la Directiva de agencia comercial, también tengan la consideración de Directivas “de mínimos” (las cuales son muy frecuentes en el sector del consumo) y que, al igual que la Directiva de agencia comercial, persigan tanto una finalidad tuitiva (de protección de la parte débil de la relación litigiosa) como de protección del correcto funcionamiento del mercado interior.

9. Por otra parte, como anteriormente pusimos de manifiesto, las partes del contrato pueden elegir como ley rectora del mismo, o bien, a la ley de un Estado miembro, o bien, a la ley de un Estado que no forme parte de la Unión; pero no a la *lex mercatoria*. De este modo, las partes no pueden elegir como *lex contractus*, por ejemplo, a los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales¹³. La posibilidad de elegir a la *lex mercatoria* como ley rectora del contrato, aunque aparecía prevista en la Propuesta de RRI (bajo ciertos condicionamientos, ya que tenía que tratarse de reglas “reconocidas a escala internacional o comunitaria”), se excluyó finalmente del texto definitivo¹⁴. Por lo tanto, al igual que acontecía con el Convenio de Roma, la ley elegida por las partes, para regular el contrato internacional, ha de ser necesariamente una ley estatal. Así, por ejemplo, si un contrato internacional, de los sometidos al régimen general (por ejemplo, un contrato de franquicia o un contrato de suministro), contiene una cláusula que señala que el mismo queda sujeto a “los usos del sector informático y de las comunicaciones” o, más genéricamente, a “la nueva *lex mercatoria*”, tal elección de las partes no valdrá como ley rectora del referido contrato¹⁵; por lo que el mismo habrá de quedar sometido al art. 4 del Reglamento, el cual determina cuál es la ley aplicable al contrato en defecto de elección. Ello constituye una prueba fehaciente de la voluntad del legislador europeo de reforzar la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo.

¹³ El contenido de la edición del año 2004 de los Principios UNIDROIT, que introduce ciertos cambios a la primera edición de los Principios (la del año 1994), puede consultarse en AAVV, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Thomson, Aranzadi, The Global Law Collection, UNIDROIT, Roma, 2007. En relación con la concreta aplicación de los Principios UNIDROIT, *vid.* la base de datos UNILEX: www.unilex.info.

¹⁴ Por lo que se refiere a las razones que justifican la susodicha supresión, *vid.*, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2008, p. 4. *Vid.*, sin embargo, la previsión contenida en el Considerando 14 del RRI.

¹⁵ *Vid.* el Considerando 13 del RRI. Dicha cláusula no sería, pues, una cláusula de elección de ley (las cuales suponen el ejercicio de la autonomía conflictual), sino una mera cláusula de incorporación por referencia (las cuales, en cuanto que implican el ejercicio de la autonomía material en el marco de la ley estatal aplicable al contrato, de sus normas dispositivas, carecen de valor localizador).

10. Como anteriormente hemos adelantado, el RRI introduce, en el apartado 4º de su art. 3, una importante limitación a la amplia autonomía conflictual de las partes reconocida por el precepto, la cual no figuraba en el Convenio de Roma. Dicho apartado, cuyo contenido es sustancialmente idéntico al de la cláusula incorporada por el art. 14.3 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)¹⁶, consagra la llamada cláusula general de protección del Derecho de la UE¹⁷. La finalidad de la referida cláusula es evitar que se defrauden las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión, incluida la regulación imperativa contenida en las Directivas europeas elaboradas para hacer frente a las necesidades del mercado interior en determinados sectores de la contratación. A mi entender, en el régimen general de Derecho aplicable previsto en el RRI, la tendencia a la especialización de soluciones se plasma en su art. 4 a través fundamentalmente de las normas de conflicto especiales elaboradas por el legislador europeo para determinados contratos internacionales y, en cierta medida, en su art. 3 por la vía de la susodicha cláusula general.

La señalada cláusula, que constituye una de las manifestaciones más evidentes de la tendencia a la seguridad jurídica apreciable en el marco del RRI, va a operar en los supuestos en los cuales todos los elementos del contrato estén vinculados, en el momento de la elección (dicha especificación, que resuelve el problema del conflicto móvil, obedece al objetivo del Reglamento consistente en reforzar la previsibilidad o seguridad jurídica), al territorio de la UE (incluida Dinamarca [art. 1.4 del Reglamento]) y las partes hayan elegido como ley rectora del mismo a la ley de un Estado que no pertenezca a la Unión. En tal caso, dicha elección no impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho de la UE¹⁸, las cuales se aplicarán tal y como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro, esto es, por el ordenamiento jurídico del Estado en el cual el tribunal que conozca del asunto en cuestión imparta justicia. Así, por ejemplo, supongamos que nos encontramos ante un contrato internacional de agencia comercial en el que el principal está establecido en Alemania y el agente comercial tiene su residencia habitual en España y realiza su actividad profesional para el principal en nuestro país. De conformidad con el art. 3.4 del Reglamento, si se plantea una demanda ante los tribunales españoles con motivo del referido contrato (con base en el art. 5.1 del RBI), la elección por las partes de la ley de un Estado que no pertenezca a la UE (por ejemplo, de la ley californiana) no impedirá que se apliquen las disposiciones imperativas de la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes¹⁹, en el modo en que las mismas hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico español, esto es, por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia²⁰. La cláusula de protección del Derecho de la Unión no intervendría, sin embargo, si uno de los elementos del contrato está vinculado a un Estado ajeno a la UE (por ejemplo, si el principal está establecido en Marruecos o en California [como ocurría en el controvertido asunto *Ingmar*]).

¹⁶ DOUE, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/40.

¹⁷ Denominada por algún autor como “cláusula del Mercado Interior”: S. LEIBLE, “La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr*, 2006, tomo VI, pp. 541-568, pp. 553-556.

¹⁸ El Convenio de Roma no preveía una cláusula de protección del Derecho de la UE, por lo que dicho resultado (consistente en impedir que la autonomía conflictual de las partes pudiese dejar sin aplicación a las disposiciones imperativas contenidas en el Derecho comunitario), únicamente podía alcanzarse por la vía de la aplicación analógica de su art. 3.3 (partiendo de la premisa de que los contratos “intracomunitarios” tienen la consideración de internos desde el punto de vista de la Comunidad). Dicha disposición coincide sustancialmente con la prevista en el art. 3.3 del RRI (este último apartado es prácticamente idéntico al art. 14.2 del Reglamento “Roma II”), la cual está pensada para contratos puramente internos desde el punto de vista estatal (no europeo), tratando de evitar la internacionalización de los mismos por medio de una cláusula de elección de ley. En relación con la doctrina que defendía la aplicación, por la vía analógica, del art. 3.3 del Convenio de Roma a los contratos “intracomunitarios”, *vid.*, muy especialmente, O. LANDO, “The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, *CMLRev*, 1987, vol. 24, pp. 159-214, pp. 181-182; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1997, p. 274; así como S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1999, p. 73, núm. 99.

¹⁹ DOCE, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

²⁰ BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

La problemática relativa a la conciliación, de los textos generales del DIPr. de la UE con las disposiciones materiales de la Directiva de agencia, constituye el telón de fondo de la famosa y polémica sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381: Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.)²¹, así como de la anteriormente mentada sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 (asunto *Unamar*). A diferencia de lo que acontecía en el asunto *Ingmar* (en el cual la *lex contractus* que se dejaba de aplicar, con base en los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia, era la ley de un Estado no miembro de la UE [ley californiana]); en el asunto *Unamar* la *lex contractus* que se dejaba de aplicar (en este caso recurriendo a la categoría de normas materiales internacionalmente imperativas [art. 7.2 del Convenio de Roma]) era la ley de un Estado miembro que había transpuesto correctamente los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia (ley búlgara), aunque concediendo una protección inferior a la que otorgaba la ley del foro (ley belga).

11. A mi modo de ver, una de las mayores virtudes del RRI ha sido introducir la cláusula general de protección del Derecho de la UE. De este modo, se consigue proteger tanto al mercado interior (por medio de la consecución, en su seno, de unas condiciones homogéneas de competencia) como a la parte débil de la relación litigiosa, ya que estos son los dos intereses que subyacen detrás de la regulación de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación (agencia comercial, consumo, trabajo y seguros). Y, en última instancia, por medio de la referida cláusula general se consigue reforzar, tanto el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la UE (fomentando la armonía o coherencia valorativa entre los instrumentos normativos europeos), como la previsibilidad o seguridad jurídica (ya que el cumplimiento de la normativa europea no puede hacerse depender de la existencia o no de un equilibrio en la posición contractual de las partes). En relación con este último objetivo, basta recordar la elevada inseguridad jurídica creada con motivo de la aplicación analógica del art. 3.3 del Convenio de Roma a las relaciones jurídico-privadas “intracomunitarias”. No es de extrañar, dados los intereses en juego, que el concreto alcance de la mentada cláusula general haya sido objeto de una gran polémica en el proceso de elaboración del RRI. De hecho, la regulación de la misma, contenida en el texto definitivo del Reglamento, difiere sustancialmente de la contemplada en la Propuesta de RRI, la cual se caracterizaba por su elevada imprecisión²².

Sin embargo, no estoy tan conforme con el alcance de la referida cláusula general, ya que lo considero excesivamente limitado o reducido, al menos en lo que atañe a ciertos aspectos. A continuación me voy a referir a las ventajas y déficits que considero más relevantes de la actual regulación de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión. En suma, desde una perspectiva *de lege ferenda*, estimo que habría de incrementarse notablemente su alcance en los términos que voy a proceder a exponer a continuación.

Desde mi punto de vista, el déficit más importante de la actual regulación consiste en limitar su alcance o ámbito de protección a los contratos vinculados exclusivamente a ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión, es decir, a los contratos “intracomunitarios”. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, considero que sería no sólo deseable sino necesario que la mentada cláusula general afectase tanto a los contratos “intracomunitarios” como a los “extracomunitarios”, como acontecía en el marco del art. 3.5 de la Propuesta de RRI. De este modo se conseguirían, fundamentalmente, dos objetivos. Por una parte, una mayor sintonía con las “normas con incidencia en la ley aplicable” previstas por las Directivas europeas para delimitar su ámbito de aplicación espacial en determinados sectores de la contratación y, consiguientemente, una mayor conciliación en el seno del sistema jurídico de la Unión, ya que las susodichas Directivas únicamente requieren, para la aplicación de sus disposiciones

²¹ Dicha sentencia consideró que los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia, en aras de la finalidad por los mismos perseguida, eran aplicables en dicho supuesto (contrato de agencia comercial “extracomunitario”), en el cual el agente comercial, que estaba establecido en el Reino Unido, ejercía su actividad profesional en el mercado de la UE y el principal estaba establecido en un Estado no miembro de la Unión (California), cuya ley había sido elegida por las partes para regir el referido contrato. Por lo que al concreto alcance de esta trascendente sentencia se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007, especialmente pp. 74-78.

²² En relación con las ventajas y déficits de la señalada regulación, que generaba un elevado grado de inseguridad jurídica en torno a determinadas cuestiones de importancia, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 54-60.

imperativas, que exista una vinculación estrecha entre el contrato en cuestión y el área de la UE, sin que, con alguna excepción aislada, especifiquen cuándo se estima que existe tal conexión. Y, por otra parte, extendiendo el alcance de la cláusula general a los contratos “extracomunitarios” se conseguiría homogeneizar las condiciones de acceso al mercado único y, en última instancia, respetar el juego de una competencia no falseada en el mercado interior en aras de promover su correcto funcionamiento. Recordemos que el famoso asunto *Ingmar*, al que anteriormente aludimos, hacía referencia a un contrato internacional de agencia comercial “extracomunitario”; lo cual conlleva que dicho asunto hubiese quedado excluido del alcance de la cláusula general consagrada por el art. 3.4 del RRI.

Por otro lado, resultaría conveniente, a mi juicio, que su intervención no se condicionase, como ocurre en el marco de la actual regulación y como acontecía con el art. 3.5 de la Propuesta de RRI, al ejercicio por las partes contractuales de su autonomía conflictual, esto es, que la referida cláusula general pudiese operar igualmente en los supuestos de ausencia de elección de ley por las partes contratantes. En efecto, desde un enfoque *de lege ferenda*, en aras de la dualidad de intereses subyacentes detrás de las Directivas sectoriales (protección tanto del mercado interior como de la parte débil de la relación litigiosa), considero que la finalidad de la cláusula general no habría de limitarse a evitar que se defrauden las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión²³, sino que el objetivo de la misma habría de ser más amplio: la protección del Derecho de la UE, esto es, impedir la inaplicación de las referidas disposiciones imperativas en los supuestos en los que la *lex contractus* sea la ley de un Estado no miembro de la UE (lo cual ocurre con cierta frecuencia en el marco del RRI), y ello con independencia de que las partes del contrato hayan ejercitado o no su autonomía conflictual. De conformidad con este planteamiento, estimo que el art. 3 del Reglamento no es el ámbito más apropiado para regular la señalada cláusula general. Aunque en el actual marco normativo este déficit carece de trascendencia (dado que la regulación actualmente vigente únicamente alcanza a las situaciones contractuales “intracomunitarias”), no ocurriría lo mismo de seguirse la propuesta *de lege ferenda* anteriormente formulada (consistente en extender el ámbito de protección de la cláusula general a las situaciones contractuales “extracomunitarias”), ya que, en tal caso, la ley objetivamente aplicable podría ser la de un Estado no miembro de la UE.

Sin embargo, me merece una valoración positiva el hecho de que la mentada cláusula general del RRI afecte a todas las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión, ya que lo contrario, al margen de otras consideraciones, hubiese generado un nivel de inseguridad jurídica intolerable. Evidentemente, dichas disposiciones imperativas se aplicarán siempre y cuando el supuesto planteado quede incluido dentro del ámbito de aplicación material y territorial de la Directiva que contenga la regulación imperativa en cuestión. Esta última cuestión, ya de por sí, provoca una cierta dosis de inseguridad jurídica, y ello debido a que muchas Directivas europeas sectoriales, o bien, contienen normas de delimitación de su ámbito de aplicación espacial muy imprecisas (exigiendo para su aplicación que exista una vinculación estrecha con el territorio de la UE [pero sin definir cuándo se entiende que existe dicha conexión estrecha con el espacio europeo]), o bien, simplemente no las contienen (como ocurre, por ejemplo, con la anteriormente mentada Directiva de agencia)²⁴. Teniendo en cuenta este dato, es de agradecer que el legislador europeo no haya contribuido a incrementar aún más el nivel de inseguridad jurídica ya existente, al incluir dentro del ámbito de protección de la cláusula general a todas las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión. De hecho, a mi modo de ver, esta es la principal mejora que ha introducido el RRI con respecto a la Propuesta de RRI²⁵, ya que, de conformidad con el actual marco normativo, la aplicación de una Directiva europea conlleva la de todas sus disposiciones imperativas, tanto de las expresa como de las implícitamente imperativas; sin que resulte necesario justificar su aplicación en cada supuesto. Desde mi punto de vista, ello sintoniza perfectamente con la dualidad de intereses, públicos y privados, que subyacen detrás de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para adaptarse

²³ En relación con dicho objetivo tan restrictivo o específico, aunque en el marco del art. 3.5 de la Propuesta de RRI, *vid.* P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Comisión européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 2, pp. 331-349, p. 337, núm. 10.

²⁴ *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 48-53.

²⁵ La redacción del susodicho apartado generaba una elevada inseguridad jurídica en lo que se refiere al aspecto objeto de análisis: “no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario *cuando sean aplicables al caso particular*” (la cursiva es nuestra).

a las necesidades del mercado interior en determinados sectores de la contratación y, en última instancia, con el principio de conciliación del DIPr. de la UE con el Derecho europeo material.

Y, por último, en relación con la consecuencia jurídica de la cláusula de protección del Derecho de la UE, señalar que no considero adecuado que el legislador europeo, en los supuestos de intervención de la susodicha cláusula general, imponga la aplicación de la *lex fori*, esto es, de las disposiciones imperativas, del Derecho de la UE, tal como hayan sido transpuestas al ordenamiento jurídico del foro. Desde mi punto de vista, pese a que estimo un paso importante el hecho de precisar el legislador europeo el ordenamiento jurídico estatal cuyas normas internas han de recibir aplicación en los supuestos de intervención de la analizada cláusula general (en aras de alcanzar la ansiada seguridad jurídica en el seno del espacio judicial europeo)²⁶, resultaría más conveniente aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión tal como hayan sido transpuestas al ordenamiento jurídico estatal aplicable en defecto de elección de ley, ya que esta postura, pese a no resultar preferible en términos de simplicidad y de comodidad, estaría más en sintonía con los objetivos principales (reforzar la seguridad jurídica y alcanzar la conciliación con el resto del sistema jurídico de la UE) y *modus operandi* del RRI²⁷, a la par que evitaría un *forum shopping* “residual”²⁸ a favor de la aplicación de la ley de un determinado Estado miembro (de la ley del foro en lugar de la ley objetivamente aplicable al contrato internacional).

12. En suma, a mi modo de ver, de lo señalado se desprende que las razones que justifican la necesidad de limitar la autonomía conflictual, en el marco del régimen general de Derecho aplicable del RRI, son fundamentalmente las siguientes. Por un lado, es necesario limitar la autonomía conflictual en aras de la consecución de los dos objetivos perseguidos por el referido Reglamento: reforzar la seguridad jurídica y potenciar el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la UE (principio que, como hemos podido comprobar en las líneas anteriores, también está presente en las distintas manifestaciones de la autonomía conflictual permitidas por el art. 3 del Reglamento), en concreto, la coordinación o conciliación entre el DIPr. de la UE (RRI) y el Derecho europeo material (Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación). Y, por otro lado, la necesidad de limitar la autonomía conflictual surge debido a no cumplirse, en relación con todos los contratos sometidos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento, el ya mentado presupuesto de aplicación de dicho régimen: el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación contractual (así, por ejemplo, dicho presupuesto no se cumple en los contratos internacionales de agencia comercial ni en los contratos de consumo que quedan excluidos del régimen especial de Derecho aplicable). En el ámbito interno, el principio de la protección de la parte débil constituye el límite más importante a la autonomía de la voluntad de las partes (que es el principio básico en materia contractual). En aras de la necesaria conciliación que ha de existir entre el DIPr. y el Derecho privado interno de un determinado

²⁶ Recordemos que el art. 3.5 de la Propuesta de RRI guardaba silencio sobre este extremo, lo cual hubiese generado, en el supuesto de haberse plasmado esta solución en el texto definitivo, una notable inseguridad jurídica, ya que las Directivas europeas, como consecuencia de carecer de efecto directo horizontal, han de ser necesariamente transpuestas a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros; lo cual implica que haya diferencias (en ocasiones sustanciales) entre las diferentes reglamentaciones internas europeas en relación con los aspectos que son objeto de una regulación imperativa por las Directivas europeas sectoriales.

²⁷ Por lo que a los principios subyacentes a la regulación del RRI y a su materialización se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, en A.L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60, pp. 45-53; *id.*, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 19-35, pp. 24-26; así como *id.*, “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *CDT*, 2012, vol. 4, núm. 2, pp. 23-48.

²⁸ Dicha expresión la he tomado prestada de A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 617-618, núm. 138, los cuales recalcan que el espacio para un *forum shopping* residual, permitido por la referida cláusula general, “es muy limitado y de escaso alcance”. *Vid.*, igualmente, P. LAGARDE/ A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 4, pp. 727-780, pp. 737-738, núm. 10; así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, núm. 17, Madrid, 2009, pp. 151-152, núm. 112, el cual pone de relieve que al “legislador comunitario le resulta indiferente qué concreta Ley de un Estado miembro resulta aplicable al contrato (= es la llamada ‘indiferencia conflictual del Derecho comunitario’)”.

ordenamiento jurídico (estatal o europeo), ello ha de encontrar una proyección o traducción en clave conflictual o de ley aplicable; limitando la autonomía conflictual de la cual gozan las partes, en el marco del art. 3 del RRI, en los supuestos en los que una de las partes de la relación contractual se encuentre en una posición más débil que la otra.

III. Previsibilidad *versus* flexibilidad en el marco del art. 4 del Reglamento “Roma I”

1. La voluntad del legislador europeo de potenciar la previsibilidad del resultado y la especialización de las soluciones en la ley objetivamente aplicable

13. La estructura del art. 4 del RRI, que determina la ley aplicable a la generalidad de los contratos internacionales (esto es, a los que no quedan sujetos al régimen especial de Derecho aplicable) en defecto de elección por las partes de la *lex contractus* realizada de conformidad con el art. 3 del Reglamento, es muy diferente a la del art. 4 del Convenio de Roma; la cual suscitó una enorme polémica, hasta el punto de que dicho precepto fue probablemente el más polémico del susodicho texto convencional²⁹. De hecho, el art. 4 del RRI constituye una de las novedades más importantes del Reglamento.

A diferencia de lo que acontece con el RRI, el Convenio de Roma contemplaba soluciones genéricas para la inmensa mayoría de los contratos internacionales que quedaban insertos dentro de su ámbito material; estableciendo únicamente respuestas específicas para los dos contratos que eran objeto de presunciones particulares *iuris tantum* (contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble y contratos de transporte de mercancías) y para las dos categorías contractuales que formaban parte del régimen especial de Derecho aplicable: contratos celebrados por los consumidores y contratos individuales de trabajo. Por el contrario, en el RRI, la frontera existente entre el régimen general y el régimen especial de determinación de la ley aplicable se hace más difusa, ya que el mismo, aunque al igual que su antecesor también mantiene la tradicional distinción entre ambos regímenes de Derecho aplicable (general y especial), extiende la especificidad de soluciones al régimen general al incorporar en éste diversas normas de conflicto especiales.

En efecto, el apartado 1º del art. 4 del Reglamento, en aras de favorecer la previsibilidad del resultado (objetivo básico del señalado instrumento europeo) y la especialización de las soluciones, prevé distintas normas de conflicto especiales para determinados contratos internacionales que quedan sujetos al régimen general de Derecho aplicable y que se producen con frecuencia en el ámbito internacional. De conformidad con el referido apartado, los contratos internacionales de compraventa de mercaderías, de prestación de servicios, de franquicia y de distribución se rigen, respectivamente, por la ley del país de la residencia habitual del vendedor, del prestador del servicio, del franquiciado y del distribuidor. Así, por ejemplo, un contrato de concesión comercial celebrado entre un concedente, cuya administración central se encuentra en Bélgica, y un concesionario con sede en España que distribuye automóviles en España y en Portugal, se regirá, en defecto de haber pactado las partes una cláusula de elección de ley, por la ley española. En el supuesto de haber optado el legislador europeo por el criterio de conexión del mercado afectado, en relación con la referida categoría normativa, se plantearía la problemática de si aplicar la ley española o la ley portuguesa al contrato de concesión comercial en cuestión (ya que en este caso, al igual que en otros muchos, no existe un único mercado afectado); lo cual conllevaría una merma de la seguridad jurídica. Probablemente por ello el legislador de la UE ha optado por someter

²⁹ La estructura del art. 4 del Convenio de Roma “es un tanto circular, pues la regla de los vínculos más estrechos aparece tanto al principio”, en forma de cláusula general, “como al final del precepto”, en forma de cláusula de excepción: *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, 1995, p. 161, núm. 177. En concreto, el art. 4 del Convenio de Roma contenía tres presunciones de Derecho: una general (basada en la prestación característica del contrato [art. 4.2]) y dos particulares (apartados 3º y 4º). Todas las presunciones de dicho precepto operaban con carácter *iuris tantum*, esto es, admitían prueba en contrario. Tanto la presunción general como las presunciones particulares, que quedaban excluidas en los supuestos “excepcionales” en los que intervenía la cláusula de excepción consagrada en el apartado 5º del precepto, estaban encaminadas a concretar el principio general consagrado por el apartado 1º para los supuestos de ausencia de elección de ley: conexión de los vínculos más estrechos.

este tipo contractual a la ley de la residencia habitual (del distribuidor/concesionario) en lugar de a la ley del mercado afectado³⁰.

14. Los contratos de franquicia y de distribución, pese a tratarse de contratos de prestación de servicios, están sujetos a normas de conflicto concretas (Considerando 17 RRI); lo cual constituye una prueba fehaciente de la acusada especialización que presenta el actual art. 4, el cual prevé incluso un tratamiento conflictual específico para determinadas categorías contractuales controvertidas dentro de los contratos de prestación de servicios: los contratos de distribución y los contratos de franquicia. De este modo, el Reglamento resuelve los problemas interpretativos que se habían planteado, en el marco del Convenio de Roma, en relación con la determinación de la parte que realizaba la prestación característica en estas dos categorías de contratos (franquiciado/distribuidor o franquiciador/concedente o inexistencia de prestación característica); lo cual había generado una elevada inseguridad jurídica a la hora de determinar la ley aplicable a los mismos³¹. Teniendo en cuenta que los referidos contratos se plantean con frecuencia en la práctica comercial internacional, la resolución de dicha controversia por el legislador europeo era imprescindible en aras de garantizar la ansiada uniformidad de soluciones entre los Estados miembros de la UE.

En relación con los contratos internacionales de agencia comercial no se ha planteado la aludida problemática, ya que la prestación característica la lleva a cabo el agente comercial³². Por ello, estimo que los contratos de agencia comercial no quedan incluidos dentro del supuesto de hecho de la norma de conflicto más específica, esto es, de la relativa a los contratos de distribución (la cual se creó con la intención de poner fin a la problemática señalada [por lo que dicho concepto autónomo ha de interpretarse de un modo restrictivo]), sino de la referente a los contratos de prestación de servicios (con independencia de que la solución o respuesta jurídica sea la misma en ambos casos [aplicación de la ley del país en el cual el agente comercial tenga su residencia habitual, ya que en los contratos de agencia comercial el “prestador del servicio” es el agente comercial])³³.

La solución conflictual prevista por el RRI para los contratos de distribución y para los contratos de franquicia, además de reforzar la seguridad jurídica en esta materia, se centra en la parte débil de la relación litigiosa: el distribuidor y el franquiciado, lo cual implica una buena opción de política legislativa: proteger a dichas partes aplicando a la relación jurídica una ley que las mismas conocen y que les es familiar, la de su residencia habitual, es decir, la del país en el cual se encuentra su centro o círculo de intereses; lo cual implica no imponer a dichas partes el coste que la internacionalidad del contrato lleva aparejado. Dicha ley suele ser la ley del país en el cual las referidas partes (distribuidor/franquiciado) ejercen su actividad profesional, de tal modo que la ley rectora del fondo del contrato suele coincidir

³⁰ Este último criterio de conexión ha sido defendido, en cuanto ley más estrechamente vinculada a los contratos internacionales de distribución comercial (en sentido amplio), por R. BALDI, “La legge applicabile ai contratti di distribuzione e la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Foro Padano*, II, 1987, pp. 26-30, especialmente pp. 27-28, el cual, para justificar su postura, ha recurrido fundamentalmente a un análisis comparado del DIPr. de diversos países europeos.

³¹ En relación con las dificultades planteadas por la determinación de la prestación característica en relación con los contratos de distribución, en el marco del art. 4.2 del Convenio de Roma, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica (I): los contratos internacionales de distribución”, en A.L. CALVO CARAVACA/ S. AREAL LUDEÑA (Dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-369, pp. 356-369. Por lo que se refiere a los problemas suscitados, en el ámbito jurisprudencial, con motivo de la determinación de la prestación característica en los aludidos contratos internacionales, *vid.*, muy especialmente, las sentencias de la Corte de casación francesa siguientes: la de 15 de mayo de 2001 (*JDI*, 2001, vol. 128, núm. 4, pp. 1121-1123, con la nota de A. HUET, pp. 1123-1130; *RCDIP*, 2002, vol. 91, núm. 1, pp. 86-88, con la nota de P. LAGARDE, pp. 88-93); la de 25 de noviembre de 2003 (*RCDIP*, 2004, vol. 93, núm. 1, pp. 102-103, con la nota de P. LAGARDE, pp. 103-105; *JDI*, 2004, vol. 131, núm. 4, pp. 1179-1180, con la nota de M.E. ANCEL, pp. 1180-1187); así como la de 26 de septiembre de 2007 (*The European Legal Forum*, 1-2008, pp. 54-55).

³² De hecho, en dicho ámbito, la concreción de la presunción general del art. 4.2 del Convenio de Roma no planteaba ninguna controversia doctrinal, ya que, claramente, es el agente comercial la parte que realiza la prestación característica, esto es, la promoción y, en su caso, conclusión de actos u operaciones de comercio, actividad que constituye la esencia misma del objeto del contrato: *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 106-107.

³³ *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46, especialmente pp. 32-40. Por lo que se refiere a los problemas suscitados, en el ámbito del Convenio de Roma, por los referidos contratos, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, especialmente pp. 81-136.

con la ley del lugar de ejecución de la actividad de distribución, es decir, de promoción y reventa de los bienes o servicios que el fabricante le ha suministrado, en definitiva, con la ley del mercado afectado, con la ley del país que tiene el interés en evitar el juego de una competencia falseada en su propio mercado. Y ello con independencia de que dicha ley sea o no la que en mayor medida favorece sus peculiares intereses materiales. La referida postura, adoptada por el legislador de la Unión en el marco del RRI en relación con los contratos internacionales de distribución y de franquicia, no es novedosa. De hecho, con anterioridad a la elaboración del Reglamento, la misma se había defendido tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial en relación con las susodichas categorías contractuales³⁴. Al margen de lo señalado, dicha opción legislativa tuitiva se ha adoptado, como criterio de conexión subsidiario, en relación con los contratos de consumo, en los cuales existe la clara necesidad de proteger al consumidor en tanto que parte débil de la relación litigiosa³⁵. *De facto*, en los contratos celebrados por los consumidores, la necesidad de protección es mayor que en los contratos de distribución y de franquicia, ya que estos últimos, al igual que los contratos de agencia comercial, se celebran entre profesionales. Probablemente por esta razón, en el ámbito de los contratos de franquicia y de distribución, el principio tuitivo se ha expresado en términos, más que de justicia material, de justicia conflictual.

En suma, de lo señalado se desprende que, en el ámbito del RRI, el principio tuitivo ya no es exclusivo del régimen especial, ya que, aunque tímidamente, también subyace detrás del régimen general de Derecho aplicable y, muy especialmente, detrás de alguna de las normas específicas que lo conforman, en concreto, de las relativas a los contratos de distribución y a los contratos de franquicia³⁶.

15. Al margen de lo señalado, el Considerando 17 del RRI expresa igualmente, por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, que los conceptos de contratos de “compraventa de mercaderías” y de “prestación de servicios”, que constituyen el supuesto de hecho de las normas de conflicto especiales que aparecen contempladas en el apartado 1 a) y b) del art. 4 del RRI, deben de interpretarse del mismo modo que en el ámbito del apartado 1 b) del art. 5 del RBI “en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento”³⁷. Como es sabido, este último precepto contiene el foro especial de competencia judicial internacional en materia contractual (aplicable a la generalidad de los contratos internacionales). El art. 5 del RBI, en aras de alcanzar la ansiada seguridad jurídica en el seno del espacio judicial europeo, subsana la inseguridad jurídica generada por su antecesor (el art. 5.1 del CB) al establecer dos reglas especiales que matizan, más que excepcionar, la regla general. Dichas reglas especiales señalan cuál es, al menos *a priori*, el lugar del cumplimiento o ejecución de la obligación litigiosa para dos categorías contractuales muy habituales en la práctica internacional: los contratos de “compraventa de mercaderías” y los contratos de “prestación de servicios”³⁸. Ello constituye una clara manifestación de uno

³⁴ *Vid.* la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 16ª) de 28 de abril de 2000, con la nota de P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *AE-DIPr.*, 2002, Tomo II, pp. 679-682, el cual considera razonable la postura defendida por la susodicha sentencia y por la doctrina mayoritaria (tanto española como extranjera), consistente en considerar que es el concesionario o distribuidor exclusivo la parte que realiza la prestación característica en el contrato de distribución en exclusiva, y ello lo justifica en la necesaria coherencia valorativa que ha de existir entre el DIPr. y el Derecho comunitario material, el cual, en su opinión, tiene por objeto, al igual que acontece con el agente en el contrato de agencia comercial, proteger al franquiciado y al distribuidor como partes débiles de la relación contractual. En contra de dicha solución: *vid.*, P. LAGARDE, *loc. cit.*, 2006, p. 339.

³⁵ No obstante, tal como se desprende del art. 6.2 del RRI, en el marco de los contratos de consumo el principio tuitivo ha justificado una amplia limitación al ejercicio de la autonomía conflictual de las partes.

³⁶ En relación con la problemática relativa a la ley objetivamente aplicable a dichos tipos contractuales en el marco del RRI, *vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2009, pp. 19-35, especialmente pp. 33-35.

³⁷ Teniendo en cuenta que, en el marco del art. 5.1 del RBI, los contratos de agencia comercial quedan incluidos dentro de la categoría de contratos “de prestación de servicios” (*vid.*, por todos, M.E. ANCEL, “Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 3, pp. 561-579, p. 579, núm. 22), no hay duda de que los mismos pueden tener cabida dentro de la norma de conflicto especial prevista por el RRI para los referidos contratos, ya que, como anteriormente comenté, no considero que una interpretación teleológica de la norma de conflicto, prevista por el RRI para los contratos de distribución, permita incluir a los contratos de agencia comercial en su seno. No obstante, como puse de relieve en líneas anteriores, la solución va a ser la misma en uno u otro caso.

³⁸ Un análisis del concreto ámbito de aplicación del art. 5.1.b) del RBI, que recurre a un concepto autónomo de contrato de “prestación de servicios”, puede encontrarse en P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement ‘Bruxelles I’”, *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 3, pp. 675-717; así como en J.M. JAQUET, *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 2, pp.

de los principios subyacentes a la regulación del RRI: el principio de conciliación o coherencia valorativa en el seno del ordenamiento jurídico de la UE, que se traduce en la necesidad de concebir a los instrumentos normativos europeos, no como compartimentos estancos o cuerpos aislados sin conexión alguna entre ellos, sino como un todo o conjunto unitario, como textos legales complementarios entre sí. Dicha complementariedad ha de predicarse y alcanzarse, muy especialmente, en relación con el RRI y el RBI, ya que los mismos constituyen los ejes centrales del espacio judicial civil europeo³⁹.

16. Por otro lado, de conformidad con el apartado 1 c) del art. 4 del RRI, los contratos internacionales cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, o el arrendamiento de un bien inmueble, se van a regir por la ley del país de situación del bien inmueble de que se trate⁴⁰. Así, por ejemplo, dentro del ámbito de dicha norma de conflicto quedaría incluido el contrato de venta de un bien inmueble, así como el contrato de constitución de un usufructo o de una servidumbre sobre un inmueble. No obstante, el apartado 1 d) del art. 4 del Reglamento prevé una excepción, a la referida regla general, para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que cumplan cumulativamente las cuatro condiciones siguientes: que hayan sido celebrados para uso particular; por un período máximo de seis meses consecutivos; el arrendatario sea una persona física y ambas partes del contrato (arrendador y arrendatario) tengan su residencia habitual en el mismo país. En el supuesto de cumplirse dichos requisitos, el contrato de arrendamiento de un bien inmueble no se regirá por la ley del lugar de situación del bien inmueble en cuestión, sino por la ley del país de la residencia habitual del propietario del bien inmueble arrendado (que coincide con el país en el cual el arrendatario tiene su residencia habitual). Así, por ejemplo, supongamos que un sujeto francés, cuya residencia habitual se encuentra en Pau (Francia), alquila durante los meses de enero y de febrero del presente año, su casa sita en Atenas, a otro nacional francés con residencia habitual en Francia; y que el referido contrato de arrendamiento, celebrado en el susodicho país, no contiene una cláusula de elección de la ley aplicable al mismo. Pues bien, si como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte del arrendatario (que no satisface el precio del arrendamiento pactado), éste es demandado por el arrendador ante los tribunales griegos (art. 22.1 del RBI), los mismos habrían de resolver la señalada cuestión litigiosa, con base en el art. 4.1 del RRI, no con arreglo a la ley griega (lugar de situación del inmueble), sino a la francesa (ley del país de la residencia habitual del propietario y del arrendatario), que es la ley rectora del contrato de arrendamiento del susodicho bien inmueble.

De lo señalado en el párrafo anterior se desprende que, en relación con esta categoría contractual, la correlación *forum-ius* es parcial, en el sentido en que únicamente afecta a las condiciones requeridas para excepcionar o matizar la regla general, ya que aunque las condiciones exigidas por el art. 4.1.d) del RRI coinciden con las previstas en el art. 22.1 (2º párrafo) del RBI, el resultado alcanzado es distinto en sede de Derecho aplicable (ámbito en el cual la ley del lugar de situación del inmueble será sustituida por la ley del país de la residencia habitual de ambas partes contractuales [por lo que no habrá una concurrencia de leyes]) que en la esfera procesal (en la cual podrá haber lugar a una concurrencia de competencias exclusivas, a favor de órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros de la UE, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles). Pese a ello, la voluntad de conciliación del legislador de la Unión, en la referida categoría contractual, es evidente, ya que muestra una intención de apartarse, al menos parcialmente, de la *lex rei sitae* y del *forum rei sitae* en determinados supuestos en los cuales existe una estrecha vinculación con otros países, en concreto, con el país en el cual las partes tienen su domicilio (en el ámbito del RBI) o su residencia habitual (en el marco del RRI).

521-531, el cual estudia diversas sentencias de la Corte de casación francesa bajo las cuales subyace la problemática relativa a la aplicación de dicho concepto a los contratos de distribución. En opinión del profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el concepto de contrato de “prestación de servicios”, utilizado por el art. 4.1 del RRI, es un concepto autónomo que “debe interpretarse en un sentido muy amplio”, ya que “sólo de ese modo se logra un auténtico efecto útil del art. 4.1.b Reg. Roma I y se evita entrar en disquisiciones sobre cuál es la prestación característica de este contrato” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 181, núm. 139).

³⁹ *Vid.* el Considerando 7 del RRI, por virtud del cual las disposiciones del susodicho instrumento europeo han de interpretarse de un modo coherente con el RBI.

⁴⁰ En este mismo sentido, *vid.* la presunción particular *iuris tantum* prevista, para estas categorías contractuales, en el art. 4.3 del Convenio de Roma.

17. Y, por último, el art. 4.1 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 contiene, en sus epígrafes g) y h), normas de conflicto para dos tipos contractuales muy específicos y peculiares. Por un lado, para el contrato de venta de bienes mediante subasta, el cual se rige, en defecto de elección de ley, por la ley del país donde se desarrolle la subasta; siempre y cuando dicho lugar pueda determinarse⁴¹. Y, por otro lado, para 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. Los contratos celebrados en mercados financieros organizados, en los términos definidos por el Derecho europeo material, en concreto, por el art. 4.1 [punto 17] de la “Directiva 2004/39/CE”⁴², se someten, en defecto de ejercicio por las partes de su autonomía conflictual, a la ley que gobierne el correspondiente mercado (art. 4.1.h RRI)⁴³.

18. En otro orden de cosas, el art. 4 del RRI contiene, en su apartado 2º, una norma de conflicto que afecta a los contratos internacionales que quedan sujetos al régimen general de Derecho aplicable y que no están cubiertos por ninguna de las normas de conflicto especiales contempladas en el anteriormente mentado apartado 1º del precepto (así, p.e., operaría en los contratos de producción de obra audiovisual, en los de comodato y en los de precario)⁴⁴. De conformidad con dicha norma conflictual, los referidos contratos internacionales se rigen por la ley del país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. Dicho criterio de conexión no es en absoluto novedoso, ya que, en el marco del Convenio de Roma, se utilizaba como base de la presunción general *iruis tantum* a los efectos de concretar el principio (general), para determinar la ley objetivamente aplicable, de los vínculos más estrechos. Tal como aclara el Informe GIULIANO/ LAGARDE (en relación con el Convenio de Roma), la prestación característica del contrato es aquella “prestación por la que se debe el pago”, es decir, la prestación no dineraria (por ejemplo, la transferencia de la propiedad, la atribución del uso de una cosa o el suministro de un servicio); ya que es “lo que constituye el centro de gravedad y la función socioeconómica de la operación contractual”⁴⁵. Dicho criterio de conexión subsidiario también opera en los supuestos en los cuales los elementos del contrato internacional en cuestión correspondan a más de uno de los epígrafes del apartado 1º del precepto y ello lleve a soluciones inconciliables⁴⁶. El Considerando 19 del Reglamento nos aclara que, cuando el objeto de un contrato “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”. Ello introduce un cierto grado de flexibilidad en el sistema, en sus soluciones, ya que el órgano jurisdiccional tendrá, en estos supuestos, un limitado margen de discrecionalidad a la hora de determinar el “centro de gravedad” del contrato de que se trate.

19. De lo señalado en las líneas anteriores se desprende claramente que el art. 4 del RRI recurre con frecuencia al criterio de la residencia habitual, a los efectos de determinar la ley objetivamente

⁴¹ Así, por ejemplo, si la subasta tiene lugar en Milán, la *lex contractus* sería la ley italiana. Por lo que a la *ratio* de dicha norma se refiere, *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2009, p. 617.

⁴² Esta última coetilla responde al deseo del legislador europeo de conciliar el DIPr. de la UE con el Derecho europeo material y, más en concreto, con las disposiciones materiales previstas en el Derecho derivado, esto es, en Reglamentos y Directivas: *vid.* el Considerando 18 del RRI.

⁴³ En relación con las especificidades de los susodichos tipos contractuales, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 668-670; así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 187-188.

⁴⁴ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 670-681, los cuales plantean numerosos ejemplos de contratos a los que se les aplica el art. 4.2 del Reglamento, especificando cuál es la prestación característica de los mismos.

⁴⁵ *Vid.* M. GIULIANO/ P. LAGARDE, *loc. cit.*, 1992, p. 19. Lo señalado por el susodicho Informe, cuyo carácter es no vinculante, en relación con el Convenio de Roma, es extrapolable al ámbito del Reglamento en la medida en que el contenido de ambos textos coincida (art. 24.2 RRI).

⁴⁶ Por lo que a dichos problemas de calificación se refiere, *vid.* P. LAGARDE/ A. TENENBAUM, *loc. cit.*, pp. 740-741, según los cuales algunos de estos problemas, que a primera vista “parecen menos graves para los conflictos de leyes”, se han planteado en relación con la aplicación del RBI. A nuestro modo de ver, ello constituye una muestra más de la correspondencia existente entre *forum e ius*.

aplicable al contrato internacional. La seguridad jurídica exige que el Reglamento defina claramente qué se entiende, a los efectos del mismo, por residencia habitual de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas en base a un criterio único (Considerando 39 RRI). El criterio acogido para ello por el art. 19 del RRI, que se basa claramente en el art. 23 de un Reglamento europeo muy próximo en el tiempo (el Reglamento “Roma II”), ha sido el de la administración central. Ello contrasta con la solución acogida en la esfera procesal, en concreto, en sede de competencia judicial internacional, ya que, por un lado, el RBI opta por el criterio del “domicilio” (en lugar de por el de la “residencia habitual”) y, por otro lado, el art. 60.1 del RBI recurre a tres criterios, sin ni siquiera especificar la relación existente entre ellos, a la hora de definir, a los efectos del mismo, el domicilio de las sociedades u otras personas jurídicas: “sede estatutaria”; administración central”; “centro de actividad principal”.

Desde una perspectiva *de lege ferenda*, estimamos que sería deseable, en aras de alcanzar una mayor conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la UE, unificar criterios en ambas sedes (*forum e ius*). Teniendo en cuenta que uno de los principales objetivos del espacio judicial europeo es promover la seguridad jurídica, consideramos que es preferible decantarse, como hace el RRI y el Reglamento “Roma II”, por un criterio único a la hora de definir la residencia habitual/domicilio de las sociedades u otras personas jurídicas (el de la administración central).

Por otro lado, el art. 19 del RRI, al igual que el art. 23.2 del Reglamento “Roma II”, considera que, a los efectos del mismo, las personas físicas que actúen en el ejercicio de su actividad profesional tienen su residencia habitual en el lugar en el cual se encuentre su establecimiento principal. El RRI no especifica, tal vez por no considerarlo necesario, qué se entiende por residencia habitual de las personas físicas cuando éstas actúen en el ejercicio de su actividad personal. Dicho modo de actuar lo adopta igualmente el legislador europeo en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (art. 23). Y en los supuestos en los cuales el contrato se celebra en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia u otro establecimiento, o si por virtud del contrato la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia u otro establecimiento, habrá de considerarse como residencia habitual el lugar en el que esté situada la susodicha sucursal, agencia u establecimiento (art. 19.2 del Reglamento)⁴⁷. El apartado 3º del art. 19 del RRI, en aras de potenciar la previsibilidad o certeza jurídica (objetivo básico del Reglamento), previene el eventual problema del conflicto móvil, al señalar que la residencia habitual habrá de determinarse en el momento de la celebración del correspondiente contrato⁴⁸.

2. Alcance del principio de los vínculos más estrechos

20. En el marco del RRI, el principio de los vínculos más estrechos va a seguir subsistiendo, pero con un alcance mucho más reducido que el que tenía en el ámbito de su antecesor: el Convenio de Roma. En concreto, el legislador europeo ha introducido el criterio de los vínculos más estrechos, en la esfera del art. 4 del Reglamento, por dos vías distintas: como conexión de cierre del sistema y como cláusula de excepción.

21. Por un lado, el apartado 4º del art. 4 del RRI se refiere a aquellos contratos internacionales que quedan sometidos al régimen general de determinación de la ley aplicable, que no aparecen incluidos dentro del ámbito de las normas de conflicto especiales previstas en el apartado 1º del precepto y en los que no puede identificarse la prestación característica del contrato. El art. 4.4 del Reglamento se aplica, por ejemplo, a los contratos internacionales de permuta, ya que en los mismos no es posible identificar la parte que lleva a cabo la prestación característica. Dichos contratos internacionales se rigen por la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos⁴⁹. Por lo tanto, el RRI consagra,

⁴⁷ En este mismo sentido también se ha expresado el legislador europeo en el marco de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: *vid.* el art. 23.1 (2º párrafo) del Reglamento “Roma II”.

⁴⁸ Sorprende que el legislador de la Unión no contenga dicha previsión, sobre el conflicto móvil, en el art. 23 del Reglamento “Roma II”, ya que, como hemos recalcado en líneas anteriores, existe una clara correspondencia entre el art. 19 del RRI y el art. 23 del Reglamento “Roma II”.

⁴⁹ El resultado de aplicar el art. 4.4 del RRI coincide con el que se obtenía, en el marco del Convenio de Roma, a través

como conexión de cierre del sistema, el criterio de los vínculos más estrechos, el cual habrá de ser concretado, por el tribunal que conozca del asunto de que se trate, en función de las circunstancias del caso concreto. Si bien es cierto que ello introduce un cierto margen de flexibilidad en el sistema (no en cuanto a la intervención del principio de los vínculos más estrechos sino en lo que atañe a la concreción del susodicho principio en el caso concreto de que se trate), también lo es que el referido apartado interviene en última instancia, esto es, en defecto de elección expresa o tácita de ley en los términos anteriormente señalados, de norma de conflicto especial prevista por el legislador europeo y de prestación característica del contrato. Además, como el resto de los apartados contemplados en el art. 4 del Reglamento, para la intervención del apartado 4º se requiere que el contrato internacional en cuestión no quede incluido dentro del ámbito de aplicación de los arts. 5-8 del Reglamento; los cuales consagran un régimen especial de Derecho aplicable detrás del cual subyace claramente una finalidad tuitiva: la protección de la parte débil de la relación contractual. En suma, la intervención del art. 4.4 del RRI, que introduce en el sistema el principio de los vínculos más estrechos, va a ser excepcional.

22. Y, por otro lado, tal como acontecía con el Convenio de Roma, el art. 4.3 del RRI prevé una cláusula de excepción (susceptible de operar con respecto a los apartados 1º y 2º del precepto) para la generalidad de los contratos internacionales; la cual es muy similar a la consagrada por el art. 4.3 del Reglamento “Roma II” para la materia relativa a las obligaciones extracontractuales, aunque esta última es algo menos restrictiva que la anterior⁵⁰.

La cláusula de excepción prevista por el referido instrumento europeo para los contratos individuales de trabajo (art. 8.4) utiliza términos mucho menos restrictivos que la cláusula de excepción general en materia contractual consagrada por el art. 4.3 del RRI: “se desprende” y “vínculos más estrechos”. Dicha cláusula de excepción particular, que ya figuraba en el art. 6.2 del Convenio de Roma en términos prácticamente idénticos a los actuales, opera con independencia de haber realizado o no el trabajador habitualmente su trabajo en un mismo país. La misma permite, por ejemplo, dar primacía a la conexión del lugar del establecimiento contratante sobre la del lugar habitual de trabajo, así como a otras conexiones que se consideren relevantes en un caso concreto. Según el ya mentado “Libro Verde”, con base en la aludida cláusula de excepción, se podrá considerar, por ejemplo, que un contrato celebrado en Francia entre un empresario francés y un trabajador francés, para realizar un trabajo de dos años en un país africano, con una promesa, en su caso, de un nuevo empleo en Francia al expirar el contrato, se regirá, no por la ley del país de ejecución del contrato (ley del país africano), sino por la ley francesa (con la que existen los vínculos más estrechos). A mi juicio, al menos *a priori*, el extenso margen de apreciación conferido a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en esta materia, entraña el peligro de poder ser utilizada por los mismos para introducir consideraciones de índole material por esta vía (en aras de incrementar la protección del trabajador en tanto que parte débil de la relación litigiosa), lo cual desvirtuaría la propia naturaleza de la cláusula de excepción, cuya intervención únicamente puede fundamentarse en el principio de proximidad.

En cualquier caso, el potencial peligro al que acabamos de aludir no existiría a raíz del reciente fallo del TJUE. En efecto, el TJUE (Sala Tercera) ha dejado claro, en su sentencia de 12 de septiembre de 2013 (asunto *Schlecker* [C-64/12])⁵¹, que las cláusulas de excepción, con independencia del grado de flexibilidad que otorguen al órgano jurisdiccional, han de basarse necesariamente en el principio de proximidad, y no en consideraciones materiales; aunque el referido *modus operandi* perjudique el trabajador en el caso concreto de que se trate. De hecho, en el referido asunto, el TJUE consideró que el órgano jurisdiccional podía aplicar, en lugar de la ley del país de realización habitual del trabajo (incluso aunque dicho trabajo se había realizado “*de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción*”

de la aplicación de la primera parte del enunciado de su art. 4.5 para los supuestos en los que no era posible determinar la prestación característica del contrato. En estos casos, por la vía del art. 4.1, el contrato se sometía a la ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos.

⁵⁰ El art. 4.3 del RRI resalta más la excepcionalidad de la cláusula, ya que utiliza la expresión “se desprende *claramente*” (la cursiva es nuestra).

⁵¹ En relación con dicha sentencia, *vid.* el comentario de P. DE MIGUEL ASENSIO, “Principio de proximidad, cláusula de escape y protección del trabajador en la contratación internacional” (<http://www.pedrodemiguelasensio.blogspot.com/>).

en el mismo país” [durante más de once años]), la ley alemana (con la que el contrato presentaba “*un vínculo más estrecho*” [trabajadora alemana, empresa alemana, la remuneración se pagaba en marcos alemanes antes de la introducción del euro, el seguro de jubilación estaba suscrito ante un asegurador alemán, contrato de trabajo redactado en alemán que hacía referencia a disposiciones imperativas del Derecho alemán, la trabajadora había mantenido su domicilio en Alemania, las cotizaciones sociales se pagaban en Alemania y el empleador abonaba los gastos de desplazamiento de la trabajadora de Alemania a los Países Bajos]). Y ello pese a que, en dicho caso concreto, la ley alemana era menos beneficiosa para la trabajadora que la ley de los Países Bajos en relación con el asunto litigioso: la modificación unilateral del lugar de trabajo por parte del empleador (sociedad Schlecker, con domicilio en Alemania, que opera en el sector de los artículos de droguería). De la referida sentencia se desprende, claramente, que para dejar de aplicar el criterio previsto en el art. 6.2 letra a) del Convenio de Roma no es necesario que, en el caso concreto, dicho criterio carezca de un verdadero valor de vinculación, sino que es suficiente que el órgano jurisdiccional constate que el contrato de trabajo en cuestión presenta vínculos más estrechos con otro país (cuestión planteada en el Considerando 30 de la sentencia). Tal como ha puesto de manifiesto el TJUE, en el asunto Schlecker, entre “los elementos significativos de vinculación, procede, por el contrario, tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo” (Considerando 41 de la sentencia Schlecker). A pesar de que dicha sentencia se refiere a la cláusula de excepción consagrada en el art. 6.2 del Convenio de Roma, es extrapolable al ámbito del Reglamento “Roma I”, ya que el art. 8.4 del Reglamento no modifica sustancialmente el contenido del art. 6.2 del ya obsoleto Convenio de Roma.

Por otro lado, el legislador de la Unión ha consagrado, para las dos categorías contractuales incorporadas al régimen especial de Derecho aplicable por el RRI, una cláusula de excepción; la cual se expresa en términos más restrictivos que la contemplada para los contratos individuales de trabajo y menos rigurosos que la cláusula de excepción general en materia contractual. De hecho, la cláusula de excepción del art. 5.3 del Reglamento, la cual es susceptible de operar, en defecto de elección de ley, en relación con todos los contratos de transporte (ya se trate de un transporte de mercancías o de pasajeros), emplea los términos “se desprende” y “vínculos manifiestamente más estrechos”. Dicha cláusula de excepción es prácticamente idéntica a la prevista en el art. 7.2, para los contratos de seguro que cubren un gran riesgo, y en el art. 4.3 del Reglamento “Roma II” para la materia relativa a las obligaciones extracontractuales. *De facto*, estos últimos preceptos utilizan las expresiones anteriormente mentadas.

Teniendo en cuenta la existencia de cláusulas de excepción particulares para las referidas categorías contractuales, sorprende que el legislador europeo no haya previsto, tal vez por inercia (ya que ello también ocurría en el ámbito del Convenio de Roma), una cláusula de excepción específica para los contratos de consumo incluidos dentro del ámbito de aplicación del art. 6 del Reglamento (CE) 593/2008.

23. Es preciso poner de relieve que todas las cláusulas de excepción mencionadas, por su propia naturaleza y tal como se deriva expresa o implícitamente de las mismas, únicamente pueden operar cuando las partes del contrato no hayan hecho uso de su autonomía conflictual⁵².

24. Pese a que en el marco del RRI no se ha suprimido el juego de la cláusula de excepción (como pretendía la Propuesta de RRI), el art. 4.3 del Reglamento resalta más su excepcionalidad que el art. 4.5 del Convenio de Roma al añadir la expresión “manifiestamente más estrechos” y exigir que dichos vínculos se desprendan “claramente” de las circunstancias del caso⁵³. Dicha actitud del legisla-

⁵² *Vid.*, por ejemplo, el art. 15.2 de la Ley Federal Suiza sobre el DIPr. de 18 de diciembre de 1987.

⁵³ En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 683-684; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 201-203; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2008, p. 6; así como T. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EUZPR/ EuIPR. Kommentar. Rom I-VO, Rom II-VO*, Sellier, München, 2011, p. 202.

dor europeo me parece lógica teniendo en cuenta el fundamento o justificación que según el Informe GIULIANO/ LAGARDE tiene la cláusula de escape consagrada por el Convenio de Roma⁵⁴; los cuales recalcan que el otorgamiento al juzgador de un amplio margen de apreciación o de maniobra en cuanto a las circunstancias que justifican la intervención de la cláusula de escape en el ámbito del Convenio de Roma constituye “la contrapartida inevitable de una norma de conflicto de carácter general, destinada a ser aplicada a casi todas las categorías de contratos”⁵⁵.

Desde mi punto de vista, el distinto alcance que tiene la cláusula de excepción en el marco del RRI y en el del Convenio de Roma obedece a dos factores. Por un lado, a la necesidad de poner término al intenso debate, tanto doctrinal como jurisprudencial, que suscitó la cláusula de excepción en el ámbito del Convenio de Roma (sobre su aplicación flexible o restrictiva) y a la consiguiente elevada inseguridad jurídica motivada por la referida polémica⁵⁶. Dicha inseguridad jurídica se hizo más patente y peligrosa, si cabe, a raíz del famoso y controvertido asunto resuelto por el TJCE en el año 2009: *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) versus Balkenende Oosthuizen y otros*⁵⁷. Dicha sentencia del Tribunal de Luxemburgo aplicó al contrato de fletamento el Derecho material de los Países Bajos, en perjuicio de la presunción particular contenida en el art. 4.4 del Convenio de Roma para los contratos de transporte, por el mero hecho de considerar que los Países Bajos tenían una mayor conexión con el referido contrato internacional; siendo ello motivo suficiente, según el TJCE, para justificar la intervención de la cláusula de escape contenida en el art. 4.5 del Convenio de Roma (con independencia de que la ley designada presente un vínculo real con el contrato). En suma, el Tribunal de Luxemburgo ha optado, claramente, por la teoría o modelo de “presunciones débiles” (en clara oposición mantenida por el Abogado General en dicho asunto), la cual ha generado un elevado grado de inseguridad jurídica en el ámbito del Convenio de Roma. Pese a que la citada sentencia del Tribunal de Luxemburgo se dictó en el marco del Convenio de Roma, me parece peligrosa, ya que puede constituir un mal ejemplo o modelo a seguir por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión a la hora de valorar, en los casos concretos que se les presenten, el alcance de la cláusula de excepción consagrada por el RRI.

Y, por otro lado, a haber desaparecido la razón que, según el mentado Informe GIULIANO/ LAGARDE, justificaba el establecimiento de una cláusula de excepción en el marco del Convenio de Roma: el carácter extremadamente generalista de las soluciones conflictuales en el mismo previstas, aplicable a la inmensa mayoría de los tipos contractuales. En efecto, el RRI renuncia a la extrema generalidad del Convenio de Roma, a las soluciones genéricas consagradas por el mismo; apostando por una mayor especialización en las respuestas jurídicas, por una acusada especificidad en sus soluciones, ya que el Reglamento dota de un régimen específico a un número mucho más amplio de contratos internacionales; permitiendo, de este modo, tomar en consideración las particularidades que presentan determinados contratos internacionales muy extendidos en la práctica comercial internacional. De hecho, una de las peculiaridades más llamativas del RRI es que la acusada especialización que presenta no es exclusiva del régimen especial de determinación de la ley aplicable (el cual, además, abarca un mayor número de categorías contractuales en el marco de este Reglamento [contratos de transporte tanto de mercancías como de pasajeros y contratos de seguro]), sino que la extiende igualmente al régimen general de Derecho aplicable (a los contratos de compraventa de mercaderías, a los contratos de prestación de servicios [incluso, dentro de estos últimos, distingue tipos contractuales más concretos: contratos de franquicia y contratos de distribución], a tipos contractuales tan específicos como los contratos de venta de bienes mediante subasta, etc.).

⁵⁴ “Habida cuenta del carácter totalmente general de la norma de conflicto establecida en el artículo 4, que sólo autoriza excepciones en materia de contratos celebrados por los consumidores y de contratos de trabajo, pareció indispensable establecer la posibilidad de aplicar una ley distinta de aquéllas a las que se refieren las presunciones de los apartados 2, 3 y 4, siempre que resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país”.

⁵⁵ *Vid.* M. GIULIANO/ P. LAGARDE, *loc. cit.*, 1992, pp. 20-21.

⁵⁶ En relación con la señalada controversia (modelo de presunciones débiles *versus* modelo de presunciones fuertes), *vid.* W.F. MARTÍNEZ LUNA, “El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción”, *REEI*, 2012, núm. 24, pp. 1-31, pp. 7-18 (www.reei.org), así como las amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales por el mismo citadas.

⁵⁷ Sentencia del TJCE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2009, asunto C-133/08. Un interesante y crítico análisis de esta controvertida sentencia puede encontrarse en A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto *Intercontainer Interfrigo* y su repercusión en el Reglamento Roma I”, *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 302-315.

A mi modo de ver, estos dos factores conllevan la necesidad de reforzar el carácter particularmente excepcional de la cláusula consagrada por el art. 4.3 del RRI. De este modo, estimo que el legislador de la UE ha querido limitar, considerablemente, el alcance del principio de los vínculos más estrechos en el marco del art. 4 del Reglamento. Dicho objetivo lo ha logrado por dos vías distintas. Por un lado, haciendo que el principio de los vínculos más estrechos ya no intervenga como principio general que determine la ley aplicable al contrato, en defecto de elección, sino como conexión de cierre del sistema (art. 4.4). Y, por otro lado, potenciando una intervención muy restrictiva de la cláusula de excepción (por medio de los términos “se desprende claramente” y “vínculos manifiestamente más estrechos”). De lo señalado se desprende que el legislador europeo ha querido que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tengan un limitado margen de apreciación o de discrecionalidad a la hora de valorar la intervención o no, en el caso concreto, de la cláusula de excepción. Estimo que, en el marco del RRI, la intervención de la cláusula de excepción ha de condicionarse a la concurrencia de dos condiciones. Por una parte, a que la ley estatal designada por la norma de conflicto que resulte aplicable presente una vinculación muy débil con el contrato de que se trate. Y, por otra parte, a que el señalado contrato internacional presente claramente vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado. Evidentemente, la valoración de estos dos extremos ya de por sí comporta un cierto, aunque limitado, margen de discrecionalidad en el órgano jurisdiccional. Dicho margen de apreciación es muy similar al conferido por la conocida cláusula de excepción, de alcance general, consagrada por el art. 15 de la Ley Federal Suiza sobre el DIPr. de 18 de diciembre de 1987 para la generalidad de las relaciones jurídico-privadas internacionales. La señalada cláusula de excepción, al igual que la Ley especial de DIPr. que la contiene, constituye un acertado modelo a seguir, tanto por los legisladores estatales como por el legislador convencional o europeo, en la redacción de las susodichas cláusulas.

25. En otro orden de cosas, pese a que el art. 4.3 del RRI no especifica a quién corresponde probar que el contrato presenta claramente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, estimo que, en aras de dejar un determinado margen de discrecionalidad al órgano jurisdiccional, en el marco del art. 4 del Reglamento, la susodicha prueba puede llevarse a cabo tanto por la parte interesada como por el propio juez. En cualquier caso, esta cuestión la considero muy discutible y controvertida, ya que, aunque el apartado analizado no impone que la carga de la prueba corresponda a la parte interesada, la intervención de la cláusula de excepción ha de producirse únicamente en supuestos muy excepcionales. No obstante, no considero que esta particular excepcionalidad de la cláusula se oponga al hecho de que el juez pueda probar, en esos supuestos excepcionales, la aplicación de la referida cláusula; siempre y cuando ello lo motive suficientemente⁵⁸.

26. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, considero que el legislador de la Unión no ha de suprimir la cláusula de excepción (como pretendía hacer la Propuesta de RRI), ya que la misma introduce un cierto, y a mi juicio necesario, grado de flexibilidad en el sistema; aunque sí limitar, en gran medida, su eventual intervención. En concreto, en aras de no dañar la seguridad jurídica y la uniformidad que ha de presidir la aplicación de un texto tan trascendente como es el RRI, el legislador europeo, y transitoriamente el TJUE (el cual, como es sabido, goza de competencia para interpretar las disposiciones del RRI), debiera potenciar o reforzar aún más la excepcionalidad de la cláusula expresándose en los términos ya señalados. Teniendo en cuenta lo señalado, me parece más correcta la denominación de “cláusula de excepción”, al menos para el art. 4.3 del RRI, que la de “cláusula de escape”⁵⁹; ya que esta última terminología parece inducir a pensar en una interpretación y aplicación más flexible de la referida cláusula que permita “escapar” con mayor facilidad a la solución conflictual prevista para la

⁵⁸ En relación con las dos teorías o posturas existentes en torno a la señalada problemática, *vid.* W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, pp. 26-27, así como las referencias doctrinales por el mismo citadas.

⁵⁹ Esta última denominación ha sido utilizada, por ejemplo, por el Considerando 20 del RRI. Muy crítica con la expresión “cláusula de escape”, que el mencionado Considerando utiliza, se ha mostrado E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 134.

correspondiente categoría contractual (como ocurría en el marco del Convenio de Roma); mientras que la expresión “cláusula de excepción” resalta su carácter particularmente excepcional.

27. Al margen de lo señalado, tal como ponen de relieve los Considerandos 20 y 21 del Reglamento 593/2008, a los efectos de sus apartados 3º y 4º, para determinar el país con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos, habrá de tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato internacional en cuestión presenta una relación muy estrecha con otro/-os contrato/-os. De este modo, el legislador de la Unión ha pretendido compaginar o compatibilizar la flexibilidad, que imprime en el sistema tanto la conexión de los vínculos más estrechos (conexión de cierre del mismo) como la cláusula de excepción, con el ansiado objetivo de previsibilidad o seguridad jurídica que el RRI persigue. En cualquier caso, tal como ponen de manifiesto los susodichos Considerandos, la relación existente con otro u otros contratos es uno de los factores que habrán de tenerse en cuenta, por lo que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen un cierto margen de apreciación a la hora de la concreción del país con el que el contrato internacional en cuestión presenta los vínculos más estrechos.