

**Ley aplicable a los contratos
internacionales en la Propuesta de
Reglamento “Roma I” de
15.12.2005**

Ana Quiñones Escámez

Universitat Pompeu Fabra

367

Abstract

El pasado mes de diciembre, la Comisión dio a conocer la Propuesta de Reglamento "Roma I" sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que va a remplazar al vigente Convenio de Roma de 19.6.1980. La transformación del convenio en reglamento era atendida desde el momento y hora en que el Convenio de Bruselas de 1968, sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones, se transformó en Reglamento 44/2001, y el proceso se complementará cuando llegue a buen puerto la aún Propuesta modificada de Reglamento "Roma II", de 21.2.2006, sobre ley aplicable a las obligaciones no-contractuales. Los tres textos configurarán el sistema de normas de DIP común sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia contractual y extracontractual. En sintonía con lo anterior, la Propuesta "Roma I", hermana y moderniza el Convenio de Roma siguiendo a los otros dos instrumentos comunitarios. Tal ocurre, por ejemplo, cuando en el art. 5 de la Propuesta se introduce la noción de "actividades dirigidas" del art. 15 del Reglamento 44/2001, para atender, a las peculiaridades de la contratación electrónica.

Pero la propuesta "Roma I", no sólo formatea, alinea y actualiza sino que, modifica substancialmente el Convenio de Roma (1980): Respecto a la autonomía de la voluntad, se permite a las partes elegir normas que no tengan un origen estatal, con el punto de mira puesto en un "futuro instrumento contractual europeo opcional", anunciado, como objetivo, a largo plazo, en el Plan de Acción (2003). En ausencia de autonomía de la voluntad (elección de ley), "Roma I" reduce la búsqueda de la prestación característica para ocho tipos distintos de contratos, y suprime la cláusula de escape en la norma general del art. 4. También introduce una norma ex novo relativa al contrato de representación (art. 7), y nuevas previsiones en el ámbito de la cesión de créditos (subrogación legal) y la compensación legal.

Sin embargo, la previsión más radical es la supresión de la autonomía de la voluntad en la norma especial del art. 5, que protege al consumidor que contrata con un profesional. De prosperar la actual redacción, estos contratos se regularán sólo por la ley de la residencia habitual del consumidor. La redacción del art. 5, empero, no está exenta de contradicciones, afectando a su ámbito de aplicación en el espacio, lo que pone en evidencia las dificultades de coexistencia entre una lógica intra y otra extra comunitaria.

Nos centraremos en las innovaciones de "Roma I", excluyendo la reiteración de los aspectos ya conocidos del Convenio de Roma.

Sumario

1. Crónica de una reforma anunciada
2. Ámbito de aplicación de "Roma I"
 - 2.1. Ámbito de aplicación material: exclusiones
 - a) Las obligaciones que se derivan de una relación pre-contractual
 - b) Una inclusión dentro de la exclusión
 - 2.2. Un ámbito de aplicación espacial contradictorio
3. Determinación de la ley aplicable
 - 3.1. Autonomía de la voluntad
 - a) La elección de ley tácita: quid elicit iudicem elicit ius
 - b) Elección de normas no estatales: El futuro instrumento europeo facultativo
 - c) Fraude al derecho comunitario y su sanción
 - 3.2. Ley aplicable en defecto de elección
 - a) Normas especiales para ciertos contratos
 - 3.3. Leyes de policía
 - 3.4. Otras novedades de interés
 - a) La forma del contrato
 - b) La cesión de créditos y la subrogación
 - c) La compensación legal
 - d) Definición de residencia habitual
4. Conclusión final
5. Bibliografía

1. Crónica de una reforma anunciada

El 15 de diciembre de 2005, la Comisión europea hizo pública la Propuesta de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales "Roma I" [COM (2005) 650 final; Bruselas, 15.12.2006], que transforma en reglamento comunitario el vigente Convenio de Roma de 19.6.1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (VIRGOS SORIANO, *passim*), único instrumento en materia de DIP común que reviste aún la forma de tratado internacional. El Tratado de Ámsterdam firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 (DOC nº 340, de 10.11.1997) (art. 61, letra c del TCE), al dar un nuevo impulso al DIP de fuente comunitaria, permitió la sustitución del Convenio de Bruselas de 1968 en Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOL nº12, de 16.1.2001), llamado "Bruselas I", y puso en lista de espera al Convenio de Roma (1980).

Pero más allá del "formateo" del vigente "convenio" en "reglamento" comunitario, las expectativas se han centrado en la revisión y la actualización del texto. Con este objetivo, la Comisión abrió un debate público, a través del Libro Verde sobre transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización de 14.1.2003 (COM (2002) 654 final; Bruselas 14.1.2003) (vid. RODRIGUEZ BENOT, *passim*), coincidiendo las opiniones de las numerosas respuestas recibidas, del Comité Económico y Social europeo y del Parlamento Europeo, en la necesidad de revisar el vigente texto. En consecuencia, los servicios de la Comisión presentaron, el pasado 15.12.2005, la Propuesta de Reglamento "Roma I", a lo que siguió una audiencia pública, en Bruselas, el 7.1.2004, y una posterior reunión de expertos el 17.2.2005.

Cabe avanzar que el texto que se propone altera, substancialmente, el vigente Convenio de Roma (1980). Todo lo que se diga, aquí, sobre el mismo no es, empero, definitivo. Con arreglo al artículo 67 TCE, modificado por el Tratado de Niza, el reglamento se adoptará según el procedimiento de co-decisión regulado en el art. 251 TCE. Puede ser que el Parlamento Europeo lo modifique, siguiendo dicho procedimiento, tal y como ya ha ocurrido con "Roma II" (SEUBA TORREBLANCA, *passim*), del que ya existe una propuesta "modificada" de 21.2.2006.

La reflexión ya cuenta ya con la valiosa aportación del Profesor de la Universidad de Hamburgo Peter Mankowski, "Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung", recientemente publicada en la revista *IPRax* (marzo abril). Otro trabajo del Profesor de la Universidad de Paris I, Paul Lagarde - que viene ocupándose de la revisión del texto (v. gr., "Vers une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Mélanges Yves Gullon*, Dalloz, 2003, pp. 517-586)- está en curso (será plausiblemente publicado en las "Informaciones" de la *Revue Critique de droit international privé*). Sumémonos, pues, a la reflexión.

2. Ámbito de aplicación de "Roma I"

Trataremos el ámbito de aplicación material (art. 1) y el ámbito de aplicación espacial (art. 2) del futuro Reglamento "Roma I". Excluiremos el ámbito de aplicación temporal (art. 24), pues atiende, *en lo esencial*, al mismo parámetro que el Convenio de Roma (1980), cubriendo las obligaciones contractuales nacidas después de su entrada en vigor.

2.1. Ámbito de aplicación material: exclusiones

Respecto al ámbito de aplicación material, las novedades introducidas se destinan a clarificar el texto, y a hermanarlo con el Reglamento 44/2001 y con la Propuesta modificada de Reglamento "Roma II" (art. 1.1).

Son dos las *exclusiones* que van a retener nuestra atención: por una parte, la que incumbe a las *obligaciones que se derivan de una relación pre-contractual* (art. 1.2 letra i); y, por otra, la relativa a las obligaciones derivadas de las relaciones de familia o que produzcan *efectos similares a los del matrimonio* (art. 1.2 letras b y c).

a) Las obligaciones que se derivan de una relación pre-contractual

La Propuesta de Reglamento « Roma I » excluye las obligaciones pre-contratuales (art. 1.2 letra i). Su calificación es una cuestión controvertida en el derecho comparado. Los Estados miembros se encuentran divididos sobre si es contractual o no-contractual la acción por incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe (BEALE/HARTKAMP/KÖTZ/TALLON, p. 251). Por ejemplo, el nuevo 311 BGB (tras la reforma de 2002) la integra en las obligaciones derivadas del contrato, pero otros sistemas en la responsabilidad extracontractual.

El TJCE se ha pronunciado respecto a la cuestión de la calificación en el marco del Convenio de Bruselas (STJCE de 17.9.2002, *Tacconi*, asunto C-334/00), emitiendo su fallo en favor de considerar el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe en el marco de unas negociaciones dentro del ámbito extracontractual; es decir, subsumiendo la cuestión en el art. 5-3 del Convenio de Bruselas. La Propuesta "Roma I" hace concordar el derecho aplicable con la solución dada para las normas de competencia judicial. De ahí la exclusión.

b) Una inclusión dentro de la exclusión

La exclusión de las relaciones de familia se cuenta entre las previstas en el Convenio de Roma. La Propuesta "Roma I" añade las que tienen efectos "similares" a los del matrimonio (art. 1.2. letras b y c), de forma parecida al art. 1.2., letras a y b de la Propuesta modificada "Roma II", donde los efectos son "comparables".

La previsión tiene en su punto de mira a las uniones de pareja inscrita. La cuestión dudosa es la inclusión que existe dentro de la exclusión. Ésta evoca la polémica en torno a la calificación

contractual -o dentro del estatuto personal o familiar- de algunas uniones de pareja, como el *Pacto civil de solidaridad francés* (PaCS) o la cohabitación legal belga, que tienen menores efectos que el matrimonio (v. gr., en el ámbito de los alimentos o las sucesiones). Ciertamente el PaCS francés es un contrato especial que tiene un carácter híbrido (a tenor de la remodelación que aportó la decisión del *Conseil Constitutionnel* el 9.11.1999), pero sus normas se encuentran entre las normas del Código Civil que regulan la persona, y no entre las que regulan los contratos, como ocurre con la cohabitación belga (de, por otra parte, escaso éxito). A nuestro entender, en las relaciones mutuas, la búsqueda de la residencia habitual del "prestador característico" del contrato, para determinar la ley aplicable, no se aviene con el proyecto de vida en común, (la *affectio maritales*), la solidaridad, y las limitaciones a la capacidad "contractual" (impedimento de ligamen) presentes en las diversas uniones de pareja reguladas en el derecho comparado (QUIÑONES, RJC). Los problemas de calificación obedecen a problemas de derecho material, a veces ideológicos, más que a un encaje en el derecho de los contratos sustancialmente distinto al que plantearía un matrimonio o un casi-matrimonio. El Código de DIP belga (2004) distingue las uniones matrimoniales y casi matrimoniales de las "relaciones de vida en común" (PaCS, cohabitación), pero no subsume las últimas en las normas que regulan los contratos. La *Civil Union* inglesa (2005) sujeta todas las citadas uniones -e incluidos los matrimonios entre personas del mismo sexo- a las mismas normas de DIP que regulan las uniones civiles o inscritas de tipo nórdico entre personas del mismo sexo. En todo caso, la distinción no aboca a una calificación contractual. Es necesaria una *clarificación en común*, no polarizada por el debate interno sobre lo que es o deja de ser una relación de familia o un matrimonio. Es plausible buscar las similitudes (uniones de pareja con estatuto unitario) más que las diferencias (matrimonio) a la hora de subsumir el supuesto en la norma de conflicto apropiada. Todas las uniones de pareja, reguladas de forma unitaria, deberían estar excluidas del Convenio de Roma (1980)

2.2. Un ámbito de aplicación espacial contradictorio

Respecto al ámbito de aplicación espacial, las novedades introducidas en el art. 2 se destinan a clarificar la redacción del texto (art. 2). Se sigue, aquí, la reformulación acaecida en el art. 2 de la Propuesta modificada de "Roma II" para las obligaciones extracontractuales.

El carácter *erga omnes* del reglamento, se justifica en nombre de la continuidad, la simplificación (la no -duplicación de los textos) y las dificultades de delimitación, pues el "mercado interior" puede verse afectado en una pluralidad de situaciones y no sólo cuando las partes estén establecidas en Estados contratantes. Cuestión que se vería superada de haber prosperado la redacción dada, en el año 2003, al art. III-170 de la proyectada Constitución europea al suprimir, incluso, la mención al buen funcionamiento del mercado interior (GONZALEZ CAMPOS, *passim*).

La opción descartada -la posibilidad de que "Roma I" se dotara de normas específicas para las obligaciones contractuales de ámbito intracomunitario- comportaría que coexistieran dos textos distintos (Roma I y el Convenio de Roma) o, también, dos lógicas distintas dentro del mismo reglamento (relaciones "ad intra" y "ad extra"). Y ciertamente, aunque el art. 2 de la Propuesta mantenga el carácter universal, acaban por deslizarse algunas contradicciones en la redacción, que hacen resurgir la opción descartada. Nótese, por ejemplo, que en el art. 3.1 (libertad de

elección) es la “ley de un *Estado miembro*” la que es retenida para determinar la voluntad tácita. Tal previsión suscita la duda de si sólo la elección de los tribunales de un Estado miembro (es decir conforme al Reglamento 44/2001) permite presumir una voluntad tácita, puesto que al menos el Reglamento -aunque sea sólo en parte- regula la elección de foro (pues el Convenio de La Haya de 2005 en la materia no está en vigor). ¿Es así? No lo pensamos. Lo que se quiere, aquí, es precisar mediante una presunción la voluntad tácita cuando exista elección de tribunal (y no sólo cuando se eligen los tribunales de un “Estado miembro”). La redacción unilateral de las disposiciones procesales del Reglamento 44/2001 -destinadas a determinar los tribunales competentes de entre los “Estados miembros” o a reconocer sus decisiones- ha llevado a hacer un parangón irreflexivo en el texto de derecho aplicable.

Lo anterior parece confirmarse, si tenemos en cuenta que el error se repite -y aquí es más grave- en el art. 5 de la Propuesta de Reglamento “Roma I” relativo a los contratos concluidos con consumidores. Hasta cuatro veces (es decir en todos los casos) se repite “Estado miembro” como si “Roma I” sólo protegiera a los consumidores que residen en la Comunidad. Podría, claro está, ser así, pero entonces ¿dónde está la norma que regula a los contratos de consumo respecto de consumidores residentes en terceros Estados? Y si éste no es el art. 5, ¿debe entenderse que, en tales casos, operan las normas generales? Es decir que “Roma I” desprotege al consumidor no aplicándole la ley de su residencia habitual. Nótese que, de ser así, los consumidores residentes en terceros Estados seguirían el régimen de los artículos 3 y 4. O, en otras palabras, se sujetarían a la ley elegida (por la empresa) y, en su defecto, a la ley del prestador característico (ley de la empresa). Por el contrario, los consumidores residentes en Estados miembros sólo se les aplicaría la ley del Estado miembro donde residen (art. 5). Si fuera así, si imaginamos por un momento que el legislador comunitario sólo ha querido proteger a los consumidores residentes en Estados miembros, obtendríamos la solución de “país rico” de que las empresas europeas sujetarían a los consumidores de terceros Estados a la ley de su elección (su propia ley), racionalizando y frenando el riesgo jurídico que supone contratar, vía internet, con un consumidor residente fuera de la Unión Europea. En cambio, las empresas de terceros Estados que contratan con los consumidores residentes en Estados miembros estarían sujetas a la ley del consumidor. Cabe pensar que se trata de un error, que trae causa, seguramente, en una redacción apresurada o en una copia automática del art. 15 del Reglamento 44/2001, particularmente por cuanto el art. 5 de “Roma I” introduce la noción de “actividades dirigidas”.

En definitiva, está claro que el Reglamento 44/2001, al ocuparse de la competencia judicial -y dado el carácter unilateral de las normas procesales- sólo se refiere a los “Estados miembros”. Pero éste no tendría que ser el caso de “Roma I” si, como dice el art. 2, se aplica “aunque tal ley sea la de un Estado no-miembro”. Y, en el bien entendido, de que sólo cuenta con una única disposición, el art. 5, para los contratos concluidos con consumidores.

Tirando de ese mismo hilo, apreciaremos otro elemento de co-existencia de dos lógicas comunitarias. En las relaciones con Estados terceros, el Convenio de Roma no impide la aplicación de otros Convenios internacionales ya suscritos por algunos Estados miembros (art. 23). Es el caso de los Convenios de La Haya de 15.6.1955 en materia de venta y del citado

Convenio de 14.3.1978 sobre la ley aplicable a los contratos de representación, de los que algunos Estados miembros (no lo es España) son parte contratante. La Propuesta "Roma I" no aboca a estos Estados miembros a denunciar los textos existentes, pero prioriza el futuro reglamento "cuando todos los elementos pertinentes de la situación se localicen en el momento de la celebración del contrato en uno o más Estados miembros". En la Exposición de motivos del art. 13 se señala que: "Las modificaciones propuestas tienen por objeto establecer un justo equilibrio entre el respeto de las obligaciones internacionales de los Estados miembros, por una parte, y el objetivo de un verdadero espacio de justicia europeo" (...) "los convenios internacionales vigentes prevalecen sobre el Reglamento propuesto", pero "introduce, no obstante, una excepción cuando todos los elementos pertinentes de la situación se ubiquen, en el momento de la celebración del contrato, en uno o más Estados miembros.". Y "Roma I" se alinea con "Roma II" en este punto, pues, en las relaciones con los convenios de La Haya de 4.5.1971 (accidentes de circulación por carretera) y de 2.10.1973 (responsabilidad por productos) adopta esa misma solución.

En definitiva, la distinción entre situaciones "intra" y "extra" comunitarias perdura, lanzando al aire el interrogante de si no hubiera sido mejor adentrarse en la otra más novedosa y arriesgada opción de duplicar las normas, aunque fuera en el mismo texto del Reglamento, opción que nos llevó, en trabajos anteriores, a proponer normas intra-comunitarias en el ámbito de los contratos de consumo (QUIÑONES, GJUE).

3. Determinación de la ley aplicable

Las disposiciones generales que determinan la ley aplicable a las obligaciones contractuales introducen novedades tanto en el ámbito de la autonomía de la voluntad conflictual -es decir, para la hipótesis de la elección de ley por las partes- como en los casos en los que, en defecto de elección, el juez debe determinar la ley objetivamente aplicable al contrato.

3.1. Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad viene considerándose (desde hace siglos, aunque no siempre haya sido así) la piedra filosofal en el ámbito contractual. La Exposición de Motivos de "Roma I", como cláusula de estilo, ensalza sus virtudes. Pero el canto a la autonomía de la voluntad, es un "brindis al sol" en los contratos de consumo, pues la elección de ley ha sido, pura y simplemente, suprimida del art. 5 de la Propuesta "Roma I". En los demás casos, se permite a las partes elegir la ley aplicable. Incluso *la elección de un derecho no estatal*. Este es uno de los puntos en el que nos detendremos, después de examinar la mencionada *presunción de la existencia de una voluntad tácita* a través del índice de la elección de tribunal.

a) La elección de ley tácita: *quid elicit iudicem elicit ius*

En la indagación de la manifestación de la autonomía de la voluntad “tácita”, las modificaciones propuestas en “Roma I” se destinan a precisarla y a cerrar el paso a la voluntad hipotética, como ya venía siendo conocido (GIULIANO/LAGARDE, *Informe Oficial*, p. 17). A tal objetivo, se destacan algunos índices que venían siendo relevantes en la práctica. Es el caso de la elección de foro (“Si las partes han convenido que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro conozcan de los litigios surgidos o que pueden surgir de un contrato, también se presumirá que las partes tienen la intención de elegir la ley de este Estado miembro”).

Sin embargo, la “presunción” no es pacífica. La posibilidad de que la cláusula de elección de foro valga como elección de derecho fue contestada en las respuestas al Libro Verde (GEDIP). Algunos proponían su supresión (BONOMI, p. 68). El hecho de que la validez de la cláusula quede sólo parcialmente regulada por el Reglamento 44/2001 –al igual que el nuevo Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro (2005)-, militaban a favor de eliminar, al menos, la automaticidad en la previsión. Pero no cabe albergar más temores de los necesarios, pues “Roma I” entiende la previsión como una presunción, que admite la prueba en contrario.

El adagio latino “quien elige el juez elige el derecho” merece una reflexión específica en el ámbito internacional. En éste ámbito, quien elige el juez, elige (si el acuerdo es válido) la *lex fori*. Es decir, no menos que cierto orden público y las leyes de policía (art. 8), y las normas de conflicto de dicho sistema. Si se tratara del juez de un Estado miembro éstas últimas serían las disposiciones de “Roma I”, pero el texto no se limita a las relaciones con los Estados miembros (ni tampoco –pesamos- la presunción del art. 3.1, aunque se desprenda lo contrario de la redacción).

Elegir la *lex fori*, las leyes de policía y el orden público del foro no es una bagatela. Pero lo ideal es que las partes se ocupen de elegir el derecho aplicable cuando, ya se han ocupado de elegir el tribunal competente. La Propuesta de “Roma I” viene a decirnos que si se han ocupado de elegir el juez se presume que se han pre-ocupado (sin ocuparse) de elegir, al menos en una parte imperativa, el derecho aplicable.

Nótese que se barre también el paso a una manifestación tácita “negativa” de la voluntad -a diferencia del arbitraje, en el que la voluntad negativa puede llevar al llamado “contrato sin ley”-, pues en el marco de “Roma I”, de no existir voluntad positiva, expresa o tácita (art. 3), el juez pasa a determinar el derecho aplicable conforme a lo previsto en el art. 4 (en defecto de elección de ley).

A los (suponemos) errores de redacción del art. 3.1 (“Estado miembro”) se suman los olvidos y los defectos de las dispares traducciones. Olvidos, porque el primer texto que vio la luz (diciembre) ha sufrido una reducción en la traducción española (no así en otras, como la alemana, francesa, inglesa o italiana). El texto original en francés e inglés indican que la elección tácita puede resultar de manera cierta de las disposiciones del contrato, *del comportamiento de las partes* o de las circunstancias del caso. En cambio, en el texto en lengua española no se incluye “el comportamiento de las partes”. Tal olvido no es baladí, pues con tales palabras cabe invocar la

presunción en favor de otro índice conocido: la hipótesis de que las partes, en contratos anteriores, vinieran sujetándose en sus relaciones sucesivas, a un determinado derecho, no existiendo una cláusula expresa en el contrato litigioso.

Y defectos en las traducciones observados con anterioridad. La Propuesta "Roma I" deja pendiente el problema de las diferentes versiones lingüísticas sobre lo que se entiende por manifestación tácita, lo que ya se puso en evidencia en el citado Libro Verde. Siguen siendo más estrictas las versiones española, francesa o italiana (la elección es "de manera cierta") que las versiones alemana e inglesa (que aluden, de manera más flexible, a una certeza razonable).

b) Elección de normas no estatales: El futuro instrumento europeo facultativo

La Propuesta "Roma I" autoriza a las partes a elegir un derecho no-estatal. Entendemos que el *iceberg* de contornos difusos denominado *lex mercatoria* no queda comprendido, a diferencia de lo que ocurre en el art. 10 Convenio interamericano sobre ley aplicable a los contratos internacionales de Méjico (1994), inspirado en el Convenio de Roma (1980). Ni una polémica ley transnacional ni los usos del comercio seguidos en determinadas ramas de la profesión -como los de la FOSFA en el ámbito de los cereales- están comprendidos. Se trata de los principios generales del derecho, conocidos, codificados, y consensuados en la comunidad europea o internacional. La previsión da cobijo, en particular, a la elección por las partes de los principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales, que se inspiran en las soluciones comunes a numerosos países. Y, claro está, tiene en el punto de mira a los *Principles of European Contract Law* (www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html). Tal *corpus jurídico* de normas, desprovisto de fuerza intrínseca, es susceptible de aplicarse cuando las partes se refieren o los incorporan a su contrato.

Se trata, empero, de un elenco de normas no completo que ha de articularse con el derecho estatal. A tal fin, "Roma I" introduce en el apartado 2 del art. 3 una fórmula inspirada en el apartado 2 del art. 7 del Convenio de Viena sobre la venta internacional de mercancías (1980), de manera que los aspectos no expresamente resueltos por las normas elegidas puedan resolverse: bien cociéndolos en su propio jugo ("se resolverán de acuerdo con los principios generales en que se inspiran"); o bien, recurriendo al derecho estatal ("en su ausencia, de acuerdo con la ley aplicable a falta de elección en virtud del presente Reglamento.").

Limitada de este modo la previsión, no estamos ante una auténtica novedad. Es del todo posible, hoy, que las partes incorporen al contrato tales Principios, y que se abstengan de determinar el derecho nacional aplicable para cualquier otro extremo, lo que no dispensa al juez de indagar, en ese fraccionamiento, la "otra" *lex contractus* aplicable.

El interés de la previsión reside en que introduce, en el art. 3 del Convenio de Roma -y cabe verlo en relación con el art. 22- el caballo de Troya de un futuro instrumento contractual europeo que, con carácter facultativo es propuesto, como medida a largo plazo, en el Plan de Acción de 2003. Como destacamos en nuestras respuestas al debate sobre el derecho contractual europeo, la Comisión Lando y el Grupo de estudios sobre un Código civil europeo sugirieron que el artículo

3 del Convenio de Roma se modificara a tales fines (vid. QUIÑONES, "Le choix..." *GJUE*, p. 75). Y la Comisión europea, en el Plan de acción, al darse cuenta de que no sería tarea fácil, sugiere dotar a tal instrumento de un carácter *facultativo*, de manera que sean los contratantes los que se pronuncien en favor de su aplicación. A nuestro entender la Comisión en el Plan de Acción recurre a un instrumento europeo facultativo, al menos en una primera etapa, porque busca en la adhesión de las partes, en la sociedad civil, la legitimidad que no ve fácil de obtener en los Estados, ante la falta de voluntad política de ciertos Estados miembros en la elaboración de ese instrumento europeo. La Comunidad todavía descansa en un "federalismo intergubernamental", el pasar del federalismo intergubernamental a un Estado federal es un gran salto cualitativo. Y como el sistema actual se resiste al cambio, se intenta buscar la adhesión de las partes en tanto en cuanto la aún costosa unidad política no haya sido aún realizada, y las competencias no han sido claramente atribuidas. La nueva legislación contractual europea va a ser plausiblemente ofrecida "a elección de las partes" en busca de legitimidad (QUIÑONES, "Le choix...", *passim*). Otra solución, sería que el instrumento europeo fuera obligatorio y tuviera sus propias normas de aplicabilidad directas (cuando los contratantes residieran en Estados miembros), y sin perjuicio de que su aplicación indirecta también la proporcionara el reglamento "Roma I" al designar como *lex contractus* la ley de un Estado miembro. Las técnicas clásicas del derecho comunitario de los contratos (directivas y leyes de transposición) han mostrado ciertos límites. Los textos resultan de un compromiso. El contar, además, con un instrumento europeo haría aumentar la divergencia. En estas condiciones, las dificultades de articulación y de coexistencia del derecho comunitario (el instrumento común y las directivas), con las leyes nacionales se verían aumentadas, y los problemas serían análogos a los que deplora, hoy, la Comisión. En definitiva, si el futuro instrumento europeo retoma, adaptándolas, el conjunto de las disposiciones imperativas comunitarias, y las que se elaboraran en un futuro, dicho instrumento debería tener un carácter obligatorio. Y si dicho instrumento no integra el conjunto de las normas imperativas, su aplicación opcional para las partes sería oportuna, pero la elección no sería más que parcial, y debería articularse con la ley objetivamente aplicable.

En cualquier caso, el grueso de las disposiciones imperativas de las directivas comunitarias de consumo, plausiblemente integrables en el futuro instrumento europeo, no van a "concurrir" con las leyes de transposición en el marco del art. 3 del nuevo Reglamento. La Propuesta "Roma I" resuelve, en parte, la cuestión de la elección de normas imperativas comunitarias y estatales, pues excluye la autonomía de la voluntad en los contratos concluidos con consumidores (art. 5). Si bien, no todos los contratos concluidos con un consumidor, regulados por el derecho comunitario, se verán cubiertos por el art. 5 de "Roma I". Por ejemplo, no cubre al consumidor-turista de *time-sharing*, que contrata sumas importantes tras ser captado en sus vacaciones en otro país.

c) **Fraude al derecho comunitario y su sanción**

El apartado 5 del art. 3 de la Propuesta "Roma I" tiene por objeto el evitar que, mediante la elección de la ley de un tercer Estado, se defrauden las disposiciones imperativas del Derecho comunitario ("La elección por las partes de la ley de un Estado no-miembro no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean aplicables al

caso particular"). Una vez más, la previsión se incardina dentro de una lógica comunitaria que coexiste con la que sustenta al sistema internacional del Convenio de Roma (1980).

Se trata de una previsión que está presente en no pocas directivas de consumo; que había dado muchos problemas de interpretación, y que –con buen juicio a nuestro entender– se articula en “Roma I” como un límite a la autonomía de la voluntad (“La elección por las partes de la ley de un Estado no-miembro”) en los supuestos intra-comunitarios.

Aunque pueda ser discutible, no se trata de verdaderas leyes de policía (que son reguladas en el art. 8). Sólo han de jugar en los contratos internos (en el sentido de “intra-comunitarios”) o cuando la ley aplicable fuere la de un Estado miembro (QUIÑONES, RDCE). El transformar toda norma comunitaria en ley de policía nos parece excesivo. Cierto es que el TJCE en el asunto *Ingmar* (TJCE, 9 nov. 2000, asunto C-381/98) se sintió tentado hacia tal solución descartando la ley californiana elegida respecto a un contrato de agencia, pero en tal caso la ley objetivamente aplicable al contrato era la de un Estado miembro (el Reino Unido). La ley del Estado tercero no era objetivamente aplicable al caso. Hoy, se vería corroborado por el nuevo art. 7 de Roma I aplicable a los contratos de representación.

En todo caso, en la práctica, debe aplicarse un importante coeficiente reductor a las posibilidades de aplicar esta disposición puesto que “Roma I” suprime la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo cubiertos por el art. 5 de la Propuesta.

3.2. Ley aplicable en defecto de elección

En defecto de elección de ley (art. 4), las modificaciones que “Roma I” introduce en el Convenio de Roma son estructurales:

En primer lugar, el principio de proximidad como norma abierta o principio de partida es ahora residual (“cuando la prestación característica no pueda determinarse, el contrato se regirá por la ley del país con el que (quien *sic*) presente los vínculos más estrechos”).

En segundo lugar, el concepto de “vínculos más estrechos” se concreta para ocho tipos distintos de contratos. Por consiguiente se *reduce la búsqueda de la prestación característica o del prestador característico del contrato*. En cuanto a las soluciones adoptadas para las distintas categorías de contratos, cabe atender a las nuevas propuestas de las letras g y h del art. 4, relativas a los contratos de franquicia y de distribución, respectivamente. Establece “Roma I”: que el contrato de franquicia se regirá por la ley del país en que el franquiciado tenga su residencia habitual; y que, el contrato de distribución se regirá por la ley del país en que el distribuidor tenga su residencia habitual (vid., KENFACK, p. 127, que se muestra favorable a la solución).

Por último, se *elimina la cláusula de escape* en dicho artículo. El objetivo es el de aportar mayor seguridad y uniformidad jurídica, frenando el *judicial approach* del juez anglosajón (aunque no sólo) acostumbrado a indagar la *proper law* o la *closest connection*. Entre la flexibilidad y la seguridad jurídica, se opta por esta última, notablemente al suprimirse la cláusula de escape, de

la que se deplora y teme una aplicación generalizada que la convierta en regla en lugar de excepción (MARTINY, p. 23-24). Pero no parece, empero, que las dosis de rígida seguridad inyectadas al art. 4 obedezcan a una repugnancia de "Roma I" por el correctivo de la cláusula de escape, pues ésta se mantiene sin problemas dentro de la norma especial del art. 6 (contrato de trabajo). También figura, con carácter general, en el art. 5.3 de la Propuesta modificada "Roma II", que precisa lo que entiende por vínculo substancialmente más estrecho. Sin embargo, en "Roma I" no se han tenido en cuenta las propuestas del *Max Planck Institut* o del Grupo Europeo DIP –dentro de las respuestas al Libro Verde- de mantener, dando una redacción más estricta, a la cláusula de escape, en la línea de lo acaecido en "Roma II".

a) Normas especiales para ciertos contratos

La Propuesta "Roma I" altera sustancialmente el art. 5 que regula la ley aplicable a los contratos concluidos con consumidores. Modifica algunos aspectos del art. 6 relativo a la ley aplicable al contrato de trabajo. E introduce un nuevo art. 7 para los contratos de representación.

- Contratos concluidos con consumidores.

El art. 5 del Convenio de Roma (1980) contaba con una norma de conflicto especial para los contratos concluidos con consumidores. El tiempo ha pasado factura a esta norma, innovadora en los años ochenta, pues nadie podría prever entonces, que las nuevas tecnologías permitirían al consumidor (incluso sin apercibirse del paso virtual de fronteras) el tener un tan fácil acceso a la contratación intracomunitaria e internacional.

La Propuesta "Roma I", siguiendo al TJCE, define al consumidor como la "persona física" (TJCE, 22.11.2001, C-541-542/99), que contrata con un "profesional" para "un uso ajeno a su actividad profesional". Extremo que facilita la cohesión entre el Reglamento 44/2001 para la competencia y el futuro Reglamento "Roma I" para la ley aplicable.

La Propuesta añade que se trata de un consumidor que reside en "un Estado miembro". Pero – como ya hemos comentado- ha de tratarse de un error, pues la lógica universalista, por la que ha optado el art. 2 de la Propuesta, no se aviene con que el art. 5 del Reglamento cubra sólo los contratos concluidos con consumidores situados en Estados miembros.

La confusión anterior puede traer causa en la inspiración hasta la copia del art. 15 del Reglamento 44/2001 que, lógicamente, sólo se ocupa de la competencia de los tribunales de los Estados miembros.

Teniendo en el punto de mira el ensamblaje coherente con el Reglamento 44/2001, el art. 5 de "Roma I" amplía su ámbito material, y se adapta su ámbito espacial a los desafíos planteados por las nuevas tecnologías. Se introduce, así, el criterio de la "actividad dirigida" (BATALLA, Memoria DEA-UPF, *passim*) Esta noción, en ambos textos, centra la atención en el profesional (no en el consumidor y su comportamiento pasivo o activo). La intención del profesional de dirigir su actividad comercial al país donde reside el consumidor con el que ha contratado se desgajará de

los índices que rodean a la conclusión del contrato, notablemente la selección del país o zona geográfica en el portal comercial.

Este sesgo geográfico dependerá, a veces, de la naturaleza del producto, de razones de logística (posibilidad de entregar los productos a ciertas zonas geográficas), y no necesariamente de que la empresa quiera asumir el riesgo jurídico de atender a la ley del consumidor. Pero, en todo caso, incumbe a la empresa el poner freno al universalismo de la red.

Una cláusula de salvaguarda se añade en el art. 5.2 *in fine* en la hipótesis en que el profesional ignorara el lugar de la residencia habitual del consumidor y que tal ignorancia no le fuera imputable al mismo (si el profesional prueba que el consumidor mintió sobre su residencia).

El consumidor que cae dentro de la definición y que contrata bajo las condiciones del art. 5 es objeto de especial protección: Por una parte, no le afectará la ley que le imponga la empresa (generalmente la propia), pues se suprime la autonomía de la voluntad conflictual. Por otra parte, el consumidor se verá protegido por la ley de su residencia habitual del consumidor, la única aplicable a tales contratos. Es la opción seguida en el art. 120 de la Ley Federal Suiza de DIP (1987). Esta “ley del consumidor” (frente a la de la empresa, elegida o a título de prestador característico del contrato) recoge las reivindicaciones que las organizaciones de consumidores venían formulando ya con ocasión de la transformación del Convenio de Bruselas en Reglamento 44/2001.

La opción “política” subyacente ha planteado el debate en términos dicotómicos: o la ley de la empresa (origen) o la ley del consumidor (destino). La eliminación de la autonomía de la voluntad garantiza al consumidor la protección de su propia ley, a la que está acostumbrado. Otra cosa es que le priva de la posibilidad de que la ley de la empresa le ofrezca unas normas materiales más protectoras. Y que, a la empresa, le impida el racionalizar sus actividades atendiendo a unos modelos contractuales uniformes que sopesen, *a priori*, el riesgo jurídico de contratar con países distintos.

Como ya señalamos en otros trabajos, una vez protegido el consumidor en la antesala de la competencia judicial, garantizándole el acceso a sus propios tribunales o el acceso, en general a la justicia, lo que es imprescindible tratándose de una “parte débil” y de en pleitos de escasa cuantía, caben otras opciones en sede de ley aplicable no limitadas a la protección supuestamente “conocida” por un “profano” consumidor (QUIÑONES, *GJUE y relacionados*).

En todo caso, la razón que da “Roma I” para tal modificación es la de evitar el fraccionamiento o la complejidad de combinar la ley de la autonomía y la ley de la residencia habitual. Pero tal razón desaparece o no se avienen con el hecho de que no opere, en el artículo siguiente, para determinar la ley aplicable al contrato de trabajo. La Propuesta “Roma I” mantiene la autonomía de la voluntad en el art. 6 limitada por las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable al contrato.

Por consiguiente, la opción seguida obedece, no sólo a la seguridad jurídica o a la necesidad de un alto grado de protección a los consumidores a la que alude el TCE sino, al debate polarizado (desde que se planteó la reforma del Convenio "Bruselas I") entre la ley del consumidor y la ley del profesional (elegida o objetivamente aplicable como prestador característico del contrato).

La polarización ha barrido otras propuestas más sutiles, como la del Grupo Europeo de DIP, que proponía generalizar la aplicación de los arts. 3 y 4 del Convenio combinándola con la previsión del apartado 2º que garantiza la aplicación de las normas imperativas de la residencia habitual del consumidor, a la que añadimos una coletilla distinguiendo entre ámbitos armonizados y no armonizados (LAGARDE, *Mél. Guyón y Coloquio de la ERA* (síntesis), y QUIÑONES, "Marché..."). La solución tenía la ventaja de facilitar al profesional la previsión en masa de la ley aplicable (su propia ley en general) disminuyendo el costo del riesgo jurídico (de atender a las leyes de todos los consumidores-internautas). Y, también, en proteger al profano consumidor no sólo con una ley o una protección conocida o a la que está acostumbrado sino con una mayor protección (si la ley de la empresa la garantiza). La Propuesta "Roma I" opta radicalmente por la aplicación sistemática de la ley de la residencia habitual del consumidor, pero siguen siendo posibles otras opciones.

La Propuesta "Roma I" amplia el ámbito material del art. 5, pero no todos los contratos concluidos con consumidores van a verse incluidos. *El time-share* - que dio lugar al célebre contencioso "Gran Canaria" o "Isla de Man", conocido por el BGH en 1997- se ve, ahora, materialmente incluido. Pero -a nuestro entender- no va a encajar en las condiciones espaciales de dicho artículo, pues tal consumidor -que no contrata por internet- suele ser un turista captado en el país en que visita. En este caso, como vimos, le queda al consumidor la protección del art. 3.5 que evita el fraude al derecho comunitario, frente a la elección de ley de un Estado tercero, cuando el inmueble se sitúa en la Comunidad.

- Contrato de trabajo

A diferencia del artículo anterior, relativo a la ley aplicable a los contratos concluidos con consumidores -y pese a su paralelismo- los cambios en la norma de conflicto que regula la ley aplicable al contrato de trabajo (art. 6) se centran en mejorar la redacción de la norma.

La Propuesta "Roma I" aporta claridad a los conceptos cuando en el apartado 4 del art. 6 se concreta, sin rigidez, la noción de desplazamiento temporal de trabajadores (se supone, *con anterioridad*, que finalizado el trabajo temporal, el trabajador reanudará su labor en el país de origen). La intención de las partes es el índice que ha de tener en cuenta por el juez. También aporta una mayor armonía o coherencia con el art. 18 del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia, para lo que atiende a la jurisprudencia del TJCE (v.gr., añadiendo la coletilla "país a partir del cual...").

La prestación de la actividad laboral en un lugar no sujeto a soberanía estatal (actividad laboral de los marineros en alta mar, de los trabajadores de las plataformas petrolíferas, y del personal

que trabaja a bordo de los aviones) es atendida. La amplitud con que se concibe el concepto "lugar habitual de trabajo" permite aplicar la norma a dicho personal, si existe una base fija a partir de la cual se organiza el trabajo y donde dicho personal ejerce otras obligaciones frente al empresario (registro, control de seguridad). Son mejoras sugeridas por las respuestas del GEDIP y el Instituto Max Planck.

Respecto al desplazamiento de trabajadores, la Directiva europea 96/71 de 16.12.1996 se articulará con los arts. 6 y 8 de la Propuesta "Roma I", como venía articulándose los arts. 6 y 7 del Convenio de Roma (1980). La directiva prevé una lista de cuestiones que conforman su núcleo duro (v. gr., el salario mínimo) calificables como "leyes de policía" que frenan el *dumping salarial*, y se sujetan al derecho del lugar donde se ejecuta el trabajo (QUIÑONES, RDCE, *passim*).

- Contrato de representación.

La Propuesta "Roma I" introduce un nuevo art. 7 relativo a los contratos de representación. Este artículo regula el contrato entre el representado y el intermediario, y entre el intermediario y el tercero. Ambas relaciones son reguladas por la ley del país de la residencia habitual del intermediario, con algunas salvedades que atienden a la técnica de la reagrupación de puntos de contacto. Y es que, las nuevas normas, se inspiran en el Convenio de La Haya de 14.3.1978 sobre los contratos internacionales de representación. Sólo tres Estados miembros (Francia, Holanda y Portugal) se han adherido al mismo, pero ha coadyuvado a aproximar los derechos nacionales.

Las relaciones entre el representado y el tercero no se regulan en el art. 7, y se sujetan a las normas generales (arts. 3 y 4).

3.3. Leyes de policía

El respeto al orden público de los Estados miembros se traduce en la técnica de las leyes de policía (art. 8), además de contar con el mecanismo de la excepción de orden público. La Exposición de Motivos advierte, empero, que la aplicación de estas normas debe hacerse respetando las disposiciones del Tratado, aludiendo al control de proporcionalidad sobre el que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia (v.gr, *Arblade, Mazzoleni*, QUIÑONES, RDCE, *La Ley, passim*).

En un primer texto, sólo las leyes de policía del foro (las del art. 7.2 del Convenio de Roma) iban a ser incluidas en "Roma I", a fin de neutralizar la *reserva* hecha por algunos Estados miembros al art. 7.1 (leyes de policía de un tercer Estado o que no es ni el de la *lex fori* ni el de la *lex contractus*). Pero, con posterioridad, se reintrodujo, esta la posibilidad, retocándose algo la norma. Cabe tener en cuenta que forma parte, no sólo del DIP común del Convenio de Roma (art. 7.1.) sino, del acervo de los Estados miembros. Una de las primeras aplicaciones anticipadas del Convenio de Roma, el célebre asunto *Sensor*, conocido por el Trib. Distrito de La Haya en 1982, giraba en torno al art. 7.1 del Convenio de Roma. En lo que difieren los Estados es en la formulación de la norma. Teniéndolo en cuenta, el apartado 1 del art. 8 de la Propuesta "Roma I" añade al art. 7 del Convenio de Roma (1980) una definición de leyes de policía o disposiciones imperativas

internacionales ("Una ley de policía es una disposición imperativa cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea, por otra parte, la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento") que se inspira en la jurisprudencia *Arblade* del Tribunal de Justicia de 23.11.1999. Es precisamente esta sentencia la que recuerda que las leyes de policía deben respetar las disposiciones del Tratado, pues son excepciones a las libertades comunitarias. Límite, o control de proporcionalidad, al que se alude en la Exposición de Motivos, como se ha señalado.

A nuestro entender, de haberse adoptado un texto par las relaciones intra-comunitarias, se podría haber eliminado entre los Estados miembros la vocación de "ley de policía" entre las normas comunes de origen comunitario. Podría haberse añadido, dentro de una lógica intra-comunitaria, que "cuando la ley aplicable en virtud del presente reglamento es la de un Estado miembro -o, incluso el "futuro instrumento comunitario elegido"-, sólo se podrá dar efecto a las leyes de policía del Estado miembro del foro si no tienen un origen comunitario". Los Estados miembros no pueden imponer a los demás Estados miembros, como leyes de policía, las disposiciones nacionales que derivan del mismo texto comunitario. El problema se plantea porque la armonización es a través de directivas y, no pocas, es de mínimos (en el sentido de que permite a los Estados miembros el adoptar medidas más rigurosas). Pero, en tal caso, la lógica conduce a pensar que las normas coordinadas definen el nivel mínimo de interés general comunitario; qué este interés general es salvaguardado en cada uno de las leyes de transposición de los Estados miembros, y que cuando la ley de un Estado miembro es aplicable, los demás Estados miembros no pueden ignorar la existencia de este umbral material europeo equivalente que evita las distorsiones de competencia en Europa. Y si bien ese umbral mínimo puede ser traspasado por el legislador de un Estado miembro, con ocasión de la transposición de una directiva, esta protección reforzada no podrá oponerse frente a otro Estado miembro cuya ley es competente, puesto que éste último ofrece, él también, y por hipótesis, el umbral mínimo de protección (QUIÑONES, "Marché...", *passim*). Pero tales previsiones hubieran encontrado mejor acomodo en el marco de un texto intra-comunitario, lo que no ha sido el caso.

3.4. Otras novedades de interés

Los límites de este trabajo no permiten profundizar en todas y cada una de las restantes disposiciones de la Propuesta "Roma I". Sin embargo, sí parece necesario apuntar las principales innovaciones. En concreto, respecto a la ley aplicable a la forma del contrato, a la cesión de créditos y la subrogación convencional, y a la compensación legal.

Otros aspectos han sido mencionados a lo largo de estas páginas. Es el caso de las cuestiones relativas a los conflictos con los convenios de La Haya de los que algunos Estados miembros son parte (art. 21) y a la prioridad del derecho comunitario (art. 22).

a) La forma del contrato

Respecto a la primera cuestión, a la ley aplicable a la forma del contrato, la Propuesta "Roma I" amplia el *favor negotti*, el elenco alternativo de conexiones de la norma de conflicto orientada (art. 10.1) con una nueva ley basada en la conexión de la residencia habitual de cualquiera de las partes. Esta fórmula fue sugerida por el Grupo Europeo de DIP y el Instituto Max-Planck.

b) La cesión de créditos y la subrogación

Respecto a la cesión de créditos, la Propuesta "Roma I" colma una laguna. El apartado 3 del art. 13 introduce una nueva norma de conflicto relativa a la oponibilidad de la cesión de crédito a los terceros. Esta solución se inspira en los arts. 22 y 30 del Convenio UNCITRAL (Naciones Unidas) de 2001 sobre cesión de créditos internacional. Por lo que abogaban la doctrina mayoritaria (KIENINGER/SIGMAN, *passim*).

La subrogación convencional se integra en la norma de conflicto que regula la cesión de créditos evitando los problemas de calificación (art. 13). Por el contrario, la subrogación legal es regulada en el art. 14 ("Cuando un tercero esté obligado a satisfacer al acreedor de una obligación contractual, el derecho de recurso de este tercero contra el deudor de la obligación contractual se regirá por la ley aplicable a la obligación de satisfacción a cargo de este tercero."). La disposición tiene en cuenta los trabajos llevados a cabo con ocasión de la elaboración de la Propuesta del Reglamento "Roma II".

Estos mismos trabajos sobre "Roma II" son tenidos en cuenta en el art. 15 relativo a la pluralidad de deudores ("Cuando un acreedor tenga derechos frente a varios deudores que sean responsables solidarios, y cuando uno de estos deudores ya haya satisfecho al acreedor, el derecho de este deudor a dirigirse contra los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación de dicho deudor frente al acreedor. Cuando la ley aplicable a la obligación de un deudor frente el acreedor prevea normas destinadas a protegerlo contra acciones por responsabilidad, también puede invocarlas frente los otros deudores.").

c) La compensación legal

En materia de compensación legal, "Roma I" introduce una nueva previsión ("La legislación aplicable a la compensación legal será la de la obligación contra la que se alega la compensación."). Se inspira la solución en el art. 6.1 del Reglamento 1346/2000 de 29.5.2000 en materia de insolvencia. Tiene por objeto el facilitar la compensación, respetando al mismo tiempo las legítimas expectativas de la persona que no tomó la iniciativa de la compensación

d) Definición de residencia habitual

Siguiendo la propuesta "Roma II", el artículo 18 contiene, bajo el título "asimilación a la residencia habitual" una definición del concepto "residencia habitual", en particular, para las personas jurídicas. Esta definición se encontraba *mutatis mutandis* dentro del art. 4 del Convenio

de Roma (1980) y guarda aires de familia con las definiciones del Convenio de Viena (1980) sobre venta internacional.

4. Conclusión final

La Propuesta Roma I altera substancialmente el vigente Convenio de Roma (1980). La previsión más radical, a nuestro entender, es la supresión de la autonomía de la voluntad en la norma especial del art. 5, que protege al consumidor que contrata con un profesional. Estos contratos se regularán sólo por la ley de la residencia habitual del consumidor. La opción no es ajena a los términos dicotómicos en que ha ido planteándose el debate: ley de la empresa (ley de origen) o ley del consumidor (destino). En nuestra opinión, garantizado al consumidor el acceso a sus propios tribunales (o lo que es lo mismo a la justicia) son posibles otras opciones -incluso más protectoras- en sede de ley aplicable, no ceñidas a la protección supuestamente "conocida" por un "profano" consumidor. La razón que da "Roma I" -el evitar la complejidad de combinar dos leyes-, no es de peso, por cuanto se mantiene el fraccionamiento para el contrato de trabajo.

No puede decirse que "Roma I" haya sido objeto de una redacción cuidadosa. La consecuencia más grave es que aporta confusión con respecto al ámbito de aplicación espacial del citado art. 5 (sobre si regula sólo las relaciones de consumo intra-comunitarias o, también, como es el caso, las extra-comunitarias). Dicho error no es aislado, se reitera en el art. 3, al precisarse la voluntad tácita.

Al margen de los errores de redacción, puede afirmarse que subyacen dos lógicas "intra" y "extra" comunitaria en el texto (v. gr., cuando se sanciona la elección de ley de un tercer Estado en fraude al derecho comunitario aplicable, o cuando se abre la puerta a un futuro instrumento facultativo o en las relaciones con los convenios internacionales).

En el largo camino hacia "Roma I" y "Roma II" se han cruzado otros debates y textos. Es el caso de la "Directiva de servicios"; y, particularmente, la incidencia de la llamada "ley de origen" (VIRGOS/GARCIMARTIN). La polémica generada al respecto llevó a introducir en la Propuesta modificada de la Directiva de servicios (4.4.2006) un nuevo art. 17, que excluye las normas de "Roma I" y "Roma II" de las disposiciones relativas a la libre circulación de servicios. Sin embargo, ninguno de los tres textos es aún definitivo. Puede ser que el Parlamento Europeo modifique "Roma I", siguiendo el procedimiento de la codecisión, como ha modificado, y no en poca medida, "Roma II". Por lo anterior, cabe concluir con un "continuará". -

5. Bibliografía

Anna BATALLA TRILLA (2003), *El concepto de actividades dirigidas en el R. 44/2001*, memoria DEA, UPF, (dir. A. Quiñones), publicado en parte en la revista *La Ley* (www.laley.net).

Hugh BEALE, Arthur HARTKAMP, Hein KÖTZ, Denis TALLON (2002), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford.

Andrea BONOMI (2003), "Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 5, Kluwer Law International en association avec l'Institut suisse de droit comparé, La Haye-Londres-Boston, pp. 53-98.

GEDIP, "Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation", en <http://europa.eu.int>.

Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS (2005), "La Constitución Europea y el DIP comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?", en *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 9, (<http://reei.org>).

INSTITUT MAX PLANCK (DIP), "Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization", en <http://europa.eu.int>.

Hughes KENFACK (2006), "Rome I et contrats de distribution: protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs", *JCP. G*, 25.1.2006, p. 127.

Eva-Maria KIENINGER y Harry C. SIGMAN (2006), "The Rome-I Proponed Regulation and the Assignment of Receivables", *European Legal Forum*, marzo.

Paul LAGARDE (2004) "Rapport synthèse", en *Le conflit de lois et le système juridique communautaire*, Coloquio ERA, Dalloz.

— (2003), "Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles?", *Mélanges Yves Guyon*, p. 582.

Peter MANKOWSKI (2006), "Der Vorschlag für die Rom-Verordnung", *IPRax*, p. 101.

Dieter MARTINY (2006), "The Aplicable Law to contracts in the absence of choice (art. 4 Rome Convention)-Old Problems and new Dilemmas", en *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, p. 11.

Ana QUIÑONES (2005) "Mariage entre personnes du même sexe. Loi applicable (Circulaire de la DGRN du 29 juillet 2005)", *Revue Critique dr. Int. Pr.*, p. 855.

_ (2003) "Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y convenio de Roma)", *Jornadas de la AEPDIRI*, Santander, BOE, p. 231.

_ (2003) "Un paso inevitable en la armonización del derecho contractual europeo: la elaboración de un derecho internacional privado común atento a los objetivos del mercado interior", en Libro del II Congreso internacional *Bases de un Derecho contractual Europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 617.

_ (2003) "La elección de un instrumento europeo como *lex contractus*", *Jornadas APDIRI*, Jaén 2003, BOE, 2005, Madrid.

_ (2003), "Le choix d'un instrument européen comme loi du contrat: Faut-il changer la convention de Rome", en <http://europa.eu.int>.

_ (2002), "Eficacia internacional de las uniones de pareja: nuevas normas de derecho internacional privado en la ley alemana (2001)", *RJC*, p. 209.

_ (2002) "Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE en materia de desplazamiento internacional de trabajadores (De Arblade a Portugaia)", *Revista de Derecho comunitario europeo*, p. 435.

_ (2002) "Libre prestación de servicios y normas de policía sobre salario mínimo: ¿Es oportuno el control de proporcionalidad?", en *La Ley*.

_ (2001) "La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (Propuesta de modificación del art. 5 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)", *GJUE*, (enero-febrero), p. 75.

_ (2001), "Marché intérieur, harmonisation minimale et contrats de consommation (Proposition de modificación de l'article 5 de la Convention de Rome)", en <http://europa.eu.int>.

Andrés RODRIGUEZ BENOT (2006), "El convenio de Roma de 19.6.1980 veinticinco años después: Balance y perspectivas de futuro", *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, p. 497.

Joan Carles SEUBA TORREBLANCA (2005), "Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II", en *InDret 1/2005* (www.indret.com).

Miguel VIRGOS SORIANO (1986), "El convenio de Roma de 19.6.1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", en E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el derecho español*, Vol. III, Civitas, Madrid, p. 757.

– y Francisco José GARCIMARTIN ALFÉREZ (2004), “Estado de origen v. Estado de destino”, en *InDret* 4/2004, (www.indret.com).