

Estado de origen vs. estado de destino

Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado

Miguel Virgós Soriano

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid

Francisco J. Garcimartín Alférez

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

251

Sumario

1. Punto de partida: la “doble lógica” del Derecho internacional privado
2. La especialización geográfica
3. La integración comunitaria
 - 3.1. La fórmula “diversidad material + armonización mínima + Dipr uniforme”
 - 3.2. Distribución de competencias: coordenadas vertical y horizontal
 - 3.3. Las reglas del mercado
 - 3.4. Lógica de Estado de origen
 - 3.5. Lógica de Estado de destino
 - 3.6. Ejemplo 1: contratos de consumo
 - 3.7. Ejemplo 2: obligaciones extracontractuales
 - 3.8. Doble sistema: ad intra y ad extra
4. Bibliografía

1. Punto de partida: la “doble lógica” del Derecho internacional privado

Uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta el Derecho internacional privado contemporáneo es la explicación y valoración de las consecuencias que, para esta disciplina, ha traído consigo el proceso de integración europea. El propósito de este trabajo es contribuir a ese debate. Pero lo vamos a hacer desde una perspectiva distinta a la habitual. A modo de ensayo, vamos a tomar prestadas ciertas herramientas analíticas de otras ciencias sociales y vamos a comprobar si nos resultan útiles para aclarar algunas de las cuestiones que más se discuten hoy en día en la literatura europea.

Comenzaremos por lo incuestionable. El Derecho internacional privado tiene por objeto regular las relaciones privadas que se desarrollan en un contexto internacional; esto es, las relaciones que se desarrollan “a la sombra” de un mundo jurídicamente fraccionado. Este mundo se caracteriza por la concurrencia de una pluralidad de Estados cada uno de ellos con su propio Derecho y con sus propios tribunales. Esto explica que el contenido de este sector del ordenamiento esté informado por una *doble lógica*: una lógica de Derecho privado y una lógica de internacionalidad. Por un lado, el Derecho internacional privado es *Derecho privado* y, en este sentido, debe responder a la *lógica del Derecho privado*. Su objeto inmediato son las relaciones entre particulares: sus normas distribuyen derechos y deberes -o cargas- *entre* particulares. Por eso se ha dicho, con mucha razón, que quienes padecen directamente las consecuencias de las normas de Derecho Internacional privado no son los Estados, sino los propios particulares: la sujeción a una u otra jurisdicción estatal o la aplicación de uno u otro Derecho material son consecuencias que benefician o padecen directamente los particulares implicados y sólo indirectamente los Estados. En esta medida se comprende que el Derecho internacional privado responda, ante todo, a una lógica de Derecho privado. Es por ello por lo que *los principios normativos, el sistema conceptual y las estructuras argumentales deben ser análogos a los que informan las otras ramas del Derecho privado*. Otra conclusión iría contra la naturaleza de las cosas y contra la misma esencia del ordenamiento jurídico como “sistema”.

Pero lo que caracteriza el Derecho internacional privado es que esa distribución de derechos y deberes entre particulares se realiza en un entorno muy peculiar, un entorno donde concurren otros Estados. Mientras que en las relaciones privadas internas (u homogéneas) el legislador nacional está en situación de monopolio y, en consecuencia, puede elaborar la regulación normativa que considere más adecuada así como asegurar su implementación coactiva, en las relaciones privadas internacionales (o heterogéneas) el legislador está en una situación de concurrencia normativa con otros legisladores. En el objeto de nuestra disciplina, la posición del legislador nacional no es monopolística, sino concurrencial. Cada Estado compite, pero también coopera con los demás. Por ello, junto con esa lógica de Derecho privado, el Derecho internacional privado responde al mismo tiempo a una *lógica de internacionalidad*. *El legislador nacional, al regular las relaciones privadas internacionales, debe ser consciente de que no está solo sino de que concurre con otros legisladores, cada uno de ellos con su propio Derecho sustantivo, con su propia organización jurisdiccional y con el monopolio de implementación coactiva dentro de su respectivo territorio*. Esto permite comprender que en este sector, la “óptica” para desarrollar esa “lógica de Derecho privado” no sea la óptica *nacional*, sino la óptica *internacional*. Esta óptica explica, por

ejemplo, que una misma relación jurídico-privada vaya a recibir respuestas distintas en un “entorno de integración”, como el europeo (en que los Estados participantes están unidos por un vínculo jurídico-político) y en un “entorno de coexistencia” de Estados absolutamente soberanos.

2. La especialización geográfica

Este último punto es de gran importancia y creemos que vale la pena incidir sobre él. Uno de los rasgos característicos del Derecho internacional privado contemporáneo es su *especialización geográfica*. Situaciones o conflictos de intereses que, si los contemplamos exclusivamente con los lentes del Derecho privado, podríamos considerar similares, van a ser resueltos de forma distinta en función de los países con los que se vinculan. Una sentencia de divorcio proveniente de China (a la cual se aplica el Conv. bilateral de 2 de mayo de 1992) tiene un régimen distinto de una sentencia de divorcio idéntica, pero proveniente de Finlandia (la cual quedará sujeta al Reglamento comunitario). Frente a la quiebra de una empresa española abierta en nuestro país, la posición conflictual de un acreedor pignoraticio sobre un bien en Noruega (al cual se aplicaría el régimen general, art. 201 Ley Concursal), puede ser distinta de la de otro acreedor pignoraticio, en análogas circunstancias, si el bien se halla en Suecia (al cual se le aplicará el art. 5 del Reglamento comunitario de insolvencia). La diferenciación, muy extendida entre la doctrina, entre un Derecho internacional privado *ad intra* (i.e., para los litigios intracomunitarios) y un Derecho internacional privado *ad extra* (i.e., para los litigios extracomunitarios) es el fruto más acabado de ese proceso. En el Derecho internacional privado *ad intra* la “lógica de internacionalidad” se convierte en “lógica de integración” y esto cambia algo las cosas. El problema que se nos presenta es fijar con exactitud hasta dónde puede llegar a cambiarlas sin violentar los principios de unidad y coherencia sistemática.

El punto de partida para dar una solución a este problema nos parece indiscutible: la lógica de Derecho privado nos exige que sólo se den respuestas distintas *ad intra* y *ad extra* si y sólo en la medida en que estén justificadas por la lógica de integración. Ni menos de lo que nos exige la lógica de integración, pero tampoco más. Y, desde luego, la carga de la argumentación recae sobre quien defienda la diferencia de soluciones. Si estamos de acuerdo en esto, ya estamos de acuerdo en mucho.

3. La integración comunitaria

Para ver hasta dónde nos lleva la lógica de integración en el ámbito del Derecho internacional privado es inevitable pasar brevemente por cómo se ha construido el sistema.

3.1. La fórmula “diversidad material + armonización mínima + Dipr uniforme”

El Derecho comunitario se ha ido configurando a partir de la conjugación de dos principios. El *principio de integración negativa*, que se dirige a los Estados nacionales imponiéndoles

“obligaciones negativas” cuyo objetivo es eliminar las barreras a la libre circulación de bienes, servicios, capitales o personas en Europa; y el *principio de integración positiva*, que se dirige a las instituciones comunitarias atribuyéndoles competencias legislativas cuyo objetivo es suministrar un marco normativo adecuado a un mercado integrado de escala europea. Con ambos principios se pretende conseguir que los factores de producción puedan “votar con los pies”, esto es, sean libres para ir allí donde más eficientes resulten. Pero su mecánica es diferente. El primero simplemente expulsa de los Derechos nacionales ciertas normas o regulaciones que constituyan un obstáculo a esas libertades. Este principio opera típicamente sobre normas de Derecho público, por ejemplo, normas sobre controles de cambio, importaciones o requisitos técnicos, y nos dice los “noes”; esto es, las normas que no pueden oponerse a las libertades comunitarias y, en esta medida, deben salir del ordenamiento nacional. Por eso se denomina “integración negativa”. El segundo es algo más complejo. Con él se persigue que la diversidad de legislaciones nacionales en Europa no distorsione el buen funcionamiento del mercado. Este principio exige una actuación legislativa de las instituciones comunitarias, una actuación que sustituya o complemente las legislaciones nacionales. Este principio incide sobre las normas de Derecho público y privado, por ejemplo, Derecho de sociedades o Derecho de los contratos.

En este segundo aspecto (*integración positiva*), el Derecho comunitario vigente responde a un *modelo de equilibrio entre uniformidad y diversidad*. Es cierto que la fórmula anhelada durante mucho tiempo ha sido la de *uniformidad normativa*. El llamado “mito de la uniformidad”. Se consideraba que como mejor funcionaría un mercado integrado sería estableciendo el mismo Derecho material para todos los Estados miembros y para todos los participantes. La uniformidad normativa presentaría varias ventajas. Por un lado, reduciría los costes de las operaciones transfronterizas. *Ceteris paribus* atenúa los costes de información, un operador en el mercado europeo tendría que informarse de un solo Derecho y no de veinticinco, y de adaptación, ya que ese operador sólo tendría que adaptar sus prácticas, modelos y estándares a un Derecho y no a veinticinco. Por otro lado, esa uniformidad evitaría soluciones ineficientes o comportamientos oportunistas de los Estados.

No es ese, sin embargo, el sendero que ha seguido el Derecho comunitario vigente. La uniformidad no es por ahora una opción real. En unos casos se aduce un *argumento pesimista*: las dificultades políticas para alcanzar ese objetivo. La uniformidad material en Europa es un fin bondadoso pero el egoísmo de los Estados miembros hace que no estén dispuestos a llegar hasta él¹. En otros casos se alega un *argumento optimista*, las bondades asociadas a la “competencia entre ordenamientos jurídicos”²: la diversidad permite que cada Estado opte por las soluciones normativas que mejor se adaptan a sus circunstancias sociales o económicas y, a su vez, ofrece un

¹ La decisión sobre el contenido del Derecho material uniforme no se toma sólo en función de elementos endógenos a la regla (su mayor o menor acierto), sino también en función de datos exógenos. Entre ellos, cómo se reparte el coste del cambio normativo. El contenido de la regla uniforme puede suponer un cambio significativo para el Derecho de unos Estados miembros, y un cambio mínimo para el Derecho de otros. En esta medida, el contenido de la regla determina indirectamente qué Estado miembros van a soportar los costes de transición normativa. Naturalmente, un Estado miembro, entre soportarlos él y que los soporte otro, siempre preferirá que los soporte otro. Por eso cada Estado quiere imponer su sistema. Esto puede hacer muy difícil el acuerdo.

² La literatura sobre este extremo es inabarcable. Para un buen resumen del *status quaestionis*, desde una perspectiva europea, pueden consultarse los trabajos publicados en Klaus OTT/Hans Bernd SCHÄFER (ed.) (2002).

menú a los operadores donde pueden escoger las normas que mejor satisfacen sus necesidades transaccionales. Igual que es buena una diversidad de opciones en otros mercados (bienes, servicios, etc.), sería buena una diversidad de opciones en el mercado de productos normativos.

La tensión entre ambos tipos de argumentos explica ese modelo de *equilibrio* entre uniformidad y diversidad que impera hoy en el Derecho privado comunitario. Ese modelo se puede representar muy bien con la fórmula tripartita: “*diversidad material + armonización mínima + Derecho internacional privado uniforme*”.

3.2 Distribución de competencias: coordenadas vertical y horizontal

Para encontrar el *fundamento normativo* de esta fórmula debemos recordar que la distribución de competencias en Europa tiene *dos coordenadas*: una *vertical* y otra *horizontal*. La primera determina la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad. La segunda determina la distribución de competencias de los Estados miembros entre sí.

La distribución *vertical* se basa en los principios de proporcionalidad y subsidiariedad (*véase. i.a. art. 5 Tratado CE*). Por ello, salvo en los ámbitos de competencia exclusiva, toda decisión del legislador comunitario llamada a establecer soluciones uniformes exige responder a dos preguntas: una relativa a la necesidad de armonizar el Derecho y otra relativa al grado de armonización del Derecho. El legislador comunitario siempre ha de justificar por qué es necesario uniformar un sector del Derecho y por qué ha de lograrse un determinado grado de uniformidad. El grado de uniformidad o armonización debe alcanzar sólo hasta donde sea necesario para los objetivos comunitarios siempre que, a su vez, esos objetivos no puedan ser alcanzados por lo propios Estados Miembros (=“*armonización mínima*”). Las razones que pueden justificar esta intervención del legislador comunitario pueden ser muy variadas. Aquí nos interesa destacar dos. Por un lado, la existencia de un riesgo de competencia “hacia la baja”, esto es, que los Estados, con la intención de atraerse a los operadores, corran por ofrecer las condiciones jurídicas más laxas. O, dicho en otros términos, el propósito de ese mínimo denominador común normativo, que es la armonización mínima, sería asegurar que la competencia entre ordenamientos no distorsiona el mercado integrado allí donde esa competencia pueda conducir a estándares ineficientes (*race to the bottom*)³. El ejemplo que se encuentra siempre a mano es el Derecho laboral. La armonización previene que los Estados entren en una carrera por ofrecer condiciones laborales más laxas con el fin de atraerse a las empresas a su territorio. Otra razón que sirve de argumento a esa intervención del legislador comunitario es la falta de reciprocidad: se produce una distorsión en el mercado cuando para los operadores de un Estado es más fácil participar en el mercado de otro Estado, que para los de éste participar en el mercado de aquél.

³ El hecho de que el legislador comunitario puede intervenir cuando los Estados compiten “hacia la baja” puede actuar como mecanismo de autocontención para los propios Estados. La amenaza guarda el mercado: el temor a una legislación supraestatal puede incentivar a los Estados a evitar la adopción de soluciones extremas, *véase. desarrollando esta idea en el ámbito societario, Mark J. ROE (2003, pp. 610 y ss.), (“Delaware’s chief competitive pressure comes not from other states but from the federal government”); véase también Richard BUXBAUM/Klaus J. HOPT (1998).*

En este caso, el objetivo de la armonización normativa es crear condiciones equivalentes de competencia para todos ellos (i.e. ofrecer un “*level playing field*”).

En el nivel horizontal la competencia no se distribuye entre los Estados miembros y el legislador comunitario, sino entre los propios Estados miembros. Un Estado miembro frente a los demás. En este nivel, el Derecho internacional privado ocupa un papel fundamental (véase. *art. 65 Tratado CE*). El Derecho internacional privado directamente designa el Estado cuyas autoridades van a ser competentes para resolver una cuestión o disputa jurídica y determina la ley aplicable. Pero, indirectamente, acaba distribuyendo competencias normativas en este nivel horizontal.

En este nivel horizontal, el disponer de reglas uniformes de Derecho internacional privado se justifica por varios motivos. Uno evidente es que suele resultar más fácil alcanzar soluciones uniformes en el Derecho internacional privado que en el Derecho material. Pero, junto a éste, hay argumentos normativos de más calado. Por un lado, un Derecho internacional privado uniforme previene las distorsiones asociadas al *forum shopping*: aunque cada Estado conserve su Derecho, los operadores han de saber con certeza qué Derecho nacional rige su relación y éste ha de ser el mismo con independencia de que se litigue en un Estado miembro o en otro. Por otro lado, el Derecho internacional privado funciona como “Derecho de la competencia entre ordenamientos jurídicos” (*Internationales Privatrecht als Meta-Wettbewersordnung*)⁴. Y, como es natural, las reglas que fijan la competencia siempre han de ser comunes para todos los participantes⁵. En todo juego, aunque cada participante decida su estrategia, las reglas han de ser comunes.

Los argumentos anteriores nos llevan a una conclusión *formal*: el Derecho internacional privado, en un entorno de integración estatal, ha de ser uniforme. Pero no nos dicen nada de su *contenido*. Este segundo aspecto, qué contenido debe tener ese Derecho, ha de extraerse de la propia idea de *mercado integrado*. Si partimos de un esquema de “armonización mínima + diversidad material”, el Derecho internacional privado *uniforme* ha de contribuir a dos objetivos: por un lado, asegurar que los operadores jurídicos puedan acudir a aquel Derecho nacional que mejor se ajusta a sus necesidades transaccionales, por lo tanto, que los Estado compitan en “precio” y “calidad jurídica”; y por otro lado, ha de servir para corregir los “fallos” de este mercado de productos normativos.

En definitiva, esto nos lleva a concluir que en todo mercado integrado cuyo punto de partida es la diversidad material, para que las cosas funcionen correctamente es necesario un Derecho internacional privado uniforme y, además, con un determinado contenido. Uniforme, porque las reglas de juego han de ser comunes para todos los participantes, y con un determinado contenido, para asegurar el buen funcionamiento de ese “mercado de productos normativos”.

⁴ Para un desarrollo de esta idea, Francisco GARCIMARTÍN (2001), pp. 107-126, con más referencias.

⁵ Podría argumentarse que esa uniformidad se puede lograr espontáneamente (e.g. en EEUU el Dpr sigue siendo básicamente Derecho estatal) y que la actuación centralizada siempre tiene también sus propios fallos. No obstante, en Derecho internacional privado la experiencia suele demostrar que las soluciones uniformes son relativamente poco costosas de diseñar.

3.3. Las reglas del mercado

Esta última idea nos va a ser muy útil para explicar el modelo de Derecho internacional privado vigente en Europa. No obstante, para no perdernos en el camino, es necesario hacer previamente un breve excursu sobre el concepto de “mercado”.

Con independencia del grado de competitividad, para que exista un mercado deben darse dos condiciones: que existan varias opciones para los demandantes de bienes o servicios y que éstos tengan poder de decisión⁶. En el Derecho privado europeo se dan estas dos condiciones: (a) hay diversidad material (con independencia de su grado); y (b) los operadores pueden elegir. Esta segunda pieza (la posibilidad de elección) funciona de manera distinta en el ámbito jurídico-público y en el ámbito jurídico-privado. En el primero, las libertades comunitarias (la libre circulación de productos, personas, capitales o servicios) son la forma de articular esa posibilidad de elección. Los operadores “votan con los pies”. En el segundo, la autonomía conflictual es la forma típica de articular esa posibilidad de elección. Las partes pueden escoger qué tribunales estatales quieren que conozcan de sus posibles conflictos (arts. 23-24 Reglamento Bruselas I); las partes pueden escoger libremente la ley aplicable a su contrato (art. 3 Convenio de Roma 1980) o incluso la ley que rige su “traje societario” (Sentencias del TJCE, Asuntos [C-212/97 “Centros”](#), [C-298/00 “Überseering”](#) y [C-167/01 “Inspire Art”](#))⁷. El hecho de que las partes puedan escoger qué Derecho rige su transacción o su conjunto de transacciones permite hablar de un “mercado de productos normativos”.

Ahora bien, el mercado sólo funciona si las partes toman sus decisiones bajo ciertas condiciones. Básicamente, dos: (a) son sujetos informados, racionales y en posición simétrica; y (b) no hay externalidades negativas. Para entendernos, la autonomía de la voluntad funciona bien si las partes son plenamente conscientes de su decisión, se hallan en una posición simétrica y no perjudican a terceros. Bajo estas condiciones, los sujetos escogerán aquella solución que sea mejor para ellos. Si no se dan estas condiciones, estamos ante “fallos del mercado”⁸. Esto explica muy bien los límites que el ordenamiento impone a la autonomía de la voluntad. En unos casos, no se cumple la primera condición. Los límites, entonces, derivan de la existencia de cierta asimetría estructural entre las partes (típicamente, relaciones entre profesionales y consumidores, o entre empresarios y trabajadores): la posibilidad de elección puede ser utilizada por una parte para obtener un beneficio a costa de la otra, lo cual no es económicamente eficiente si el beneficio que obtiene la primera es inferior al coste que soporta la segunda⁹. En otros casos, no se cumple la segunda condición, *i.e.* los límites derivan de la existencia de externalidades negativas (típicamente, daños extracontractuales): al fabricante, por ejemplo, no se le deja elegir la ley

⁶ El hablar de mercado aquí no tiene otra ventaja que permitirnos aplicar el aparato conceptual y analítico desarrollado por la ciencia económica. Lo cual, como veremos, puede resultar productivo. La definición que hacemos del concepto de mercado es puramente instrumental; cualquier otra que se utilice no afectaría al argumento principal del trabajo. Sencillamente tomamos esa definición reducida para atravesar esta zona de la argumentación lo más cómodamente posible y poder llegar descansados a donde nos interesa.

⁷ El sector de los derechos reales y las obligaciones extracontractuales las dejamos momentáneamente a un lado.

⁸ Véase por todos, Anthony A. ATKINSON/Joseph B. STIGLITZ (1980), pp. 5-10.

⁹ En términos de análisis de coste-beneficio, si el que gana, gana más que el que pierde, el ganador puede, en principio, compensar al perdedor y conservar para sí el excedente, produciéndose una ganancia neta total.

aplicable a su responsabilidad frente a terceros pues ello se hace a costa de quien no ha participado en la decisión (la víctima), y, de nuevo, el resultado es ineficiente si el beneficio del primero es inferior al coste del segundo. En ambos casos estamos ante un comportamiento oportunista de quien tiene el poder de decisión y por ello el Derecho ha de intervenir para corregir dicho comportamiento.

Este excursus nos abre el paso para ofrecer una explicación de las relaciones entre “Estado de origen” y “Estado de destino” en el ámbito del Derecho internacional privado comunitario. El resultado puede adelantarse. La tesis de este trabajo es que *la lógica de Estado de origen funciona cuando no hay fallos de mercado, y, en cambio, no funciona cuando los hay. Si nos encontramos ante estos fallos, la forma de corregirlos puede ser material o conflictual: material, mediante la armonización del Derecho sustantivo; conflictual, invirtiendo la solución hacia una “lógica de Estado de destino”.*

La forma habitual de ver estos problemas es jugando con las libertades y el principio de proporcionalidad. En primer lugar se cuestiona si la aplicación de la ley del Estado de destino constituye o no un obstáculo al ejercicio de las libertades comunitarias. Si la respuesta es afirmativa, a continuación se cuestiona si ese obstáculo satisfaría el test de proporcionalidad. Aquí vamos a utilizar otra óptica. El planteamiento que acabamos de resumir funciona muy bien en sectores jurídico-públicos (normas de seguridad, controles administrativos, etc...) pero su aplicación en el ámbito jurídico privado ha planteado muchas dudas¹⁰. Lo que pretendemos es ofrecer un modelo analítico que despeje estas dudas.

3.4. Lógica de Estado de origen

El principio del país de origen nos dice que los operadores venden sus productos o prestan sus servicios en otros mercados bajo *sus* condiciones (las de los operadores). Entre ellas, sus condiciones jurídicas. En Derecho *contractual* esto significa que la ley aplicable a una transacción será la del “prestador característico” (*i.e.*, la del vendedor del producto o la del prestador del servicio), salvo que los propios interesados hayan escogido otra solución¹¹. La autonomía conflictual es la regla de base y, en su defecto, rige la ley del prestador característico (*véase*. Arts. 3 y 4 del Convenio de Roma de 1980). No es difícil encajar el Derecho de *sociedades* en esta misma lógica: como siempre va a haber una elección, ahora a través de la constitución de la sociedad bajo la órbita de la ley de un determinado Estado, la competencia de la ley del Estado de constitución de la sociedad debe ser aceptada por todos los demás; esto asegura que los operadores de un Estado miembro vayan a ser reconocidos en los demás y puedan actuar en ellos con su “propio traje jurídico” (e.g. con su tipo societario de origen).

La racionalidad económica del principio del país de origen es fácil de ver¹². Este principio implica, en términos generales, que el “riesgo de internacionalidad” se imputa al comprador: el comprador de bienes o servicios es la parte que queda sometida al Derecho extranjero; mientras que el vendedor de esos bienes o el prestador de esos servicios queda sometido a su propio

¹⁰ Recientemente, y con las referencias apropiadas, Heinz Peter MANSSEL (2002, pp. 10-12).

¹¹ Para un análisis más detenido y lleno de referencias, Alexander THÜNKEN (2003, pp. 23-36).

¹² Peter MANKOWSKI (2004, p. 386).

Derecho. La justificación económica de esta regla es, básicamente, reducir los costes de información globales o conjuntos. El argumento se puede explicar en dos proposiciones. Primera: el prestador característico va a demandar más información jurídica que su contraparte. Segunda: si se aplica el Derecho de la parte que tiene mayor demanda se reducen los costes globales y se facilita el funcionamiento del sistema de precios.

(a) El vendedor, o en general, el prestador característico, requiere más información jurídica que su contraparte por dos motivos. (i) *Por un lado*, porque su prestación es más compleja y por lo tanto está más regulada. El pago de una suma de dinero es una prestación económicamente sencilla y que no precisa de mucha regulación; mientras que la entrega de mercancías o la prestación de servicios son prestaciones complejas, cuya regulación es muy detallada. Basta comprobar esto mirando a nuestro Código civil: 38 artículos están dedicados a las obligaciones del vendedor (1461-1499) y 6 a las del comprador (1501-1505). Normalmente, además, la regulación jurídico-pública suele afectar más a la primera prestación que a la segunda, y la sujeción de los aspectos jurídico-privados y jurídico-públicos al mismo ordenamiento reduce los costes de adaptación y coordinación normativa. (ii) *Por otro lado*, porque su prestación es más específica y por lo tanto más arriesgada. El dinero puede utilizarse para adquirir cualquier cosa, es el bien de cambio por excelencia, mientras que la prestación del vendedor o del prestador de servicios es mucho más específica ya que no puede reaprovecharla con la misma facilidad. El prestador característico asume un mayor riesgo (está más "en las manos" del comprador); por eso su demanda de protección jurídica va a ser mayor. La lógica del Estado de origen permite una elección implícita de la ley que, desde la perspectiva del oferente, mejor protección jurídica le va a brindar (esto es, mejor encaja en sus necesidades transaccionales).

(b) En segundo lugar, aplicar el Derecho del prestador característico implica reducir los costes globales de información jurídica precisamente porque su demanda de información jurídica va a ser mayor y también lo es su conocimiento sobre las necesidades jurídicas de la transacción.

Quizás se entienda mejor con un sencillo ejemplo numérico. Asumamos que el coste de informarse del Derecho extranjero (y de adaptarse a él) es el doble de hacer lo propio con el Derecho nacional. Supongamos, también, que la demanda de información jurídica para el vendedor es 30 si se aplica su Derecho nacional, mientras que la demanda de información jurídica del comprador es 10. Como hemos dicho, típicamente el vendedor tiene una mayor demanda de información jurídica que el comprador. Pues bien, si se aplicase el Derecho del comprador, los costes totales serían 70 ($30 \times 2 = 60$ para el vendedor, y 10 para el comprador) mientras que si se aplicase el Derecho del vendedor los costes totales sería 50 (30 para el vendedor, y $10 \times 2 = 20$ para el comprador). Obviamente, desde el punto de vista eficientista, es preferible la segunda opción a la primera. Y *ex ante* esto es así tanto para el vendedor, como para el comprador, ya que éste podrá ver reducido el precio del producto.

Además, la aplicación del Derecho del vendedor facilita el funcionamiento del sistema de precios en un mercado complejo. Si se aplicase el Derecho del comprador, el prestador característico no podría determinar el precio de su producto hasta que no se conociese a su comprador, ya que el componente jurídico sería distinto en función de cada comprador, y esta incertidumbre se va a repercutir necesariamente en el precio. Esta opción resulta disfuncional cuando el mercado

alcanza un volumen elevado. En este caso, los oferentes de bienes y servicios ofrecen diferentes productos a diferentes precios y los adquirentes (compradores) eligen. *Los productos se estandarizan*, lo cual facilita la contratación agregada. Es más, si el mercado funciona correctamente, los compradores no tendrían que informarse de la calidad del producto ya que estaría reflejada en el precio. Pues bien, esto vale igualmente para los “atributos jurídicos” del producto. Los productos se ponen en el mercado internacional con un determinado régimen contractual: el del oferente. Este régimen es, junto con los atributos tangibles (la calidad del papel que va a emplear en sus libros o de los microprocesadores que va a emplear en sus ordenadores), un componente más del paquete. La aplicación del Derecho del prestador característico, en definitiva, responde a la llamada lógica económica del *prêt à porter*: en una economía compleja, el oferente es quién determina los atributos de sus productos, incluidos los atributos jurídicos, y los compradores deciden si el producto les interesa o no.

Otra forma de explicarlo. Las mismas razones que justifican el empleo por los agentes económicos de condiciones generales de la contratación (la racionalización de la actividad contractual masificada) justifican que la actividad contractual de la parte que pone en el mercado sus bienes o servicios quede sometida a su propia ley: la estandarización reduce los costes de celebración y regulación de los contratos, facilita la división de tareas en el seno de la empresa, y posibilita el cálculo anticipado de los costes de producción de bienes y servicios. De este modo, la ley aplicable opera como una especie de condición general implícita del proveedor de bienes o servicios: salvo que las partes acuerden otra cosa, cada proveedor de bienes o servicios los pone en el mercado bajo su propia ley¹³.

Esta disminución de los costes de transacción explica por qué, frente a la costosa alternativa de la uniformidad material, el principio de Estado de origen ha sido un catalizador sencillo pero muy potente para la integración del mercado europeo.

3.5. Lógica de Estado de destino

El razonamiento anterior presupone que no hay “fallos de mercado”: ni asimetrías, ni externalidades. Esto es, presupone situaciones de simetría informativa y negocial entre todas las partes afectadas. Bajo estas condiciones, para el adquirente no es un problema la aplicación de la ley del vendedor. Los adquirentes, sujetos informados, son capaces de conocer los atributos jurídicos del producto, de calibrarlos y de decidir si el producto les interesa o no; y la transacción no genera perjuicios a otros sujetos ajenos a ella. Si no están contentos con los atributos jurídicos del producto, sencillamente optarán *ceteris paribus* por no adquirirlo o por pedir una reducción en el precio. Sin embargo, el legislador material es consciente de que esto no sucede siempre. Por un lado, hay relaciones negociales en las que una parte se halla en situación de *asimetría* estructural respecto a la otra, lo cual puede ser utilizado por la que se halla en posición dominante (el prestador característico) para escoger los atributos jurídicos de su producto por razones meramente redistributivas (esto es, para beneficiarse a costa del adquirente). Por otro lado, hay situaciones en las que ni siquiera ha habido posibilidad de negociar (típicamente sucede esto en los *daños extracontractuales*). Las decisiones de un operador perjudican a otros sujetos sin que

¹³ Véase Miguel VIRGÓS (1996, pp. 5291 y ss., *passim*).

éstos ni siquiera hayan podido negociar con aquél. En este caso, las decisiones del primero se toman sin internalizar el coste que causan a terceros y, por consiguiente, no se asegura que el resultado sea eficiente (si la contaminación no se toma en cuenta por el contaminador se produce una sobreinversión en actividades dañinas). En ambos grupos de casos esta justificada una intervención del legislador.

Este mismo análisis vale en el ámbito internacional¹⁴. El principio del país de origen funciona bien si no hay fallos de mercado. Un operador puede decidir comercializar sus productos desde un Estado miembro (EM1) y los adquirentes decidirán si le compran o no. Si ambos actúan racionalmente y en situaciones simétricas, el resultado por definición es eficiente pues beneficia a ambos. No cabría el comportamiento oportunista. Nadia va a comercializar sus productos desde un Estado miembro que fuese muy favorable a sus intereses a costa de los potenciales compradores ya que éstos se autoprotegen: o no le compran o lo harán a un menor precio (precisamente por la cantidad equivalente al perjuicio que van a sufrir). Esta pérdida de mercado *ex post* previene la búsqueda oportunista del Estado miembro de origen *ex ante*. El mercado penaliza el oportunismo.

Al lector familiarizado con el Derecho de sociedades europeo le será fácil colocar la jurisprudencia del TJCE dentro de este razonamiento. Uno de los argumentos empleados para rechazar el modelo de sede real ha sido la idea de que los acreedores se protegen solos¹⁵. El hecho de que los socios puedan escoger libremente el “traje societario” con el que van a operar en el mercado no es problema, pues si escogen un ordenamiento muy favorable para ellos pero muy perjudicial para los acreedores, éstos sencillamente no contratarán con dicha sociedad o le pedirán un precio mayor¹⁶.

Sin embargo, esta sencilla regla no funciona cuando hay asimetrías contractuales o externalidades negativas. En el primer caso, el comprador no puede autoprotgerse pues no es capaz de valorar las consecuencias jurídicas asociadas a la aplicación de la ley del Estado de origen. Por eso, sí que entonces tendría sentido la búsqueda oportunista del Estado de origen. El supuesto típico es el de los consumidores: si los consumidores no son capaces de valorar los atributos jurídicos del producto (esto es, las consecuencias que conlleva la aplicación de la ley del Estado de origen) no podrán “sancionar” comercialmente al profesional oportunista y, por consiguiente, este último tendría razones para buscar ordenamientos favorables. En el segundo caso, si el operador no sufre los daños de su actividad, ni internaliza su coste, también tiene sentido esta búsqueda. El supuesto típico es el de los daños extracontractuales: si, mediante su localización, el operador puede escoger la ley aplicable a los daños extracontractuales que provoca su actividad tendrá incentivos para buscar aquél ordenamiento que le sea más favorable. La posible distorsión del mercado aumenta si los Estados intentan aprovechar estas grietas. Un Estado miembro, para atraerse a los operadores, puede bajar mucho sus estándares de protección si sabe que los daños los van a padecer otros Estados. En ambos casos, el principio del país de origen no asegura resultados eficientes y, por lo tanto, no tiene una lógica económica que lo sustente. El mercado entonces no es bastante para penalizar “Estados de origen ineficientes”.

¹⁴ Véase Peter MANKOWSKI (2004, pp. 387-389).

¹⁵ Véase SSTJCE “Centros”, asunto C-212/97; “Überseering”, asunto C-208/00; e “Inspire Art” 167/01.

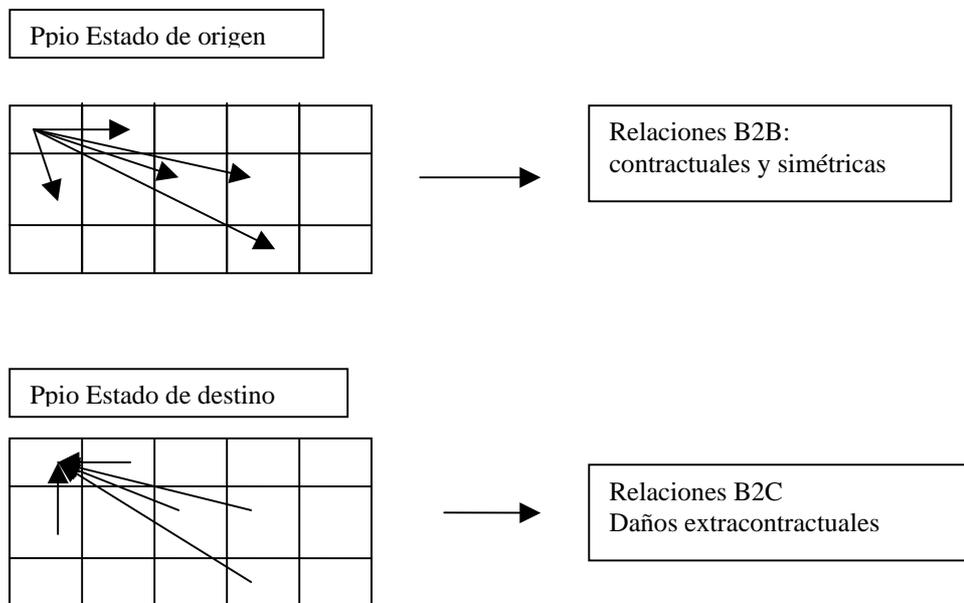
¹⁶ Véase, en particular, STJCE “Centros”, pfo. 36.

Para corregir estos fallos, el legislador comunitario tiene dos opciones: (a) la inversión de la regla conflictual, de tal manera que rija el principio de Estado de destino; (b) la fijación de un nivel de armonización material mínimo.

(a) *Aplicación de la ley del Estado de destino*

La aplicación del Estado de destino en el caso de las asimetrías contractuales asegura la aplicación de la ley del consumidor (además, sin modificación *in peius* mediante la elección de otra ley). Esto corrige el oportunismo del operador. Nadie va a establecerse en EM1 para comercializar sus productos en EM2, con el ánimo de perjudicar a los consumidores de este último, pues sabe que se aplicará la ley EM2. Algo parecido sucede en el ámbito extracontractual. Un operador no va a establecerse en EM1 para beneficiarse de sus estándares de responsabilidad a costa de las víctimas, pues sabe que los estándares los determina EM2. La lógica del país de destino asegura que los operadores internalicen los daños que causan en otros Estados.

Este esquema nos permite entender por qué los textos comunitarios, o vinculados al proceso de integración, en las relaciones entre profesionales y consumidores (B2C) tienden a aplicar la ley del Estado de destino (art. 5 Convenio de Roma 1980). La misma idea vale para explicar la solución en el ámbito extracontractual. El Proyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹⁷, que ahora se discute en el seno de la Comunidad, parte de la aplicación de la ley del lugar donde se manifiesta el daño, con independencia de donde se haya producido el hecho generador (art. 3.1).



¹⁷ Documento COM (2003) 407 Final, de 22.7.2003.

(b) *La armonización material*

La otra opción para superar esos “fallos del mercado” es establecer una armonización material mínima. El legislador comunitario puede prevenir el oportunismo de los operadores y de los Estados fijando un listón mínimo. Los Reglamentos y las Directivas, cada uno con su alcance, ponen este suelo. Los operadores no pueden beneficiarse oportunistamente de regímenes muy laxos pues por definición no existirán. El ejemplo típico es, también aquí, el Derecho del consumo. En muchos aspectos del Derecho del consumo el legislador comunitario ha puesto el suelo normativo. En principio, esto conduce a una situación de “*indiferencia conflictual*”. En las cuestiones armonizadas el legislador comunitario es indiferente a la aplicación de la ley de un Estado miembro o de otro. Todos ellos garantizan un mínimo y por lo tanto no sería posible buscar oportunistamente un Estado de origen. Por consiguiente, esta lógica puede recobrar su juego. Si la armonización resuelve los problemas (*i.e.* corrige los fallos del mercado) lo más coherente con la idea del mercado único interior sería volver al principio del Estado de origen. Llamaremos a esta tesis la “*tesis del retorno*”. Conforme a ella, la armonización mínima del Derecho material pone las bases para aceptar el juego del principio de Estado de origen en áreas donde hasta ahora, por buenas razones, no operaba. A continuación vamos a desarrollar con más detalle esta idea en los dos ámbitos señalados.

3.6. Ejemplo 1. Contratos de consumo

El Convenio de Roma de 1980 diseña la protección conflictual de los consumidores a partir de dos situaciones típicas: la del consumidor que se desplaza a otro Estado y la del consumidor que consume desde su Estado. Estas dos situaciones dan lugar a la distinción entre “consumidores activos” y “consumidores pasivos”. Consumidor *activo* es aquél que contrata en un Estado distinto de aquél en el que tiene su residencia habitual. Consumidor *pasivo* es aquél que contrata en el Estado donde tiene su residencia habitual o que desde este Estado realiza los actos necesarios para la celebración de un contrato promovido directa o indirectamente (e.g. a través de publicidad recibida en ese Estado) por un operador de otro Estado distinto. Para los consumidores pasivos el Artículo 5 del Convenio de Roma sigue una lógica de Estado de destino y ordena la aplicación de la ley del Estado de residencia habitual del consumidor. La selección de la residencia habitual del consumidor como conexión se corresponde con la presunción de que en la mayoría de los casos los consumidores reciben los servicios o los bienes en el Estado de su residencia habitual.

La distinción entre el consumidor activo y el consumidor pasivo sirve para imputar el riesgo asociado a la internacionalidad del contrato (el riesgo de comercio exterior) a quien lo genera. Si es el consumidor, aplicando la ley del profesional (ex art. 4 CR)¹⁸; si es el operador profesional, aplicando la ley del consumidor. A estos efectos, se va a entender que si la publicidad de un operador extranjero llega regularmente al Estado del consumidor (e.g. porque se hace en un

¹⁸ Al menos según la interpretación literal del Convenio de Roma de 1980. Más adelante veremos que esta interpretación debe ser corregida para evitar lagunas de protección de los consumidores activos que serían inaceptables en el mercado interior europeo.

medio destinado a la circulación internacional, porque dicho medio se difunde habitualmente en el Estado del consumidor o, en el caso de Internet, si es accesible de un modo normal desde este Estado), tal publicidad constituye objetivamente un medio de promoción de sus productos o servicios en ese mercado (sea esa o no su intención subjetiva). En tal caso, si el consumidor contrata desde su Estado, aunque sea él quien haya tomado la iniciativa de dirigirse al profesional del otro Estado, el riesgo de internacionalidad correrá a cargo del profesional y se aplicará la ley del consumidor. Este esquema se adapta bastante bien al comercio a distancia de servicios y productos y a su paradigma, el comercio electrónico. La presencia en Internet puede verse al mismo tiempo como la presencia en unas “páginas amarillas” (i.e. una forma de comunicación comercial) de alcance mundial donde el consumidor puede consultar a qué operadores dirigirse y, también, como un nuevo “escaparate” que se une a los escaparates de los comercios establecidos en el entorno del consumidor. El operador profesional puede “protegerse” frente a este riesgo excluyendo a consumidores no residentes en su Estado o a consumidores residentes en ciertos Estados. Pero si en esas circunstancias contrata, asume el riesgo y se aplica la ley del consumidor.

En un contexto no armonizado, el principio del Estado de destino corrige cualquier oportunismo de los operadores dirigido a mejorar su posición a costa del consumidor. Desde el punto de vista de los consumidores, el consumidor pasivo no tienen que preocuparse por la procedencia nacional o extranjera del producto o servicio ofrecido, pues en todo caso se le protegerá la ley del Estado de su residencia habitual. El consumidor puede desentenderse de los problemas de ley aplicable y simplemente debe comparar los productos o servicios ofrecidos por sus elementos esenciales y por su precio. Esto aumenta la confianza de los consumidores y refuerza la competencia dentro del mercado del Estado del consumidor. Además, la aplicación de su propio Derecho reduce los costes de información del consumidor. Este ahorro de costes es especialmente visible en los casos litigiosos, donde a los costes de información se suman los de alegación y prueba del Derecho extranjero. Desde el punto de vista de los operadores, el principio de Estado destino asegura la “igualdad de armas” en el mercado doméstico entre los operadores locales y los extranjeros. Pero, por esta misma razón, dificulta poner en el mercado europeo productos o servicios homogéneos para todo el mercado interior, pues su *componente contractual* (i.e. los “atributos jurídicos” del producto o servicio) deberá conformarse a las diferentes legislaciones nacionales de los Estados miembros. El hecho de que el profesional pueda “redistribuir” los costes asociados a esta diversidad, trasladándolos a precio, no cambia en nada este resultado.

El principio del Estado de destino convierte en indiferente el contratar en el Estado del consumidor con un proveedor nacional o extranjero, pero no hace indiferente el ser un consumidor activo o pasivo dentro de Europa (al menos dada la formulación actual del artículo 5 del Convenio de Roma de 1980), ni ayuda a formar un mercado verdaderamente europeo.

Comencemos por lo primero. El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales tiene una laguna de protección en relación con los consumidores activos (aquellos

que se desplazan a otros mercados para allí contratar)¹⁹. El Convenio los excluye de las normas de conflicto sobre consumidores y los sujeta a las normas de conflicto generales, es decir, trata a los consumidores activos como si no fueran consumidores. Esto genera una inconsistencia valorativa grave: materialmente son consumidores, aunque lo sean en un mercado distinto del suyo propio, pero se les trata conflictualmente como si no lo fueran (pues quedan sometidos conflictualmente al mismo régimen que los contratantes profesionales). Un consumidor español que va a consumir a Francia no puede pretender que le protejan las normas sobre consumidores españolas, pero sí que le traten como un consumidor francés, no como a un profesional. Obviamente, ni la diferente nacionalidad ni el “viaje al extranjero” transforman al consumidor ni corrigen la asimetría estructural en que se encuentra frente al operador profesional; el consumidor activo sigue siendo un consumidor y requiere una solución acorde con esta conclusión. Este problema tiene fácil solución *sin abandonar* la lógica del Estado de destino. Bastaría con aplicar al consumidor activo la misma ley nacional que sería aplicable a un consumidor pasivo del Estado a cuyo mercado se ha dirigido. Lo que no tiene sentido es aplicar a los consumidores activos el principio del Estado de origen. La lógica del Estado de destino sigue teniendo sentido para corregir los fallos de mercado. Si estos fallos no han sido corregidos por armonización material, la aplicación de la ley del Estado de destino se constituye en la única alternativa disponible. Adaptar esta lógica a la situación de los consumidores activos exige simplemente tratarlos como si fueran consumidores del Estado donde consumen.

Como hemos apuntado, por el hecho de que el consumidor de EM1 viaje a EM2 no deja de ser consumidor para convertirse en profesional, lo que se convierte es en un consumidor de EM2. Es decir, la situación de los consumidores activos que van de EM1 a EM2 es análoga a la de los consumidores pasivos de EM2. Los primeros no pueden confiar en beneficiarse del Derecho de su Estado de residencia habitual (EM1), pero sí de quedar protegidos por el Derecho de consumo del mercado al que se dirige (EM2). Privarles de esta protección conduce a una discriminación absolutamente arbitraria. Por eso sería razonable resolver estos casos conforme a la ratio implícita del artículo 5 CR 1980 (cada mercado decide las condiciones de protección de sus consumidores) y aplicar la ley de EM2²⁰.

Al margen de que por vía del desarrollo judicial sea posible encontrar un remedio a este paradójico tratamiento, un número de Directivas comunitarias ha tratado de salvar el problema a través del mandato de inserción de normas de Derecho internacional privado que limiten la eventual elección de la ley de un Estado no miembro en los casos de contratos de consumo no comprendidos en el artículo 5.1 CR 1980 (i.e. en el caso de los consumidores activos)²¹. Sin embargo, este modo de abordar las cosas fijándose sólo en la elección de la ley aplicable pero dejando sin modificar la ley objetivamente aplicable, deja subsistente la laguna de protección frente a consumidores que contratan en un país miembro

¹⁹ Con más detalle, Miguel VIRGÓS/Francisco J. GARCIMARTÍN (2002). Desde una perspectiva más general, resulta imprescindible la referencia a Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS (2003), pp. 1 y ss.

²⁰ Véanse las propuestas de solución de lege data en Miguel VIRGÓS/Francisco J. GARCIMARTÍN (2002, pp. 171-172), y de lege ferenda en Jürgen BASEDOW (2004a).

²¹ Es representativa de esta línea de actuación el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”, énfasis añadido. Véase en sentido análogo, por ejemplo, el art. 12.2 de la Directiva 97/7/CE sobre protección de consumidores en materia de contratos a distancia; el art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo; el art. 12 de la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

distinto de aquél en el que tienen su residencia habitual con un operador de un Estado no comunitario; esto es, en el caso de un consumidor español que contrata en Irlanda con un proveedor americano (establecido, por ejemplo, en Nueva York) que dirige sus productos o servicios únicamente a los mercados irlandés y británico. En tal caso, bajo las mismas circunstancias y con el mismo contrato, de tratarse de un consumidor con residencia habitual en Irlanda, se aplicaría el Derecho irlandés ex artículo 5 CR 1980. Sin embargo el consumidor español vería como la ley objetivamente aplicable a su contrato *prima facie* no sería la irlandesa (ni desde luego la española), sino la ley del Estado del proveedor extranjero (en nuestro ejemplo, la ley del Estado de Nueva York dada la presunción del artículo 4 CR 1980). Es decir, el Derecho de un Estado no miembro, a pesar de que se trata de un contrato de consumo inequívocamente asociado al mercado europeo. Paradójicamente, las normas insertas en esas Directivas no resolverían la evidente laguna de protección a que conduce la aplicación de la presunción del artículo 4 de aplicación de la ley del prestador característico. Decir que se trata sólo de una presunción que permite probar que, en el caso concreto, los vínculos más estrechos se dan con un Estado comunitario, no representa una solución general adecuada; simplemente resolvería ese concreto caso. Pero la norma de conflicto ni actuaría como “guía de conductas” ni sería capaz de asegurar que las transacciones con consumidores dentro de la comunidad queden sujetas al estándar de protección comunitario.

En cuanto al segundo problema, la formación del mercado interior, el principio de Estado de destino consagra la división del mercado interior en 25 mercados diferentes. Los operadores deberán conformar el componente contractual de sus productos o servicios (i.e. esta parte de sus “atributos jurídicos”) a las leyes de cada Estado miembro en cuyo mercado nacional penetren. Es cierto que si la armonización de las reglas de protección de los consumidores establece estándares de protección iguales o equivalentes, entonces desde el punto de vista comunitario sería indiferente la aplicación de la ley del operador o la del consumidor. Sin embargo los estándares de protección no van a ser necesariamente iguales. En numerosos casos la opción del legislador comunitario ha sido la de una armonización de *mínimos* que los Estados pueden modificar al alza. Por esta razón la ley del Estado del consumidor seguirá siendo decisiva.

Dada esta diversidad potencial, un problema con la lógica de destino es que no permite a los consumidores elegir “menos por menos” si contratan desde su país. En cambio, la lógica del Estado de origen permite a los consumidores contratar siempre bajo el estándar mínimo armonizado (i.e. el estándar comunitario de protección) con independencia del EM del proveedor. Y si prefieren que se les aplique la ley de un determinado Estado porque tenga un nivel de protección mayor (aunque normalmente con precios más altos) le bastará contratar con proveedores de ese Estado (que puede ser el suyo propio) o pactar la aplicación de esa ley. Este modelo concuerda mejor que el actual, basado en el Estado de destino, con la idea de un mercado único donde, corregidos los fallos de mercado por armonización material, los consumidores pueden elegir libremente el proveedor y los proveedores pueden estandarizar también jurídicamente sus productos y servicios para el conjunto del mercado interior (el ahorro de costes se traduce en un menor precio).

Este modelo es, además, perfectamente compatible con la idea de armonización de mínimos que impregna la acción comunitaria en la materia, pues respeta la posibilidad de los Estados nacionales de elevar el listón de protección. Alguien podría objetar que si la armonización no impone un estándar único, los Estados que opten por un estándar más elevado de intervención podrían exigir la aplicación del principio del Estado de destino para garantizar la aplicación sin

distorsiones de “su estándar”, reincidiéndose en una división por mercados nacionales. Sin embargo, esto no es correcto. La diversidad de legislaciones es un elemento estructural del mercado único europeo. Una vez que los intereses generales quedan suficientemente protegidos por la ley del Estado de origen, el Estado de destino puede elegir un umbral mayor o diferente, pero las razones imperiosas de protección dejan de existir. Corregidos los fallos de mercado, el nivel y el contenido regulativo de cada Derecho nacional sigue siendo una competencia de cada Estado, pero ya no puede utilizarse para justificar un fraccionamiento del mercado único en 25 diferentes mercados, aunque el adquirente final sea un consumidor²².

Dificultad. Quedaría por abordar el problema del acceso a la tutela judicial de los consumidores. Este acceso es en términos individuales más fácil o menos costoso si la ley aplicable es la del propio consumidor, pero este riesgo lo pueden gobernar los propios consumidores contratando con proveedores locales. Otros factores vendrían a aliviar este problema. En el plano institucional, diversas propuestas de facilitar la aplicación de un Derecho extranjero en litigios de consumo están sobre las mesas de trabajo en el ámbito comunitario. Además, si es más eficiente, el propio mercado puede dar la respuesta, dejando que los operadores extranjeros incluyan cláusulas de elección de la ley del consumidor.

3.7. Ejemplo 2. Obligaciones extracontractuales

El ámbito extracontractual se suele considerar la sede natural del principio de Estado de destino²³. Por un lado, el objetivo inmediato del derecho de daños es reparar las lesiones producidas sobre bienes materiales e inmateriales. El objetivo mediado es regula el tráfico social entre los individuos. Este sector del ordenamiento determina qué daños tiene que soportar un individuo por vivir en interacción social con otros individuos y qué daños no; esto es, qué daños le han de indemnizar los otros individuos. Por ello es razonable partir de la aplicación de la ley que rige el entorno social donde se localiza del bien dañado²⁴. Por otro lado, y como ya hemos visto, esta solución previene el comportamiento oportunista del responsable, *i.e.*, la búsqueda de “paraísos de responsabilidad”. No ha de olvidarse que, *en general*, el responsable “escoge” implícitamente a la víctima: para él es previsible sobre quién o dónde va a causar los daños, mientras que para las víctimas es muy difícil prever de dónde o de quién va a venir el daño.

El proyecto de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales se explica muy bien a partir de esta idea. El proyecto parte de la aplicación de la ley del Estado donde se produce o vaya a producir el daño, con independencia de donde se haya producido el hecho generador (art. 3.1). Junto a la regla general del artículo 3, el Proyecto de Reglamento contiene una serie de reglas de conflicto especiales para ciertos supuestos de daños típicos (responsabilidad por productos, competencia desleal, violación de la intimidad y del derecho al desarrollo de la personalidad, daños contra el medio ambiente, y daños a los derechos de

²² Nos parece poco acertada la afirmación que se hace en la propuesta de Directiva sobre servicios en el mercado interior presentada en el 2004 por la Comisión, cuando se dice en su considerando 46 que en materia de contratos de consumidores la vuelta al principio del Estado de origen es apropiado sólo en el caso de las directivas que proveen por la “plena armonización”.

²³ Jürgen BASEDOW (2004b, p. 424).

²⁴ *Ibid.*

propiedad intelectual e industrial). Las reglas especiales no se apartan del principio que subyace a la regla general, sino que lo concretan en atención a las particularidades del supuesto. Tanto la regla general, como las especiales están formuladas en lógica de Estado de destino: se aplica, por ejemplo, la ley del lugar donde se produce el hecho dañoso, de residencia de la víctima o del mercado afectado. En ningún caso se permite al responsable del daño invocar los estándares del país de origen. Esta solución encaja perfectamente con el modelo analítico aquí expuesto. La solución permite que los operadores en el mercado europeo tomen sus decisiones internalizando (esto es, asumiendo) los daños que causan en otros Estados conforme a los estándares de esos otros Estados. No hay incentivo para una búsqueda oportunista del Estado de origen.

Aunque referido a un precepto concreto del Proyecto, resultan muy elocuentes las palabras de la propia Comisión: “La fijación de principio de la ley del lugar donde se produce el hecho dañoso...favorece también una política preventiva, obligando a los operadores instalados en un país de bajo de nivel de protección a tener en cuenta el nivel más elevado de países vecinos, reduciendo el interés de un operador a instalarse en un país de bajo nivel de protección”²⁵

En la práctica, esto implica que una víctima no se tiene por qué preocupar de dónde proviene el daño: el régimen, provenga de donde provenga el daño, es único. En cambio, para el responsable las cosas son justamente al contrario. Un operador que con su actividad causa daños en varios Estados no queda sujeto a un régimen único de responsabilidad, sino a tantos como Estados donde se manifiestan los daños. En principio, esto es razonable, al menos desde el punto de vista económico.

El problema que a continuación se plantea es determinar si y bajo qué condiciones en este ámbito es posible aplicar la “tesis del retorno”. Esto es, determinar si el nivel de armonización alcanzado en algún sector del Derecho de daños es suficiente para justificar un “retorno” al país de origen, de tal modo que los operadores respondan por los daños que causen en otros Estados miembros bajo un estándar único. El artículo 23.2 del Proyecto señala lo siguiente: “*El presente Reglamento no afecta a los instrumentos comunitarios que, en materias concretas, y en el ámbito coordinado por dichos instrumentos, someten el suministro de servicios o bienes al cumplimiento de las disposiciones nacionales aplicables en el territorio del Estado miembro donde tenga su sede el prestador de servicios y que, en el ámbito coordinado, sólo permitan limitar la libre circulación de servicios o bienes procedentes de otro Estado miembro, cuando proceda, bajo determinadas condiciones*”. Este precepto está pensando en la posibilidad de invertir la regla y determinar la ley aplicable al partir del principio del país de origen²⁶. En concreto, el ejemplo habitualmente invocado es el de la Directiva sobre comercio electrónico, cuyo artículo 3 proclama el principio de país de origen en el “ámbito coordinado” donde se incluye la responsabilidad del prestador de servicios²⁷. El alcance de esta Directiva en el

²⁵ COM (2003) 427 final, pp. 18-19

²⁶ Véase COM (2003) 427 final, p. 27: “El apartado 2 contempla más concretamente principios consustanciales al mercado interior relativos a la libre circulación de bienes y servicios, comúnmente designados por las expresiones de principio de reconocimiento mutuo y principio de control por el país de origen”.

²⁷ Véase arts. 2.h, 2.i y 3 de la Directiva 2000/31, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; junto a esos artículos han de tenerse en cuenta las exclusiones contenidas en el Anexo. Además de la Directiva de comercio electrónico, la propuesta de directiva sobre prestación de servicios en el mercado interior ha planteado

ámbito jurídico-privado ha sido y sigue siendo enormemente discutido. No es el momento de mediar en esa discusión. Sencillamente, lo que queremos destacar ahora es que el modelo analítico aquí descrito nos es muy útil para explicar esa posición. En los ámbitos armonizados o incluso coordinados, el legislador comunitario presupone que ya hay un estándar común a todos los Estados miembros. A partir de ahí no hay posibilidad de comportamiento oportunista por los operadores y por lo tanto no hay problemas en que juegue “la lógica del país de origen” en un sector donde, en principio, la lógica de la que ha de partirse es la contraria. Los esfuerzos deben concentrarse en determinar si existe ya un estándar mínimo que justifique la inversión de las lógicas. Esto, naturalmente, ha de ir haciéndose caso por caso. Lo que resulta claro conforme a este modelo es quién tiene la carga argumental: en el ámbito del derecho de daños quien alegue la aplicación del principio de país de origen debe demostrar que existe un estándar mínimo común o que el mínimo de un Estado miembro es aceptable para los demás.

De todos modos, hay que tener en cuenta que el Dpr ofrece una variedad de técnicas normativas con las que es posible jugar para buscar la regulación más adecuada a las necesidades de un mercado integrado. Así, por ejemplo, la “lógica del Estado de origen” se puede integrar como elemento material dentro la de “lógica del Estado de destino”. Si el lugar de origen no coincide con el lugar de resultado del daño, en principio, la ley aplicable sería la de este último conforme a la regla general (art. 3.1 Proyecto Roma II). No obstante, si esta ley condiciona la indemnización civil a que haya existido una vulneración de reglas jurídico-públicas (por ejemplo, autorizaciones administrativas) y el responsable se beneficia de un régimen de control en el Estado de origen que ha de reconocerse en los demás (*i.e.*, goza del pasaporte comunitario para realizar una determinada actividad), dicha autorización habrá de “tenerse en cuenta” en el ámbito de la *lex causae* para excluir la responsabilidad civil. El Proyecto Roma II prevé expresamente esta posibilidad en su artículo 13.

3.8. Doble sistema: ad intra y ad extra

Por último, el modelo analítico expuesto en los apartados precedentes nos ofrece también pautas para responder a la cuestión que nos hacíamos al comienzo del trabajo: hasta dónde se justifica el establecimiento de normas de conflicto distintas *ad intra* de la Comunidad y *ad extra*. En principio, las soluciones conflictuales deben ser comunes, ya que los problemas asociados a las asimetrías contractuales o a las externalidades negativas son generalizables. Se plantean tanto entre Estados miembros como en relación con terceros Estados. A los consumidores o a las víctimas hay que protegerlos *qua* consumidores o víctimas y esto es igual se vinculen a un Estado miembro o a un tercer Estado. Esto implica que, en relación a terceros Estados es perfectamente aplicable la “lógica de país de origen” en las relaciones B2B, y la lógica de país de destino en las relaciones B2C y extracontractuales (corrigiendo algún punto, como ya hemos demostrado en otro lugar, para prevenir lagunas de protección). No obstante, la inversión de la lógica, *i.e.*, la “tesis del retorno” (*i.e.* la “cláusula de mercado interior”) se justifica a partir del establecimiento de un mínimo común denominador. Esto, en principio, sólo se manifiesta en el ámbito europeo y, por lo

graves problemas por su relación con el Reglamento Roma II, véase Jürgen BASEDOW (2004b, *passim*) y ; Peter MANKOWSKI (2004, p. 390).

tanto, sólo cabe *ad intra*. La diferencia estriba, por ello, en que la “tesis del retorno” a diferencia de los otros elementos del modelo analítico, no es generalizable. No vale, en principio, frente a terceros Estados.

4. Bibliografía

Anthony A. ATKINSON/Joseph B. STIGLITZ (1980), *Lectures on Public Economics*, McGraw-Hill, London.

Jürgen BASEDOW (2004a), “Internationales Verbrauchervertragsrecht - Erfahrungen, Prinzipien und europäische Reform”, en *Festschrift für Eric Jayme*, Sellier European Law Publishers GmbH, München, pp. 3 y ss.

— (2004b), “Dienstleistungsrichtlinie, Herkunftslandprinzip und internationale Privatrecht”, *EuZW*, 2004, pp. 423 y ss.

Richard BUXBAUM/Klaus J. HOPT (1998), *Legal harmonization and the business enterprise-corporate and capital market law harmonization policy in Europe and in the USA*, De Gruyter, Berlin/New York.

Francisco GARCIMARTÍN (2001), “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional privado y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, pp. 87 y ss.

Julio D. GONZALEZ CAMPOS (2003), “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *R. des C.*, 287, pp. 1 y ss.

Klaus OTT/Hans Bernd SCHÄFER (ed.) (2002), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Mark J. ROE (2003), “Delaware’s Competition”, 117 *Harv. L. Rev.* 588.

Peter MANKOWSKI (2004), “Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt”, *IPRax*, pp. 395 y ss.

Heinz Peter MANSEL (2002), “Zum Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza”, en AA.VV., *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, C.H. Beck, München, pp. 1 y ss.

Alexander THÜNKEN (2003), *Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip*, Lang, Frankfurt an M.

Miguel VIRGÓS (1996), “La Ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, pp. 5291 y ss.

Miguel VIRGÓS/Francisco J. GARCIMARTÍN (2002), “Comentario al Art. 3”, en Jesús ALFARO (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, pp. 166 y ss.