

**LEY APLICABLE A LOS**  
**CONTRATOS**  
**INTERNACIONALES:**  
**REGULACIÓN ESPECIAL DE**  
**LOS**  
**CONTRATOS DE CONSUMO Y**  
**SEGURO**

**Curso Especialista en Derecho del Comercio Internacional**  
**UNED/ UPV**  
**Curso 2013-2014**

**Elvira Gonzalo González**  
**Tutora: Mónica Guzmán**

# ÍNDICE

- 1.- ANTECEDENTES: CONVENIO DE ROMA DE 1980
  - 1.1.- Introducción
  - 1.2.- Caracteres básicos del Convenio de Roma
  - 1.3.- Normas de aplicación en el Convenio de Roma
  - 1.4.- Interpretación del CR y función interpretativa del Reglamento Roma I
  - 1.5.- Ámbitos de aplicación del Convenio de Roma
  - 1.6.- Transformación del Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea
- 2.- LEY APLICABLE AL CONTRATO: ELECCIÓN DE LEY
  - 2.1.- Autonomía de la Voluntad conflictual
  - 2.2.-Autonomía de la Voluntad material, “la incorporación por referencia”
  - 2.3.- Condiciones en la elección de Ley
  - 2.4.- Problemas discutidos doctrinalmente en orden a la validez de la elección de Ley
  - 2.5.- Posibilidades de las partes en la elección de Ley
- 3.- LEY APLICABLE AL CONTRATO EN DEFECTO DE ELECCIÓN. PUNTOS DE CONEXIÓN
  - 3.1.- Antecedentes: El sistema del art´. 4 del Convenio de Roma de 1980
  - 3.2.- Presunciones generales y especiales en el Convenio de Roma
    - 3.2.1.- El artículo 4 CR y el Principio de Proximidad
    - 3.2.2.- Presunción general: residencia habitual del prestador característico.
    - 3.2.3.- Prestación característica: determinación, identificación y fundamento. La teoría de la prestación característica.
    - 3.2.4.- Críticas a la presunción general: crítica política y crítica interna.
    - 3.2.5.- Presunciones especiales
    - 3.2.6.- Breve mención a “la cláusula de cierre” y a “la cláusula de escape o excepción”
  - 3.3.- Problemas causados por el artículo 4 del Convenio de Roma
- 4.- CUESTIONES REGULADAS POR LA *LEX CONTRACTUS*
  - 4.1.- Existencia y validez del contrato
  - 4.2.- Fuerza obligatoria del contrato
  - 4.3.- Sujetos obligados
  - 4.4.- Licitud de las cláusulas

- 4.5.- Cumplimiento, cumplimiento parcial e incumplimiento
- 4.6.- Extinción de las obligaciones
- 4.7.- Presunciones legales y carga de la prueba
- 4.8.- Cuestiones excluidas de la Ley del contrato.
- 4.9.- Contrato internacional y normas internacionalmente imperativas
  - 4.9.1.- Normas internacionalmente imperativas del país cuyos tribunales conocen del asunto( art. 7.2.CR)
  - 4.9.2.- Normas internacionalmente imperativas de un tercer Estado ( art. 7.1.CR)
- 5.- EL NUEVO ARTÍCULO 4 DEL REGLAMENTO DE ROMA. CARACTERES
  - 5.1.- Estructura del artículo 4 del Reg. Roma I
  - 5.2.- Preferencia del legislador por normas de conflicto rígidas
  - 5.3.- Reducción drástica del relieve en la “*Teoría de la prestación característica*”
  - 5.4.- Reducción drástica del relieve del “ *Principio de Proximidad*”
- 6.- LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN. LOS OCHO CONTRATOS DEL ARTÍCULO 4.1 REGLAMENTO ROMA I
- 7.- CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO: Competencia judicial internacional y Derecho aplicable
  - 7.1.- Intervención del consumidor en la evolución del mercado
  - 7.2.- Competencia judicial internacional. Reglamento 44/2001
    - 7.2.1.- Los foros de protección del consumidor en el Reglamento 44/2001
  - 7.3.- Ley aplicable: Regulación en el art. 5 del Convenio de Roma: Protección del consumidor
    - 7.3.1.- Condiciones materiales de aplicación del art. 5 CR
    - 7.3.2.- Condiciones espaciales de aplicación del art. 5 CR
    - 7.3.3.- Ley aplicable y Derecho Internacional Comunitario
      - 7.3.3.1.- Contratos de consumo no cubiertos por el art. 5 CR y consecuencias negativas de la exclusión
      - 7.3.3.2.- Reacción de las directivas comunitarias en el Convenio y en el Reglamento Roma I
      - 7.3.3.3.- Breve análisis de las principales Directivas aplicables al contrato del consumo ( Protección del consumidor activo)
      - 7.3.3.4.- Precisión del vínculo estrecho con la UE: varias interpretaciones
  - 7.4.- Regulación en el Reglamento de Roma I, artículo 6: Protección del consumidor

- 7.4.1.- Condiciones materiales de aplicación del art. 6 RR I: Principio general y contratos excluidos
- 7.4.2.- Condiciones subjetivas de aplicación del art. 6 RR I
- 7.4.3.- Condiciones espaciales de aplicación del art. 6 RR I
- 7.4.4.- Ley aplicable al contrato de consumo: Puntos de conexión
- 7.4.5.- Régimen de elección de la Ley aplicable por las partes
- 7.4.6.- Ley aplicable a la forma del contrato concluido por consumidores
- 7.4.7.- Imposibilidad de aplicar el artículo 9 Reg. Roma I a los contratos de consumidores
- 7.5.- Contratos internacionales de *Timesharing*. Regulación en el Convenio de Roma y posterior regulación en el Reglamento de Roma I
  - 7.5.1.- Competencia judicial y foros de protección.
  - 7.5.2.- Ley aplicable
    - 7.5.2.1.- Régimen jurídico material de la Directiva 94/47/CE
    - 7.5.2.2.- Críticas a las reglas de DIPr establecidas en la Directiva
  - 7.5.3.- Nuevo enfoque del art.6 RR I sobre los contratos Time-Sharing
- 8. CONTRATOS INTERNACIONALES DE SEGURO: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE
  - 8.1.- Introducción y problemas de competencia judicial internacional
  - 8.2.- Competencia judicial internacional en el contrato de seguro internacional
    - 8.2.1.- Tribunales para conocer de la demanda contra el asegurador
    - 8.2.2.- Tribunales para conocer de la demanda entre un asegurador y los demás aseguradores
    - 8.2.3.- Tribunales para conocer de la demanda contra el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario
    - 8.2.4.- Pacto de sumisión expresa por las partes
    - 8.2.5.- Reglamento 44/2001 y sumisión tácita en materia de seguros
    - 8.2.6.- Normas de producción interna y competencia judicial internacional en materia de seguros.
  - 8.3.- Derecho aplicable al contrato de seguro internacional
    - 8.3.1.- Aspectos generales y problemas de derecho aplicable
    - 8.3.2.- La localización del riesgo
    - 8.3.3.- Tipos de contrato en función de la localización del riesgo

- 8.3.3.1.- Contratos que cubren riesgos extracomunitarios
  - 8.3.3.2.- Contratos que cubren riesgos dentro de la Unión
  - 8.3.3.2.1.- Ley aplicable a los seguros distintos de los de vida
  - 8.3.3.2.2.- Ley aplicable a los seguros de vida: problemas no resueltos por el art. 108 LCS y normas internacionalmente imperativas sobre el contrato de seguro.
  - 8.3.4.- Disciplina especial del reaseguro.
  - 8.3.4.1.- Competencia judicial internacional en el reaseguro
  - 8.3.4.2.- Ley aplicable al contrato de reaseguro
9. CONCLUSIONES GENERALES
10. BIBLIOGRAFÍA

## **LA LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN POR LAS PARTES:REGLAMENTO ROMA**

- **ANTECEDENTES : CONVENIO DE ROMA DE 1980.**

### **1.1.Introducción**

El Convenio de Roma de 1980 fue uno de los instrumentos convencionales más importantes respecto a la unificación de normas de DIPr, incluso más allá del estricto ámbito de la UE, ya que tuvo influencia en diferentes cuerpos legales de terceros países, incluso de Derecho uniforme regional.

Dicho Convenio regulaba de una forma novedosa y práctica cómo resolver el conflicto de leyes atendiendo a los tres principios superiores del comercio internacional basados en la autonomía de la voluntad, el principio de proximidad, y la protección a la parte débil del contrato. Este cuerpo jurídico de Derecho internacional privado complementaba el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la Competencia Judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En ese momento la Unión Europea ya disponía de un cuerpo legal que unificara los aspectos referentes a competencia judicial internacional en materia de obligaciones contractuales, sin embargo no contaba con un instrumento jurídico que agrupara las diferentes disposiciones relativas a la Ley aplicable al contrato internacional. De esta manera los jueces de los diferentes Estados Miembros determinaban su

competencia o incompetencia judicial internacional mediante el Convenio de Bruselas y tras ello, al no existir un instrumento jurídico unificado en materia de ley aplicable, el juez nacional que se había declarado competente conforme al Convenio de Bruselas, acudía a su ley de DIPr interna para establecer cual sería finalmente la Ley que regularía dicho contrato internacional, independientemente de que pudiera estar mucho más vinculado a las disposiciones del ordenamiento jurídico de otro Estado. Siendo así, el objetivo principal de las partes se convirtió en situar el conflicto de que se tratase en el tribunal del país donde las leyes de DIPr, designaran como ley aplicable aquella más favorable a sus intereses, con la consecuente inseguridad jurídica que esto produce, es lo que conocemos como “*forum shopping*”.

Es en este contexto en el que nace el Convenio de Roma, con el objetivo de lograr una mayor seguridad jurídica y dotar de equilibrio a la libertad entre las partes.

## **1.2.-Caracteres básicos del Convenio de Roma.**

Desde el 1 de septiembre de 1993, la Ley aplicable a los contratos internacionales se determina, en DIPr español, con arreglo al Convenio de Roma de 19 de junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales ( CR). Los diferentes caracteres del Convenio podrían concretarse en los siguientes:

1.º) **Se trata de un “Convenio Comunitario”**: Pese a no tratarse en términos estrictos de Derechos Comunitario, puesto que entonces la UE no tenía competencia para crear Directivas y Reglamentos que permitieran una unificación de las normas de conflicto de los diferentes Estados, sí que está intrínsecamente vinculado al Derecho comunitario. Son varias las razones que afirman una innegable conexión con el Derecho de la Unión. En primer lugar, se trata de un contrato que nació vinculado al Convenio de Bruselas, que a su vez derivaba del Artículo 220 del Tratado de Roma, posteriormente el Artículo 293 del TCE. En segundo lugar, tan sólo podía estar conformado por países miembros de la UE de acuerdo con el Artículo 28.1 del CR. Vinculación que también se aprecia en el Artículo 20 CR al establecerse la coordinación del mismo con diferentes instrumentos comunitarios de la UE.

Varios aspectos son importantes: (a) Su objetivo es lograr la seguridad jurídica de la contratación internacional como elemento que sirva para potenciar el mercado interior, ( b) fue un Convenio elaborado por los Estados Miembros y sólo éstos pueden ser partes del

mismo. Éste Convenio está hoy vigente en todos los Estados de la UE, y ha sido modificado en aspectos no sustanciales por los sucesivos Convenios de adhesión al Convenio de Roma de los Estados Miembros.

2.º) **Es un Convenio “erga omnes”**: Se trata de un Convenio de carácter universal y que se aplica con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes, de la Ley designada por el Convenio ( artículo 2 CR) que puede ser la Ley de un Estado no parte en el Convenio, y de cualquier otra circunstancia, como el lugar de ejecución del contrato , lugar de celebración del mismo, etc.. De este modo cuando el Convenio resulte aplicable al contrato en cuestión las normas españolas de DIPr internas no serán aplicables, exceptuando los escasos contratos internacionales excluidos por el Convenio de Roma de su ámbito de aplicación material.

En España, las normas relativas a contratos internacionales contenidas en el Código Civil no fueron modificadas ni derogadas cuando tuvo lugar la ratificación del CR, sin embargo la primacía del Convenio sobre el Código Civil ha dado lugar al desplazamiento de dichas normas.

3.º) **El Convenio de Roma evita el “Forum Shopping”**: como ya se ha explicado en la breve introducción anterior, este Convenio establece una serie de normas de conflicto uniformes, iguales para todos los Estados Miembros en materia de contratos internacionales. Como consecuencia, la Ley aplicable será siempre la misma, sea cual sea el Tribunal que conozca del caso , cuando se trate del tribunal de un Estado parte en el Convenio de Roma.( G.R. Delaume, M.Caffi).

4.º) **El Convenio de Roma constituye un microsistema jurídico**: Además de contener normas de conflicto que determinan la Ley aplicable al contrato, contiene otras “normas de aplicación” que resuelven los problemas que pudieran surgir en la aplicación de las normas de conflicto, reenvío, orden público internacional , etc. De modo que no se da la necesidad de acudir al artículo 12 Cc para solucionar dichos problemas.

5.º) **Contiene normas de conflicto uniformes**: Como se ha dicho anteriormente, contiene normas de conflicto que señalan cual es la Ley aplicable, pero no contiene “normas materiales” sobre los contratos internacionales.

6.º) **Se aplica de oficio**: El Convenio no precisa ser alegado por las partes, "iura novit curia".

7.º) **Cede ante otras normas especiales**: en este apartado han de mencionarse varios

situaciones:

a) Las disposiciones de derecho comunitario, así como legislaciones armonizadas (por ejemplo, para los contratos de consumo y seguro), que contienen normas de conflicto sobre contratos específicos, prevalecen sobre el Convenio de Roma; b) Las normas de conflicto de un Estado parte que regulan una categoría determinada de contratos también prevalecen sobre el Convenio de Roma, siempre que sigan el procedimiento del artículo 23 CR; c) En el caso de concurrir con Convenios Internacionales que regulen contratos internacionales, se aplicará aquel Convenio que consagre su propia primacía (art. 21 CR).

Si no existe contradicción, es decir, si no se perjudican entre sí los diferentes Convenios internacionales a aplicar, lo más frecuente será que el juez tenga presentes los principios rectores comunes a los Convenios en conflicto para decidir qué Convenio cumple mejor con dicho principio, y será ese el que se aplique. (A. GIARDINA, G. SACERDOTT).

### **1.3.-Normas de aplicación en el Convenio de Roma.**

1.º) Reenvío: El artículo 15 CR prohíbe expresamente el *reenvío*. Será aplicable al contrato en todo caso, la Ley material designada por las normas de conflicto del Convenio de Roma, ya sea la de un Estado parte del Convenio, o la de un tercer país (H. Gaudemet-Tallon). Así se defiende la elección de las partes, y cuando ésta no se de, se protege el *Principio de Proximidad*, asegurando la aplicación de la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato. (P. Kaye).

2.º) Orden público internacional: No se aplicará una disposición de la Ley designada por el Convenio de Roma cuando sea *manifiestamente incompatible con el orden público del foro* (artículo 16 CR). Para que se evite esa aplicación de la Ley designada por las normas de conflicto del Convenio es necesario: 1) Que haya contradicción, en un caso concreto, entre la aplicación de ciertas disposiciones de la Ley del contrato y los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto; 2) Que tenga lugar una vulneración clara y manifiesta de los principios fundamentales del Derecho del foro.

El orden público internacional presenta un carácter excepcional: se debe aplicar e interpretar de manera restrictiva. También cabe la posibilidad de un orden público parcial, de modo que



se apliquen ciertas disposiciones de Derecho extranjero y otras no. Es típica la intervención del orden público internacional, contra Leyes extranjeras que permiten la total exoneración de responsabilidad de una de las partes, o que establecen acciones imprescriptibles, así como Leyes que restringen el comercio o la competencia..

Si interviene la excepción de orden público, el Convenio no establece qué Ley debe regir el contrato. Se recurrirá a la Ley del país más estrechamente conectado al contrato ( principio básico del Convenio de Roma) y, en último caso, se aplicará la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto.(*Lex fori*)

**3.º)** Remisión a sistemas plurilegislativos: El Convenio de Roma indica en su artículo 19 que “ *cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales y cada una de ellas tenga sus propias normas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país para la determinación de la Ley aplicable según el presente Convenio*”. Se trata de una cláusula de remisión directa.

#### **1.4.-Interpretación del Convenio de Roma y su función interpretativa del Reglamento Roma I**

El Convenio de Roma ha de interpretarse de un modo uniforme y autónomo en todos los Estados que sean parte. Cada una de sus normas y conceptos deben tener “significación propia”( artículo 18 CR) con independencia de lo que establezca el Derecho nacional de cada Estado parte.( M.GIULIANO/ P. LAGARDE, D. MARTINY).

Una interpretación uniforme del Convenio garantizará la previsibilidad de la Ley aplicable, otorgando de esta manera mayor seguridad jurídica. Interpretación que será posible mediante los siguientes cauces:

1.º) Deberán tenerse en cuenta las diferentes reglas propias de interpretación de los Convenios Internacionales , establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como los objetivos del Convenio y los Principios Generales de Derecho comunes de los Derechos de los Estados partes en la materia.

2.º) Se ha atribuido al TJCE la *interpretación vinculante* del Convenio. Así queda previsto en dos Protocolos *ad hoc* firmados en Bruselas el 19 de diciembre de 1988, que entraron en

vigor el 1 de agosto 2004. En España pueden plantear un recurso prejudicial de interpretación del Convenio de Roma, el Tribunal Supremo y los órganos jurisdiccionales que conocen en apelación.

3.º) Habrá de tenerse en cuenta el Informe Oficial preparado por los profesores M.GIULIANO y P.LAGARDE, que desarrolla una función capital en la interpretación del Convenio, que es básicamente una *interpretación semi-auténtica* del Convenio.

En cuanto a la función interpretativa que tiene en relación con el Reglamento Roma I, hay que precisar que éste último toma como base gran parte de las disposiciones del Convenio, y por ello es el principal referente interpretativo del Reglamento, pudiendo utilizarse para ello la jurisprudencia del TJUE, la jurisprudencia de los diferentes Estados parte, así como el informe oficial de los profesores GIULIANO Y LAGARDE mencionado en el punto anterior; la interpretación de dicho informe podemos verla claramente en la sentencia *Iran Continental Shelf Oil Co V IRI International Corp*, dónde fue utilizado para interpretar el artículo 3 del Convenio, o en el caso *Ennstone Building Products Ltda v Stanger*, utilizado como guía interpretativa del artículo 4.2 del Convenio de Roma.

Hay que destacar que todas aquellas referencias que hacen los distintos instrumentos normativos de la UE y las normas internas de cada Estado Miembro han de entenderse hechas al Reglamento Roma I desde su entrada en vigor.

### **1.5.-Ámbitos de aplicación del Convenio de Roma:**

1.º) **Ámbito de aplicación espacial:** El Convenio se aplica en todo el territorio de los Estados partes en el Convenio. Cada Estado define o precisa, conforme a las reglas de Derecho Internacional Público, que espacios se consideran territorio del mismo. Asimismo, cada Estado puede extender la aplicación del Convenio de Roma a aquellos territorios cuyas relaciones internacionales asume. Así, el Reino Unido señaló que el Convenio se aplicará en Gibraltar y en la Isla de Man ( BOE NÚM.162 de 8 de julio 1995).

2.º) **Ámbito de aplicación temporal:** Se trata de un Convenio irretroactivo ( artículo 17 CR). Es decir, sólo es aplicado a aquellos contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor en el Estado de que se trate. En España, se aplicará a los celebrados con posterioridad al 1 de septiembre de 1993. Todos los contratos internacionales anteriores se regirán por la Ley que

se determine con arreglo al artículo 10.5 C.c, y concordantes.

3.º)Ámbito de aplicación personal: Al ser un Convenio de carácter universal se aplica con independencia del domicilio, residencia o nacionalidad de las partes, de la Ley designada por el Convenio ( artículo 2 CR), que puede ser la de un Estado no parte en el Convenio, y de cualquier otra circunstancia, como por ejemplo, el lugar de celebración del contrato, etc.

4.º)Ámbito de aplicación material: El Convenio de Roma se aplica para señalar la Ley aplicable a las “*obligaciones contractuales*”, pero sólo en “*los supuestos internacionales*” ( artículo 1.1 CR).

El Convenio designará, por tanto la Ley aplicable, siempre que se trate de obligaciones surgidas del contrato, con las excepciones expresamente excluidas en el artículo 1.2 del Convenio. Se aplica a obligaciones derivadas de contratos civiles, mercantiles, onerosos, gratuitos, típicos y atípicos. No regulará entonces a obligaciones no contractuales o que nazcan como consecuencia de la voluntad de una sola parte.

El Convenio señala en sus artículos 1.2 y 3 determinadas “obligaciones contractuales” que disponen de regulación propia y que quedan excluidas de la aplicación del Convenio. Materias como el estado civil y capacidad de las personas, otras obligaciones surgidas de testamentos , las sucesiones, obligaciones surgidas como consecuencia de letras de cambio, cheques o pagarés, los Convenios de arbitraje y de elección de foro ( reguladas por el Reglamento 44/2001 y LOPJ) y cuestiones pertenecientes al Derecho de Sociedades, asociaciones y personas jurídicas.

Respecto al carácter de internacionalidad del contrato: se aplica exclusivamente en situaciones que impliquen un conflicto de leyes. Para la mayor parte de la doctrina, ( LAGARDE, G.R. DELAUME, P.LALIVE, O.LANDO) existe un conflicto de Leyes, cuándo surge la duda de qué Derecho debe regir el contrato, lo cual surge cuando es dicha situación concurren uno o varios elementos de extranjería, sean cuales sean y con independencia de su naturaleza, intensidad o relevancia. Es decir, la presencia de un “elemento extranjero” hace surgir la duda sobre el Derecho que debe regular el contrato, que es lo que provoca ese conflicto de Leyes y dónde e Convenio señala la Ley aplicable a esos contratos, que pueden ser “objetivamente internacionales”, cuyos elementos están vinculados con Estados distintos; contratos “relativamente internacionales”, dónde la totalidad de

elementos están conectados con un país determinado, pero que se plantean ante Tribunales de otro país, y por último aquellos contratos en los que el único elemento internacional es la elección de un Derecho extranjero. Aunque éstos tienen una regulación específica, artículo 3.3CR).

Sin embargo, el Convenio no se aplica a los contratos que plantean problemas de Derecho interregional (J.A.PÉREZ BEVIÁ). La aplicación del Convenio de Roma a este tipo de conflictos será potestativa por parte del Estado interesado ( artículo 19.2 CR). En España, estos supuesto se resuelven con arreglo al Código Civil, a diferencia del legislador británico que sí ha optado por aplicar el Convenio a estos casos interregionales.

### **1.6.-Transformación del Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea**

Las ventajas de dicha transformación fueron claras, se consiguió una mayor coherencia en la política legislativa de la Unión Europea en materia de DIPr, asimismo la competencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea promovió una aplicación uniforme del nuevo Reglamento que regula la ley aplicable a los contratos internacionales desde el momento de su entrada en vigor ya que “automáticamente” tiene competencia para interpretar sus disposiciones. Circunstancia que otorga la seguridad jurídica y garantiza que no se presentarán los problemas interpretativos del Convenio de Roma.

Por último, destaca como otra de sus ventajas la facilidad que proporcionó a la hora de aplicar de forma uniforme las normas de conflicto en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea, no siendo necesario celebrar convenios de adhesión por separado como en el pasado.

Como bien sabemos, el Reglamento es un instrumento jurídico por su vigencia inmediata, su aplicación directamente aplicable en todos los Estados miembros, de alcance general y obligatorio en todos sus elementos. Caracteres que conllevan uniformidad de sus normas sin necesidad de intervención de ningún otro órgano legislativo nacional u otra intervención Estatal que pretenda obstaculizar la aplicación del mismo, siendo igualmente obligatorio en todos los Estados.

### **2.LEY APLICABLE AL CONTRATO: Elección de la ley.**

## **2.1.- Autonomía de la voluntad Conflictual**

El Convenio de Roma emplea *puntos de conexión en cascada*, de modo que la Ley aplicable al contrato será:

- 1.º) La Ley elegida por las partes en las condiciones del artículo 3 CR
- 2.º) A falta de elección de Ley por los contratantes, o si tal elección no es válida, se aplicará la Ley del país indicada por las presunciones del artículo 4, apartados 2 a 4.
- 3.º) En circunstancias excepcionales, las presunciones no operan y el contrato se rige por la Ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos ( artículo 4.5 CR).

Para señalar la Ley aplicable a las obligaciones contractuales internacionales , el Convenio obliga a señalar la Ley aplicable *contrato por contrato*. Cada contrato tiene su propia Ley reguladora. Fijada de manera separa e independiente. Sólo en ciertas ocasiones, el Convenio autoriza la determinación de la Ley aplicable en relación con *cuestiones concretas o partes* del contrato.

La Ley del contrato ( *Lex Contractus*) cumple tres funciones ( P.DE MIGUEL ASENSIO), que son: dotar de fuerza vinculante al acuerdo de voluntades entre dos contratantes y fija las condiciones de su propia existencia; marcar los límites de los pactos que se pudieran acordar , así como de las condiciones o cláusulas que se tengan por convenientes; y proporcionar la regulación del contrato a falta de previsión por las partes y los criterios de interpretación del contrato.

Como dispone el artículo 3.3.I. CR: “ *Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”. Por tanto, el primer punto de conexión para determinar la Ley del contrato es la *autonomía conflictual*, que es el derecho subjetivo, del que disponen los contratantes, , consistente en poder elegir la Ley que regula el contrato en el que participan.

## **2.2.-Autonomía de la voluntad material, “la incorporación por referencia”**

La autonomía de la voluntad conflictual es distinta de la autonomía de la voluntad material.

Datos a tener en cuenta:

- La autonomía de la voluntad material consiste en la posibilidad de que disponen los contratantes de establecer pactos o cláusulas en el contrato que regulan aspectos concretos de la dinámica contractual, pero respetando los límites fijados por un concreto ordenamiento jurídico ( STS 19 diciembre 1930). Por ello, los algunos contratos hacen referencia a determinadas “normas jurídicas”, lo que no significa que se trate de una elección de Ley, sino que son disposiciones concretas de tales Leyes que se incorporan al contrato por voluntad de las partes ( J.M.JACQUET). Es lo que se conoce como “incorporación por referencia”.
- El valor legal jurídico de estos materiales es claro. Las normas incorporadas al contrato son pactos privados entre las partes, es decir, “cláusulas materiales del contrato”, que se aplican en la medida que la Ley reguladora del contrato así lo permita. Y así lo confirma el Tribunal Supremo cuando se refiere al valor jurídico de las Reglas y Usos uniformes relativos a los créditos documentarios elaborados por la CCI.
- En ocasiones , resulta complicado distinguir entre “elección de Ley” e “incorporación por referencia”. El Convenio exige que la elección de la Ley sea clara, y en los casos en que haya duda se entenderá que la cláusula es una “incorporación por referencia” y no una “ elección de Ley ”.
- Los contratantes podrán incorporar al contrato distintos materiales; como disposiciones de un Convenio Internacional, que no son *per se* aplicable al contrato; disposiciones pertenecientes a condiciones generales de contratación; usos, cláusulas y prácticas comerciales típicas de la contratación internacional; referencias generales realizadas por las partes a la *Nueva Lex Mercatoria* o a los usos del comercio internacional; normas concretas de un derecho estatal específico, etc. CARRASCOSA

Dos razones principales son las que justifican la “autonomía de la voluntad conflictual” como punto de conexión:

- *La seguridad jurídica preventiva*: al quedar fijado el Derecho estatal que regula el contrato mediante la elección de Ley del contrato, las partes podrán adaptar su comportamiento a dicha regulación y evitar así futuras controversias que obliguen a

decidir al juez sobre la Ley aplicable.

- *Realización de los intereses materiales de las partes*: de esta manera las Partes gozan de la posibilidad de someter su relación jurídica al Derecho que mas les favorezca. Se trata de un punto de conexión materialmente orientado.

### **2.3.-Ley aplicable al contrato: Elección de Ley.CONDICIONES**

Para que la elección de la Ley del contrato sea válida, debe cumplir ciertos requisitos:

1.º) *Claridad de elección de la Ley*: la elección de la Ley ha de ser clara e inequívoca, cierta y no presunta ni tampoco hipotética. No se trata de determinar la Ley que las Partes “habrían elegido” en el caso de un conflicto de leyes; sino que se trata de aplicar la Ley que efectivamente han elegido las Partes concretas en relación con un contrato en concreto.

Sin embargo el Convenio admite como elecciones ciertas de Ley aplicable las siguientes: a.) Elección expresa en el mismo contrato o en otro documento, normalmente por escrito. Suele ser típico incluir una cláusula referente a la Ley aplicable en el mismo contrato.

b.) Elección implícita de la Ley del contrato, siempre que resulte “de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. En este caso no consta expresamente la Ley aplicable porque se parte de la base de que el contrato ya queda sujeto a un Derecho por voluntad de los contratantes. Ejemplos clásicos son las referencias hechas a “la legislación local vigente” o la cláusula que indique que el contrato se regirá por la Ley del país ante cuyos Tribunales se presenta la demanda y conocerán del asunto. En estos casos será relevante toda la información que revele la voluntad de las Partes sobre la elección de una Ley determinada.( A.CASSIS, M.FRIGESSI DI RATTALMA, P.KAYE, K.F.BECKEN). Por ejemplo, será relevante la utilización de un tipo de contrato propio de un ordenamiento específico, o la sumisión a una determinada Ley de los contratos anteriores concluidos entre las mismas partes, comportamiento conforme a una ley determinada, etc.

No obstante, hay otros elementos que no son aptos *per se* , como por ejemplo , el lugar de celebración y ejecución del contrato, tribunal o árbitros competentes, etc. ( D.MARTINY).

2.º) Elección de una “Ley estatal”: las Partes podrán elegir la Ley que consideren más conveniente, pero ésta deberá ser la Ley del Estado( G.KEGEL, F.FERRARI, P.LAGARDE). El Convenio no admite:

- El contrato “sin Ley” o contrato autorregulado, que es un contrato muy preciso en todos sus elementos, que pretende ser autosuficiente, con intención de sustraer al contrato de toda ley estatal.

- El contrato sometido exclusivamente a ordenamientos no estatales, como la *Nueva Lex Mercatoria*, Reglamentos de Organizaciones Comerciales Internacionales, Derecho Internacional Público, etc.

- El contrato sometido a *referencias jurídicas vagas*, como los Principios Generales del Derecho, principios jurídicos comunes a varios ordenamientos o la buena fe contractual.

- El contrato provisto de *cláusulas de estabilización*: se trata de cláusulas que indican que la Ley elegida por las partes no está sujeta a posibles cambios legislativos por el legislador. Son cláusulas frecuentes en los “contratos de Estado”, en las cuales se trata de evitar que el Estado contratante altere su legislación para obtener ventajas contractuales. ( N.DAVID, MENGEL, W.PETER, O.SANDROCK). En definitiva, son cláusulas que provocan la *petrificación* de la Ley aplicable y consecuentemente conducen a un *contrato sin ley* ( autorregulado). La ley aplicable se determinará de acuerdo al artículo 4 CR y los contenidos legales *petrificados* conservarán su validez como meras cláusulas del contrato, en la medida que lo permita la *Lex Contractus*, es decir, serán considerados como pactos privados, haciendo depender su validez de lo que disponga la Ley del contrato.

Cabe mencionar aquí un problema específico que surge en relación con los *Principios Unidroit 1994*, que presentan una alta perfección técnica, y una calidad suficiente para regular un contrato o al menos algunas de sus cuestiones; y por ello deberá diferenciarse el tratamiento dado a una remisión a dichos Principios de una remisión hecha a referencias vagas y generales realizadas por los contratantes.

Cabe afirmar que el Convenio de Roma incurre en una *laguna axiológica*, ya que no rechaza la posibilidad de un contrato sujeto a los Principios Unidroit 1994, pero tampoco contempló tal posibilidad al tiempo de elaboración del Convenio ya que tales Principios aún no existían.



De este modo, el resultado sería que los contratantes sólo puede elegir *Leyes estatales* y también *conjuntos normativos que tengan calidad jurídica suficiente*. Todas las carencias que presenten dichos Principios serán integradas con la Ley aplicable al contrato en defecto de elección a través del artículo 4 CR.

3.º) Carácter “negocial”: la elección de Ley del contrato (*pactum de lege utenda*) es un negocio separado del contrato internacional cuya Ley reguladora designa (J.FOYER, A.TOUBIANA). El Convenio de Roma exige que el negocio de elección de la Ley del contrato sea *válido* y para ello requiere varias condiciones: a.) *Condiciones de fondo* establecidas por el mismo Convenio, como puede ser una elección clara, expresa o implícita; una elección parcial o un posible cambio de ley ; b.) *Condiciones de existencia y validez* del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable ( vicios que afectan al consentimiento, como error, dolo o violencia). Dichas condiciones se rigen por la Ley elegida por las partes en el mismo pacto cuya validez se cuestiona ( artículo 3.4 CR), la Ley “hipotéticamente elegida por las partes” ( J.FOYER) ; c.) *Condiciones de forma* del pacto de elección de Ley, que ha de ajustarse a las Leyes designadas por el artículo 9 CR y por último d.) *Condiciones de capacidad* para elegir la Ley aplicable, que se regirán por la Ley nacional de cada parte ( artículo 9.1 Cc), ya que el Convenio no se ocupa de estas cuestiones.

#### **2.4.-Problemas discutidos por la doctrina en orden a la validez de la elección de Ley**

a.) El primero de ellos versa acerca de la validez o nulidad de la elección de una Ley que anula el contrato: como dispone el artículo 8 del Convenio de Roma, la Ley elegida por las partes rige el contrato, determina su existencia y validez, por ello, el contrato será nulo si las partes han elegido una Ley estatal que invalide el contrato ( J.M.JACQUET). Algunos autores consideran que la elección de una Ley que invalida el contrato vulnera el principio de autonomía de la voluntad en su esencia, y por esa razón se decantan por estimar nula la elección de la Ley del contrato, manteniendo el contrato a toda costa, a pesar de resultar nulo conforme a la Ley elegida.

b.) El segundo plantea la validez de una Ley extranjera en relación con un contrato cuyos elementos se vinculan únicamente con un país, es decir, contratos internos: éste es el caso del contrato objetivamente nacional, al cual es aplicable el artículo 3.3 CR. Dicho precepto propone como solución que la Ley del contrato sea la elegida, pero se aplican al contrato necesariamente las disposiciones imperativas de la Ley del país con el que el contrato está

objetivamente vinculado ( P. LAGARDE).

## **2.5.-Elección de la ley. Posibilidades de las partes.**

El Convenio de Roma acoge con amplitud el principio de autonomía conflictual ofreciendo distintas posibilidades a las partes a la hora de elegir la Ley que rige su contrato.

Posibilidades:

1.) Elección múltiple o parcial de la Ley del contrato( *dépeçage del contrato*). El artículo 3.1 CR ofrece dos posibilidades: a.) Los contratantes podrán elegir, expresa o tácitamente, la Ley aplicable sólo a una parte del contrato ( *dépeçage parcial*), de manera que el resto del contrato se regula por la Ley designada por el artículo 4 CR( P. LAGARDE); b.) Los contratantes pueden elegir, expresa o tácitamente, varias Leyes estatales aplicables a diferentes partes del contrato ( *dépeçage completo*). Se entiende por “*parte*” del contrato una sección del mismo con autonomía jurídica y económica, como por ejemplo, las cláusulas de garantía, de responsabilidad contractual, cláusulas de fuerza mayor, etc... No obstante el *dépeçage* del contrato deberá respetar dos límites: la coherencia del mismo y la aplicación de las normas internacionalmente imperativas previstas en el artículo 7 del Convenio de Roma.

- 2.) Elección de Leyes sin vinculación con el contrato: los contratantes podrán designar como Ley del contrato la Ley estatal que estimen más adecuada. No hace falta que presente un “contacto” con el contrato, no cabe hablar de un posible fraude de Ley en el Convenio de Roma ( B.AUDIT). El Tribunal Supremo siempre fue de esa opinión, incluso antes del Convenio de Roma y artículo 10.5 Cc: STS 9 marzo 1872, STS 20 marzo 1877).

- 3.)Momento de la elección de la Ley del contrato: Los contratantes podrán elegir la Ley aplicable al contrato en cualquier momento, anterior, contemporáneo o posterior a la conclusión del mismo. Incluso, podrán elegirla en el curso de un litigio ante los tribunales ( H.SCHACK), lo que es frecuente. Asimismo, las partes pueden modificar la elección hecha en primer lugar , por una segunda Ley o incluso cancelar la elección de ley realizada ( STS julio 1988), y la nueva Ley se aplicará retroactivamente al contrato( P.LAGARDE). En este caso encontraremos otros dos límites: a.) la Ley elegida no podrá provocar la invalidez

formal del contrato si éste era válido respecto a la forma con arreglo a la ley que lo regía anteriormente y b.) la designación posterior de la Ley aplicable no podrá perjudicar los derechos de terceros.

- Como consecuencia de esa opción de cambio de la Ley aplicable surgen las “**cláusulas flotantes**” de elección de Ley (*Floating Choice of Law Clauses*), que son aquellas que concretan la Ley aplicable en un momento posterior a la celebración del mismo. Se trata de cláusulas válidas en relación con el Convenio de Roma y pueden ser de varios tipos, como por ejemplo la *elección de ley condicionada*, dónde al verificarse un determinado suceso, el contrato queda automáticamente regulado por una Ley distinta; o también cuando el contrato cuenta con una cláusula que prevé dos o más foros o la aplicación de la correspondiente *Lex fori*. Las cláusulas flotantes suelen ser muy típicas en contratos de seguro, contratos marítimos, contratos de trabajo, etc.

### **3.LEY APLICABLE AL CONTRATO EN DEFECTO DE ELECCIÓN.PUNTOS DE CONEXIÓN**

#### **3.1.- Antecedentes. El sistema del artículo 4 del Convenio de Roma de 1980:**

La Ley aplicable a los contratos internacionales, en defecto de elección, se determinaba en el Convenio de Roma a través de un sistema de puntos de conexión que operaba de “forma circular”:

- 1º) El contrato quedaba sujeto a la Ley del país con la que presentaba los vínculos más estrechos ( artículo 4.1 CR);
- 2º) El artículo 4.2-4 CR contenía una serie de presunciones que ayudaban al juez a precisar cuál era ese país con el que el contrato presentaba los vínculos más estrechos. Un ejemplo típico, era presumir que presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que debía realizar las prestación característica, tenía a la celebración del contrato, su residencia habitual o domicilio social para las personas jurídicas (artículo 4.2 CR);
- 3º) Las presunciones recogidas en los artículos 4.2, 3 y 4 CR podían ser descartadas, si de conjunto de circunstancias, resultaba que el contrato presentaba vínculos más estrechos con otro país, caso en el que el contrato debía regirse por la Ley de ese otro país ( artículo 4.5 CR).

#### **3.2.- Presunciones Generales y especiales en el Convenio de Roma**

A falta de elección por las partes ( falta de consenso, elección no válida, etc), la Ley

reguladora del contrato se fija mediante el artículo 4 CR. Este precepto emplea una serie de “presunciones” que constituyen la primera solución para la determinación de la Ley del contrato a falta de elección. Se trata de presunciones *iuris tantum*, por lo que cabe escapar de las mismas.

### **3.2.1.- El artículo 4 CR y el Principio de Proximidad**

A falta de elección o en caso de elección no válida por las partes el artículo 4 CR indica lo siguiente:

- 1.- El contrato se rige por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos ( art 4.1CR)
- 2.- Se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde tiene su residencia habitual la parte del contrato que debe proporcionar “la prestación característica” del contrato.
- 3.- Se presume que el contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, presenta los vínculos más estrechos con el país en el que se encuentra situado el inmueble ( artículo 4.3 CR).
- 4.-Se presume que el contrato de transporte de mercancías está más vinculado con el país de establecimiento principal del transportista si dicho país coincide con el país del lugar de carga o de descarga o de establecimiento principal del expedidor.
- 5.- Las presunciones recogidas en el artículo 4.2, 3 y 4 CR no opera cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. La presunción recogida en el artículo 4.2 CR no se aplica cuando no pueda determinarse la prestación característica.

### **3.2.2.- Presunción general: residencial habitual del prestador característico**

Varias precisiones son necesarias aquí: 1.) La *residencia habitual* es un concepto fáctico que deberá perfilarse de modo autónomo, no conforme a los derechos nacionales sino como un

concepto propio del Convenio de Roma.

2.) Si el prestador característico es una persona jurídica se tendrá en cuenta el lugar de su administración central o establecimiento principal.

3.) Para evitar problemas de conflicto móvil, deberá concretarse al tiempo de celebración del contrato.

### **3.2.3.- Prestación característica: determinación, identificación y fundamento**

El concepto de prestación característica del contrato ha sido tomado por el Convenio de Roma del Derecho Internacional privado suizo ( F.VISCHER, A.F.SCHNITZER, I.DE WINTER).

La prestación característica es aquella que distingue un tipo contractual de otros. Los contratos internacionales son en su mayoría sinalagmáticos y consisten en el intercambio simple de “una cosa o actividad por dinero” (*Pecuniary Principle*). Según el Informe GIULIANO/ LAGARDE, la prestación característica es la prestación por la que se debe el pago, la que individualiza el contrato, la prestación no dineraria. El ejemplo más típico es la “entrega de la cosa” en la compraventa.

Para fijar la prestación característica se debe partir de un análisis de categoría o tipo contractual de que se trate ( compraventa, agencia, leasing, etc.) y no de las circunstancias fácticas del contrato en cuestión . Sin embargo, el artículo 4 CR no especifica cuál es esa prestación característica en los diferentes tipos de contratos, al contrario de otras Leyes de DIPr europeas, como la Ley suiza de 1987.

Aquellos contratos en los que ambas partes asumen obligaciones de hacer, hacer o dar, y que por tanto no responden a un “intercambio simple de cosa o actividad por dinero” carecen de prestación característica y en ellos no puede operar el artículo 4.2 CR, como por ejemplo, en los contratos de distribución.

Hay discrepancia a la hora de determinar a quien corresponde la prestación característica. Así como los tribunales italianos y franceses defienden que corresponde al “concedente”; los belgas opinan que corresponde al “distribuidor”. Ambos se equivocan en sus apreciaciones,

pues se trata de un contrato que carece de prestación característica por no responder a un esquema de “intercambio básico de cosa o actividad por dinero”.( Sent. Cour Cassation Francia 25 noviembre 2003)

Por el contrario, existen un grupo de contratos en los que la identificación de la prestación característica resulta sencilla, siendo siempre esta la “prestación no dineraria”

- *-Contratos unilaterales:* En la donación , por ejemplo, donde la prestación característica es la entrega de la cosa por el donante.

- *-Contratos bilaterales y sinalagmáticos en los que se intercambia por dinero una cosa o servicio:* compraventa, agencia, arrendamientos, etc.

- *-Contratos que implican un intercambio de prestaciones de la misma naturaleza:* El contrato de préstamo; donde la prestación característica es la entrega del principal por el prestamista, es aquella prestación realizada como producto financiero.

- *-Contratos atípicos:* En estos contratos las partes se encargan de diseñar el contrato, pues no responden a un esquema legalmente configurado. Puede que carezcan como tal de prestación característica si no responde a un esquema de intercambio de cosa o servicio por dinero.

- *-Contratos complejos:* Formados habitualmente por una mezcla de elementos de contratos típicos pero que tampoco responden a un esquema simple de intercambio de cosa o servicio por dinero; por tanto carecen de prestación característica : transporte multimodal, Joint Venture Factoring..

- ***La teoría de la Prestación característica***

- Esta teoría obedece fundamentalmente a una sola razón: privilegiar, la posición jurídica del profesional de la contratación internacional, es decir, pretende premiar al contratante que

afronta más gastos y obligaciones onerosas para poder ofrecer al mercado los bienes y servicios ( O.LANDO, M.MAGAGNI). Es la parte que más arriesga( F. VISCHER), ya que es quién realiza una inversión para mantener una estructura empresarial y poder llevar a cabo su actividad.

- Aplicando la “Ley de la empresa”, ésta podrá reducir costes y así beneficiar también a sus clientes bajando los precios, incentivar la producción de bienes y servicios y redundar en beneficio de toda la sociedad. Varios datos denotan este privilegio, tanto por la presunción general del artículo 4.2 CR, que ofrece al empresario la posibilidad de aplicar su propia Ley; como por la standarización jurídica de la contratación internacional, que hace que el empresario pueda contratar quedando sujeto siempre a la misma Ley, sin depender de la Ley de cada importador.

- Dicha presunción está justificada cuando opera entre un profesional de la contratación internacional, como prestador característico y su cliente, como sujeto no profesional de la contratación internacional, y por tanto no deberá operar en determinados supuestos en los que no se justifica el privilegiar esa posición jurídica del profesional, como por ejemplo en contratos celebrados entre dos profesionales de la contratación internacional. En estos contratos elegir la Ley del país de la sede del prestador característico, no es sino una solución arbitrario, no hay justificación para privilegiar al vendedor en detrimento del comprador pues ambos arriesgan lo mismo. La solución en estos casos será la de aplicar la Ley del país más vinculado al contrato, escapando de la presunción general y activando la cláusula de escape del artículo 4.5 CR.

- **3.2.4.- Críticas a la presunción general: crítica política y crítica interna.**

- La primera de ellas, basa su crítica fundamentalmente en el hecho de que esta tesis refuerza la posición del contratante fuerte, es decir, principalmente de empresas exportadoras de países industrializados, perjudicando a empresas importadoras del tercer mundo. ( M.FRIGO, H.U.JESSURUN D'OLIVEIRA). Asimismo refuerza la posición de grandes empresas frente al contratante minorista.

- La segunda viene a decirnos que la presunción basada en la prestación característica no es de gran utilidad hoy en día, ya que en la contratación internacional actual la mayoría de los

contratos son atípicos, complejos o mixtos y carecen de prestación característica. Además, como ya hemos visto antes, hay contratos en los que la presunción no debe operar por no estar justificada.

### **3.2.5.-Presunciones especiales**

**a).**- Presunción especial del artículo 4.3 CR para los contratos sobre bienes inmuebles, en los que se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde se halla el inmueble. Es una solución que trata de favorecer que el contrato y los derechos reales derivados del mismo queden sujetos a la misma ley estatal.

Sin embargo, esta presunción no se aplica a contratos de construcción o reparación de inmuebles, donde la Ley aplicable será la del país de residencia del prestador característico, es decir, quien lleva a cabo los trabajos. (*Informe GIULIANO/LAGARDE*).

**b).**- Presunción especial del artículo 4.4 CR para los contratos de transporte de mercancías; en éstos se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde el transportista posee su establecimiento principal en el momento de conclusión del contrato, si dicho país coincide con aquél en el que está situado el lugar de carga y descarga y el establecimiento del expedidor. Por transportista se debe entender la persona que se compromete a realizar el transporte, sea o no la que finalmente lo lleva a cabo materialmente.

En el transporte internacional de mercancías deberán tenerse en cuenta los distintos Convenios Internacionales que contienen normas materiales uniformes al respecto y que no se ven menoscabados por el Convenio de Roma ( artículo 21 CR). Asimismo, decir que el transporte de personas se rige por la presunción general( art.4.2 CR, y no por el art. 4.4 CR)

### **3.2.6.- Breve mención a la “Cláusula de Cierre” y a la “Cláusula de Escape” o “ Cláusula de excepción”**

La **cláusula de cierre**, prevista en el artículo 4.5 CR para determinar la Ley aplicable es de aplicación cuando las presunciones establecidas en el artículo 4.1, 2 y 3 no operan por no ser



posible la identificación de los elementos necesarios que hacen posible dichas presunciones.

Como ya hemos señalado, los supuestos más frecuentes de aplicación de la cláusula de escape son todos aquéllos en los que el contratos no tiene prestación característica; hay infinidad de ellos y la tendencia actual hace que estén apareciendo nuevos; también supuestos en los que la sede del prestador característicos no sea precisa en el momento de conclusión del contrato o no sea segura la ubicación del inmueble.

En todos estos casos, operará la cláusula de cierre del artículo 4.5 CR atendiendo al principio de proximidad

La **cláusula de escape** , prevista asimismo en el artículo 4.5 CR opera cuando las presunciones *iuris tantum* del artículo 4 , apartados 2 a 4, dejan de responder al Principio de proximidad, de manera que no sirven para determinar la Ley aplicable al contrato si se demuestra que el contrato en cuestión presenta una vinculación más estrecha con otro país.

Supuestos frecuentes de aplicación de ella cláusula de escape: por ejemplo cuando la sede del prestador característico sea circunstancial o temporal, lo que no denota una vinculación real de ese Estado al contrato; o en el caso de inmuebles, aunque quede clara su ubicación, cuando ambos contratantes tienen la residencia en el mismo Estado y ésta no es la del país de situación del inmueble.

Respecto al **tratamiento procesal de la cláusula de escape**, decir que el Convenio de Roma no especificaba si el tribunal de oficio deberá activar la aplicación de dicha cláusula del artículo 4.5 CR o será el interesado quién deberá demostrar que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. En este punto ambas posturas aparecen como tesis enfrentadas; no obstante, deberemos tener en cuenta dos datos: 1.) El juez ha de aplicar siempre la Ley del país que presente los vínculos más estrechos, y por ello , si cuenta con datos que le indiquen que debe enervar dichas presunciones, deberá hacerlo si así salvaguarda su obligación de optar por la Ley del país más vinculado; 2.) Es necesario tener en cuenta, que es conveniente que sea el interesado quien active la cláusula de escape, proporcionando al juez los elementos necesarios, ya que , aunque deseable, es imposible que el juez lo sepa todo.

Esta cláusula es conocida en el Reglamento de Roma como “cláusula de excepción”.

### 3.3.- Problemas causados por el artículo 4 CR:

La aplicación práctica de este precepto de dicho precepto generó diversos problemas.

- 1º) El primero de ellos relacionado con la naturaleza y función de las presunciones y la “estructura circular” del artículo 4 CR: el papel de las presunciones contenidas en este artículo fueron interpretadas de una manera muy diferente por la doctrina y tribunales de los distintos Estados Miembros.a.)Para algunos de ellos ( R.BARATTA, A.KASSIS, D.MARTINY), la Ley reguladora del contrato debía determinarse caso por caso, y las presunciones simplemente servían como un elemento más a tener en cuenta para saber cual era el país más vinculado al contrato. b.)Para otros ( R.VANDER ELST, A.HEINI, A.L.DIAMOND), las presunciones sólo servían para fijar la Ley del contrato en el caso de existir dudas graves acerca de cuál es el país estrechamente más vinculado al contrato.; c.) Otros ( M.MAGAGNI, U.VILLANI, F.POCAR, etc.), y también para el Informe Oficial del Convenio de Roma de 1980( Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por M.GIULIANO,profesor de la Universidad de Milán y PAUL LAGARDE, profesor de la Universidad de París, I DOCE de 11 de diciembre de 1992 C 327, pp. 1-47, esp. pp. 17-21.), las presunciones constituían la primera solución para fijar la Ley del contrato a falta de elección por las partes y por ello, tales presunciones indicaban, directamente, la Ley aplicable al contrato.

Sólo si la Parte demostraba que realmente la presunción conducía a la Ley de un país que no era el más vinculado con el contrato, entonces resultaba de aplicación el artículo 4.5 CR y era determinada la Ley del contrato a través de un análisis global de las circunstancias del contrato.( Sentencia Queen's Bench Division 30 marzo de 2001) ; d.) Para otros expertos ( L.CARRILLO POZO, A. BORGIOLO), el contrato se regía , en todo caso , por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos, de modo que las presunciones son un elemento que el juez debía necesariamente ponderar en su argumentación a la hora de determinar efectivamente el país con el que el contrato presentaba los “vínculos más estrechos”.

- 2º) El segundo de los problemas surgió a la hora de determinar el concepto de “prestación característica”: las opiniones de los tribunales de los diferentes Estados Miembros eran totalmente opuestas en este punto para determinados contratos, como el contrato de agencia comercial o distribución. En los contratos de concesión , por ejemplo, tribunales franceses e

italianos estimaron que la prestación característica correspondía al “concedente” ( Sent. Cass. Francia de 23 de enero 2007, 27 marzo 2007, 14 noviembre 2007, 5 marzo 2008), pero sin embargo, los tribunales belgas afirmaron que la prestación característica correspondía al “distribuidor” o “concesionario”; y como resultado el artículo 4 CR fue interpretado de forma muy distinta en los diferentes Estados miembros como consecuencia de la falta de una definición uniforme y comunitaria del concepto de “prestación característica”.

#### **4.- Cuestiones reguladas por la *LEX CONTRACTUS***

La Ley del contrato regirá los elementos esenciales y accidentales del contrato, los efectos inter partes y frente a terceros, etc. Los artículos 8 y 10 CR especifican los siguiente:

**4.1.- Existencia y validez del contrato.** Será la *Lex Contractus* la que determine que elementos deben concurrir para que exista un contrato. Habitualmente se exigirá que concurren objeto, causa y consentimiento; siendo éste último claro y estando carente de vicios. Para ello se utilizará la Ley del “contrato hipotéticamente existente”.(art. 8.1 CR).

Hay que mencionar, sin embargo , la norma especial del artículo 8.2 CR, en ella se hace referencia a la protección que ofrece a cada parte la ley del país de su residencia habitual, de modo que si dicha Ley indica que no ha habido consentimiento del contratante será indiferente lo que establezca la Ley del contrato hipotético.

Respecto al *objeto y causa* del contrato, como elementos necesarios para la existencia y validez de cualquier tipo de contrato, éstos se regularán por la *Lex Contractus*.

**4.2.- Fuerza obligatoria del contrato.** Asimismo se regula por la *Lex Contractus*. Sin embargo, el debate aquí versa acerca de la posibilidad del juez o árbitro de modificar dicha fuerza obligatoria para adaptarla a los cambios de las circunstancias del tiempo, como sucede en contratos de larga duración.

Teniendo en cuenta que las leyes estatales de los diferentes países difieren en este punto, lo más adecuado será introducir cláusulas en el contrato que prevean dichos cambios

**4.3.- Sujetos obligados.** Pese al silencio del Convenio de Roma, corresponde a la *Lex*

*Contractus* determinar a qué sujetos afecta el contrato.

**4.4.- Licitud de las cláusulas.** Será la *Lex Contractus* la que marca los límites para determinar la validez de los pactos y condiciones establecidos por las partes, como por ejemplo en cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad.

**4.5.- Cumplimiento, cumplimiento parcial e incumplimiento.** La *Lex Contractus* regulará la cuestión de la diligencia a la hora de ejecutar la prestación contractual, así como de determinar las condiciones en que ésta deberá llevarse a cabo ( tiempo, lugar de ejecución, posibilidad de realización por una tercera parte, condiciones que liberarán al deudor...)

Respecto a las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento parcial de las obligaciones que nacen del contrato, como dice P.KAYE, la Ley del contrato será la que regule las consecuencias de dicho incumplimiento. En concreto, determinará cuestiones como el régimen jurídico de las cláusulas que modifiquen la responsabilidad, posibles medios de defensa o tutela jurídica y evaluación de daño por incumplimiento. Ésta última queda sujeta a la *Lex fori* en base al artículo 3 LEC.

La *Lex Contractus* rige la responsabilidad contractual y para saber si la responsabilidad presenta carácter contractual o extracontractual habrá que fijarse en principios propios del Convenio y en la interpretación del TJCE.

**4.6.- Extinción de las obligaciones.** La ley del contrato incluye la prescripción y caducidad por expiración de un plazo, así como la modificación de las obligaciones, salvo que se trate de nuevos acuerdos de voluntades, dónde deberán someterse a su propia Ley reguladora. La compensación judicial , diferencia de la convencional tiene carácter procesal y por eso se regirá por la Ley del foro (artículo 3 LEC).

Respecto a algunas materias jurídicas, se han dado ciertas consecuencias de la nulidad del contrato que presentan un carácter no contractual , lo que ha dado lugar a que algunos países formulen una reserva al artículo 10.1 e) del CR, permitida por el 22.1.b) CR.

**4.7.- Presunciones legales y carga de la prueba.** Al afectar al contrato, se sujetan a la *Lex*

*Contractus.*

#### **4.8.- Cuestiones excluidas de la “Ley del contrato”:**

- *Capacidad de las partes y excepción del “interés nacional”*, que se regula por la Ley nacional de cada parte, en España , artículo 9.1 Cc.
  
- Sobre los *derechos reales* que eventualmente puedan nacer del contrato o sus modificaciones, regirá la la Ley designada conforme al artículo 10.1-4 Cc.
  
- Aspectos relativos al *proceso y a la prueba*, excluidos del Convenio de Roma por su artículo 1.2.h CR, in perjuicio de lo establecido en su artículo 14.
  
- Modalidades de *ejecución de las obligaciones*. El Convenio de Roma establece ciertas reglas específicas a pesar de que es un aspecto que se rige por la Ley del contrato.
  
- *Forma* del contrato, regulada por la Ley designada por el artículo 9 CR. Se refiere a las formalidades necesarias para la validez de un contrato ( T.BALLARINO, A.LUCCHINI, etc). Por ejemplo, la obligatoria intervención de un fedatario público, la exigencia de un determinado idioma,etc. La tendencia es flexible respecto a las reglas para precisar la Ley aplicable, tratando de evitar que se produzca la invalidez del contrato por meros motivos formales (*favor negotii*)
  
- - *Responsabilidad precontractual*. Es un aspecto discutido, donde la mayor parte de la doctrina opina que este aspecto del contrato sólo tiene sentido en relación con el contrato cuya celebración se negocia, y por ello deberá regirse por la Ley del contrato hipotético ( la denominada *culpa in contrahendo* de la tesis tradicionalmente seguida en Alemania).
  
- No obstante, para algunos tiene más lógica concluir que al no llegar a celebrarse el contrato y por tanto, no haber dado lugar a una vinculación voluntaria, la responsabilidad que surja será una responsabilidad no contractual por no existir aún el contrato ( P.BERTOLI), responsabilidad que no quedará sujeta a la ley del contrato. Por el contrario, cuando el contrato sí haya sido concluido, la responsabilidad que pudiera surgir durante su negociación

si podrá considerarse contractual.

#### 4.9.- Contrato internacional y normas internacionalmente imperativas

Los contratos internacionales, como su nombre indica, presentan vínculos con varios países. Por ello, aunque la Ley aplicable al contrato sea una sola, no quiere decir que el contrato no pueda quedar afectado por ningún otro Derecho estatal distinto de aquel que regula los derechos y obligaciones de las partes. De esta manera surge la necesidad de aplicar determinadas normas “internacionalmente imperativas” ( K.J.NEUMAYER). Dichas normas podrán pertenecer al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o al Derecho de un tercer Estado ( artículos 7.2 y 7.1 CR, respectivamente), cuya aplicación aclararé al final del precepto.

La doctrina admite la existencia de dos tipos de normas internacionalmente imperativas: las de “dirección” y las de “protección”. Las de **protección** intentan reestablecer un equilibrio entre colectivos en los que una de las partes se encuentra en una posición contractual más débil o desfavorecida.

Las **normas de dirección** son normas que tratan de proteger intereses generales o público, normas donde se priva el interés público frente al privado, a pesar de estar dirigidas a sujetos privados. Son de muchos tipos, y entre ellas cabe mencionar: las normas de control de determinados sectores estratégicos o especialmente protegidos, normas que se encargan de la protección del acceso al mercado de todos operadores económicos, normas que son dictadas para cumplir determinados objetivos de política exterior, normas de protección de medio ambiente o economía nacional.

En este punto , encontramos normas de doble valencia, que sirven tanto a los intereses públicos como de las partes situadas en posición de debilidad. Cabe la duda entonces de si el artículo 7 CR se refiere sólo a las normas de dirección, como afirma la mayor parte de la doctrina, ya que los artículos 5 y 6 CR protegen a consumidores y trabajadores como parte contractual débil.

##### 4.9.1.-Normas internacionalmente imperativas del país cuyos tribunales conocen del asunto ( art.7.2.CR)

Para que estas normas puedan ser aplicadas el Convenio exige dos requisitos: En primer lugar, el contrato deberá quedar cubierto por el ámbito de aplicación espacial de sus normas imperativas ( SAP Madrid 3 mayo 2006) y en segundo lugar, la norma deberá ser de contenido obligatorio, de manera que los intereses que protege sólo puedan ser garantizados mediante su aplicación forzosa al contrato.

En caso de incumplimiento de estas normas, si ellas mismas prevén una sanción en caso de que se incumplan se aplicará dicha sanción. En el caso de que no incorporen sanción por incumplimiento será necesario extraerla de su fundamentación y finalidad. Dos corrientes jurisprudencial encontramos en este punto, la primera aboga por la validez del contrato sin perjuicio de la imposición de sanciones administrativas y de la exigibilidad de las prestaciones; para la segunda línea jurisprudencial, el incumplimiento asociado a una de estas normas internacionalmente imperativas podría determinar la nulidad del contrato si así se prevé en en la norma cuyo interés estatal se quiere proteger.

#### **4.9.2.-Normas internacionalmente imperativas de un tercer Estado ( art.7.1 CR)**

En este caso, los requisitos son mucho más severos para poder aplicarlas al contrato. Se trata de ofrecer una mayor seguridad jurídica a los contratantes. En primer lugar, se exige que el contrato presente un vínculo estrecho con el país a cuyo conjunto normativo pertenece la norma internacionalmente imperativa que se pretende aplicar. En segundo lugar, la norma internacionalmente imperativa debe especificar expresamente su aplicación a “casos internacionales”, así como ser aplicable al caso en cuestión ( cada Estado señalará el ámbito espacial de sus normas internacionalmente imperativas). En tercer lugar, a pesar de que el hecho de aplicar las normas internacionales imperativas de terceros Estados es una posibilidad que concede el artículo 7.1CR, y no una obligación, el juez deberá valorar tanto la naturaleza y objeto de las normas que pretenda aplicar, como las consecuencias que se deriven de su aplicación. No estará justificada su aplicación si con ello no se salvaguarde un interés merecedor de protección. En cuarto lugar, el artículo 7.1 CR permite al juez modular las sanciones previstas en las normas internacionalmente imperativas de terceros países, dando relevancia a algunas de las consecuencias que estime más convenientes.

Hay que recordar aquí que algunos países habían efectuado una reserva respecto al artículo 7.1 CR, en concreto Reino Unido, Alemania, Luxemburgo, Portugal, Irlanda, Eslovaquia y

Letonia.

### **5.- El nuevo artículo 4 del Reglamento de Roma I. CARACTERES**

El legislador utilizó sus mayores esfuerzos para superar los problemas que habían surgido en la práctica con el anterior artículo 4 CR .

**A.) Estructura del artículo 4 del Reg.Roma I:** En realidad, se trata de una estructura muy sencilla que consta de dos reglas; la primera de ellas, consistente en determinar la Ley del contrato con arreglo a una norma de conflicto rígida, y la segunda regla, para casos excepcionales, consiste en descartar la norma anterior y aplicar la Ley del país estrechamente más vinculado. De esta manera, se deja de lado el sistema de presunciones y la compleja estructura circular anterior. (*Vid.* Cons, 16 Reg, Roma I: “ Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”).

**B.) Preferencia del legislador por normas de conflicto rígidas:** El legislador comunitario ha optado en el artículo 4 del Reglamento Roma I por garantizar la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo. Es por esto que se han abandonado las soluciones generales , y los puntos de conexión flexibles o abiertos.

El legislador comunitario ha apoyado la crítica que afirma que el Principio de los vínculos más estrechos no es una regla de DIPr, sino una mera orientación a seguir.( F.K. JUENGER). Como consecuencia de ello, el artículo 4 Reg.Roma I recoge una serie de puntos de conexión rígidos, abandonando así el enfoque del art.4 Reg.Roma I que arrancaba del método anglosajón o Principio de proximidad, Principio que llevaba al juez a ponderar todos los elementos del contrato para deducir con que país está más estrechamente vinculado.( L.F.CARRILLO POZO). A pesar de que dicho abandono no parece la solución más razonable, el legislador no ha querido esperar a que la práctica judicial pudiera demostrar que era posible establecer sub-reglas previsibles para determinar la Ley aplicable.

Por todo ello, y en palabras de L.F .CARRILLO POZO, la nueva regla resulta con bastante



frecuencia “ una norma de conflicto rígida y huérfana de elementos de justicia conflictual”.

• **C.) Reducción drástica del relieve en la “teoría de la prestación característica” del contrato:** El artículo 4 del Reg.Roma I señala la Ley aplicable a ocho tipos diferentes de contratos , prescindiendo totalmente de la teoría de la prestación característica.Por ejemplo, en el contrato de distribución la Ley reguladora del contrato es la del país de residencia habitual del distribuidor. Los contratos que se rigen por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico ( artículo 4.2 Reg. Roma I) son aquellos contratos no incluidos en la lista de los “ocho contratos” más frecuentes de la práctica comercial internacional. Por ello esta teoría tiene un papel limitado en el artículo 4 del Reg.Roma I.

• **D.) Reducción drástica del relieve del “Principio de Proximidad”,** a través de varios métodos: En primer lugar, el Principio de Proximidad ha sido descartado del artículo 4 del Reg. Roma I como solución o principio general para determinar la Ley aplicable al contrato en defecto de elección ( eliminación del antiguo artículo 4.1 del Convenio de Roma); en segundo lugar, el principio de proximidad en el Reg. Roma I presenta un papel muy modesto que se concreta en tres posiciones: 1.) Se utiliza para precisar la Ley del contrato cuando no es uno de los ocho contratos del 4.1 R.Roma I, es decir, opera subsidiariamente o como “cláusula de cierre”.( artículo 4.4 R.Roma I); 2.) El principio de proximidad opera para regular la determinar la Ley reguladora del contrato en casos excepcionales, cuando se desprende del conjunto de circunstancias que claramente presenta vínculos más estrechos con otro país, es decir, actúa aquí como “cláusula de excepción o cláusula de escape”; 3.) Sólo ciertas normas de conflicto rígidas del artículo 4.1 Reg.Roma I responden al principio de proximidad. ( *vid. Art. 4.1, letras c,d,g,h* Reg.Roma I)

## **6.LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN:OCHO CONTRATOS, ART.4.1 REG.ROMA I**

Encontramos en el artículo 4.1 del Reglamento de Roma I , los aspectos básicos de los llamados “ ocho ( magníficos) contratos”. Y es que a falta de elección, lo primero que se ha de realizar es llevar a cabo una calificación del contrato en cuestión. Si el contrato pertenece a uno de estos ocho contratos, el mismo precepto indicará de manera automática qué Ley estatal rige el contrato. Observaciones en relación con dicho artículo:

1º.-En primer lugar, decir que se trata de los contratos más frecuentes en el comercio

internacional, por ello la aplicación de las letras a) hasta h) de este artículo serán de gran aplicación. Por ello, la razón de haber elegido estos ocho contratos es sencilla, se trata de los más utilizados, y de este modo el legislador pretende determinar la Ley aplicable de la mayor parte de los contratos de un modo rígido, seguro y directo.

El Reglamento Roma I, de hecho, sigue al Reglamento 44/2001 o Reg. Bruselas I a la hora de tipificar el lugar de ejecución de algunos de ellos particularmente difundidos en el comercio internacional, yendo incluso más lejos que el Reglamento 44/2001, que tan sólo a tipificado dos tipos de contratos.( S.POILLOT-PERUZZETTO).

Sin embargo, los criterios utilizados para decantarse por estos ocho contratos y no otros , que son quizás igual o más frecuentes en el ámbito del comercio internacional, hacen dicha cuestión un tanto discutible. Sin embargo hay que recalcar que la expresión “contrato de prestación de servicios” empleada en la letra b) del artículo 4.1 Reg. Roma I da cabida a muchos contratos internacionales no incluidos como tal dentro de los ocho.

2.- Respecto a la interpretación de los conceptos empleados por el artículo 4.1 Reg. Roma I deben hacerse varias precisiones: a.) Respecto a los conceptos empleados en las diferentes letras del artículo que nos ocupa, decir que dichos conceptos han de interpretarse con arreglo al propio Reglamento, y no conforme al Derecho de ningún país o Estado miembro en concreto, ya que probablemente cada Derecho mantenga una concepción diferente de los mismo términos. De manera que sea cual se la Ley que rijan el contrato, la primera calificación de todos estos contratos deberá hacerse a partir de conceptos comunitarios; en concreto: concepto de “compraventa de mercaderías” ( art.4.1.a Reg. Roma I), concepto de “prestación de servicios”( art.4.1.b Reg. Roma I), concepto de “contrato que tenga por objeto un derecho real o inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble”( art.4.1.c y d Reg. Roma I), concepto de “franquicia”( art.4.1.e Reg. Roma I), concepto de “distribución” ( art.4.1.f Reg. Roma I), concepto de “venta de bienes mediante subasta”( art.4.1.g Reg. Roma I), y concepto de “contrato celebrado en un sistema multilateral sobre instrumentos financieros”( art.4.1.h Reg. Roma I).

## **7.CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL ( Reg.44/ 2001) Y LEY APLICABLE ( Convenio y Reglamento Roma I)**

### ***7.1.-La Intervención del consumidor en la evolución del mercado***

Hemos de tener en cuenta que el mercado presenta unas lagunas en su funcionamiento que hacen que el papel e influencia del consumidor sean mucho menores de lo afirmado por la teoría liberal, creando un desequilibrio tendente a la concentración y a la libre competencia, deficiencia de información o el débil poder de negociación del consumidor.

En definitiva se trata de una restricción de la oferta e imposición de precios y condiciones por las empresas y profesionales que ostentan esa posición dominante. Por ello debemos suplir las lagunas que afectan al proceso de información de los consumidores, ya que es el momento previo a la elección del consumidor, y a su vez el momento de mayor indecisión y debilidad.

En la actualidad, la proliferación de medios tecnológicos o de la naturaleza de los bienes ofrecidos no han hecho sino aumentar la dificultad del consumidor dificultándole de forma directa a tener un juicio claro acerca de la calidad, precio y condiciones de los bienes propuestos. Todo ello además de la “subinversión en información” llevada a cabo por el empresario que demostrará que la información casi en su totalidad se basa en una iniciativa del vendedor, que puede amoldar a sus intereses.

Sin embargo, donde realmente reside el desequilibrio de poder entre las partes es en el acto de la negociación, mostrándose a través del aislamiento del consumidor, la multiplicidad de intermediarios e impersonalidad de determinadas maneras de distribución, la estandarización de contratos o la carencia de conocimientos técnicos o jurídicos. Y en un momento posterior, la desigualdad se pone de manifiesto de nuevo en las menores posibilidades del consumidor para acceder a las formas tradicionales de resolución de conflictos, o para quedar atrapado por alguna de las condiciones impuestas por el profesional acerca de la regulación aplicable.

Por todo ello, considero que es una modalidad contractual que requiere una especial atención y que ante todo es merecedora de una protección específica que evite los aspectos negativos mencionados anteriormente.

### **7.2.- Competencia judicial internacional ( Reglamento 44/2001)**

En primer lugar, se hace necesario mencionar la pluralidad de normativas para determinar la

competencia judicial internacional en materia de contratos internacionales celebrados por consumidores. El principal es el Reglamento 44/ 2001 o Reglamento Bruselas I que desarrollaré más adelante; pero es necesario mencionar Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, precedente de dicho Reglamento, para las relaciones con Dinamarca ya que no forma parte de dicho Reglamento; así mismo también existe el Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988, que se aplicará para determinar la competencia judicial internacional cuando estén en juego países de la EFTA. Dicho Convenio cada vez tiene más reducido su ámbito de aplicación al adherirse nuevos países a la Unión Europea. En concreto , actualmente sólo sirve de aplicación para determinar la competencia judicial internacional en el caso de Islandia, Noruega, Suiza, Liechtenstein.

### **Reglamento 44/2001**

Este Reglamento protege al consumidor a la hora de fijar la competencia judicial internacional, aunque para ello exige el cumplimiento de determinados requisitos:

a.) Respecto al contratante: ha de tratarse efectivamente de un consumidor, entendiéndolo como aquél que adquiere bienes o servicios para un uso ajeno a su actividad profesional, de manera que no se considerarán consumidores, por ejemplo, “los concesionarios de los derechos de los consumidores” o a las “asociaciones de consumidores”, pues en estos supuestos no han sido celebrados contratos de consumo con profesionales ,y además el objeto del proceso se refiere a una materia no contractual que lucha contra la ilicitud general de ciertas condiciones de contratación.

El contrato no tener por objeto un fin privado profesional, salvo que el uso profesional sea “marginal e insignificante en el contexto global de la operación ( STJCE 20 enero 2005, *Gruber*). En este caso se discutía esta cuestión cuando un agricultor austriaco como unas tejas a una empresa alemana para reformar la granja que a su vez utilizaba como vivienda habitual.

b.) Respecto al profesional: La persona que contrate con el consumidor ha de ser un profesional, ésta es una exigencia más bien doctrinal, puesto que no aparece expresamente como tal en el Reglamento 44/2001.

c.) Tipo de contrato de consumo: no todos los contratos de consumo están protegidos por el

Reglamento 44/2001, en concreto se incluirán:

- Los contratos que incluyan la venta a plazos de mercaderías.
- Los préstamos a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de tales bienes
- Cualquier otro contrato concluido por consumidores, siempre que la otra parte contratante ejerciera actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estado miembros, incluyendo éste último y el contrato estuviera comprendido dentro del marco de dichas actividades.
- Éste último precepto está previsto fundamentalmente para los contratos de consumo online. La idea del artículo 15 .1.c.) del Reglamento 44/2001 no es otra que imponer la carga de litigar en el país del consumidor a la empresa que habitualmente opera en ese país ( Doing business Rule) o que dirige sus actividades a ese país( Country-Of-Destination Rule), protegiendo así al consumidor pasivo. Éste tercer epígrafe incluye asimismo todo tipo de contratos: ventas, alquileres, préstamos, licencias, permutas, contratos Time-sharing,etc.

Quedan excluidos de la protección del Reglamento 44/2001, por no considerarse contratos de consumo, los siguientes: Contratos de transporte, salvo los que combinen viaje y alojamiento, y los contratos de seguro; ya que ambos cuentan con su regulación específica. También quedan fuera los contratos cubiertos por el artículo 22.1 del Reglamento 44/2001.

### **7.2.1.- Los foros de protección del consumidor en el Reglamento 44/2001**

En primer lugar deberemos diferenciar cuando el consumidor actúe como demandante ó como demandado:

1.º)**Cuando el consumidor es el demandante:** Si el profesional y el consumidor están domiciliados en un Estado participante del Reglamento 44/2001 ( STJCE 15 septiembre 1994, *Brenner*), el consumidor podrá demandar al empresario, a su elección, ante los siguientes tribunales (artículo 16 del Reglamento 44/2001): a.) los Tribunales del Estado

miembro en el que estuviera domiciliado el empresario; b.) los Tribunales del país en el que estuviera domiciliado el consumidor. El objetivo no es otro que rebajar los costes del consumidor en el acceso a la Justicia pudiendo litigar ante los Tribunales del lugar en el que está domiciliado sin necesidad de desplazarse al país extranjero del empresario. (*Forum Actoris*).

**2.º) Cuando el consumidor es el demandado:** La acción entablada contra el consumidor solamente podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que éste estuviera domiciliado ( artículo 16.2 Reglamento 44/2001).

Cabe la posibilidad de elección del tribunal por las partes, pero solamente si dicho pacto de elección es posterior al nacimiento del litigio y permiten al consumidor interponer demandas ante tribunales distintos de los indicados en el Reglamento, o que habiéndose celebrado un contrato entre consumidor y cocontratante, ambos domiciliados en el mismo Estado miembro al tiempo de celebración del contrato, atribuyeren la competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, salvo que las leyes de éste prohibieren dichos acuerdos.

Si no resulta de aplicación el Reglamento 44/2001 o ningún Convenio internacional, los tribunales españoles podrán conocer de litigios relativos a contratos de consumo en los términos expresados por el artículo 22 LOPJ en los siguientes supuestos: a.) que el demandado tenga su domicilio en España ( artículo 22.2 LOPJ); b.) que las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles ( art. 22.2 LOPJ); c.) en relación con la venta a plazos de objetos muebles a corporales o préstamos destinados a financiar su adquisición, si el comprador tiene el domicilio en España ( art. 22.4 LOPJ); d.) en cualquier otro contrato de prestación de servicios o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido concedido por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato ( art. 22.4 LOPJ), no siendo necesario en este último caso que el consumidor tenga su domicilio en España.

### **7.3.- Ley aplicable.Regulación en el Convenio de Roma, artículo 5: Protección del consumidor**

El Convenio de Roma contiene una norma de conflicto especialmente diseñada para

determinar la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores ( art.5 CR). Dicho artículo tiene como fin proteger la posición jurídica de los consumidores, ya que estos contratos se caracterizan por situar a las partes en diferentes posiciones, sin que lleguen a tener el mismo “poder de negociación”( *Bargaining Power*). Por ello, y antes el riesgo de que la Ley elegida sea realmente una Ley impuesta por el empresario o profesional al consumidor, la solución que adopta este precepto es proteger al consumidor dándole más posibilidades de elección de Ley aplicable frente a la otra parte.

El artículo 5 CR solamente protege determinados contratos, que han de cumplir por una parte, un conjunto de condiciones materiales y , por otra, de condiciones espaciales.

### 7.3.1.- Condiciones Materiales para la aplicación del artículo 5 CR :

- La primera condición es que el contrato tenga por objeto el suministro de bienes muebles corporales o servicios. También se incluirán dentro de los contratos de consumidores aquellos que se destinen a la financiación de tales suministros, de bienes o servicios y otros contratos, que por un precio global, abarquen prestaciones combinadas de transporte y alojamiento,( es lo que conocemos como *Package Tours* o viajes organizados).

Se **excluyen** sin embargo: a.)contratos cuyo objeto sea un bien inmueble, b.) donde el objeto recaiga sobre un derecho incorporal, c.) contratos de transporte ; y por último, c.) los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente en país distinto de aquél en el que tenga su residencia habitual( art.5.4 CR), como por ejemplo, el alojamiento en un hotel en país distinto de su residencia.

- La segunda condición consiste en que el destinatario de los bienes o servicios debe ser una persona, el consumidor, que utilice dichos bienes o servicios para un uso “ ajeno a su actividad profesional”.

•

### 7.3.2.- Condiciones espaciales de aplicación del art. 5 CR:

El artículo 5.2 CR exige que concurra también algún otro factor que permita localizar, total o parcialmente, la operación de consumo en el “Estado de residencia habitual” del consumidor protegiendo así al “consumidor pasivo”, que es que se ve afectado por la internacionalidad de un contrato sin haber hecho nada para ello, siendo el profesional el que ha dirigido su actividad hacia él. Dicho artículo requiere para su aplicación que se pueda verificar alguna de las circunstancias siguientes:

1.º) Que la celebración del contrato haya sido precedida, en el país de residencia habitual del consumidor, por una oferta dirigida especialmente al consumidor o mediante publicidad, siempre que el consumidor hubiera realizado en dicho país los actos necesarios para la celebración del contrato, ejemplo, vendedores a domicilio.

2.º) Que vendedor o prestador de servicios, hubiera recibido el encargo u oferta del

consumidor en el país de residencia habitual de éste, ejemplo, ventas en exposiciones.

3.º) En el caso de venta de mercancías, que el consumidor se hubiera desplazado desde el Estado donde tiene su residencia habitual a un país extranjero dónde hubiese realizado el encargo, y siempre que ese viaje hubiese sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir la venta.

En el caso de que el contrato concluido por consumidor cumpla las condiciones precedente el contrato se regirá por las siguiente leyes estatales:

1º) La Ley elegida por las partes: cómo ya sabemos, si las partes han elegido Ley aplicable, será ésta la elegida en primer término ( art 3 y 5.2 CR), sin embargo , esa libertad total de elección de Ley en los contratos de consumidores queda limitada para evitar un futuro abuso del empresario o profesional y para evitar imposiciones de este tipo, se impone como límite que la elección de la Ley “ *no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la Ley del país en que tenga su residencia habitual*”.

Dichas disposiciones imperativas son aquéllas que no es posible derogar por contrato, se trata de “normas no dispositivas”( art. 3.3 CR).

Por ello será necesario comparar la protección que aporta al consumidor la Ley elegida por las partes y la Ley del país de su residencia habitual, siendo exclusivamente aplicada la elegida si aporta una protección mayor al consumidor.( debate jurídico *Better Law*).

2.º)Ley de la residencia habitual del consumidor: en defecto de elección de la Ley aplicable por las partes, el contrato se regirá por la del país de su residencia habitual, es decir, la Ley de la residencia habitual del consumidor, es la Ley del país al que el empresario ha dirigido su actividad comercial, donde se ha verificado la operación de consumo. Es el empresario el que ha dirigido su actividad al mercado del país del consumidor y quién, por tanto, ha de soportar ese riesgo de internacionalidad.

Por último, haciendo una breve referencia a la **forma del contrato**, cabe mencionar que mientras el artículo 5 CR sólo fija la Ley que rige el “fondo del contrato”; el artículo 9.5 CR indica que la forma de los contratos concluidos por consumidores se regirá por la Ley del país de residencia habitual del consumidor.

### 7.3.3.- Contratos internacionales de consumo: ley aplicable y Derecho Privado Comunitario

**7.3.3.1 Contrato de consumo no cubiertos por el artículo 5 CR:** Este artículo deja sin protección jurídica a numerosos consumidores que participan en contratos internacionales de consumo, ya sea porque no quedan cubiertos por el concepto material de contrato de consumidores, como por ejemplo los que recaen sobre bienes incorporeales; o porque no son



cubiertos por sus condiciones espaciales, donde el ejemplo típico es aquél en el que el consumidor se desplaza a un país concreto a consumir.

**Consecuencias negativas de la exclusión;** las consecuencias de estas exclusiones son claramente negativas, dejando a numerosos consumidores desprotegidos y dejando la vía abierta a que el empresario o profesional pueda imponer una Ley aplicable camuflada bajo una elección de Ley interpartes.

### **7.3.3.2.-Reacción de las directivas comunitarias en el Convenio y en el Reglamento Roma**

**I:** Debido a la desprotección producida por el artículo 5 del Convenio de Roma a determinados colectivos de consumidores, surgen numerosas Directivas que tratan de remediar dichas exclusiones y para ello emplean dos técnicas diferentes:

- 1.º) Una de ellas sirve para colmar la “laguna material” producida por el artículo 5 CR cuando excluye a ciertos consumidores por no encajar en el requisito de concepto material
- 2.º) La otra técnica pretende colmar la “laguna espacial” producida por el artículo 5 CR, cuando algunos consumidores son excluidos por ser consumidores activos. Estas Directivas permiten que esos consumidores hagan valer sus derechos cuando el supuesto está vinculado con la UE.

Hay que señalar que las normas de los Estados Miembros que desarrollan las “Directivas comunitarias de protección de consumidores se aplican siempre preferentemente al Convenio de Roma ( artículo 20 CR).

Algunos de los ámbitos de protección de estas Directivas comunitaria:

**a.) Protección del consumidor de determinados bienes.** Algunos de los contratos concluidos por consumidores son excluidos de la protección que otorga el artículo 5 por no encajar con el ámbito material del mismo; sin embargo, siguen siendo consumidores. Por eso, existen determinadas Directivas que protegen al consumidor cuando no encaja en el artículo 5 del Convenio de Roma. Por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril 1993 se aplica con independencia del tipo de contrato que sea y pretende proteger al consumidor ante cláusulas abusivas.

**b.) Protección del consumidor internacional activo.** Los consumidores activos son aquéllos que se desplazan se sumergen en el mercado de otro país y una vez allí realizan alguna operación de consumo.

Estos consumidores activos no quedan protegidos dentro del ámbito del artículo 5 del

Convenio de Roma, de modo que el profesional podría imponerles una Ley estatal concreta , privándoles incluso de los derechos que le otorga el Derecho Comunitario si optase por elegir la Ley de un Estado no comunitario.

Ésta falta de protección es inconcebible con la idea de mercado único comunitario, dejando inservible la armonización de los derechos nacionales de consumo de los Estados miembros. ( A. QUIÑONES ESCÁMES).

Por todo ello, las Directivas comunitarias protegen a todo consumidor, aunque sólo cubren al consumidor expresamente cuando la Ley aplicable elegida es la Ley de un tercer Estado; no obstante, parte de la doctrina considera que las Directivas serán igualmente aplicables cuando el contrato esté “vinculado con la UE”.

Com ejemplo, la mencionada Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 relativa a las cláusulas abusivas, en su artículo 6.2 indica que los derechos recogidos en la Directiva en favor del consumidor podrán hacerse valer siempre que “el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad, con independencia de que las partes hayan elegido como derecho aplicable el de un Estado miembro.

Asimismo se dio una desprotección inicial por el Reglamento Roma I, que se colmó a través de Directivas que tienen un enfoque unilateral, es decir, que permiten proteger a los consumidores activos en los casos estrechamente relacionados con la UE. Dichas Directivas prevalecen sobre la soluciones ofrecidas por el Reglamento Roma I

### c.) ¿ Qué se entiende por vínculo estrecho con la UE?

Encontramos diferentes interpretaciones al respecto:

1.º) La primera de ellas nos dice que “vínculo estrecho” significa que cumple con las exigencias del artículo 5 CR ( A. SARAVALLE, G.PIZZOLANTE). De este modo, se exige que el consumidor tenga su residencia habitual en la UE y que se trate de un consumidor “pasivo”. Interpretación que es rechazada precisamente por no proteger al consumidor activo, que es efectivamente el objetivo principal de estas Directivas comunitarias.

2.º) La segunda interpretación, es una interpretación mucho más flexible, ya que no parece aconsejable concretar la noción de “vinculación estrecha” mediante conceptos rígidos . De aquí surge la labor de concretar por parte del Tribunal los diversos contactos del contrato con la UE, examinando caso por caso la existencia de esa “estrecha vinculación”.

La idea en todas las Directivas, aunque expresada de diferente manera, es la misma entendiendo por “proximidad estrecha” la previsibilidad de la Ley aplicable, de modo que el Derecho material comunitario dedicado a la protección de consumidores deberá aplicarse

cuando ambas partes puedan prever que es el Derecho que ha de regir el contrato que les vincula.

### ***7.3.3.3.- Breve análisis de las principales Directivas aplicables al contrato de consumo( protección del consumidor activo)***

Son varias las Directivas que protegen al consumidor activo, si concurren determinadas condiciones. Aunque, en realidad, las Directivas comunitarias protegen a todo consumidor en el que se den los requisitos de aplicación espacial necesarios.

Hay parte de la doctrina que considera las Directivas comunitarias sólo operan cuando en el contrato de consumo se ha elegido como ley aplicable la de un tercer Estado; para otros, las Directivas comunitarias podrán ser de aplicación siempre que el contrato presente un vínculo con la UE y aunque la aplicación de la ley de un tercer Estado no haya surgido por la elección de las partes ( E.JAYME, V. WILMOWSKY).

#### ***a.)Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril 1993(cláusulas abusivas)***

Como explicábamos en el párrafo precedente, en concreto en esta Directiva, se indica claramente en su artículo 6.2 la posibilidad de su aplicación por el mero hecho de presentar ese vínculo con la UE, aunque la aplicación del Derecho de un tercer Estado se de sin elección de Ley aplicable.

En derecho español, el desarrollo normativo de esta norma de DIPr lo encontramos en el artículo 3 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, en el artículo 10 bis.3 del Proyecto de Ley General de Consumidores y Usuarios y en la Disposición Adicional 1ª de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

+El artículo 3 LCGC, referido al ámbito territorial, nos indica que la presente ley será de aplicación a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española. Pero que también se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales. Cuando el adherente sea un consumidor se aplicará lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

+En el artículo 67.1 de RD Legislativo 1/2007 ( TRLGDCU) se indica que las normas de protección frente a cláusulas abusivas contenidas en los artículo 82 a 91 del Texto Refundido citado, se aplicarán a consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, siempre que éste mantenga una estrecha relación con el territorio

de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, o cuando por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estado miembros y el contrato estuviere en el marco de dichas actividades.

+Por último, indicar que en el artículo 90 del TRLGDCU 2007 se precisa que se considerará cláusula abusiva “la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza. Dicho artículo sólo será de aplicación si la Ley española rige las cláusulas abusivas del contrato en cuestión.

**b.) Directiva 97/7/CE de 20 mayo 1997 (contratos a distancia)**

Asimismo, esta Directiva también nos indica que los derechos reconocidos a los consumidores en la misma podrán hacerse valer cuando “ el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros” y aunque las partes elijan como ley aplicable al contrato “ el Derecho de un país tercero.

Directiva que fue desarrollada en España por el artículo 48.1 de la Ley 7/1996 de 15 de enero de ordenación del comercio minorista. Artículo que en la actualidad está derogado y que actualmente, en el artículo 67 TR LGDCU 2007 indica que las normas de protección en materia de contratos a distancia de los artículo 92 a 106 del mismo texto son aplicables a consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, siempre que éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

En concreto, se entiende que hay un vínculo estrecho cuando se vaya a utilizar el bien, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación, total o parcialmente, en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la UE o el contrato presente cualquier otra conexión análoga.

Dicho precepto ha sido objeto de críticas por proteger mediante la aplicación de Derecho europeo de consumo al consumidor que ostente la nacionalidad de un Estado miembro de la UE, lo que podría no reflejar un vínculo estrecho con la UE.

**c.) Directiva 99/44/CE de 25 de mayo 1999 (determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo)**

Esta Directiva parece aún más fácilmente aplicable a los contratos de consumo, ya que su artículo 7.2 nos indica que los derechos reconocidos por la misma a favor de los consumidores podrán hacerse efectivos incluso cuando las partes hayan elegido la legislación de un Estado no miembro, imponiendo como único requisito el del vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros.

Fue desarrollada en España por la Ley 23/2003 de garantía en la venta de bienes de consumo, precepto que también ha sido derogado y se rige actualmente por el artículo 67.2 TR LGDCU 2007.

*d.) Directiva 98/27/CE de 19 mayo 1998 (acciones de cesación)*

En este caso, la Directiva nos indica en su artículo 2.2 que ésta no incide en las normas de DIPr relativas a ley aplicable. Norma que ha sido desarrollado en España por la Ley 39/2002, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios., Ley que tampoco contiene normas de DIPr.

*e.) Directiva 2002/65/CE de 23 septiembre 2002 (comercialización a distancia de servicios financieros)*

Directiva, que también nos indica en su artículo 12.2 que los derecho reconocidos al consumidor por la misma siempre se harán valer con independencia de que las partes elijan como aplicable al contrato la legislación de un tercer país, siempre que presente un vínculo estrecho con alguno de los Estados miembros.

Fue desarrollada en España a través de la Ley 22/2007, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Ley que protege a los consumidores de servicios financieros prestados, negociados, y celebrados a distancia.

Se exigen los mismo requisito de vinculación estrecha con algún Estado miembro aunque las partes elijan la ley de un Estado no comunitario.

Se entenderá que existe esa estrecha vinculación especialmente, cuando el proveedor ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. Respecto a inmuebles, como siempre, se entenderá que opera el vínculo estrecho cuando estén situados en el territorio de un Estado miembro.

*h.) Otras Directivas:* Existen otras Directivas que no especifican su “ámbito de aplicación”, de manera que se entenderá que los derechos reconocidos a tales Directivas se harán valer

cuando el contrato presente “ un vínculo estrecho con la UE”, aunque el Derecho que rige el contrato sea, por designación de las normas del Reglamento Roma I, el “Derecho de un tercer Estado ( F. ESTEBAN DE LA ROSA).

### ***Precisión del vínculo estrecho con la UE: varias interpretaciones***

**1ª interpretación:** Básicamente viene a decir que cumple con las exigencias del artículo 5 CR y actual artículo 6 Reg. Roma I ( G.PIZZOLANTE). De esta manera, se exige que el consumidor tenga su residencia habitual en la UE y que se trate de un consumidor pasivo, en los términos que he explicado con anterioridad. Dicha interpretación no resuelve los problemas de los consumidores activos, por lo que es rechazable teniendo en cuenta precisamente el objetivo de dichas Directivas.

**2ª Interpretación:** Como indicaba la STJUE 9 septiembre 2004, no conviene concretar la noción de “vinculación estrecha” a través de conceptos rígidos, como podría ser el lugar de celebración del contrato, o la residencia de las partes. Parece más adecuado optar por una formulación genérica acerca de que se entiende por “ proximidad del contrato a la UE”, de manera que cada tribunal pueda tomar en consideración todos los contactos en cada caso concreto del contrato con la UE.

Por proximidad estrecha, se entenderá “previsibilidad de la Ley aplicable”, de manera que el Derecho material comunitario protector se aplicará cuando , tanto consumidor como profesional , pudieran prever razonablemente cuál es el Derecho que rige el contrato.

### **7.4.- Regulación en el Reglamento de Roma, artículo 6: Protección del consumidor**

El artículo 6 del Reglamento de Roma I contiene una norma de conflicto diseñada especialmente para determinar la ley aplicable a los contratos concluidos con consumidores. Cabe recordar que al igual que en el artículo 5 del Convenio de Roma, la protección que otorga este artículo a los contratos de consumidores tiene su justificación en un fin muy concreto y razonable; y es que en los contratos celebrados por consumidores existe una desigualdad entre las partes siendo su “poder de negociación” diferente Por tanto, en estos contratos existe un algo riesgo de que la parte más fuerte del contrato pueda imponer sus condiciones, entre ellas la elección de Ley aplicable dejando como únicas posibilidades al consumidor la de contratar asumiendo dicha condición o no contratar.

#### **7.4.1.- Condiciones materiales de aplicación del artículo 6 del Reglamento de Roma I:**

## Principio general y contratos excluidos

El artículo 6 del Reg. Roma I persigue conseguir una protección de los consumidores en general en sus relaciones de tráfico internacional, por ello incluye en el mismo todo contrato de consumidores.

Como regla general se establece la inclusión de todo contrato de consumidores en el art. 6 , es decir, de todo contrato entre consumidor y profesional.

Esta es la diferencia fundamental respecto del anterior artículo 5 del Convenio de Roma, el cual protegía a un conjunto determinado de contratos concluidos por consumidores.

Sin embargo, dicho artículo también excluye determinados contratos por diferentes razones. Los contratos excluidos los encontramos en el artículo 6.4 del Reg. Roma I, dónde se indica que los apartados 1 y 2 del mismo artículo no se aplican para los mismos.

### ***Contratos excluidos:***

***a.) Contrato de prestación de servicios, cuando los servicios se deban prestar al consumidor, exclusivamente, en un país diferente de aquel en el que el tenga su residencia habitual el consumidor. ( art. 6.4.b Reg. Roma I)***

Se trata de contratos en los que el contrato se ejecuta íntegramente en el país de la sede del profesional, es decir ningún elemento del mismo se ejecuta en el país de la residencia del consumidor. Es el consumidor el que se desplaza a un país concreto para recibir la totalidad de las prestaciones que conforman el contrato.

El hecho de que el profesional haya promocionado su actividad en el país de la residencia habitual del consumidor no es relevante para la aplicación de este artículo.

Además se justifica por el hecho de que el empresario probablemente ofrezca sus servicios en muchos países, teniendo así clientes de muy diferentes lugares; de manera que necesitaría conocer las leyes de cada uno de los países para poder contratar con ellos. Parece más lógico y a la vez otorga más seguridad jurídica, aceptar que el profesional aplicará el Derecho del país donde tenga su sede profesional, que es precisamente dónde se llevará a cabo su actividad profesional.

Son típicos los ejemplos de viajes o cursos de idiomas al extranjero u otros cursos y actividades de ocio que se promocionan en muchos lugares pero que se desarrollarán totalmente en un país concreto al que el consumidor deberá trasladarse para ello.

***b.) Contratos de transporte que no sean “package tours” ( art. 6.4.a Reg. Roma I)***

Se excluyen del artículo 6 del Reg. Roma I los contratos de transporte que ya poseen su regulación específica, y que en concreto quedan regulados por la Ley que determine el artículo 5 del Reg. Roma I, sin embargo quedan incluidos los viajes, vacaciones y circuitos

combinados, que son aquellos en los que por un precio global, se ofrece transporte y alojamiento.

c.) Contratos sobre inmuebles ( art. 6.4.c Reg. Roma I)

Se excluyen del artículo 6 del Reg. Roma I todos los contratos cuyo objeto sea un inmueble, como arrendamientos de larga o corta duración, para un fin profesional o personal( excepto los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido conforme a la definición de la Directiva 94/47/CE), contratos de compraventa y los contratos de garantía sobre inmuebles.

Los contratos de *Time-Sharing* quedan, por el contrario, incluidos en el artículo 6 del Reg. Roma I. La explicación está principalmente en el tipo de consumidor que suele ser parte de estos contratos, se trata de un consumidor con un alto poder adquisitivo que no precisa de esa protección especial. Además el hecho de aplicar la Ley del país de situación del inmueble resulta totalmente previsible para ambos contratantes( artículo 4.1.c Reg. Roma I) , salvo que las partes hayan elegido una Ley distinta para regular su contrato ( art. 3 Reg. Roma I)

d.) Contratos sobre adquisición de valores negociables mediante oferta pública de adquisición y contratos relativos a participaciones en organismos de inversión colectiva (art.6.4.d. Reg. Roma I)

Quedan excluidos del artículo 6 del Reglamento de Roma I “ *los derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero* ”

La justificación de dicha exclusión, la encontramos precisamente en la necesidad de garantizar “ *la uniformidad en los términos y condiciones de una emisión u oferta*”, intentando conseguir una regulación coherente a través del sometimiento de todas estas operaciones a una sola Ley, y no a la Ley de la residencia habitual de cada uno de los consumidores que suscriben esos títulos; consiguiendo además de esta manera unos precios más competitivos.

A efectos del Reglamento Roma I se entenderá por instrumentos financieros y valores negociables los *instrumentos mencionados en el artículo 4 de la Directiva 2004/39/CE.*

Hay que señalar, sin embargo, que los servicios y actividades de inversión prestados por un



profesional a un consumidor caen dentro del ámbito del artículo 6 del Reg. Roma I. Se trata de servicios financieros, que en primer lugar, quedarán sujetos a la Ley elegida por las Partes en los términos del Reglamento 6.1 Reg. Roma I, o en su defecto a la Ley del país de la residencia habitual del consumidor.

*e.) Contratos celebrados en sistemas multilaterales de compra y de venta sobre instrumentos financieros (art.6.4.e Reg. Roma I)*

Se refiere a los contratos pertenecientes a un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h) Reg. Roma I.

Los contratos que se celebren 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 venta de instrumentos financieros de múltiples terceros ( como establece el art. 4 , apartado 1, punto 17 de la Directiva 2004/ 39/CE) se regirá por dicha Ley.

**7.4.2.- Condiciones subjetivas de aplicación del artículo 6 del Reglamento de Roma I**

*a.) El sujeto consumidor*

El consumidor ha de ser una persona física y el contrato celebrado por el mismo debe de haberse celebrado “ para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional” ( art. 6.1 Reg. Roma I).

Se entenderá por “consumidor falso” a aquella persona física que consume para su uso comercial o profesional. Sólo quedarán cubiertos aquellos contratos que concluya para uso personal.

Asimismo, deberá entenderse como “ consumidor oculto”, que es aquel que pese a ser persona física no profesional, su apariencia en el tráfico comercial internacional es de profesional.

En ninguno de estos casos quedará cubierto por el artículo 6 del Reg. Roma I.

*b.) El sujeto profesional*

El otro contratante tiene que ser un profesional y actuar en el ejercicio de su actividad comercial o profesional. El concepto de sujeto profesional es el propio del Reglamento de Roma I, y no deberá definirse conforme al derecho nacional de ningún estado.

**7.4.3- Condiciones espaciales de aplicación del artículo 6 del Reglamento de Roma I.**

El artículo 6.1 Reg. Roma I exige que en el contrato exista algún elemento de identificación o localización de la operación de consumo en “Estado de residencia habitual del consumidor” ,

protegiendo de esta manera al “consumidor pasivo”.

La justificación una vez más es que el contrato no adquiere el carácter de internacionalidad por ninguna actuación del consumidor, sino que es el empresario el que decide dirigirse a otros países para captar a sus residentes como clientes. De hecho, el consumidor puede que ni siquiera sea consciente de que el profesional que le ofrece sus productos tiene su sede en un país extranjero.

En concreto, el artículo 6.1 Reg. Roma I exige para su aplicación que el contrato se celebre en el “contexto” del país de la residencia habitual del consumidor, siendo de esta manera previsible para ambas partes la aplicación de la Ley de la residencia habitual del consumidor. Para el profesional también lo es puesto que es él quién decide dirigirse a ese país a comerciar, sabiendo que tendrá que aplicar a los contratos que suscriba en dicho país el Derecho vigente en el mismo. En concreto, ha de concurrir alguna de las siguientes situaciones:

a.) *Regla “Doing Business”*: dicha regla exige que el empresario o profesional ejerza “ sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual”, siendo irrelevante el modo en el que ejerza sus actividades comerciales en el país de la residencia habitual del consumidor, como por ejemplo mediante establecimiento permanente o mediante vendedores ambulantes enviados al domicilio del consumidor.

b.) *Regla “Stream-Of-Commerce”*: Es necesario que el profesional dirija sus actividades al país de la residencia habitual del consumidor o a otros países incluido el anterior. Es decir, el profesional lleva a cabo esa labor de dirección de su negocio a otro país de manera intencionada, y a través de cualquier medio.

Además de esto, el contrato deberá estar “ comprendido en el ámbito de dichas actividades”, ya que el profesional puede llevar a cabo actividades de naturaleza muy diferente. Es decir, se exige una relación de causalidad directa entre el contrato celebrado por el consumidor y la actividad desplegada por el profesional.

Exclusivamente si la relación de causalidad existe entre la actividad comercial dirigida a un país y un contrato posterior quedará protegido por el artículo 6 Reg. Roma I, sea cual fuere el lugar de celebración del contrato. Ejemplo de no aplicación del artículo: un portugués adquiere unos bienes en unos grandes almacenes españoles situados en Madrid, almacenes que disponen de una filial en Lisboa. Aquí la Ley aplicable a esas adquisiciones no será la Ley portuguesa, aunque los grandes almacenes dirijan sus actividades hacia Portugal, porque dicha actividad comercial en Portugal no es la causa de la celebración posterior de esos contratos ( P. LAGARDE/ A. TENENBAUM).

#### 7.4.4.- Ley aplicable al contrato de consumo: *Puntos de conexión*

El caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el artículo 6 del Reg. Roma I, si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 6.2 Reg. Roma I, el pacto sobre Ley aplicable de las partes tendrá validez y el contrato se regirá por la Ley que hubiera elegido; y en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor.

Es necesario mencionar que el artículo 6 no comporta una norma de conflicto materialmente orientada en beneficio del consumidor ( P. BERTOLI) . Su único objetivo es evitar que los empresarios puedan imponer a los consumidores su elección de la Ley aplicable en detrimento de los mismos, haciéndoles renunciar a derechos que tienen reconocidos por normas imperativas de la Ley de la residencia habitual del consumidor.

Por ello, cuando en el contrato de consumo aparece una cláusula en favor de la Ley de un determinado país distinto al de la residencia habitual del consumidor, el legislador presume *iuris tantum* que dicha elección perjudica al consumidor porque cree que se le ha impuesto en su perjuicio.. Para que pueda aplicarse ésta otra Ley, deberá demostrarse que es más favorable o que al menos no vulnera los derechos reconocidos por las disposiciones imperativas de la Ley de su residencia habitual.

#### 7.4.5.- Régimen de elección de la Ley aplicable por las partes.

Como ya hemos señalado antes, en principio el contrato de consumo se regirá por la Ley elegida por las partes. En aplicación del artículo 3 Reg. Roma I, la Ley deberá haber sido elegida con los requisitos y dentro de los límites que marca dicho artículo, como por ejemplo, hacer una elección clara de la Ley que pretenden aplicar, elegir una Ley estatal, etc. No se podrá aplicar al contrato la Ley presunta o hipotéticamente elegida.

Asimismo, el artículo 6.2 Reg. Roma I indica que que la elección de Ley reguladora del contrato de consumidores “ no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1 del artículo 6 del Reg. Roma I. Por ello se llevará a cabo la comparación de leyes necesaria, para demostrar que dicha elección no comporta una renuncia a los derechos que corresponderían al consumidor por la Ley del país de su residencia habitual.

#### 7.4.6.- Ley aplicable a la forma del contrato concluido por consumidores

El artículo 6 Reg. Roma I solo determina la Ley estatal que rige el fondo del contrato; será la Ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual la que rija la forma del contrato, según dispone el artículo 11.4 Reg. Roma I.

La Ley elegida por las partes no se encargará nunca de los aspectos relativos a la forma del contrato, aunque haya sido elegida válidamente y sea más beneficiosa para el consumidor que la Ley del país de su residencia habitual.

Sin embargo, en determinadas circunstancias, cuando el contrato “tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble”, la forma sí que se regirá por la Ley del país en el que se encuentre el inmueble.

#### 7.4.7.-Imposibilidad de aplicar el artículo 9 Reg. Roma I a los contratos de consumidores.

El artículo 9 Reg. Roma I simplemente permite aplicar al contrato internacional las “normas institucionales” y las “normas internacionalmente imperativas de dirección”, que son aquellas encargadas de proteger los intereses generales y públicos. Este precepto no permite que el juez pueda aplicar a un contrato internacional las normas de un Derecho distinto de aquel que rige el contrato y protege a la parte más vulnerable del contrato. Dicha protección en los contratos internacionales de consumo se lleva a cabo a través del artículo 6 Reg. Roma I.

Sin embargo, éste ha sido un tema muy controvertido, ya que para algunos autores la protección de la parte más débil del contrato también es una “cuestión de interés general” ( G.PIZZOLANTE).

### **7.5.- Contratos internacionales de *TIMEHSARING*: Regulación en el Convenio de Roma y posterior regulación en el Reglamento de Roma I.**

#### 7.5.1- Competencia judicial

Los contratos internacionales de multipropiedad se consideran contratos internacionales de consumo en determinadas circunstancias, en dichos contratos deberán concurrir una serie de circunstancias:

- Que el adquirente , adquiera bienes o servicios para un uso ajeno a su actividad profesional.
- Que, el transmitente inmobiliario de la cuota de multipropiedad sea un profesional que actúa dentro del ámbito de sus actividades.

- Que, el empresario ejerza su actividad comercial o profesional en el Estado miembro del domicilio del consumidor o dirigir su actividad hacia varios Estados, entre ellos, el del Estado de residencia habitual del consumidor.

La explicación la encontramos, una vez más, en el hecho de que el Reglamento 44/2001 sólo protege al consumidor de *Time-sharing* que sea un consumidor pasivo.

- **Foros de protección del consumidor adquirente de cuota Time-Sharing inmobiliario:**

- Cuando el consumidor es el demandante: teniendo consumidor y empresario el domicilio en un Estado Miembro del Reglamento 44/2001, el consumidor podrá demandar al empresario antes los Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario o ante los tribunales del país y lugar en el que estuviera domiciliado el consumidor. Tendrá libertad de elección.

- Cuando el consumidor de Time-Sharing es el demandado sólo se podrá presentar la demanda antes los Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor ( artículo 16.2 R.44/2001).

Cabe la posibilidad de pacto acerca del Tribunal que conocerá del litigio, sin embargo, se exige que tales pactos sean posteriores al nacimiento del litigio o permitan al consumidor demandar con la misma libertad que la establecida anteriormente.

### **7.5.2.- Ley aplicable**

El Time-Sharing se puede configurar jurídicamente de diferentes maneras, ya sea como un derecho al uso de bienes inmuebles que derivan de la titularidad de acciones de una sociedad multipropiedad; como un derecho real sobre un inmueble durante un tiempo determinado al año.

Debido al amplio auge de estos contratos y de la práctica abusiva por parte de las empresas vendedoras, se ha tratado de proteger al consumidor y para ello se redactó la Directiva 94/47/CE de 26 de octubre de 1994, siendo ésta además de aplicación preferente sobre el Convenio de Roma de 1980.

#### **7.5.2.1.- Régimen jurídico material de la Directiva 94/47/CE**

- La Directiva unifica ciertos aspectos relacionados con la formación del contrato, imponiendo ciertos requisitos, como por ejemplo, proporcionar una información clara y veraz acerca del inmueble, en qué lengua ha de estar redactado, forma y condiciones de pago, etc. Medidas que otorgan mayor seguridad al consumidor.

- La Directiva ofrece una serie de derechos en favor del adquirente, que de hecho podrá resolver el contrato sin necesidad de alegar causa alguna. Además, dichos derechos se establecen como irrenunciables.
- El adquirente de Time-Sharing queda protegido con independencia de la modalidad jurídica que revista el contrato, y esto es porque la naturaleza de dicho contrato puede variar de un Estado miembro a otro.

En los contratos de multipropiedad internacional cabe la posibilidad de que la empresa vendedora imponga en el contrato un Derecho estatal que actúe en detrimento del adquirente. Por ello la Directiva establece en su artículo 9 que : “ los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que le otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro”.

Por tanto, la Directiva protege al adquirente de *Time-sharing* , aunque el contrato prevea la aplicación de la Ley de un Estado miembro, pero siempre que se trate de la cuota obtenida por inmuebles ubicados en el territorio de los Estados miembros de la Comunidad Europea. En resumen, se aplicará la Ley que elijan las partes ( artículo 3 CR), y en su defecto , la Ley del país donde se encuentre el inmueble ( artículo 4.3 CR), salvo que resulte de aplicación la Ley de otro país por presentar vínculos más estrechos con ese otro país. ( artículo 4.5 UE).

**7.5.2.2.-Críticas a las reglas de DIPr establecidas en la Directiva:** como era de esperar, las principales críticas versan en torno al criterio de la “situación del inmueble” como requisito para delimitar el ámbito espacial de la protección del consumidor, ya que deja fuera supuesto que podrían estar muy conectados con la esfera comunitaria, lo que podría incentivar la construcción de inmuebles en régimen de multipropiedad en terceros países y posterior venta de los mismos sujetos a otros domiciliados en la Comunidad Europea.

La transposición de esta Directiva al Derecho español ha sido bastante poco eficiente

### 6.3.3.-Nuevo enfoque del artículo 6 del Reglamento de Roma I sobre los contratos de Time-Sharing

La protección del consumidor ofrecida por el Convenio de Roma no resultaba aplicable a los contratos de multipropiedad, siendo éstos excluidos de su ámbito. Sin embargo, el

Reglamento Roma I , en su artículo 6.4.c) deja constancia de la inclusión de estos contratos y la protección otorgada a los consumidores de los mismos.

La Directiva 94/47/ CE de 26 octubre 1994, sigue sin proteger a los adquirente consumidores de multipropiedad inmobiliaria si el inmueble está ubicado en terceros países o países no comunitarios. Sin embargo la regulación ha cambiado notablemente:

En caso de que el inmueble no esté situado en un Estado comunitario, el contrato se registrá por la Ley elegida por las partes contratantes, pero siempre que dicha Ley resulte para el consumidor más favorable que que las disposiciones imperativas contenidas en la Ley del país de la residencia habitual del consumidor adquirente..

Y en defecto de Ley elegida, resultará de aplicación la ley del País de la residencia habitual del consumidor.

De este modo, el consumidor adquirente se beneficia de la protección general del Derecho del país de su residencia habitual, lo que a su vez conlleva que quede protegido por las disposiciones de Derecho Comunitario de consumo que le sean aplicable.

## **8.CONTRATO INTERNACIONAL DE SEGURO: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE**

### **8.1.-Introducción**

El contrato de seguro conforma una Sección aparte excluida de la regulación específica para las relaciones de consumo. Consagradas en los artículos 7 a 12 ( Sección III del Título II), el fundamento último es el mismo que motiva una regulación especial de la materia de consumo, y es que el cocontratante de la compañía de seguros, ya sea actuando como tomador del seguro, asegurado, beneficiario o incluso víctima del daño ejerciendo la acción directa contra el asegurador, se encuentra siempre en una situación inferior, más débil qu su contratante, lo que le convierte en sujeto protegible desde la perspectiva del legislador comunitario. En paralelo, los pactos de sumisión se ven seriamente restringidos, en favor de la parte débil de la relación contractual.

Como consecuencia de la creación de un mercado único de seguros, dicho mercado de se ha caracterizado en los últimos años por un constante crecimiento de su volumen de negocio. Con la libertad de establecimiento y prestación de servicios que el Derecho comunitario ha otorgado a las compañías aseguradoras, el contrato de seguro ha cobrado cada vez más

importancia en su dimensión internacional.

Esta actuación comunitaria tiene un objetivo doble: por una parte, quiere que los ciudadanos puedan tener acceso a una gama lo más amplia posible de seguros dentro de la Unión y que a su vez gocen de la seguridad jurídica y económica necesaria; y por otra parte, quiere garantizar que aquellas compañías aseguradoras autorizadas para ejercer sus servicios en el territorio de alguno de los Estados miembros, seas partícipes de la libertad de establecimiento y prestación de servicios que otorga la Unión Europea.

La abundante normativa comunitaria al respecto, diferencia entre los seguros de vida y los seguros no de vida, así como otros sectores específicos sobre los que la Unión europea también ha legislado.

De todo ello ha derivado la implantación de compañías de seguro en todos los Estados miembros, y con ello la internacionalización del contrato de seguro como tal, por contar con un elemento de extranjería que los diferencia de los contratos de seguro puramente nacionales.

Actualmente, la competencia judicial internacional queda regulada principalmente por el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia civil y mercantil ( Reglamento Bruselas) y la normativa referente al Derecho aplicable queda regulada en varias Directivas, incorporadas al sistema español y en el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales o Convenio de Roma de 1980 y Reglamento de Roma I que sustituye al anterior.

### **Problemas de competencia judicial internacional**

En primer lugar, hay que señalar que son varios los instrumentos que regulan este aspecto. En el ámbito comunitario, es el Reglamento de Bruselas, como he señalado en la introducción, el que regula principalmente la competencia judicial; sin embargo, para las relaciones de los Estados miembros con Dinamarca, habrá que recurrir al Convenio de Bruselas, pues Dinamarca no participa en el Reglamento.

Asimismo, respecto a los países de la EFTA ( Suiza...,... )en sus relaciones con países miembros, habrá que recurrir al Convenio de Lugano.

En el ámbito extracomunitario, se tendrá en cuenta la LOPJ, que determinará el tribunal competente en defecto de los Convenios.

Respecto al régimen aplicable, decir que tanto el Reglamento como los dos Convenios exigen para su aplicación que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro, recurriendo por el contrario a la LOPJ cuando no se cumpla tal requisito.

En el contrato de seguro, la competencia judicial internacional corresponde a los Tribunales



del domicilio del demandado. Si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro, serán de aplicación las normas contenidas en el Reglamento 44/2001, las cuales modifican lo previsto anteriormente en el Convenio de Bruselas.

Si el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado, serán de aplicación las reglas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Cuando exista conflicto de leyes, deberemos distinguir en función de dónde esté localizado el riesgo, siendo de aplicación las Directivas de armonización cuando el riesgo esté situado en un Estado miembro.

## **8.2.Competencia judicial internacional en el contrato de seguro internacional**

En primer lugar, respecto al Reglamento 44/2001, decir que las normas contenidas en él revisten gran complejidad, por tratarse de una mezcla de competencias exclusivas y concurrentes. El demandante puede elegir entre Tribunales de Estados miembros diferentes, así como prorrogar la competencia judicial de un determinado Tribunal si se cumplen determinados requisitos adicionales. La naturaleza de estas normas de competencia judicial, se hace notar cuando en el caso de incumplirse la regulación contenida en el Reglamento 44/2001, dicha resolución más tarde no es reconocida ni ejecutada.

Los artículos 8 a 14 del Reglamento 44/2001, forman un subsistema especialmente dedicado a afijar la competencia judicial internacional en materia de seguro ( G.A.L.DROZ ); dicha regulación se caracteriza por:

- Su finalidad de protección de determinados sujetos, como son el tomador, el asegurado y el beneficiario, frente a la posición más fuerte de las grandes empresas aseguradoras, que suelen imponer sus condiciones a través de “contratos de adhesión ( P.KAYE).
- No hay un foro único de competencia judicial internacional en materia de seguro, dando la posibilidad al demandante de llevar dirigir su pretensión en los tribunales de diferentes Estados. Además, dentro de unos límites, pero se admiten los pactos de sumisión expresa.
- La decisión de judicial que dicten los tribunales de un determinado Estado miembro no será reconocido ni ejecutada en los demás Estados miembros. ( artículo 35.1 Reg. 44/2001).
- Los artículos 8 a 14 de Reg. 44/2001, que se encargan de determinar la competencia en materia de seguro distinguen entre “demandas contra el asegurador” y “demandas contra el asegurado”.

Por lo demás, el esquema general impuesto por las normas de competencia judicial de los artículos 8 a 14 es el mismo y en el cual se distingue, si el demandado está domiciliado en el foro, si el demandado está domiciliado en un Estado contratante que no es del foro y por

último, si el demandado está domiciliado en un tercer Estado.

Hay que añadir, que en materia de seguros se da una especialidad respecto a otro tipo de contratos, y es que frente a la norma que prohíbe al juez de destino o juez requerido el control de la competencia sobre el juez de origen, en materia de seguros, la misma norma impone dicha obligación al juez de destino.

Por lo demás, el esquema general impuesto por las normas de competencia judicial de los artículos 8 a 14 es el mismo y en el cual se distingue, si el demandado está domiciliado en el foro, si el demandado está domiciliado en un Estado contratante que no es del foro y por último, si el demandado está domiciliado en un tercer Estado.

El esquema precedente, sin embargo, no se aplica para el caso de las sucursales, agencias y otros establecimiento secundarios de las aseguradoras no comunitarias que estén establecidos en un Estado parte. Para los conflictos que deriven de su explotación, se considerará que el asegurador está domiciliado en el Estado donde mantenga dicho establecimiento secundario. Como acabamos de señalar, en estos contratos los criterios utilizados por las normas de competencia judicial internacional son distintos en función de cuál sea la posición que ocupen las partes en la relación. Por ello, diferenciaré ahora los casos en el que el asegurador sea el demandante o el demandado.

### **8.2.1.-Tribunales para conocer de las demandas contra el asegurador.**

Cuando el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario son los que demandan al asegurador, la parte procesal demandante es la parte débil del contrato, y para mantener esa protección a la parte más vulnerable, ésta tiene varias opciones competenciales.

Con carácter general el Reglamento indica que podrán conocer de la demanda tanto los tribunales del domicilio del asegurador como los tribunales del domicilio del demandante o tomador del seguro, asegurado y beneficiario. ( artículo 9.1. a) y b) del Reglamento 44/2001).

Sin embargo, en los Convenios se prevé esta misma norma pero sólo respecto a los tribunales del domicilio del tomador del seguro, excluyendo la posibilidad de demandar ante los tribunales del asegurado o beneficiario del seguro.

En los casos en el que el asegurado no esté domiciliado en un Estado miembro, pero tenga en él una sucursal, agencia u otro establecimiento, éste será considerado como el lugar de su domicilio a los efectos que preceden.

Además de las posibilidades que ofrece la regla general, la parte débil contará con mayores posibilidades competenciales en determinados casos:

- Si se trata de un seguro de responsabilidad civil, está prevista la posibilidad de emplazar al asegurador ante el Tribunal que conozca de la acción de la persona perjudicada contra el

asegurado si la ley de dicho órgano jurisdiccional lo permite.( SAP Almería 25 enero 2006: accidente verificado en Inglaterra y asegurado con domicilio en España).

- En el mismo supuesto que el anterior, la acción directa intentada por por la víctima frente al asegurador se podrá plantear ante el tribunal competente según Reglamento o Convenios para conocer del contrato de seguro.
- Respecto a la responsabilidad de bienes inmuebles se podrá plantear la demanda también ante el tribunal del lugar del hecho dañoso.
- Para los coaseguros, la demanda se puede plantear asimismo ante los tribunales del Estado que conocen de la acción existente contra el primer firmante del seguro.
- 

### **8.2.2.-Tribunales para conocer de las demandas entre un asegurador y los demás aseguradores.**

Estas demandas no se regulan por la Sección 3 del Capítulo del Reglamento 44/2001, sino por reglas generales contenidas en el Reglamento 44/2001 ( STJCE 26 mayo 2005, *Zurich España*).

### **8.2.3.-Tribunales para conocer de las demandas contra el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario**

En este supuesto, generalmente, se limita radicalmente la competencia judicial internacional y solamente se permite que el asegurador ejercite la acción contra el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario ante los Tribunales del Estado parte del domicilio de éste último ( artículo 12 Reglamento 44/2001 y 11 de los Convenios).

Una vez más la justificación no es otra que proteger a la parte débil del contrato, obligando al asegurador a acudir al tribunal más cercano al demandado, entendiendo por éste el del domicilio del demandado.

Sin embargo , dicha regla general tiene algunas excepciones, en concreto:

- En el caso de un seguro de responsabilidad civil , en el que conoce de la demanda un Estado miembro, éste podrá conocer también de la demanda planteada por el asegurador contra el tomador del seguro o el asegurado responsables de los daños. ( art. 11.3 Reglamento y 10.3 Convenios)
- Planteándose una demanda inicial por la parte débil con el asegurador y éste interponiendo una reconvencción contra la primera, el tribunal que conozca de la inicial podrá conocer también de la reconvencción ( art 12.2 Reglamento y 11.2 Convenios). La justificación en este caso es de coherencia y economía procesal.

#### **8.2.4.-Pacto de sumisión expresa por las partes**

Tanto en el Reglamento 44/2001 como en los Convenios se contempla la posibilidad de que las partes pacten cual será el tribunal competente para conocer del litigio, tribunal que adquiere competencia por dicho pacto.

Como parece lógico dicha libertad a la hora de pacta el tribunal competente se encuentra limitada por la necesidad de proteger a la parte más débil del contrato, ( por ejemplo, prohibiendo su inclusión mediante una cláusula poco vistosa entre las condiciones generales de un contrato).

Por todo ello solamente se permitirán a aquellas cláusulas que garanticen a la parte contratante considerada más débil que dicha elección ha sido hecha libremente por su parte y que no vulnera ninguno de sus intereses. Dicho esto, sólo se admitirán los siguientes:

1.- El pacto de sumisión realizado con posterioridad al nacimiento del litigio( artículo 13.1 del Reglamento y 12.1 de los Convenios), en este supuesto no tiene sentido inadmitir un pacto de sumisión expresa de las partes, ya que por el momento realizado la parte débil era totalmente libre de haber elegido otro tribunal más acorde con sus intereses. Se admitirá como tal la comparecencia voluntaria del demandado ante el Tribunal de un Estado parte

2.- Se admiten asimismo los pactos de sumisión expresa, independientemente del momento en el que se hayan realizado, si son empleados por la parte débil de la controversia a su favor, no siendo así en caso de que favorezca a la parte más fuerte.

3.- Pactos realizados entre el tomador de un seguro y un asegurador domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado contratante en el momento de celebración del contrato , si la competencia es atribuida a los tribunales de tal Estado. No será posible si la normativa de dicho Estado prohíbe los pactos de sumisión.

Aquí será indiferente el lugar dónde se hubiere producido el daño para la validez del pacto.

4.- Validez del pacto de competencia realizado entre un tomador de seguro que no esté domiciliado en un Estado contratante, a no ser de que sea un seguro obligatorio o recaiga sobre un bien inmueble sito en un Estado contratante ( art. 13.4 Reglamento y 12.4 de los Convenios).

Como ya hemos señalado antes, y como se puede deducir de esta norma, los Convenios tan sólo protegen al tomador del seguro que esté domiciliado en un Estado miembro del Convenio, permitiendo que resulte perjudicado el tomador que no esté domiciliado en un Estado miembro del Convenio y que ha establecido un pacto de sumisión a favor de los tribunales de un Estado miembro.

5.- Por último, los pactos de sumisión.s establecidos en relación con un contrato de seguro que cubre uno de los “llamados grandes riesgos” ( artículo 13.5 Reglamento y 12.5

Convenios) . Como por ejemplo, los daños a buques de navegación marítima, de instalaciones costeras o de alta mar, aeronaves y mercancías transportadas, pérdidas pecuniarias por la utilización y explotación de los referidos buques o los riesgos accesorios vinculados con cualquiera de los anteriores ( artículo 14 Reglamento y 12 de los Convenios)

#### **8.2.5.-Reglamento 44/ 2001 y sumisión tácita en materia de seguros.**

El artículo 24 del Reglamento 44/2001 que establece la posibilidad de la sumisión tácita de las partes al Tribunal de un Estado miembro, es aplicable asimismo a los conflictos surgidos del contrato de seguro. Los motivos son sencillos; en primer lugar, sólo opera una vez surgido el conflicto por lo que la parte débil podrá decidir si se niega a acudir a un tribunal determinado; y en segundo lugar, el Reglamento de la acción de sumisión tácita los conflictos surgidos en base a materias que quedan cubiertas por competencias exclusivas, y entre ellas no se encuentra el seguro ( artículo 22 Reg 44/2001).

#### **8.2.6.-Normas de producción interna y competencia judicial internacional en materia de seguro.**

Cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro , Dinamarca o Estado parte del Convenio de Lugano, es decir, cuando no le son de aplicación los Convenios ni el Reglamento , la competencia judicial internacional se determina conforme a normas de producción interna contenidas en la LOPJ..

Según la LOPJ, serán competentes los tribunales españoles cuando el asegurador y el asegurado tengan su domicilio en España ( artículo 22 Reglamento 44/2001. Para algunos , este foro resulta insatisfactorio pues no protege a los asegurados y beneficiarios como debería. Además este foro no opera en el caso de que los demandados sean el asegurador o el asegurado, aplicándose entonces el Reglamento 44/2001.

Cuando resulte imposible acudir al foro del domicilio en España de asegurado y asegurador, podrán aplicarse el resto de foros previstos en la LOPJ ( los foros especiales del art. 22.3 LOPJ y la sumisión prevista en el art. 22.2 LOPJ.) Como ejemplo, SAP Sevilla 9 enero 2002 y SAP Burgos 29 abril 2002.

### **8.3.Derecho aplicable en el contrato de seguro internacional**

#### **8.3.1.Aspectos generales en del contrato internacional de seguro y problemas de**

## **derecho aplicable**

Antes de nada se hace necesario mencionar un par de extremos muy influyentes a la hora de determinar la Ley aplicable:

a.) **Nulidad del contrato de seguro celebrado con entidad no autorizada.** En Derecho español existe una “prohibición general”, cuyo fin es proteger a los particulares no profesionales, y que establece que *“sólo las entidades aseguradoras que han sido expresamente autorizadas pueden operar, en España, en el sector asegurativo”* ( art. 5 TRLOSSP). Como consecuencia, los contratos de seguro realizados con entidades no autorizadas serán nulos de pleno derecho ( art. 4 TRLOSSP). Dichas autorizaciones son concedidas , en su caso, por las autoridades españolas ( Ministro de Economía y Hacienda).

Asimismo, aquellas entidades aseguradoras con domicilio en un Estado perteneciente al EEE y que hayan sido autorizadas para operar en el sector de los seguros en su “Estado de origen” podrán operar en España en base a su derecho de establecimiento y libre prestación de servicios.( arts. 83 a 86 TRLOSSP).

Sin embargo, aquellas entidades aseguradoras domiciliadas en terceros países no miembros del EEE, deberán cumplir los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 87 y 88 del TRLOSSP, y deberán ser autorizadas al efecto por el Ministro de Economía y Hacienda

b.) **Directivas comunitarias y Ley aplicable.** Como consecuencia del objetivo de promover un auténtico mercado europeo del seguro, la UE ha impulsado un proceso de armonización jurídica de todos los Estados Miembros. Y es por eso, que existen ciertas normas de conflicto comunitarias que determinan, de un modo uniforme para todos los Estados miembros, el Derecho aplicable a los contratos de seguro. Observaciones al respecto:

1.º) Exclusión del Convenio de Roma de 1980 de los contratos de seguro que cubren riesgos situados en los territorios de todos los Estados miembros, por varios motivos, entre ellos evitar que los contratos de seguro sobre riesgos localizados en la UE quedaran regulados por la Ley de un “tercer Estado”, situación que alteraba el buen funcionamiento del mercado europeo del seguro. Aunque la exclusión estuviera justificada, la técnica no fue la mejor, habiendo sido más eficaz la exclusión del Convenio de Roma de 1980 de los “contratos de seguro regulados por las Directivas comunitarias”, ya que se dan casos de contratos de seguro

que cubren riesgos situados en la UE pero que no están cubiertos por dichas Directivas comunitarias, dejando un vacío legal acerca de cual es el régimen jurídico aplicable.

El lugar de situación de riesgo se precisará conforme a la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto ( Lex fori). En España, se tendrá en cuenta el artículo 1.3.d) TRLOSSP.

2.º) En DIPr español, las normas de conflicto que determinan la Ley aplicable a los contratos de seguro se encuentran en los artículos 107 a 109 LCS, que desarrollan las Directivas comunitarias en la materia. Sin embargo, una vez más la transposición de las normas sobre Derecho aplicable contenidas en las Directivas comunitarias ha sido muy poco eficaz. Se trata de un conjunto de normas muy complicadas, algunos las definen como “indigestas” ( P.LAGARDE), además presentan importantes lagunas y en ciertos aspectos no previstos en los artículos 107 y 108 LSC se remiten a normas generales de Derecho Internacional privado en materia de obligaciones contractuales, que no es sino una ambigua expresión que suscita aún más dudas.

En la normativa comunitaria se optó por la inclusión de normas de Derecho internacional privado para el contrato de seguro , en atención a las siguientes consideraciones:

- a.) La indudable internacionalidad del sector del contrato de seguro debido a el ejercicio de la actividad aseguradora en régimen de libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea, lo que conlleva un gran aumento de contratos internacionales con posible localización del riesgo en un tercer Estado.
- b.) La necesidad de armonizar el derecho aplicable para garantizar un mismo nivel de protección al tomador del seguro, ya que los distintos países tenían un nivel muy diferente de protección de las partes del contrato.
- c.) La tendencia de las aseguradoras a ofrecer contratos sometidos a su legislación nacional, lo que podría distorsionar el sistema de competencia; y para ello también era necesaria una armonización de legislaciones.

### **8.3.2.- La localización del riesgo**

Las Directivas comunitarias son aplicadas exclusivamente a aquellos contratos que presentan

una vinculación comunitaria. El Convenio de Roma, a su vez no se aplica a contratos que cubren riesgos dentro del territorio de la Unión Europea, ya que en principio quedan cubiertos por las Directivas, pero si que se aplica a contratos que cubren riesgos fuera de la UE, y también al reaseguro ( arts 1.3 y 1.4 del Convenio)

Como ya hemos señalado en el epígrafe precedente la precisión de si el riesgo se sitúa o no en la Unión se efectuará conforme a la ley del Juez que conozca del asunto, es decir la *lex fori*.

Como consecuencia de la utilización de la *lex fori* para la localización del riesgo, se hace necesario llevar a cabo una armonización de la normativa de los Estados miembros para que establezcan criterios uniformes. Todo esto se ha tratado de evitar a través de la Directiva 88/357/ CEE que se encarga de establecer criterios uniformes acerca de la situación del riesgo y tras ello, con la adaptación de dichos criterios a la legislación interna de los Estados miembros. Se han solucionado de esta manera también las lagunas que podría derivar del hecho de que la ley interna de los Estados no contuviera disposiciones sobre el lugar de localización del riesgo o dichas disposiciones fueran incompletas.

En el caso español, los criterios de localización del riesgo establecidos por la Directiva fueron incorporados a la legislación interna mediante Ley 21/90, donde constaba un nuevo artículo 50 de la Ley 33/ 1984 sobre Ordenación del Seguro privado en que establecía que riesgos entendía la legislación española que estaban localizados en la Unión Europea. Dicha normativa fue modificada posteriormente por la Ley 30/95.

En el artículo 1.3.d) de dicha Ley 30/95 encontramos las siguientes normas acerca de la localización del riesgo:

1.- La **regla general** establece que el Estado en el que se sitúa el riesgo es aquél en que el tomador del seguro tiene su residencia habitual o el Estado en que se encuentre su domicilio social o sucursal, en el caso de una persona jurídica.

2.- Asimismo establece **tres reglas especiales** para determinados contratos de seguro: a.) en el caso de seguros que se refieren a bienes inmuebles , el riesgo se entenderá localizado en el Estado miembro en el que se encuentre el bien ( incluye el contenido de los bienes inmuebles si están cubiertos por la misma póliza). Se excluyen de esta disposición los bienes en tránsito



comercial. b.) Respecto a los vehículos de cualquier naturaleza, el riesgo se sitúa en el Estado miembro de matriculación.c.) Respecto a los riesgos que sobrevengan durante un viaje o fuera del domicilio habitual del tomador del seguro el riesgo se situará en el Estado en el que el tomador ha firmado el contrato, siempre que sea igual o inferior a cuatro meses.

### **8.3.3.- Tipos de contratos en función de la localización del riesgo**

Según si el riesgo se localiza dentro o fuera de la Unión se aplicará la normativa de ley aplicable del Convenio de Roma o las Directivas comunitarias. Solamente se exceptuará de esta regla el contrato de reaseguro, en el cual se aplica siempre el Convenio de Roma, independientemente del lugar de localización del riesgo. Como consecuencia diferenciamos tres tipos de contratos de seguro:

#### **8.3.3.1.Un primer grupo está formado por los contratos que cubren riesgos extracomunitarios.**

Este tipo de contrato, que cubren riesgos situados fuera de la Unión se rigen por normas del Convenio de Roma de 1980. No obstante para señalar las disposiciones aplicables del Convenio de Roma, se tendrán en cuenta la necesidad o no de proteger al tomador del seguro y el tipo de riesgo a cubrir por el contrato.

Si estamos ante un contrato que cubre uno de los llamados grandes riesgos y el riesgo queda fuera de la Unión, las partes podrán elegir libremente la ley que regirá el contrato, sin encontrar límite alguno en el uso de su autonomía de la voluntad ( artículo 3 del Convenio). En defecto de elección por las partes, el contrato se regirá por la ley del país con la que el contrato presente los vínculos más estrechos. En este punto se presumirá que el país que presenta los vínculos más estrechos es aquél en el que la parte que deba realizar la prestación característica tiene su residencia habitual o administración central , en el caso de personas jurídicas. En lo los contratos de seguro se considera que la prestación características es la que realiza el asegurador, que es quién realiza la actividad asumiendo un riesgo en la operación. La ley aplicable en defecto de elección , entonces, será la de la residencia habitual o administración central del asegurador.

Cuando el contrato sea de los que cubre riesgos de masa, podrá ser de aplicación el artículo 5 del Convenio, relativo a los contratos concluidos por consumidores. Sin embargo, para que se pueda aplicar este artículo deberá tener por objeto la prestación de seguros a un tomador para

un uso que pueda ser considerado ajeno a la actividad profesional de éste. Como ya sabemos, el artículo 5 sólo protege al consumidor pasivo, conformando la parte débil del contrato a través de una oferta especialmente dirigida a él o mediante publicidad, y que en ese mismo Estado el consumidor haya llevado a cabo los actos necesarios para la celebración del contrato.

En estos casos, el consumidor gozará de la protección de la ley de su residencia habitual. Protección en un doble sentido: en defecto de elección, el contrato se regirá por la ley de la residencia habitual del tomador; y aunque las partes hayan elegido otra ley, ésta no podrá privar al tomador de la protección que le otorgan las disposiciones imperativas del país de su residencia habitual( 5.2 y 5.3 Convenio de Roma).

Cuando el contrato cubra riesgos de masa pero no se den las condiciones que el Convenio, en su artículo 5 exige para otorgar la protección de la legislación del país de residencia habitual del consumidor. Cuando la normativa prevista en el artículo 5 sea inaplicable por no cumplir los requisitos, serán de aplicación los artículos 3 y 4 del mismo, siendo posible el pacto de elección de ley por las partes.

Por último, tanto respecto a las normas materiales imperativas del Estado del foro, como respecto a las normas materiales imperativas de un tercer Estado que esté vinculado con la operación, decir que podrá ser de aplicación si cumplen las condiciones previstas en el artículo 7.1 y 7.2 del Convenio.

### **8.3.3.2.Un segundo grupo integrado por contrato que cubren riesgos localizados dentro de la Unión.**

Estos contratos se regirán por las Directivas comunitarias en la materia, que han sido adaptadas al Derecho español mediante la Ley 30/95, la cual hace una nueva redacción de las normas de Derecho internacional privado de la Ley 50/80 de contrato de seguro “ LCS”. Tanto en estas normas como en las Directivas será diferente la ley aplicable según nos encontremos antes un seguro de vida o no de vida.

#### **8.3.3.2.1.-Ley aplicable a los seguros distintos de los de vida**

La determinación de la ley aplicable persigue proteger al tomador de seguro, y para ello se

limita significativamente la posibilidad de que las partes puedan elegir la Ley aplicable al contrato, que dependerá del grado de internacionalidad del contrato.

La regulación básica de este tipo de contratos la encontramos en la Directiva 88/357/CEE y en la Directiva 92/49/CEE, ambas incorporadas al ordenamiento español mediante Ley 21/90 y Ley 30/95, que incluyen en el artículo 107 de la LCS el complejo sistema de Derecho aplicable formulado por las Directivas. Dicha adaptación se caracteriza por ser más restrictiva a la hora de elegir la ley aplicable.

Por ello encontramos casos en los que la aplicación de la ley española es obligatoria ( artículo 107.1 de la LCS); en concreto, 1.) Cuando los riesgos se localicen en territorio español y el tomador del seguro tenga también su residencia habitual, domicilio social, etc. en ese país será preceptiva la aplicación de la ley española.2.) Asimismo, la legislación española será de aplicación si el contrato se hubiera concluido para dar cumplimiento a la obligación de asegurarse impuesta por el ordenamiento español. Sin embargo, nada indica sobre la Ley aplicable en el caso de que se trate de un contrato de seguro celebrado en cumplimiento de una obligación impuesta por la Ley de otro Estado, dónde la opinión mayoritaria considera que deberán aplicarse las normas del conflicto del Estado cuya Ley impone esta obligación de aseguramiento.

En ambos casos el legislador, utiliza una “norma de extensión”, extendiendo la aplicación de la legislación española a supuestos internacionales especialmente conectados o vinculados con España, reforzando así la imperatividad de las normas de la LCS respecto de casos internacionales que de alguna manera afectan a España

En otros casos, en los supuestos no incluidos en el artículo 107.1 LCS , cabe la posibilidad de elección por las partes, y en defecto de elección, se establece cuál sería la ley aplicable:

- En los contratos de seguro que cubren grandes riesgos, artículo 107.2 LCS se da una total libertad de elección de la ley aplicable por las partes.
- En los supuestos del artículo 107.3, las partes tienen libertad de elección pero dentro de un conjunto determinado de leyes. Por ejemplo, cuando los riesgos que cubre el contrato se sitúan en territorio español pero el tomador del seguro reside en otro Estado parte, las partes

podrán elegir la ley de la residencia habitual del tomador o la aplicación de la legislación española. También, cuando el tomador sea un empresario o profesional y el contrato se refiera a riesgos relativos a las actividades que realice en distintos Estados del Espacio Económico Europeo, se permite la elección de las leyes de cualquiera de los Estados en los que se sitúe el riesgo, así como el del lugar de residencia del tomador.

- - Si por el contrario, las partes optan por no elegir la ley aplicable al contrato, y tampoco se trata un caso de aplicación obligatoria de las normas de un ordenamiento determinado, el mismo quedará regido por las leyes del Estado con el cual presente una vinculación más estrecha ( artículo 107.5 LCS), presumiéndose como tal la ley del Estado en que está localizado el riesgo.

Una vez más , es necesario mencionar las normas materiales imperativas, que deberán tenerse en cuenta con independencia de que ley resulte aplicable al contrato ( artículo 107.6 LCS).

#### **8.3.3.2.2.-Ley aplicable a los seguros de vida**

Cuya regulación se sitúa en el artículo 108 de la LCS tras su modificación mediante la Ley 30/95, que incorpora al Derecho español las disposiciones de la Directiva 90/619/CEE. El sistema para este tipo de contratos es mucho más sencillo que para el de los seguros distintos de los de vida.

Como norma general, se aplicará la legislación del Estado miembro conocido como el “Estado compromiso”, que se identifica con aquél en el que el tomador de seguro tiene su residencia habitual o su domicilio social o sucursal en caso de ser persona jurídica. Sin embargo, en determinados supuestos las partes podrán optar por elegir otra ley diferente: por ejemplo, cuando no coincida el Estado de la residencia habitual del tomador con el Estado de su nacionalidad, las partes también podrán optar por elegir ésta última.

Supuesto recogidos en el artículo 108 LCS, y a los cuales será de aplicación la Ley del Contrato de Seguro española:

a.) Si el tomador siendo persona física tiene su residencia habitual en España. o obstante, si es nacional de otro Estado miembro del EEE distinto de España, podrá acordar con el

asegurador aplicar la ley de su nacionalidad.

b.) Si el tomador del seguro es una persona jurídica y tiene su domicilio, efectiva administración y dirección o su principal establecimiento en territorio español. Esta previsión desarrolla correctamente el artículo 4 de la Directiva 90/619, ya que indica que la Ley aplicable a los contratos de seguro sobre la vida es la Ley del Estado en que esté situado el “establecimiento de la persona jurídica a que se refiere el contrato”. Sin embargo, el artículo 108.1 b) LCS impone la aplicación de la Ley española a los contratos de seguro de vida celebrados por las personas jurídicas con “domicilio, efectiva administración y dirección o principal establecimiento o explotación en territorio español”.

c.) Si el tomador del seguro es una persona física de nacionalidad española con residencia habitual en otro Estado, y así lo acuerde con el asegurador. Si el tomador del seguro tiene su residencia habitual en otro Estado miembro corresponderá al Estado Miembro en cuyo territorio la tiene, decidir si cabe o no la posibilidad de elegir la Ley aplicable. Es otro motivo por el cual el artículo 108.1.c) no desarrolla correctamente la Directiva 90/619.

Si el tomador del seguro tiene la residencia habitual en un tercer Estado, el seguro en cuestión cubre un riesgo que no está situado en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad, y por tanto es un contrato que recae en el ámbito de aplicación material del Convenio de Roma. De este modo, dicho Convenio es aplicable de manera preferente al artículo 108.1 LCS, que no puede establecer una regulación contraria al Convenio.

d.) En el caso de contratos de seguro de grupo celebrados en cumplimiento o como consecuencia de un contrato de trabajo sometido a la ley española.

### ***Problemas no resueltos por el artículo 108 LCS***

En todo aquello que no esté regulado en los preceptos anteriores, el artículo 109 LCS contiene una remisión a las normas generales de Derecho internacional privado en materia de obligaciones contractuales. Aquí se plantea la duda de si tal remisión está referida al artículo 10.5 del Cc o al Convenio de Roma de 1980. Parece más lógico pensar que es una remisión

hecha al Convenio de Roma, por su carácter universal, frente al Código Civil español.

Tampoco hay nada regulado en el artículo 108 LCS, en relación al supuesto de “Conflicto móvil” por cambio de residencia habitual del tomador del seguro; y por tanto, por una cuestión de estabilidad podría estimarse que dicho cambio no afectará a la Ley aplicable.

Asimismo, podría plantearse ante tribunales españoles situaciones no comprendidas en dicho artículo 108 LCS, de manera que el precepto no sirve para precisar la Ley aplicable. En estos casos, podrá llevarse a cabo un desarrollo judicial del artículo 4 de la Directiva 90/619, previendo que la Ley aplicable a los contratos de seguro sobre la vida no previstos en el artículo 108 LCS será la Ley del “Estado miembro del compromiso” la que se aplique al contrato de seguro.

### ***Eficacia sobre el contrato de seguro de las normas internacionalmente imperativas***

Como ya hemos mencionado anteriormente, tanto la Directiva 88/357 como la Directiva 60/610 permiten aplicar al contrato internacional de seguro, las denominadas “normas internacionalmente imperativas, haciendo una distinción entre las normas imperativas del foro y las normas imperativas de un tercer Estado, siguiendo un régimen idéntico al del artículo 7 del Convenio de Roma.

En cuanto al desarrollo por el legislador español de estas previsiones hay que subrayar varias cosas: a.) En primer lugar, el legislador se refiere a las normas internacionalmente imperativas mediante expresiones muy diferentes, como normas de orden público, normas imperativas, etc., por lo que podemos deducir que no ha comprendido la distinción entre ambas empleada en las Directivas; b.) el legislador español parece no permitir la posibilidad de dar efecto a las disposiciones imperativas Ley de un tercer Estado, lo que no tiene mucho sentido teniendo en cuenta que España no ha efectuado reserva al artículo 22 del Convenio de Roma, y por ello ante un contrato de seguro que cubre riesgos localizados fuera de la Comunidad, los jueces españoles no pueden dar efecto a dichas disposiciones imperativas de un tercer Estado, que probablemente sea el de localización del riesgo o el del compromiso.c.) Por último, añadir que la incidencia principal de estas normas internacionalmente imperativas se aprecia ante todo en aquellos contratos de seguro concluidos por entidades no autorizadas para operar en España, y que son regulados por una Ley extranjera. Estos contratos serán nulos de pleno derecho si afectan en cualquier modo al “mercado español” ( artículo 4.2

TRLOSSP) y esto aunque la Ley reguladora entienda que dicho contrato es válido.

### **c.)Disciplina especial del reaseguro**

El reaseguro queda sometido al régimen general de la competencia judicial internacional y del conflicto de leyes

#### **c.1.)Competencia judicial internacional en el contrato de reaseguro**

La exclusión del reaseguro de las reglas especiales en materia de seguro del Reglamento 44/2001 debería recogerse expresamente en el mismo texto. El hecho de que no sea así, hace que sea el TJCE quien resuelva si las disposiciones de la Sección III del Título II del Reglamento son aplicables a las relaciones entre un reasegurador y un reasegurado-asegurador. El TJCE en su sentencia de 13 de julio de 2000, en vía prejudicial para el asunto C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company, S.A. v. Universal General Insurance Company*, en la cual se declara la exclusión de los contratos de reaseguro de los foros especiales en materia de seguro, concebidos como foros de protección. La exclusión del reaseguro del ámbito de aplicación de las reglas de la Sección III del Reglamento no puede justificarse en la falta de asimilación entre el contrato de reaseguro y el contrato de seguro. Sin embargo, pretender aplicar al reaseguro unas normas de competencia judicial internacional que se inspiran en la necesidad de proteger a la parte más débil resultaría contrario al *telos* normativo, ya que no se da esa parte más débil en este tipo de contratos.

En los mismos términos, en su ámbito de aplicación, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para un litigio en materia de reaseguro , quedará regida por los foros generales del artículo 22 LOPJ. Sin embargo, hemos de señalar que los conflictos entre reaseguradores y reasegurados suelen someterse a arbitraje.

#### **c.2.)Ley aplicable al reaseguro**

El Convenio de Roma, en su artículo 1.4 excluye de su ámbito de aplicación material a los seguros que cubren riesgos localizados en el territorio de un Estado miembro, por entender que ello no se refiere a los contratos de reaseguro, no obstante , finalmente queda expresamente incluido en el Convenio, y regido por las soluciones generales del Convenio de

Roma.

Las disposiciones aplicables del Convenio de Roma son el artículo 3 y 4 del mismo, no pudiéndose aplicar el artículo 5 sobre los contratos de consumo al tratarse en cualquier caso de contratos celebrados entre dos aseguradoras. De este modo, las partes tendrán completa libertad para elegir la ley aplicable, y en defecto de ésta se acudirá a la ley que presente los vínculos más estrechos, es decir, la de la residencia o administración central de la parte que deba realizar la prestación característica.

Respecto a determinar la prestación característica, parece ser una cuestión más complicada en el contrato de reaseguro, ya que al ser un contrato concluido entre aseguradores, ambos realizan una prestación dineraria y concluyen dicho contrato en el seno de una actividad profesional de seguros. Por una parte, siguiendo los criterios invocados para el contrato de seguro, respecto a la determinación de la prestación característica, podría concluirse que la misma es la que realiza el reasegurador. En la doctrina prevalece, una posición que podríamos denominar clásica que trasladando automáticamente la regla del seguro directo al reaseguro, y la cual hace coincidir la prestación característica con la prestación no remuneratoria, y concluye por tanto, en reclamar la aplicación al reaseguro de la ley del Estado del establecimiento del reasegurador, que es quien asume el riesgo. La obligación de seguir a la cedente es consecuencia de la facultad que tiene el asegurador de dirigir y gestionar su empresa y reflejo de la *comunidad de suerte*, que manifiesta los efectos del siniestro y se ciñe los perfiles técnico del riesgo original, asumido por el asegurador directo y que son compartidos por el asegurador y el reasegurador. Pero así como el asegurador es autónomo a la hora de elegir y aceptar los riesgos que asegurará, establecer las condiciones del contrato, fijar las tarifas de prima, tramitar y liquidar los siniestros; el reasegurador debe seguir todas las decisiones y resoluciones que adopte el asegurador, quedando vinculado por ellas. Se pone así de manifiesto cierta accesoriedad del reaseguro respecto del seguro, aunque esta dependencia del reaseguro no es determinante, y la Ley que rige el contrato de reaseguro no está condicionada por la ley que rige el contrato de seguro.

Los rasgos generales caracterizadores del reaseguro y sus funciones en relación con el asegurador, podrían justificar identificar la prestación más característica con la que realiza el asegurador, de manera que la ley aplicable al reaseguro coincidiría con el mercado afectado. Todo ello sin perjuicio de poder acudir a principios generales como cláusula de escape en el supuesto de que se demuestre que el contrato de reaseguro presenta vínculos más estrechos



con otro país. Y es que el juez siempre podrá dejar de aplicar la ley del contratante que realiza la prestación característica cuando se pruebe que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.

## **9. Conclusiones generales**

En primer lugar, me gustaría aclarar los motivos por los cuales me he decantado por el contrato de consumo y de seguro, y es que dentro de la regulación general de los contratos internacionales, soy de la opinión de que estos dos tipos específicos son merecedores de una normativa específica dadas las peculiaridades, ante todo de una de las partes, la más débil. Sin embargo, no siempre mi opinión es la más compartida, pues es amplio el sector doctrinal que aboga por una mayor libertad de la autonomía de la voluntad, en detrimento del carácter protector que se le intenta dar en determinadas condiciones a este tipo de contratos. Ahora explicaré algo más en detalle este punto.

El segundo motivo por el cual he elegido estos dos contratos es sencillo. Considero que en el día a día nos vemos mucho más afectados por estos contratos de lo que realmente creemos. Nadie duda acerca de habitualidad y frecuencia de este tipo de contratos; sin embargo, a veces no caemos en la cuenta de qué podemos quedar desprotegidos ante un supuesto internacional de este tipo con mayor facilidad de la que pensamos. Casi sin darnos cuenta, cada vez que cruzamos una frontera y consumimos lo más mínimo o contratamos algún servicio que impone la obligación de asegurarse, estamos viéndonos en medio de esta encrucijada internacional.

Por ello, para evitar esa desprotección, ese peregrinaje jurisdiccional, y la utilización de condiciones de contratación abusivas por parte del profesional o empresario, se hace necesario abordar la cuestión desde un punto de vista del Derecho Internacional Privado, ya sea a través de Convenios o Directivas, como de del derecho interno de cada Estado.

En relación al primero de los motivos alegados para la elección de este tipo de contratos, en el cual expresaba mi opinión tendente a apoyar una regulación más concreta cuando no hay igualdad entre las partes, decir que son abundantes los motivos para aceptar o rechazar el ejercicio a la libre autonomía de la voluntad.

En primer lugar, teniendo en cuenta que la autonomía de la voluntad permite a las partes fijar desde el principio la competencia judicial y el derecho regulador de la relación internacional, ese elemento de incertidumbre que se nos plantea en la mayoría de conflictos internacionales en los que no hay pacto de elección de tribunal ni Derecho, deja de ser un problema, aportando así mayor seguridad jurídica.

No obstante, en contrapartida a este argumento, la práctica ha venido demostrando que en relación con este tipo de contratos, esta libertad ha llegado al punto de ser abusiva. Y es lo que a través de Directivas como la 93/13/CEE contra cláusulas abusivas se pretende evitar. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que las partes de una relación jurídica de carácter internacional tienen por principio jurídico el derecho de contratar libremente, lo que incumbe también a aspectos de fondo. Entonces la posibilidad de que las partes puedan elegir libremente donde litigar, y a qué Derecho atenderse, ya sea mediante la elección de una Ley neutral o incluso favorecedora de la parte más débil justifica una vez más esa libertad. Sin embargo, la realidad es otra cuando el contratante profesional impone ciertas condiciones en contratos de adhesión o dirigidos a un amplio abanico de personas, dónde al consumidor sólo le queda la opción de aceptarlas o por el contrario, de no contratar. Es cierto que la preocupación surgida en relación con las nuevas circunstancias del Derecho Internacional Privado, se ha demostrado en las nuevas codificaciones dejando constancia de un Estado cada vez más protector en este tipo de materias, aunque la transposición ulterior a cada uno de los derechos internos no haya sido la más adecuada.

Por ello el libre juego de la elección puede producir en la parte más débil o menos informada unas consecuencias perjudiciales que no podía haber previsto razonablemente en el momento que celebró el contrato, que es lo que incentiva el objetivo protector del legislador.

La indudable falta de regulación vigente respecto a la limitación para elegir al juez competente, libertad que sólo se restringe en circunstancias especiales, dejando de lado la normativa general de contratación han demostrado una vez más la necesidad de normativa protectora más específica. Y por ello las regulaciones protectoras han recibido un tratamiento de aplicación que asegura la eficacia de su contenido, que contienen los elementos determinantes de la dimensión espacial necesaria para dar cumplimiento a los objetivos que se proponen, confirmándose como normas internacionalmente imperativas.

No hay que olvidar además, que los verdaderos impulsores del mercado interior son también los consumidores; de modo que si la aplicación de estas normas imperativas extrañas al propio ordenamiento jurídico de cada Estado convierten en un proceso tan complejo donde las cantidades y medios animan a litigar a los más fuertes, las posibilidades de que estas normas sean aplicadas de oficio son casi inexistentes cuando estemos ante cuantías casi despreciables individualmente para el mercado.

Las experiencias de cada país a lo largo del panorama internacional han sido muy diferentes, centrándose cada país en la protección de unos elementos diferentes según lo que más preocupase a cada uno. No obstante, si es verdad que ha habido un acercamiento de posiciones en los medios desarrollados por los países comunitarios; medios como la mediación, conciliación, hasta el arbitraje específico de consumo, por ejemplo. Medios a través de los cuales se pretende proporcionar una vía alternativa a los tribunales que supere los formalismos y la lentitud de los mismos, pero sin renunciar a la seguridad jurídica y la justicia material.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- 1.- JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “ Derecho Internacional Privado, Volumen II, Editorial Comares
- 2.-A.L.CALVO CARAVACA JAVIER CARRASCOSA GLEZ, “Curso de Contratación Internacional”, Editorial COLEX, Cap III.
- 3.-A.BONOMI, “The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual...” p.167
- 4.-Cfr. A.C.IMHOFF-SCHEIER, Protection....cit. pp.67. ss
- 5.- P.BLANCO MORALES LIMONES, “El seguro español en el Derecho Internacional Privado. Caser, Madrid, 1989, pp.253ss.
- 6.- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Comunitarización del Derecho Internacional Privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”. Revista española de seguros, no 140, 2009, pp. 595-616.
- 7.- C.LLORENTE GOMEZ DE SEGURA, “ La propuesta comunitaria de Reglamento sobre laLey”
- 8.- L.F.CARRILLO POZO, “La Ley aplicable al contrato en defecto de elección:

análisis a través de la jurisprudencia, *Poder judicial*, n.74,2004.

**9.- F.J.GARCÍAMARTÍN ALFÉREZ**, “ El Reglamento Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: “¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm.6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión on line.

**10.- NORMATIVA:**Consulta de diferentes Directivas mencionadas en el apartado de “El contrato de consumo internacional”, Reglamento Roma I, Reglamento 44/2001, Ley de Contrato de Seguro, Ley de Protección General de Consumidores y Usuarios