

DERECHO APLICABLE Y ORDEN PUBLICO COMUNITARIO

Por ISABEL GARCIA RODRIGUEZ (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL NECESARIO CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES PARA LA APLICABILIDAD DE LA LEY COMPETENTE: 1) La cuestión previa. 2) El concepto prejudicial.—III. EL ABUSO DE DERECHO Y LA DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS: 1) Fraude a la ley y Derecho comunitario. 2) Orden público y Derecho comunitario.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. Nuestra intención con este trabajo no es, como pudiera parecer del título del mismo, el estudio del Derecho comunitario ni del orden público comunitario, sino cómo los principios dimanantes del ordenamiento jurídico comunitario afectan a la aplicación de las normas materiales competentes según las reglas de Derecho internacional privado, de tal manera que sirviéndonos de una sentencia a título prejudicial en materia de seguridad social —institución que no estudiamos— repasamos algunos de los problemas generales del Derecho internacional privado que surgen en la solución de las situaciones jurídicamente heterogéneas.

2. Tal y como estableció la Comisión de las Comunidades Europeas

(*) Profesora Titular Interina de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia.

en un Informe sobre la actividad de las Comunidades en 1973 (1), la unificación de las reglas de conflicto de leyes resulta necesaria para garantizar que un mismo asunto entre las mismas partes sea juzgado de acuerdo con la misma ley, cualesquiera que sea la jurisdicción competente, en el interior de la Comunidad.

Una de las materias en las que esto se ha llevado a cabo con mayor rigor por su trascendencia social es precisamente la relativa a las prestaciones de seguridad social, toda vez que con ello se pretende —entre otras cosas— la elevación del nivel de la seguridad jurídica en el sentido de que sea previsible el Derecho a aplicar, y por ende la prestación a recibir, e incluso que se aumente la protección de los derechos adquiridos y en vías de adquisición. Pero no acaba aquí la función correctora de las Comunidades Europeas, ya que a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es posible que estas normas de los reglamentos comunitarios se vean a su vez ajustadas si se considera que no cumplen o cubren los principios derivados de los Tratados constitutivos, en concreto nos referimos al Tratado de Roma. De un modo más específico diremos que el contenido de las legislaciones nacionales no puede impedir la aplicación del Derecho comunitario o, lo que es lo mismo, que los requisitos exigidos por las normas internas de un Estado miembro hagan que un súbdito comunitario no se beneficie de los derechos que le reconoce la reglamentación comunitaria aunque esta reglamentación no sea lo suficientemente clara (2).

(1) Vid. COMMISSION, «Septième Rapport général sur l'activité des Communautés Européennes, 1973», Bruselas-Luxemburgo, febrero de 1974, pág. 156.

(2) En el asunto *Factortame II*, de 25 de julio de 1991, se reconoce —entre otras cosas— que tiene primacía el Derecho comunitario frente a un claro y concreto Derecho nacional aunque el Derecho comunitario no sea lo suficientemente claro para el operador jurídico nacional si se considera que —efectivamente— ese derecho existe: *vid.*, respecto de los antecedentes de este asunto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La sentencia *Factortame II* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 25 de julio de 1991, sobre el fondo de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la *Merchant Shipping Act* de 1988, inglesa, de reserva de pesca. Derecho estatal de abanderamiento de buques y libertad de establecimiento según el Derecho comunitario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, (1992) n.º 731 67-76, *passim*. En el asunto *Factortame I* (C-213/89, de 18 de mayo de 1989) el TJCE dijo en su fallo que «El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales»: *vid.* texto en *RJE*, vol. 17 (1990) n.º 3, 944-951, pág. 951.

Otra manifestación de este problema se encuentra en el asunto *Micheletti y otros* (3) en el que sobre un problema de doble nacionalidad entre un tercer Estado y un Estado miembro se señala que estos no pueden denegar la libertad de establecimiento a un nacional de otro Estado miembro que ostente al mismo tiempo la nacionalidad de un tercer país basándose en que la legislación del Estado miembro de acogida lo considera un súbdito del Estado tercero y por ello le exige mayores requisitos.

3. Si bien la primacía de los principios comunitarios se manifiesta tal y como acabamos de decir respecto del Derecho internacional privado, en su aspecto normativo, en lo relativo a las prestaciones de seguridad social (punto de partida que no fin de este trabajo), también podemos apreciarlo en cierto modo en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Vinagre II* (4) en la que el Tribunal precisó que,

«El principio fundamental de unidad del mercado y su corolario, la libre circulación de mercancías, no pueden —en ningún caso— someterse a la condición previa de la aproximación de legislaciones nacionales ya que tal requisito vaciaría de contenido dicho principio...»

Esto significa, como dice Mattera (5), que los Estados miembros no pueden invocar la existencia de normas internas armonizadas por el Derecho comunitario, para excluir, por ese mero hecho, la aplicabilidad de una norma del Tratado CEE. El Tribunal y la Comisión han reconocido y afirmado expresa y explícitamente este principio.

Asimismo, de lo que se conoce como «jurisprudencia *Cassis de Dijon*», es decir del conjunto de sentencias que han reafirmado, clarificado y desarrollado los principios de libre circulación de mercancías y eliminación de obstáculos a la interpenetración de los mercados, se puede deducir que las legislaciones nacionales no pueden impedir la aplicación del Derecho comunitario ni el desarrollo de sus principios, y que

(3) C-369/90, de 7 de julio de 1992, asunto *Micheletti y otros*, aún sin publicar, no obstante puede verse esta sentencia en *RIE*, vol. 19 (1992), 975-979.

(4) Asunto 193/80, de 9 de diciembre de 1981, *Rec.* 1981, pág. 3019.

(5) MATTERA, A., *El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1991, pág. 225.

todo Estado miembro es libre de legislar, en defecto de una normativa común, siempre que no se produzca discriminación favoreciendo la producción nacional frente a la de otro Estado miembro.

En la esfera del Derecho social también se realizan declaraciones de este tenor. Así, en el asunto *Paraschi* (6) se dice que corresponde al legislador nacional determinar los requisitos del derecho u obligación de darse de alta en un régimen de seguridad social y las condiciones para tener derecho a las prestaciones, siempre que no se establezca discriminación alguna entre nacionales y ciudadanos de los demás Estados miembros. Esto supone también que los artículos 48 y 51 del Tratado de Roma

«no se oponen a que una normativa nacional haga más rigurosos los requisitos para la concesión de una pensión de invalidez,..., pero se oponen a que esta normativa que, en ciertas circunstancias permite la prórroga del período de referencia [de cotizaciones necesarias], no prevea la posibilidad de prórroga cuando los hechos o circunstancias que corresponden a los que permiten su obtención tienen lugar en otro Estado miembro».

4. En concreto lo que el Tribunal establece es, por un lado, la libertad de los Estados miembros para endurecer sus legislaciones sociales siempre que no discriminen por razón de la nacionalidad y por otro lado limita dicha libertad si con los nuevos requisitos sólo pueden concurrir sus nacionales o es más fácil que obtengan estos beneficios los nacionales de otros Estados miembros que los del Estado al que pertenece el organismo competente. El principio de igualdad e interdicción de discriminaciones por razón de la nacionalidad tiene vigencia dentro de los ámbitos regulados por el Tratado CEE y se constituye como un principio básico y directamente aplicable (7). En definitiva, estaríamos ante una legislación disuasoria para los trabajadores migrantes de ejercer su derecho a la libre circulación (8), de manera que nos encontramos ante lo que puede denominarse una discriminación camuflada.

(6) Sentencia de 4 de octubre de 1991, C-349/87.

(7) En nuestro ordenamiento jurídico este Derecho está tutelado constitucionalmente en virtud, sobre todo, de los arts. 14 y 10 de la Constitución Española.

(8) El Abogado General, Sr. Tesauro, proponía al Tribunal la invalidez del art. 9.bis del R. 1408/71, si con su aplicación no se permite tener en cuenta las cotizaciones efectuadas en otros Estados miembros.

Excepto para las cuestiones que son de competencia exclusiva de las Comunidades Europeas y tanto en lo relativo a la libre circulación de mercancías como a la libre circulación de personas, se admite el poder de legislar los Estados miembros algunos asuntos relacionados con los principios citados. Esto significa reconocer -en cierto modo- los objetivos legítimos que persiguen los Estados miembros cuando elaboran sus leyes dentro de lo que se denomina «competencia residual». Por consiguiente observamos que, por un lado se respeta la competencia legislativa de los Estados miembros en ciertas materias, pero por otro lado, se impide la aplicación de esa legislación (en su totalidad o en parte), si con ella no se cubren los principios derivados de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Todo ello, que surge como una contradicción, se resuelve valorando más los principios defendidos por el Derecho comunitario frente a cualquier principio nacional.

Tanto en la libre circulación de mercancías como en la libre circulación de personas se producen conflictos de intereses no sólo de los Estados miembros con sus legislaciones, sino de los particulares, de ahí que el Derecho comunitario ejerza en cierto modo una función de ajuste o corrección de las disposiciones nacionales, en la medida en que obstaculicen el desarrollo de estas dos libertades fundamentales comunitarias. Y como dice Pescatore (9) los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no formulan reglas materiales, sino objetivos, de forma que se basan en la buena fe de los Estados miembros o mejor dicho, en la confianza mutua. De aquí que los Estados miembros se vean en la obligación de acercar los Derechos nacionales, incluido el Derecho internacional privado (10).

5. Por consiguiente, en este trabajo analizaremos la incidencia que tienen los principios derivados del Derecho comunitario en la aplicación de ciertas normas nacionales que, incluso, han sido declaradas aplicables, competentes para ciertas materias, por las propias normas comunitarias.

(9) Vid. PESCATORE, P., *Le droit de l'integration*, Leiden, 1972, pág. 25.

(10) Sobre este tema vid., ORTIZ ARCE, A., «Comunidad Económica Europea y Derecho internacional privado», en *RIE* vol. 1 (1974), n.º 3, 1067-1118 y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», en *RIE* vol. 7 (1990), n.º 3, 785-826. El trabajo de FERNÁNDEZ ROZAS se corresponde con el Capítulo V de su obra conjunta con SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1991, intitulado «Derecho internacional privado de las Comunidades Europeas», 227-266.

6. Para ilustrar este trabajo haremos continuas referencias a varios asuntos sometidos al Tribunal de Luxemburgo sobre reclamaciones de pensión, pero muy en particular al relativo a la muerte en accidente de trabajo del hijo de la Sra. De Paep (11), en el que concurren varios problemas que habitualmente se presentan separados, y en el que —además— se amplía el ángulo iniciado ya por el Tribunal CEE en su jurisprudencia. Los hechos fueron los que pasamos a contar.

En la noche del 15 al 16 de febrero de 1980, el buque Hosanna sufrió un siniestro en circunstancias que se estimaron a todas luces sospechosas (12). En este accidente, tanto el capitán Germain Ackx y Piet Ackx, miembro de la tripulación, desaparecieron, dándose por muertos oficialmente el 15 de septiembre de 1981 por un tribunal de Brujas. En el momento del fallecimiento el miembro de la tripulación Piet Ackx, hijo de Madeleine De Paep, reclamante de la prestación, recibía su salario de la sociedad belga De Pax (13).

La Sra. De Paep era la gerente de la sociedad de responsabilidad limitada De Pax, con sede en Bélgica y a la cual pertenecía el buque Hosanna, donde trabajaban su marido Germain Ackx y el hijo de ambos, Piet. Como consecuencia de un naufragio el 20 de julio de 1979, el buque sufre importantes daños y fue declarado por las autoridades belgas no apto para la navegación por mar, hasta que no se realizaran en él las reparaciones necesarias. Según la ley belga el buque debería repararse antes de volver a la mar. Sin someterse a tales reparaciones y, por tanto, obtener la resolución de las autoridades belgas autorizando la navegabilidad por mar, el buque se vendió a una sociedad inglesa, Minerva Fisheries Limited, que lo matriculó en el Reino Unido. En la sociedad inglesa la Sra. De Paep y su esposo tenían la mitad de las

(11) *As. De Paep*, C-196, de 4 de octubre de 1991.

(12) Los términos utilizados en el punto 6 del «Rapport d'audience» al exponer los hechos («Faits et cadre juridique») son: «le navire a pu faire naufrage en mer dans des circonstances extrêmement suspectes».

(13) De acuerdo con estos antecedentes la ley aplicable para conceder o no el derecho a la prestación vitalicia de la Sra. De Paep viene recogida en el Reglamento 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Este Reglamento del Consejo, de 14 de junio de 1971, ha sufrido múltiples modificaciones; puede consultarse el texto recogido por la editorial Tecnos preparado por LÓPEZ PARADA, R.A. y VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., *Derecho Social de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1988, 435-550.

acciones junto con el Sr. O'Connors —súbdito británico— y su esposa. Una vez que el buque Hosanna pasó a manos de la sociedad Minerva Fisheries Limited, se aseguró por un valor de 82.000 libras.

7. En primer lugar y como norma general el artículo 13,2,c), del R. 1408/71, dispone que «la persona que ejerza su actividad profesional a bordo de un buque que arbole el pabellón de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado» (14). En aplicación de este precepto al estar abanderado el buque Hosanna en el Reino Unido, la legislación aplicable es la de este país para determinar el derecho o no de la Sra. De Paep a recibir la prestación y esto es así incluso aunque el trabajador tenga su residencia en el territorio de otro Estado miembro, como parece ser este el caso, ya que Piet Ackx mantenía su residencia en Bélgica.

Si bien lo dispuesto en el citado artículo 13,2,c) es la *norma general*, existen una serie de excepciones y particularidades a esa norma en el artículo 14^{ter} del mismo reglamento comunitario (15). Por un lado el apartado 4 del artículo 14^{ter} se refiere a los que ejerzan una actividad a bordo de un buque abanderado en un Estado miembro distinto de aquel en el que tenga su sede o domicilio la empresa por cuenta de la cual trabaja y que le remunera los servicios y que coincida con el país de su residencia. En este caso será de aplicación no la ley de abanderamiento del buque —la británica— sino la ley del Estado en el que tenga su sede o domicilio la empresa que le abona los servicios, es decir la ley belga (16).

(14) Estas normas son primeramente aplicables para establecer la institución competente ante la que debe hacerse efectiva la obligación de afiliación, y con carácter supletorio si no existe ninguna norma que nos resuelva el conflicto de prestaciones, como es este el caso. Los artículos del R. 1408/71 correspondientes a los accidentes de trabajo se refieren a la prestación en especie o en metálico que recibe el propio accidentado y los arts. 64 a 66 sobre el subsidio de defunción, aunque aplicables también a los accidentes de trabajo no dirigen la cuestión, salvo aclarar que se totalizarán las cotizaciones en caso de que fuera necesario así como que el fallecimiento se estima ha sucedido en el Estado miembro en el que resida el accidentado.

(15) Este artículo fue añadido por el Reglamento 1390/81, de 12 de mayo.

(16) Si resultase aplicable la legislación belga de seguridad social, la Sra. De Paep tendría derecho al 20% del salario anual de su hijo por el fallecimiento de éste en accidente de trabajo. No obstante, el Fondo belga de seguridad social se encontraría con dos problemas en este caso, uno relativo a que la ley belga sobre contratos de embarque marítimos, de 5 de junio de 1928, dispone que el contrato de embarque finaliza, cualquiera que sea su

8. Para realizar el trabajo que nos hemos propuesto partiremos del juego de las normas de conflicto del R. 1408/71 de la CEE, aunque pensamos que igualmente podría llevarse a cabo con otras normas de conflicto. Ahora bien, en el Derecho comunitario cabe distinguir las relaciones de Derecho internacional privado *ad extra* y *ad intra*. En las relaciones *ad extra* no nos cabe duda que generalmente será competente la norma de conflicto del Estado cuyos tribunales conozcan del asunto, mientras que en las relaciones *ad intra* podemos encontrarnos en varios supuestos:

1) Que sea una materia de competencia exclusiva de los Estados miembros y que las instituciones comunitarias no han armonizado o coordinado en absoluto, en cuyo caso se aplicará la norma de conflicto del Estado miembro del foro, salvo disposición en contrario. Esta disposición en contrario puede inferirse del artículo 235 del Tratado de Roma que posibilitaría la intervención comunitaria si con la aplicación de las normas autónomas se contraría el funcionamiento del mercado común o uno de los objetivos de la Comunidad (17).

2) Que sea una materia de competencia compartida entre los Estados miembros y las Comunidades Europeas, y que las instituciones comunitarias hayan dictado normas de armonización y de coordinación. Esto se consigue tanto a través de los propios Tratados constitutivos como de los Reglamentos o los Convenios celebrados entre los Estados miem-

naturaleza, entre otras causas por la no navegabilidad oficialmente constatada del buque, de modo que Piet Ackx no estaba vinculado por contrato de trabajo alguno en el momento de sufrir el accidente laboral. Y otro problema, relativo a que la ley belga reguladora de los accidentes de trabajo, de 10 de abril de 1971, dispone que el Fondo tiene como misión asegurar la reparación de los accidentes de trabajo sufridos por la gente del mar, entendiéndose por ésta a «l'equipage des bâtiments de pêche belges», es decir la tripulación de los buques de pesca belgas, por lo que al tratarse de un buque británico se concluye que la ley belga no puede serle de aplicación a pesar de lo que diga el Reglamento 1408/71.

Por su parte, la legislación inglesa rechazaba su aplicabilidad amparándose precisamente en el reglamento comunitario, es decir que a pesar de que el Hosanna tenga pabellón inglés, la empresa que abona el salario y el domicilio del trabajador que lo recibía se localizan en Bélgica, por lo que debe ser la ley belga la competente. De modo que se deja a la Sra. De Paep en el desamparo legal, ninguna legislación nacional le es de aplicación, aunque sí lo sea el Derecho comunitario.

(17) Cf. en sentido parecido VILLANI, U., «L'azione comunitaria in materia di Diritto Internazionale Privato», en *Riv. dir. eur.* (1981), n.º 4, 373-424, pág. 377.

bros al amparo del artículo 220 del Tratado CEE (18), aunque este último es una norma internacional y no una norma propiamente comunitaria (institucional). En este segundo supuesto las reglas dictadas suelen ser normas materiales y normas de conflicto, de manera que a un conflicto intracomunitario se le aplicará la norma de conflicto incluida en el Tratado, Reglamento o Convenio correspondiente. Este es el caso tanto de la responsabilidad contractual de la Comunidad regulada en el primer párrafo del artículo 215 del Tratado de Roma, como en materia de seguridad social del Reglamento 1408/71, en materia de competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil del Convenio de Bruselas de 1968, y en materia de obligaciones contractuales del Convenio de Roma de 1980, entre otros.

3) Que sea una materia de competencia compartida, pero que no exista ninguna norma de conflicto en la reglamentación comunitaria. En este caso puede suceder que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades cree sus normas de conflicto, como sucedió en materia de sociedades respecto del estatus y validez de las normas internas que la protegen (19). Aquí la respuesta del Tribunal se ha manifestado en dos direcciones: (a) aplicar la ley de un Estado miembro seleccionado a través de la interpretación de los principios generales reconocidos por todos los Estados miembros, o (b) aplicar sólo la ley de un Estado miembro seleccionado a través de los principios generales reconocidos por los Estados miembros con vocación para resolver el asunto planteado (20).

(18) Omitimos cualquier referencia a las Directivas porque su acción en materia de Derecho internacional privado y sobre todo respecto de la elaboración de normas de conflicto no es la técnica preferible ya que sólo obliga respecto de los objetivos o fines pero no en cuanto a la forma o técnica legislativa, de modo que podrían subsistir grandes diferencias de un Estado a otro. Además, la práctica comunitaria ha preferido el Reglamento: caso de la propuesta de Reglamento sobre conflicto de leyes en las relaciones laborales de 23 de marzo de 1972 y el actual Reglamento 1408/71 sobre seguridad social. Un caso significativo de Directiva fue la propuesta de Segunda Directiva del Consejo sobre seguros de vida, de 30 de diciembre de 1975, modificada en 1978, que tenía como objetivo la elaboración de una norma de conflicto a los contratos de seguro.

(19) A ellas hace referencia DROBNIG, V., como «the conflicts rules of the Court», en su trabajo «Conflict of Laws and the European Economic Community», en *AJCL*, vol. XV (1966-67), 204-229, págs. 224-225.

(20) La investigación de Derecho comparado sobre los principios generales comunes a los Estados miembros corresponde, junto a la que tienen los jueces del TJCE, al Abogado General y se estima que no es necesario que se encuentren *reconocidos* en *todos* los Estados

En cualquier caso, puede afirmarse que las instituciones comunitarias tienen libertad para desarrollar tanto una norma de conflicto como una norma material para resolver un problema relacionado con los Derechos autónomos, de manera que en tales casos estaríamos ante normas materiales uniformes y normas de conflicto uniformes, aplicables en todos los Estados miembros. En definitiva, también aquí se resuelve el problema de la norma de conflicto a través de la determinación de la competencia judicial, salvo que exista una norma de conflicto *ad hoc* comunitaria al respecto.

Recordemos antes de proseguir, que las normas de conflicto son normas indirectas dedicadas a indicar el Derecho, nacional o extranjero (21), que nos dará una respuesta al asunto litigioso, y que en su estructura tales normas plantean una serie de problemas: la catalogación del supuesto de hecho —*calificación*— y su conexión con otros hechos —*cuestión previa y/o concepto prejudicial*—, el elemento que determinará la ley competente, el punto de conexión, —su *movilidad fraudulenta* o en *abuso de derecho*—; y qué parte del ordenamiento jurídico declarado competente será aplicable —*reenvío*— y si realmente llegará a ser aplicado —*orden público*—.

I. EL NECESARIO CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES PARA LA APLICABILIDAD DE LA LEY COMPETENTE

1. Es habitual en muchas legislaciones nacionales de seguridad social que, como condición o requisito previo para la inclusión del individuo bajo la esfera protectora de su sistema de seguridad social, exista una relación contractual laboral previa. La determinación o no de la existencia de esa relación laboral actúa como cuestión previa, a la que habrá que establecer si se aplica la misma ley que a la cuestión principal u otra distinta.

miembros de modo que no es un mínimo común denominador, sino que se trata de incorporar la reglamentación nacional que mejor conduzca a la obtención de los principios y fines comunitarios.

(21) Recordemos también aquí que la «extranjería» es un concepto relativo y como tal en las relaciones *ad extra* comunitarias, las legislaciones de los terceros Estados sí son extranjeras, mientras que en las relaciones *ad intra* la legislación de un Estado miembro para otro Estado miembro es relativamente extranjera, dependerá de si la materia es o no de competencia comunitaria o exclusivamente nacional.

La legislación belga relativa a los accidentes de trabajo sufridos por la «gente de mar» establece como condición para su aplicabilidad la existencia de un contrato de trabajo y que el sujeto sea considerado —precisamente— como «gente de mar». En cuanto a la primera condición y por lo que se refiere al Asunto *De Paep* no existe tal contrato de trabajo por la imposibilidad de prestar servicios en un buque que no está habilitado para hacerse a la mar; y no puede considerarse a Piet Ackx como «gente de mar» porque la propia legislación belga condiciona esta calificación a los que presten servicios en buques abanderados en Bélgica, y el Hosanna no lo estaba.

El problema queda planteado así: ¿qué sucede cuando la ley [de seguridad social] declarada aplicable establece como condición para su aplicabilidad la existencia del cumplimiento previo de unos requisitos [vínculo laboral]?, ¿éste requisito o condición [vínculo] se rige por la misma norma de conflicto que la reclamación [de la prestación]?, ¿es la propia ley laboral del ordenamiento jurídico declarado competente por la norma de conflicto de la cuestión principal —*lex materialis fori*— la que regirá la situación, o, por el contrario, debemos atenernos a sus propias normas de conflicto —*lex formalis fori*—? Y, ¿qué pasa cuando declarada competente una ley ella misma se considera inaplicable por un problema de calificación o de concepto prejudicial?

1. *La cuestión previa*

2. En primer lugar comprobamos que efectivamente nos encontramos ante una cuestión previa pues la cuestión principal es posterior a la cuestión previa, no cronológicamente, sino que la demanda inicialmente entablada es la de seguridad social y para poder solucionarla debemos conocer la existencia o no de una relación laboral. En segundo lugar vemos que la cuestión previa es jurídicamente independiente de la cuestión principal y viceversa, aunque el resultado material se vea alterado según la solución que tenga tal cuestión previa. Y, en tercer lugar, existe una norma de conflicto específica para resolver la cuestión previa aunque no se contenga en el mismo cuerpo legal (22), pues el foro

(22) El R. 1408/71 no regula las relaciones de trabajo ni la ley aplicable al contrato de trabajo y la propuesta de reglamento presentada por la Comisión al Consejo en marzo de

lo compone —en este caso— todo el ámbito comunitario en el que se encuadran tanto las normas comunitarias propiamente dichas como las normas de los Estados miembros afectados con independencia de su fuente. Respecto de esto último tanto Bélgica como el Reino Unido han firmado el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y aun cuando no forma parte del Derecho comunitario, tiene como únicos Estados firmantes a países de la Comunidad (23).

3. Si para resolver el caso aplicásemos la misma ley que rige la cuestión principal tendríamos un contrasentido. La aplicación de la ley belga a la relación laboral nos lleva a la inexistencia de relación laboral porque el buque no es apto para la navegación y además el sujeto no queda amparado por el ámbito personal de aplicación de la legislación de accidentes de trabajo belga. El problema quedaría sin resolver. Desde luego habría «coherencia en la regulación final» (24) consistente en la desprotección total de Piet Ackx y sus derechohabientes.

En cambio, si aplicamos la norma de conflicto del foro reguladora

1972 para regular los conflictos de leyes en las relaciones laborales quedó congelado en 1978 debido al estado en que se encontraba la negociación del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: vid. ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A., *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Univ. Complutense, Madrid, 1988, pág. 406.

(23) Para estos dos Estados el Convenio de Roma entró en vigor el 1 de abril de 1991, y aunque no estuviera en vigor en el momento de producirse los hechos, nos sirve para efectuar el análisis que pretendemos. Aunque en el Preámbulo del Convenio de Roma no se establezca expresamente que surge en virtud del art. 220 del Tratado CEE, si se puede interpretar que es un Tratado CEE amparado en dicha norma al decirse que se trata de proseguir «la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales», por lo que hace una referencia expresa al Convenio de Bruselas de 1968 que —expresamente— se ampara en el art. 220 citado. Sobre este Convenio pueden verse, entre otros, los recientes trabajos de LAGARDE, P., «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», en *Revue Critique de Droit International Privé* (1991), 287-340, y FOYER, M. J., «Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuales», en *Journal du Droit International*, (1991), 601-631. Para nuestro país el Convenio de Roma entró en vigor el 1 de septiembre de 1993, toda vez que se depositó el 2-6-93 y se publicó en el BOE el 19-7-93.

(24) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1991, pág. 502.

de los contratos de trabajo tenemos que el artículo 3 del Convenio de Roma, sobre obligaciones contractuales, dispone, como norma general, la autonomía de la voluntad de las partes; y en su defecto el artículo 4 señala que se regirá por la ley del país con el que posea vínculos más estrechos (25), aunque esto será una vez que no pudiera ser aplicada la norma del artículo 6.2 del propio Convenio, que aclara que el contrato de trabajo se regirá por la ley del país en el que el trabajador realice habitualmente su trabajo en ejecución de su contrato, o en su defecto, donde tenga su sede o domicilio el empleador (26).

En realidad la regulación global del contrato de trabajo con la asignación de la autonomía de la voluntad y subsidiariamente la *lex loci laboris* o la de sede del empleador, sin más distinciones, muestran una falta de sensibilidad sobre los problemas reales que plantean las relaciones derivadas de los contratos de trabajo cuando estos se desempeñan para empresas multinacionales, a bordo de buques o aeronaves con carácter permanente o temporal, o cuando el trabajador es desplazado

(25) Los vínculos más estrechos son con el país donde la parte que debe realizar la prestación característica tiene su residencia habitual o su administración central si es una sociedad o persona jurídica; con el país donde esté situado el inmueble en caso de un derecho real inmobiliario; el país del establecimiento principal del transportista en los contratos de transporte de mercancías; y cuando resulta del conjunto de las circunstancias que el contrato posee vínculos más estrechos con otro país.

(26) Como puede observarse nuestra opinión es contraria a la que se mantiene mayoritariamente por la doctrina ius-internacional-privatista en el sentido de que tras la regla general relativa a la *autonomía de la voluntad* a que se refiere el artículo 3 del Convenio de Roma por remisión del propio artículo específico de los contratos de trabajo (artículo 6.1), se aplica precisamente como norma especial y específica para estos contratos el apartado segundo de dicho artículo 6 del Convenio de Roma, es decir, la *lex loci laboris* o la *ley de sede del empleador*, mientras que el artículo 4 de dicho Convenio que se refiere a la ley del Estado con el que se tenga más relación (*the most significant relationship*) sólo es aplicable en último lugar pues del carácter tuitivo que se da al apartado primero del art. 6 no se desprende su preferencia y la remisión a dicha conexión se efectúa al final del apartado segundo del artículo 6, una vez establecidas las dos conexiones anteriores que, por otro lado, aportan una mayor seguridad jurídica, lo que refuerza el carácter protector. En sentido contrario a esta interpretación puede consultarse el trabajo de MORSE, C. G. J., «Consumer Contracts, Employment Contract and the Rome Convention», en *ICLQ*, vol. 41 (1992) part. 1, 1-21, págs. 11-20. Y, con carácter general, vid., entre otros muchos, JAYME, E., «The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980)», en P. SARCEVIC (Ed.), *International Contracts and Conflicts of Laws*, London, 1990, 36-50, *passim*; y ORTIZ ARCE, A., *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1988, 406-409.

por su empresa sin arraigarse en el lugar de destino, ya que no se considera en absoluto el centro de sus intereses (27).

4. Cuando el trabajo se realiza a bordo de un buque entendemos que una aplicación analógica del artículo 6.2 del Convenio de Roma nos conduce a la aplicación de la ley de abanderamiento del buque, en nuestro caso la legislación británica, aunque bien podría estimarse en atención a la coincidencia entre el lugar de residencia habitual del trabajador y el país en el que se sitúa la sociedad que lo contrató, que la ley belga guarda una relación más estrecha con el contrato de trabajo.

Pero si aplicamos la ley inglesa ¿están obligadas las instituciones de seguridad social belgas a aceptar la existencia de relación laboral dictada por una ley extranjera? Toda vez que se trata del resultado obtenido por la aplicación de una norma de conflicto vigente en su propio ordenamiento jurídico la existencia de relación laboral es vinculante para las instituciones belgas de seguridad social.

Además, el Convenio de Roma de 1980 posibilita la aplicación de disposiciones imperativas de otro ordenamiento diferente al competente, de modo que se limitan los efectos que pudiera tener la ley material del ordenamiento declarado aplicable. Pero este es otro problema ya que se trata de la aplicación de normas imperativas de otro país para regular un mismo y único contrato (28). Ahora bien, incluso en el asunto *De Paep* podemos encontrar esta situación ya que si tenemos en cuenta las normas belgas sobre navegabilidad del buque, el contrato no puede tener validez por la imposibilidad misma de su cumplimiento, no se puede trabajar como miembro de la tripulación en un buque al que no le está permitido navegar. Por esta razón, entre otras, se realizó la venta y abanderamiento del buque a una empresa del Reino Unido, con el objetivo de que se matriculara en este país y poder seguir explotándolo.

5. De este modo el TJCE se encontró con un concurso de normas, la ley británica como aplicable al contrato de trabajo y la ley belga como norma imperativa a la que puede dar efecto. La distinción entre «apli-

(27) Para el caso de aceptar una norma que prefiriera la conexión residencia habitual del trabajador creemos necesario incluir un correctivo que asegure una protección mínima y cuya referencia podría muy bien ser la *lex loci laboris*, la ley de sede de la empresa o, incluso, la elegida por las partes.

(28) *Vid.*, en concreto, JAYME, E., loc. cit., págs. 46-48 y, en general, la tesis de GUARDANS, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero. De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-80*, Pamplona, 1992, págs. 508-565.

car» y «dar efecto» a una norma es básica pues mientras para la primera debe darse el efecto previsto por el legislador, en el segundo el Tribunal puede tenerla en cuenta y darle los efectos que estime pertinentes en atención al contenido del asunto planteado. Y teniendo en cuenta —como veremos— que el objeto de la venta del buque Hosanna y su matriculación en el Reino Unido obedecen a la intención de evitar la norma belga que declara la no navegabilidad del mismo y en consecuencia la inexistencia de contrato de trabajo, podemos afirmar que estamos ante uno de los cauces técnicos en los que un Tribunal puede tomar en consideración las normas de un tercer Estado, incluso aunque no lo permitiera el propio Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (29). En concreto se trata de la excepción de orden público. Si bien la compraventa del buque Hosanna está —en cierto modo— legalmente realizada (30), la contratación de la tripulación para navegar en un buque que según la legislación belga no está en condiciones para ello sí queda afectada por la excepción de orden público. Esto es, no se admite la validez que la legislación británica otorga al contrato de trabajo, porque la ley belga considera que el buque no es apto para la navegación y ello aunque se rijan ambas condiciones por la legislación del Reino Unido.

6. De algún modo parece nos encontramos ante lo que Rigaux denomina «cuestión previa de Derecho nacional» (31) pues el supuesto de hecho de la cuestión previa se encuentra relacionado con el Estado del foro (el Estado cuyas instituciones de seguridad social son competentes) y se aplica el sistema de Derecho internacional privado de la ley aplicable a la cuestión principal, que por tratarse de una norma convencional vigente en ambos Estados miembros coincide con la norma de Derecho internacional privado del otro Estado en presencia.

(29) Vid. VIRGOS SORIANO, en GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *op. cit.*, pág. 273, donde sostiene que «desde antaño los tribunales han estimado contrarios a su orden público todos aquellos contratos cuyo objeto sea la violación de un Derecho extranjero. Es decir, aquellos contratos que requieran ejecutar un acto que está prohibido, es ilegal, en el país extranjero donde deba llevarse a cabo». Este problema puede verse también en la tesis doctoral de GUARDANS CAMBÓ, *op. cit.*, págs. 51-52, entre otras.

(30) Decimos que «en cierto modo» porque el objeto de esa compraventa es poner a flote el buque sin realizar las reparaciones necesarias, lo que es contrario a las normas materiales imperativas belgas que decretaron su no navegabilidad.

(31) Vid. RIGAUX, F., *Derecho internacional privado. Parte General.*, Madrid, 1985, pág. 319.

La solución de la cuestión previa y su consideración real en muchos asuntos nos conducirían más rápidamente a la resolución del caso planteado y aunque esa no sería probablemente la respuesta obtenida de ser la cuestión previa una cuestión principal planteada en otro foro, sí es técnica y jurídicamente correcta al aplicarse las normas de Derecho internacional privado del foro y para éste su resultado es vinculante pues resolvería la cuestión previa como si de una cuestión principal se tratara.

Ahora bien, ¿pueden las instituciones belgas alegar la excepción de orden público y declarar la inaplicabilidad de la ley británica a la relación laboral alegando que el buque no es considerado apto para la navegación y que esta norma es de obligado cumplimiento? ¿Es más importante el orden público comunitario que establece la absoluta necesidad de protección social frente al orden público belga que impide la existencia de una relación laboral cuando el buque no es navegable?, ¿es posible formular la excepción de orden público al aplicar la legislación británica al contrato de trabajo y declarar la inexistencia del mismo al tener en cuenta las normas imperativas belgas? Estamos, por un lado, ante la necesidad de una solución armoniosa de las soluciones y, por otro, de la defensa de los principios de libertad de circulación de personas (Derecho comunitario), consideración conjunta de los ordenamientos (Derecho internacional privado) y defensa de la seguridad en la navegación marítima (Derecho autónomo belga).

2. *El concepto prejudicial*

7. Junto a las preguntas formuladas nos planteamos si en realidad en vez de ante un problema de cuestión previa no estaremos ante la «determinación de un *concepto prejudicial*» (32), o si nos encontramos tanto ante una cuestión previa como un concepto prejudicial. Este último problema aparece como dice Rigaux cuando

«el efecto jurídico reclamado a título de cuestión principal y sometido al derecho material interno de un Estado, queda *subordinado a la realización de una condición* de aplicación configurada por el derecho de otro Estado (33).

(32) Vid. RIGAUX, *op. cit.*, pág. 365. El subrayado es nuestro.

(33) *Ibíd.*

Se trata por tanto de que la condición exigida por la ley aplicable se cumple bajo la aplicación de la ley de otro Estado distinto. Este problema conduce a la armonización de normas de Derecho material pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, de manera que una es condición de aplicación de la otra por lo que al titular este apartado hablamos de «condición de aplicabilidad de la ley competente» (34).

En el asunto *De Paep* este *concepto prejudicial* juega del siguiente modo. La legislación belga establece el cumplimiento de una serie de condiciones para ser aplicada y que la Sra. de Paep se beneficie de ella. Los requisitos de la ley belga no se cumplen con la aplicación de este ordenamiento jurídico sino con las normas materiales de otro ordenamiento distinto. En realidad lo que se pretende es dar contenido al concepto «relación laboral» o «contrato de trabajo», determinar su existencia. Este problema surge porque la aplicación de la ley belga de accidentes de trabajo se ve perturbada por la necesidad de concretar el carácter de «gente de mar» del siniestrado, la existencia o no de un vínculo laboral, que a su vez queda condicionado por la navegabilidad del buque. Por tanto hay una *cuestión previa*, el contrato de trabajo y dos *conceptos prejudiciales*, el carácter de «gente de mar» del sujeto activo y el de «navegabilidad» del buque.

8. La diferencia entre *cuestión previa* y *concepto prejudicial* es que en el primer caso se trata de establecer la ley aplicable para resolver el contenido de una situación necesaria para solucionar la cuestión principal, mientras que el *concepto prejudicial* busca la «equivalencia» de los conceptos materiales utilizados tanto en la resolución de la cuestión principal como de la cuestión previa. Las competencias respectivas de las dos leyes en presencia (la de la cuestión previa y la del concepto prejudicial) no se solapan o superponen pues mientras la primera se refiere al efecto jurídico de la cuestión previa en la principal; a la otra (al concepto prejudicial) corresponde verificar si cumple las condiciones ya de

(34) Estos términos son los empleados con carácter general: *cf.*, entre otros, WENGLER, W., «Nouvelles réflexions sur les questions préalables», en *Revue Critique de Droit International Privé* (1966), págs. 165-215; LAGARDE, P., «La règle de conflit applicable aux questions préalables», en *Revue Critique de Droit International Privé* (1960), págs. 459-484 y CANSANCHI, G., «Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois», en *R. des C.* (1953-II), págs. 111 ss., entre otros.

la ley aplicable a la cuestión previa ya a la de la cuestión principal, según donde surja el concepto prejudicial (35).

En estos casos no puede establecerse *a priori* cual será la solución pues la diversidad de normas materiales de los Derechos autónomos no permiten obtener respuestas homogéneas. No se trata tampoco de *calificar* los términos «relación laboral», «gente de mar» y «navegabilidad», sino de determinar su existencia cuando ésta es condición de aplicación de la ley competente. Es decir, no elegimos en el ordenamiento jurídico aplicable la disposición de Derecho material que le va a dar contenido, sino que una vez determinado el Derecho material aplicable a la cuestión principal hay que verificar el cumplimiento de sus requisitos, que se obtienen en la aplicación de otra ley material nacional.

9. El *concepto prejudicial* tiene mucho juego tanto en la esfera del Derecho internacional privado como en el de la seguridad social internacional y comunitaria con el fin de armonizar las distintas legislaciones nacionales, pues lo habitual es que tanto para acceder a un sistema de seguridad social como para obtener prestaciones se establezcan una serie de requisitos en cierto modo independientes o diferenciados de la cuestión de seguridad social propiamente dicha y que no siempre se cumplen con la aplicación del ordenamiento competente, sino que se cubren aplicando la legislación de otros Estados o varias simultáneamente. Así, en el asunto *Kits van Heijningen*, el TJCE declaró que la condición de residencia impuesta por una legislación nacional de seguridad social, ya para establecer la afiliación ya para otorgar el derecho a prestación, no puede tener como efecto excluir la aplicación de la legislación competente, de modo que la residencia cubierta en otro Estado miembro se considera como realizada en el competente (36).

(35) *Vid.*, en sentido parecido, RIGAUX, *op. cit.*, pág. 367.

(36) En este asunto las instituciones holandesas denegaron la prestación familiar al Sr. Kits von Heijningen por no estar asegurado el primer día del trimestre civil de la solicitud. El interesado, residente en Bélgica, trabajó en Philips en Eindhoven hasta el 1-11-83 y al mismo tiempo ejercía de profesor en un Instituto holandés donde daba clases 2 horas los sábados y los lunes. Una vez jubilado de la empresa Philips continuó como profesor y la legislación holandesa alegó que el interesado sólo estuvo asegurado los días en que ejercía de profesor y que el primer día del primer trimestre del año no fue ni lunes ni sábado, por lo que no cumplía las condiciones de la legislación holandesa para tener derecho a la protección familiar, y además su hijo mayor de 15 años no residía en los Países Bajos. El TJCE dijo que el Título II del R. 1408/71 es un *sistema completo y uniforme de normas de conflicto* y que —en concreto— en el art. 13.2,a) no se distingue entre trabajador a tiempo

En nuestro caso nos encontramos, por un lado, ante lo que Mayer denomina «cuestiones encadenadas en serie» (37) ya que la solución de una depende de como sea resuelta la otra. Nos explicaremos. La concesión de la *prestación* de seguridad social según la legislación aplicable depende de la consideración como «gente de mar» del sujeto y de la existencia o no de «relación laboral»; la *relación laboral* depende de la condición de «navegabilidad» o no del buque. *A la prestación* de seguridad social *le es aplicable la legislación belga* según la norma de conflicto del reglamento comunitario y a la relación laboral *le es aplicable la legislación del Reino Unido* por ser donde está abanderado el buque, mientras que *la navegabilidad* o no del buque se establece también por la ley de su pabellón, *la ley inglesa* (38). Y, por otro lado, la propia ley belga no se aplicará

completo y a tiempo parcial, por lo que se estimará incluido en un sistema de seguridad social tanto durante los días que ejerza el empleo como durante los días intermedios. Y añadió que *el Reglamento no tiene por objeto establecer las condiciones de la existencia del derecho o de la obligación de afiliarse ya que las legislaciones nacionales son libres de establecer sus propias condiciones*. No obstante, *los Estados miembros deben respetar las disposiciones del Derecho comunitario en vigor y no se puede privar de «efecto útil» al Derecho comunitario si la condición impuesta por el Estado miembro competente se cumple en otro Estado miembro distinto*: Asunto 2/89, de 3 de mayo de 1990.

En el mismo sentido puede verse la sentencia del asunto *Koks*, 275/81, de 23 de septiembre de 1982; el asunto *Kuijpers*, 276/81, de 23 de septiembre de 1982 y el asunto *Luijten*, 60/85, de 10 de julio de 1986. Todas las normativas nacionales objeto de las sentencias mencionadas presentan unas características comunes que conviene destacar. Por un lado establecen condiciones de acceso a su sistema o régimen de seguridad social así como para la obtención de las prestaciones, para los nacionales y para los extranjeros, de modo que no se produce un efecto discriminatorio o protector del nacional frente al extranjero, pero sí condiciones de más difícil cumplimiento para los no nacionales y/o los no residentes. Por otro lado, que tales normas se justifican sobre todo por razones de tipo económico con el fin de soportar la carga social sólo de sus ciudadanos y/o los residentes en su territorio nacional. Y todas las sentencias citadas establecen de uno u otro modo lo mismo: que deben considerarse cumplidas las condiciones exigidas cuando lo sean por la aplicación de la legislación de otro Estado miembro: cf. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la seguridad social*, Madrid, 1991, págs. 55-69 y 181-208; y en particular sobre el asunto *Luijten* vid. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «Los conflictos de leyes en materia de seguridad social: a propósito del asunto *Luijten*», en *La Ley. Comunidades Europeas*, (1987), suplemento, n.º 21, 1-3, *passim*.

(37) Vid. MAYER, P., *Droit international privé*, 3.ª ed., París, 1987, págs. 165-166.

(38) El problema aparece porque las instituciones belgas alegan el orden público para establecer la inexistencia de contrato de trabajo toda vez que el buque no puede navegar según sus normas materiales imperativas, que debían haberse tenido en cuenta al aplicarse

porque Piet Ackx no se considera «gente de mar». Es decir, aunque se acepte la existencia de contrato de trabajo y la navegabilidad del buque por la legislación belga, esta persiste en su no aplicación porque su ámbito se refiere a los «buques belgas» y a la «gente de mar». Este nuevo concepto prejudicial deberá resolverse por la aplicación bien de la legislación británica, bien por la aplicación de algún Convenio internacional de la O.I.T. suscrito por Bélgica y/o el Reino Unido (39). Es cierto que podría pensarse que en un caso estamos ante una *calificación ex post* y en la otra en una *calificación ex ante*. La diferencia más significativa entre *calificación* y *concepto prejudicial* es que el segundo es una condición necesaria para la aplicación de la ley competente, ya sea esta la de una cuestión previa o la de una cuestión principal.

10. En definitiva pensamos que no puede hablarse de *cuestión previa* y *concepto prejudicial* como sinónimos o equivalentes. Así, mientras que la *cuestión previa* puede llegar a existir independientemente de la *cuestión principal* constituyéndose a sí misma como tal, el *concepto prejudicial* se encuentra total y absolutamente vinculado a la *cuestión principal* o a la *cuestión previa* sin las cuales no tendría razón de ser. Por consiguiente, la *cuestión previa* es independiente de la *cuestión principal* y el resultado de esta dependerá del contenido material dado a la primera; mientras que el *concepto prejudicial* depende de la *cuestión previa* o *principal* pues surge de ellas.

Así las cosas concluimos, que mientras la determinación de la existencia o no de relación laboral es una *cuestión previa* que actúa como condición de aplicabilidad de la ley competente; la consideración del individuo como «gente de mar» o la «navegabilidad» de un buque son *conceptos prejudiciales* necesarios para la aplicación de la ley competente, pues según se determine o no el carácter de «gente de mar» le será aplicable o no esa legislación, y disfrutará o no de los derechos reconocidos en la misma (40).

la legislación británica y además porque el buque está abanderado en el Reino Unido y la ley belga de accidentes de trabajo exige que sea un tripulante de un buque belga.

(39) Sobre este problema *vid.*, GARCÍA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 267-268, con especial interés en la nota (96), aunque en este caso estábamos ante un problema de *calificación* pues había que estimar quienes se consideraban «gente de mar» con el fin de establecer si les era de aplicación la norma de conflicto y no como en el *concepto prejudicial* en el que ya se aplica la ley competente según la norma de conflicto.

(40) Recordemos que la ley aplicable es la relativa a los accidentes de trabajo sufridos por la gente del mar y no una ley general sobre accidentes de trabajo.

III. EL ABUSO DE DERECHO Y LA DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS

1. Si retomamos lo ya dicho en la introducción respecto de la norma de conflicto y añadimos que toda regla jurídica tiene como objeto la reglamentación de un sector social, la solución de un problema, vemos que toda norma o regla jurídica comprende dos partes básicamente, el conjunto de hechos sociales que constituyen el problema (supuesto de hecho) y la reglamentación aplicable, donde encontramos la consecuencia jurídica, designada por el punto de conexión.

Pues bien, cada una de estas partes tiene una «característica negativa» (41) que son el *fraude* que lo situamos en el punto de conexión y unimos al supuesto de hecho —en el «ser»— toda vez que actúa antes que la propia norma pues el sujeto cambia el supuesto de hecho; y el *orden público* que se encuentra en la consecuencia jurídica —en el «deber ser», que defiende los valores y principios generales— y que actúa una vez que la norma se pone en marcha.

1. *Fraude a la ley y Derecho comunitario*

2. En general, el fraude a la ley es la utilización de medios lícitos con el objetivo de alcanzar un resultado ilícito de manera que se requiere una actuación voluntaria con el fin de conseguir un resultado no querido por el ordenamiento defraudado, en cierto modo se atenta contra el orden público interno.

En el Derecho internacional privado se considera fraude a la ley la alteración de las conexiones con el fin de conseguir una correlativa modificación del Derecho aplicable que favorezca los intereses del de-

(41) GOLDSCHMIDT, W., habla del fraude a la ley como la característica negativa del tipo legal, del supuesto de hecho: *Sistema y filosofía del derecho internacional privado. Con especial consideración del Derecho internacional privado español*, t. I, Barcelona, 1948, págs. 165-178, en concreto en la pág. 173 dice «la prohibición del fraude a la ley constituye la característica negativa general del tipo legal de cualquier norma jurídica; el orden público, en cambio, constituye la característica negativa general de la consecuencia jurídica de la norma indirecta». Ahora bien, GOLDSCHMIDT las sitúa en el supuesto de hecho y en la consecuencia jurídica, mientras que nosotros pensamos que el *fraude* surge respecto del punto de conexión tras modificarse lógicamente el supuesto de hecho.

fraudador (42). Tanto en general como en particular es requisito *sine qua non* el *animus*, la intención de defraudar que —por otro lado— es lo más difícil de probar, por lo que el operador del Derecho parece preferir la excepción de *orden público* a la teoría del *fraude* o del *abuso del derecho* cuando los tres mecanismos pueden aplicarse indistintamente (43).

3. Junto a estos dos tipos de fraude a la ley podríamos incluir aquel que se produce en el asunto *De Paep* y que estimamos es habitual entre los Estados miembros mientras subsistan diferencias de cierta magnitud en las legislaciones autónomas. Se trata de trasladar la empresa o incluso los trabajadores a aquellos países en los que las cargas sociales y fiscales sean más favorables y, como en nuestro caso, de matricular un buque en un Estado miembro que permita su navegación por mar cuando la legislación del otro Estado miembro lo prohíbe expresamente (44).

En el asunto *De Paep* no sólo se elude la norma belga sobre contratos de embarque marítimos, de 5 de junio de 1928, sino que se modifica la ley aplicable al cambiar de bandera el *Hosanna*. No obstante, gracias a las múltiples excepciones que se establecen en las normas de conflicto de seguridad social comunitarias, se aplica no la ley de abanderamiento del buque, sino la ley de sede de la empresa que abona los servicios si coincide con la residencia del trabajador (45).

Este tipo de fraude a la ley podríamos definirlo como la modificación voluntaria de ciertas circunstancias con el fin de evitar que le aplique la legislación de un Estado que se considera restrictiva y poder conseguir o mantener unos objetivos que según otra ley nacional, están legalmente permitidos. Como ejemplo enmarcable dentro de la definición que hemos dado tomamos el caso citado por Rigaux de un matrimonio celebrado en Israel por dos franceses domiciliados en Francia ya que los

(42) *Vid.*, ABARCA JUNCO, P., «Tema V: Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (I)», en PÉREZ VERA, E., (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. 1, 4.ª ed., junio 1992, UNED, Madrid, 1992, 113-132, pág. 126; y, en el mismo sentido, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 458.

(43) FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO refieren la nulidad del contrato tanto cuando es contrario al orden público como cuando se actuó en fraude a la ley: *op. cit.*, págs. 395-401.

(44) *Vid.*, sobre este tema el interesante comentario de MARTÍNEZ MURILLO, J. J., «Cesión de trabajadores, subcontratación y dumping social», en *Gaceta Jurídica de la C.E.E.*, octubre 1991, n.º 89, Boletín 67, págs. 15-22.

(45) Arts. 13.2,c) y 14 *ter* del R. 1408/71.

dos pretendidos esposos sabían que no habrían podido casarse en este último país (46).

Por tanto, no creemos que la teoría de búsqueda del pabellón de complacencia sea aceptable aquí, sino más bien una especie de fraude administrativo (47) o búsqueda de la legislación más permisiva, esto es un *legis shopping* si se nos permite la expresión en contraposición a la de *forum shopping*.

4. En realidad estamos ante supuestos híbridos ya que si bien se busca la no aplicación de una ley determinada que normalmente sería aplicable, también existe la libertad de modificar voluntariamente ciertas situaciones con el fin de obtener un beneficio. Y los Estados —incluso los miembros de las Comunidades Europeas— gozan de potestad legislativa autónoma dentro de los límites —por ellos mismos aceptados— del Derecho comunitario y del internacional (48).

(46) *Vid.* RIGAUX, *op. cit.* pág. 401. En esta misma página BORRAS RODRÍGUEZ, A., que se encargó de la traducción y adaptación de la obra de RIGAUX, cita en el mismo sentido las sentencias españolas de la Audiencia Territorial de Granada de 1963 y del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1965, sobre matrimonio de española en Gibraltar.

(47) Dentro de los fraudes marítimos se habla del fraude «documental» dentro del cual podría incluirse este tipo de fraude: *vid.* ELLEN, E. and CAMPBELL, D., *International Maritime Fraud*, Londres, 1981, sobre todo el Cap. 6 sobre «Flags of Convenience» (págs. 61-68) y el Cap. 10 sobre «Prevention of Maritime Fraud», en particular págs. 109-112.

(48) En este sentido se manifestó ya el Tribunal en los asuntos *Coonan* (110/79, de 24 de abril de 1980, *Rec.* 1980, pág. 1445) y *Brunori* (266/78, de 12 de julio de 1979, *Rec.* 1979, pág. 2705), diciendo que la afiliación debe interpretarse según lo dispuesto en las distintas normas nacionales que son las legitimadas para establecer los derechos y las obligaciones respecto de cada riesgo, pero siempre y cuando no se haga de forma discriminatoria entre los nacionales y los súbditos de otros Estados miembros. Y esta discriminación no tiene por qué referirse sólo a la nacionalidad, sino que incluye la que se ejerce al disponerse como requisito previo de afiliación la residencia, el abanderamiento o prestación de servicios en el territorio nacional.

Junto a lo anterior hay que tener presente que las legislaciones nacionales cuando establecen las condiciones para quedar afiliado a un régimen obligatorio o voluntario de seguridad social imponen —por lo general— la condición de que se resida en ese país (*vid.* GARCÍA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 160-181); o que, para tener derecho a los beneficios sociales, se debe haber cumplido un mínimo de afiliación/cotización y/o residencia. El Derecho comunitario lo que hace en estos casos de residencia o afiliación en otro Estado miembro distinto del competente es asimilarlo a la residencia y/o afiliación en este último Estado (*ibid.*, pp. 196-208). Sobre este extremo el TJCE en el asunto *Vigier* (70/80, de 27 de enero de 1980, en *Rec.* 1981, págs. 229 y ss.) consideró que es cierto que los Estados miembros tienen libertad para determinar las condiciones de admisión a sus sistemas

La libertad de cambiar de nacionalidad, residencia, sede de la empresa o el abanderamiento de un buque, pone en estrecha relación el *fraude a la ley* y el *abuso de derecho*, pues en realidad se abusa de esa libertad de cambiar, para evitar la aplicación de esa ley nacional, del lugar de residencia, o de abanderamiento del buque, entre otras. Por tanto la norma de conflicto tiene un carácter imperativo relativo, en el sentido de que la ley que el punto de conexión señala como aplicable puede verse alterada legalmente por la voluntad de las partes, pero no se modifica el punto de conexión en sí; es decir, la conexión no es una conexión fraudulenta sino legal aunque el resultado si lo sea, por lo que el *fraude a la ley* es una aplicación particular de la teoría general del *abuso del derecho* (49).

5. Quizá el tema debiera enfocarse desde la responsabilidad o no de la naviera. Desde este punto de vista consideramos que la Sra. De Paep debe asumir su propia culpa al vender el buque a una sociedad inglesa y matricularlo en ese país con el fin de poder seguir explotándolo, a sabiendas de que el Hosanna necesitaba reparaciones que la ley belga estimaba fundamentales para su seguridad. No sólo se trataba de la seguridad en la navegación sino también la seguridad laboral de los cinco miembros de la tripulación también desaparecidos, entre los que se encontrarían el marido e hijo de la Sra. De Paep. Es más, con el reconocimiento de la pretensión de la Sra. De Paep se está anteponiendo un interés particular o individual a otro general y colectivo.

nacionales de seguridad social y que no están obligados a tener en cuenta la afiliación cumplida en otro Estado miembro si el sujeto no había abonado las cotizaciones en ese Estado miembro de modo que se confirme su *status* de asegurado. Es decir, si no cumple los requisitos del otro Estado miembro la afiliación en ese país no puede tenerse en cuenta por el primer Estado miembro, pero en el caso de que las cumpliera si debe aceptarlas.

Puede deducirse que la condición impuesta por un Estado miembro ya sea la residencia, abanderamiento o contrato de trabajo, para admitir en su régimen de seguridad social a un trabajador comunitario amparado por el R. 1408/71, no puede oponerse a la aplicación de esa ley declarada competente por el propio Reglamento si esa condición se cumple con la aplicación de la legislación de otro Estado miembro, ya que prima el principio de mantenimiento de los derechos adquiridos y en vías de adquisición y no desprotección del sujeto amparado por el Derecho comunitario: *vid.*, asuntos *Kuijpers* (276/81, de 23 de septiembre de 1981, *Rec.* 1982, pág. 3027); *Koks* (275/81, de 23 de septiembre de 1981, *Rec.* 1982, pág. 3013); *Kits van Heijningen* (2/89, de 3 de mayo de 1990) y los ya citados anteriormente.

(49) *Vid.* en este sentido MAURY, J., *L'eviction de la loi normalement competente: l'ordre public international et la fraude a la loi*, Cuadernos de la Cátedra del Dr. James Brown Scott, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, págs. 163-166.

En el sentido recién indicado, la Sra. De Paep ha consentido en las circunstancias objetivas conducentes a peligros y daños previsibles y que se hubieran podido evitar si la conducta de la Sra. De Paep hubiera sido otra: efectuar las reparaciones necesarias en el buque, antes de su venta y matriculación en el Reino Unido (50), pero siempre antes de que se hiciera a la mar. Por estas circunstancias es por lo que se puede afirmar que la responsabilidad debe soportarla sólo la Sra. De Paep a causa de haber asumido el riesgo por su propia voluntad y en su propio provecho al mantener el buque en activo (51).

Además, si el efecto del *fraude a la ley* es la evicción de la ley normalmente competente, su sanción debe ser —precisamente— la aplicación de esa ley y ello aunque el elemento o hecho que constituye la conexión sea legal, por lo que habría que distinguir el fraude de la simulación. Si siguiéramos, en cambio, la teoría del *abuso del derecho*, declararíamos la nulidad de la venta del buque. Comó podemos observar, en uno y otro caso el resultado material es el mismo, la no navegabilidad del buque por serle de aplicación la ley belga y —en consecuencia— la responsabilidad absoluta de la naviera De Pax.

En el asunto *De Paep*, el TJCE al limitarse a responder las dos cuestiones prejudiciales que se le planteó, no entra a analizar ni siquiera la existencia de un posible fraude a la ley belga, aunque reconoce que tras la venta el buque es asegurado por una cantidad importante y que el siniestro se produjo en circunstancias bastante sospechosas. Quizá esta consideración debiera haberse realizado por los tribunales nacionales y planteado al TJCE si una actuación fraudulenta o en abuso del derecho puede obviarse con el único fin de cumplir los principios del Derecho comunitario.

(50) Recordemos aquí que en la propia demanda a título prejudicial presentada por la Cour de Cassation a Bruxelles el 28 de junio de 1990 (C-190/90-1, pág. 3) se rechaza la incidencia que pudiera tener en este asunto la posible validez o no del contrato de venta del Hosanna.

(51) Cf. BROWNLIE, I., «Treatment of Aliens: Assumption of Risk and the International Standard», en *Festschrift für F. A. Mann*, München, 1977, 309-319, págs. 310-312. Este autor, desde la perspectiva del Derecho anglosajón, califica la responsabilidad derivada de la actividad o conducta arriesgada asumida libremente por los particulares como «un principio general del derecho *in foro doméstico*». Para una noción y comprensión más amplia de este problema desde una perspectiva iuspublicista *vid.* JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Servicio de Publicaciones de la Univ. de Alicante, 1988, págs. 286-301.

6. Ahora bien, que se produzcan estas situaciones de búsqueda de la legislación más cómoda, más permisiva o más beneficiosa en la esfera de las Comunidades Europeas creemos que constituye una especie de atentado contra los principios que el propio Derecho comunitario defiende de aproximación, armonización y unificación de legislaciones (52), sobre todo en temas en los que la seguridad de la navegación marítima cobra cierta importancia (53) y en el que la protección social de los trabajadores es fundamental para conseguir realmente el objetivo de la libre circulación de personas y elevación del nivel de vida. Pero no podemos olvidar que impedir esos cambios podría implicar atentar contra los cuatro principios considerados fundamentales en las Comunidades Europeas, la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, aunque la desprotección social no favorezca el desarrollo de los mismos. Por ello, podemos afirmar, que desde la óptica del Derecho comunitario se desactiva el fraude en las relaciones *ad intra* por la defensa de los principios y valores derivados de los Tratados constitutivos.

(52) En el art. 3 h) del Tratado de Roma la aproximación de legislaciones constituye una acción derivada de la consecución de las misiones de la Comunidad y vinculada a las cuatro libertades fundamentales que se señalan en el mismo. En el asunto *Costa c. E.N.E.L.* (6/64, de 15 de julio de 1964, en *Rec.* 1964, págs. 1147 ss.) el Tribunal consideró que la «aproximación de legislaciones» tiende a evitar que se agraven las divergencias de las legislaciones nacionales entre sí con respecto a los objetivos del Tratado.

(53) Para salir al paso de algunos de los problemas que se venían planteando con los cambios de registros de buques dentro de la Comunidad, el Consejo ha dictado recientemente un reglamento al respecto. Este reglamento n.º 613/91, de 4 de marzo de 1991, está pensado para evitar los costes y trámites administrativos que supone el cambio de registro de los buques, garantizar un alto nivel de seguridad de los buques y de protección del medio ambiente. No sabemos si el buque *Hosanna* entraría dentro de las características a que se refiere este reglamento (fecha de construcción, registro bruto...), pero si así fuera no podría haberse hecho a la mar después de su abanderamiento y registro en el Reino Unido ya que el art. 2.2 del mismo establece que el «Estado miembro del pabellón de acogida expedirá los certificados en las mismas condiciones que bajo el anterior pabellón», lo que significa que seguía faltándole aptitud para navegar por mar. Asimismo, en caso de duda sobre el estado en que se encuentra el buque, el Estado miembro del pabellón de acogida puede someter a inspección el buque (art. 2.4 del reglamento citado).

2. Orden público y Derecho comunitario

7. Junto a los principios del Derecho comunitario que devienen de las normas del Tratado de Roma (54) y que son fundamentales para poder

(54) El holandés KOOPMANS, Juez del Tribunal de Luxemburgo de 1979 a 1990, estima que este órgano comunitario distingue varias clases de principios (*vid.*, KOOPMANS, «The Birth of European Law at the Cross Roads of Legal Traditions», en *AJCL*, vol. 39 (1991), 493-507, págs. 495-498):

Por un lado están los principios sobre libertades básicas o fundamentales y que se constituyen por las consabidas libertades de circulación de bienes, servicios, trabajadores y capitales. Sobre ellas nos dice que no sólo se tienen en cuenta como guías de interpretación del Tratado, sino también como principios legales por sí mismos y que deben respetar tanto el Derecho comunitario como los Derechos autónomos.

Y por otro lado, las tradiciones legales de los Estados miembros, esto es los principios generales comunes a los Estados miembros (en una primera época parecía necesario que para aplicar determinado principio existiera en todos los ordenamientos de los Estados miembros, lo que se superó posteriormente desplazándose el grado de «comunidad» de los principios en los Estados miembros por la adaptación de cada uno de ellos al ordenamiento comunitario: *vid.*, CHUECA SANCHO, A. G., «Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario», en *RJE*, vol. 10 (1983), n.º 3, 836-896, págs. 875-876). Existe en este caso una referencia legal en el Tratado de Roma, el art. 215. 2, que para la materia específica de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad se remite al respeto de los mismos. Para la construcción de esta segunda clase de principios el método seguido, lógicamente, es el de Derecho comparado y su fuente no es otra que las legislaciones y la jurisprudencia de los Estados miembros. Se pueden citar como tales principios el de la seguridad jurídica, la retroactividad de las normas que son favorables a los intereses de los ciudadanos y empresarios, el principio de la proporcionalidad, el derecho a la defensa y a ser oído en juicio, la prohibición de actos arbitrarios, la confidencialidad de los derechos y el mantenimiento de los derechos adquiridos o en vías de adquisición. Todos ellos se encuentran en los ordenamientos de los Estados miembros aunque su forma e importancia puede variar de unos a otros.

Vid., también sobre este tema, PESCATORE, P. «Le recours dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes a des normes déduits de la comparaison des droits des Etats membres», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* (1980), págs. 337 y ss. Sobre el desarrollo de los principios generales y su aplicación por el Tribunal CEE se puede consultar la obra de ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, 2ª ed. aumentada y puesta al día, Barcelona, 1991, págs. 150-156 y la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

No obstante, en el segundo grupo de principios generales del Derecho comunitario citados es donde realmente comienza a producirse la armonización de los Derechos nacionales ya que con ellos se produce, asimismo, el trasvase del sistema sajón a los continentales (germánico y latino sobre todo) y viceversa. Esta es una de las consecuencias del método comparado utilizado por el Tribunal de Luxemburgo según el juez KOOPMANS, *loc. cit.*, pág. 506.

cumplir los objetivos que se establecen en el mismo, coexisten los principios generales del Derecho internacional y los principios de cada Estado miembro. Y es posible que la conjunción de todos ellos puedan entrar en colisión (55).

En su jurisprudencia el Tribunal ha establecido que los poderes de la Comunidad quedan limitados por los citados principios, así como por los Derechos humanos y libertades fundamentales, con independencia de que el Tratado no los recoja expresamente, de manera que en lugar de dejarse aprisionar por la norma escrita, recurre en sus decisiones a los principios generales del Derecho (56). Con ello se aprecia que se ha desarrollado cada vez más el estándar mínimo que se había acordado por el Derecho comunitario originario. Se trata de principios estructurales o sistémicos que se desprenden del contenido de algunas normas del Tratado y que se denominan fundamentales.

Todos estos principios —internacional, comunitario y autónomo— gozan formalmente de un carácter imperativo, de aquí la necesidad de su defensa pues tienen formalmente un carácter tuitivo, protector de la persona, de la comunidad y del propio orden jurídico, económico y social al que se refieren (57). La defensa de dichos principios se lleva a cabo

(55) Puede parecer que confundimos principios y normas, por ello conviene aclarar que cuando hablamos de principios nos referimos a una regla que ordena que se realice algo en la mayor o menor medida posible, lo que supone que su cumplimiento tiene un amplio abanico de posibilidades y depende del conjunto normativo que lo desarrolle; mientras que las normas exigen su cumplimiento y si esa norma es válida y está vigente es obligatorio cumplir su mandato tal y como lo expresa, sin gradación alguna. Cf. esta idea en ALEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *DOXA*, 5 (1988), 139-151, págs. 143-144, trad. de M. Atienza.

(56) *Vid.*, PESCATORE, *cit.*, por CHUECA SANCHO, en loc. cit., pág. 865, nota 8.

(57) Cabe, pues, preguntarnos cual es la relación que tienen todos estos principios entre sí. En definitiva creemos que tienen la misma relación jerárquica que los valores que protegen y es imposible establecer un orden estricto sobre los miembros ya que varían en función del momento en el que se pretende su cumplimiento y en función del valor contra el que se manifiesta. Por ello consideramos que lo fundamental es la opinión que se forme el operador jurídico respecto de los intereses en presencia y que pondere los valores en tensión para optar por aquel cuyo grado de incumplimiento sea generalmente menor. Es decir, si un principio se defiende y cumple en mayor grado que otro es porque la sociedad considera que tiene más peso. Ahora bien, pensamos es imprescindible una argumentación y justificación suficiente por la preferencia establecida ya que —como hemos dicho— los principios responden a valores que son cambiantes de una a otra sociedad, de una época a otra. De aquí que el orden público defensor de los principios y valores tenga un carácter mutable en el espacio y tiempo y que no siempre dé una única y misma respuesta al problema.

con diversos métodos, a través de normas imperativas, derechos irrenunciables, alegación del orden público. Sobre este extremo se ha dicho que los principios inmanentes a los ordenamientos jurídicos (58) que están por encima de las propias leyes «son, en última instancia, el contenido del orden público» (59). Y precisamente por esa diversidad de principios existe una variedad de excepciones de orden público de modo que podría hablarse de orden público internacional, comunitario e interno, entre otras muchas clasificaciones posible (60).

8. Para BARTIN y NIBOYET (61) la expresión «orden público» tiene el inconveniente de evocar una cosa distinta a la que anuncia, y sostiene — el último de los autores citados— que existe un orden público interno de cada país que se opone al de otros países, de modo que ese orden público interno, igual que sucede con el Derecho de gentes, sería verdaderamente internacional. Coincidimos, pues, con PALAIA (62) cuando afirma que NIBOYET no acepta la distinción entre orden público interno e internacional, sino que sostiene que sólo existe un concepto único de orden público distinto al de las normas materiales imperativas. En este sentido NIBOYET aclara que cuando una disposición de Derecho interno es de orden público posee tanto un carácter interno como internacional (63). En el primer caso

(58) Para DÍEZ PICAZO, L., cuando nuestro C.c. habla de «ordenamiento jurídico» se refiere a un conjunto normativo, como bloque de un todo, cuyas partes deben o deberían encontrarse en armonía y coherencia: *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, pág. 47.

(59) DORAL, J. A., *La noción de orden público en el Derecho español*, Pamplona, 1967, pág. 42.

(60) Tanto del estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano, de 1966, en la que se planteó la contradicción entre el principio del orden público italiano y los valores o principios del Derecho comunitario reclamado, como de la sentencia de 1982 sobre contradicción con los principios del Derecho canónico, BARILE llega a la conclusión de que se admite la función de defensa por el juez ordinario contra todos los valores o principios extranjeros que sean contrarios a los parámetros derivados del orden público internacional italiano: *Constitutione e Rinvio Mobile. A diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova, 1988, págs. 39-40.

(61) BARTIN, E., *Principes de droit international privé*, I, Paris, 1930, págs. 269-271 y NIBOYET, J.-P., «Ordre public», en DE LAPRADELLE y NIBOYET, *Repertoire de droit international*, vol. X, Paris, 1931, págs. 94-97.

(62) PALAIA, N., *L'ordine pubblico «internazionale». Problemi interpretativi sull'art. 31 delle disposizioni preliminari al Codice Civile*, Padova, 1974, pág. 15 nota 15.

(63) NIBOYET, loc. cit., pág. 94, y *Principios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1930, trad. de A. Rodríguez Ramón, págs. 407-410.

se trata de una norma imperativa y en el segundo es el orden público sin más.

Por su parte Mayer sostiene que los ámbitos del orden público interno y el internacional no coinciden, pues mientras el orden público interno reagrupa a ciertas materias y no atiende al contenido exacto de las normas (éstas son de orden público porque afectan a una materia concreta considerada de orden público), el orden público internacional es un conjunto de principios o soluciones materiales. De aquí Mayer extrae dos consecuencias, una que el ámbito del orden público internacional es más restringido, pues en una materia concreta de orden público interno sólo algunas reglas que afectan a ciertos principios serán consideradas de orden público internacional; y otra, que el orden público interno se refiere sobre todo a normas materiales imperativas, mientras que en el orden público internacional puede referirse a cualquier otro tipo de norma designada aplicable por la norma de conflicto (64).

9. Por *orden público interno* entenderemos con Calvo Caravaca (65) el «conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico», de manera que se configura por la irrenunciabilidad de las partes en su aplicación. Siguiendo al mismo autor, el *orden público internacional* se concibe como el «Derecho imperativo del foro absolutamente irrenunciable» (66) por lo que tiene un concepto más amplio al no quedar referido sólo a normas imperativas, sino al «Derecho» que no es disponible por las partes ya se encuentre incluido en una norma o no (costumbre, principios éticos, sociales, económicos, culturales). Falta, pues, que comprendamos el *orden público comunitario*, si es que estimamos que existe y si su alegación puede hacerse por el juez nacional o debe quedar reservada al Tribunal de Luxemburgo.

El orden público se ha empleado generalmente para la defensa de los principios fundamentales o generales dimanantes de un ordenamiento jurídico concreto ya sean estos de carácter ético o moral como de carácter jurídico (67). El orden público defiende, en definitiva, un inte-

(64) Cf. MAYER, *op. cit.*, pág. 130.

(65) *Vid.*, Cap. VI, «Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (II)» redactado por A. CALVO CARAVACA, en la obra colectiva publicada por la UNED, PÉREZ VERA (Dir.), *op. cit.*, 133-154, págs. 149-150.

(66) *Ibid.*, pág. 148.

(67) Ejemplo del primero sería la no aceptación del *exequatur* de una sentencia de divorcio porque contradice el principio de indisolubilidad del matrimonio; y ejemplo del

rés. Interés que puede ser tanto particular como público o general, y que puede responder al orden interno, internacional o comunitario, de manera que —en cierto modo— coincide con la teoría de Niboyet.

10. Lo habitual en el Derecho internacional privado es comprender al *orden público* en un sentido *negativo*, es decir negar o impedir la normal aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero para la defensa de los principios del foro (68), y es en este efecto negativo del orden público donde se incardina el fraude a la ley, ya que la actuación fraudulenta se sanciona con la inaplicación de la norma querida y con la aplicación de la norma defraudada. Pero existe también un *orden público positivo* defendido también por Savigny (69) que supone no ya la excepción de aplicación de una ley extranjera, sino la obligación de aplicación de la ley del foro con el fin de obtener una solución armónica del problema o del conflicto de intereses. Pero junto a este sentido positivo también podría considerarse una excepción de orden público que no obligase a la aplicación de la *lex fori*, sino a la aplicación —incluso— de otro ordenamiento jurídico con el que el litigio tenga un mayor grado de contacto que con el foro (70). Con esto creemos que no sólo se respeta lo específico de cada ordenamiento, sino que al mismo tiempo se tiende a la coordinación de los sistemas. Es decir, el orden público no supone la total sustitución del Derecho extranjero por el Derecho material del foro, sino que es posible aplicar otras normas extraídas del

segundo la no aceptación del *exequátur* de una sentencia porque existe otra decisión sobre el mismo asunto dictada por los tribunales del foro y contraria a la anterior.

(68) La consecuencia de la alegación del orden público es la evicción de cierta ley, que en nuestro trabajo se refiere a la ley extranjera normalmente competente según la norma de conflicto de Derecho internacional privado, y por ende, actúa *a posteriori*. Esta es la concepción savigniana del orden público: cf., BIREAUD, R., *Contribution a l'étude de l'ordre public en Droit International Privé*, Aix-en-Provence, 1932, págs. 98-99.

(69) *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, Berlín 1849, trad. española de S. Mesia y M. Poley, t. VII, 2.ª ed., pág. 138, cit. por DORAL, *op cit.*, pág. 120, nota 124.

(70) En resumen, el orden público además de concebirse como una enumeración de una serie de normas materiales imperativas, tal y como lo entendió PILLET (*Principes de droit international privé*, n.º 191 y ss.), puede tener: 1.º un sentido *negativo* y *positivo* al mismo tiempo, es decir rechazar la aplicación del Derecho extranjero y aplicar la *lex fori*; 2.º un sentido *negativo*, rechazar la ley extranjera y no aplicar la *lex fori* porque no exista norma material que regule esta institución jurídica en el ordenamiento del foro; 3.º un sentido *positivo*, aplicar la *lex fori* por no existir esa institución en el Derecho extranjero y ser de orden público que todo litigio debe ser resuelto; y 4.º un sentido *neutro*, aplicar la ley de un tercer Estado con el que guarda relación el asunto planteado.

ordenamiento extranjero declarado aplicable, e incluso, podrían declararse competentes normas de otro ordenamiento jurídico distinto, siempre que con ello se alcanzase una solución armónica y ese ordenamiento tenga o guarde relaciones estrechas con el supuesto de hecho.

Junto a la interpretación negativa y positiva, el orden público también se concibe como «un instrumento de defensa de la homogeneidad del ordenamiento jurídico del foro» (71), en el sentido de normas, costumbre y principios que coinciden en la regulación de unos mismos intereses, de manera que contribuye al «ajuste y adaptación entre la '*lex fori*' y el Derecho extranjero» (72), que podríamos transponer al Derecho comunitario y el de los Estados miembros.

En atención a esto, el juez, consultada la norma de conflicto y las normas aplicables según la anterior, si observa que el resultado contraría los principios del ordenamiento que tiene que defender, puede optar por aplicar otra disposición del ordenamiento competente que no afecte al orden público; por no aplicar la ley extranjera y aplicar la del foro (en caso de que la hubiera); por aplicar la ley de otro Estado con el que tenga relación el asunto; o bien por resolver el litigio teniendo en cuenta los principios generales a defender, esto es crear Derecho. Es el operador jurídico el que cristaliza el orden público y expresa habitualmente sus propias convicciones y no las convicciones generales del grupo respecto de los principios derivados del ordenamiento jurídico. Es por ello que creemos imprescindible que el Derecho extranjero sea «manifiestamente» incompatible con los principios del foro pues como dice Jayme esta condición incluida en el Convenio de Roma de 1980, sobre obligaciones contractuales, supone la obligación del Tribunal de «dar fundamentación especial para la puesta en funcionamiento de la excepción» (73).

(71) CARRILLO SALCEDO, J. A., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Madrid, 1983, págs. 282 y ss. Este es el sentido que le dió también RUIZ VADILLO, E., Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, al art. 12. 3 del C. c. y al art. 6.3 también del C.c., que defienden el mantenimiento de unas bases mínimas de convivencia así como impedir la ruptura del ordenamiento en lo que son realmente sus cimientos estructurales: «La excepción de orden público en el matrimonio y la situación político-social y jurídica actual a través de la Constitución», en *Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Madrid*, abril-junio, 1979, 23-33, pág. 26.

(72) Cf. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, pág. 291.

(73) Cf. JAYME, E., «Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, de la Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1991, n.º 82, 216-270, pág. 227, trad. por H. Hernández Bretón.

11. La solución tradicional es la sustitución de la ley extranjera por la *lex fori*, pero puede suceder —como en el asunto *De Paep*— que no exista una reglamentación material concreta en la *lex fori*, entendiendo aquí por *lex fori* el ordenamiento comunitario, en cuyo caso sólo cabe aplicar otra disposición del ordenamiento competente o —incluso— remitirse a la legislación de un Estado con el que tenga relación el litigio o bien que el propio Tribunal resuelva en consideración a esos principios generales defendidos, les de efecto aunque no los aplique directamente. En tal caso puede decirse que no existe *lex fori* cuando en ese ordenamiento jurídico no hay normas materiales que den una solución o respuesta al supuesto de hecho. Esto es lo que sucede en el Derecho comunitario (74), por eso decimos que será aplicable la legislación de un Estado miembro con el que esté conectado el asunto, salvo que tratemos el problema como una laguna legal (75).

En realidad, el problema que se plantea es el de individualizar la ley material aplicable a la relación jurídica, pero para ello es conveniente saber si el «foro» en la esfera de las Comunidades Europeas se refiere sólo y exclusivamente al Derecho legislado por las instituciones comunitarias o se incluyen los Derechos nacionales de los Estados miembros. Sobre este extremo creemos que el «foro» comunitario se constituye por todo el Derecho CEE, en el que incluimos todo lo legislado por las instituciones comunitarias y el Derecho desarrollado por los Estados miembros en virtud de una Directiva, pero no las normas autónomas de los Estados miembros, sobre todo si versan sobre materias de su exclusiva competencia, que fueron legisladas sin un mandato comunitario. Es decir, en las relaciones *ad intra* constituirían la *lex fori* comunitaria los Tratados constitutivos, los Reglamentos, las Directivas, los Derechos autónomos de los Estados miembros en el desarrollo de tales Directivas y aquéllas normas de competencia compartida, quedando fuera de tal concepto el Derecho de competencia

(74) El R. 1408/71 contiene un conjunto de normas de conflicto que nos indican la ley o leyes aplicables a la situación de seguridad social planteada, pero no existen normas materiales comunitarias que resuelvan esa situación.

(75) BADIALI, G., cuando habla de la ausencia de norma de conflicto, en el caso de laguna, dice debe buscarse la solución entre las normas materiales del foro y los principios doctrinales derivados de las mismas, y en tal sentido considera que el recurso a las normas materiales del foro no es posible en Derecho comunitario debido a la inexistencia de una *lex fori* propiamente dicha, por lo que la ausencia del Derecho material no permite realizar una operación de esta naturaleza: Cf., «Le Droit International Privé des Communautés Européennes», en *R. des C.* (1985-II), t. 191, 13-181, págs. 41-42.

exclusiva de los Estados miembros. Por su parte, en las relaciones *ad extra* distinguiremos según que el litigio afecte o no a principios y objetivos comunitarios. En el supuesto de que no afecte al ámbito comunitario la *lex fori* se entiende en el sentido tradicional del Derecho internacional privado, es decir todo el conjunto del ordenamiento jurídico de ese Estado, al que lógicamente pertenecen los Tratados, Reglamentos y Directivas. Y en el caso de que el supuesto de hecho afecte o pueda afectar a otros Estados miembros y a los objetivos y fines perseguidos por las Comunidades Europeas, la *lex fori* incluirá, además de lo ya dicho, el Derecho de los demás Estados miembros en virtud de la obligación de solidaridad (76) que debe existir entre los Estados miembros y porque, en definitiva, las Comunidades Europeas representan una asociación de los Estados para conseguir unos fines comunes.

12. En relación a lo expuesto podemos considerar *ad extra* la existencia de un orden público comunitario encargado de la defensa de los principios, valores e intereses protegidos por el Derecho comunitario ya se incluyan estos en los Tratados, Reglamentos y Directivas, como en las normas de los Estados miembros defensoras de tales objetivos. Ahora bien, tal y como sostiene Badiali (77) los Derechos de los Estados miembros no son totalmente extranjeros al Derecho comunitario en la esfera de la competencia compartida, pues se supone que los Estados miembros han eliminado sus contradicciones, por lo que en este sentido puede afirmarse que *ad intra* no se da el orden público, sino que se deja sentir el efecto de obtener una armonización de las normas estatales y comunitarias, dando preferencia al Derecho de formulación comunitaria o que mejor defienda los fines de las Comunidades Europeas, por lo que habrá que evaluar su compatibilidad con los Tratados.

(76) En virtud del art. 5 del Tratado CEE los Estados miembros asumieron la obligación de solidaridad y cooperación cuando entraron en la Comunidad Europea, lo que es particularmente importante en los sectores en los que es o ha sido imposible establecer una política común y donde resultados relevantes sólo pueden conseguirse a través de la cooperación (uno de los primeros asuntos en los que se adoptó esta jurisprudencia comunitaria fue el caso 141/78, *Francia v. Reino Unido*, cit., entre otros asuntos, en la obra de RASMUSSEN, H., *La Constitución de la Comunidad Económica Europea. Resúmenes de las sentencias más importantes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea*, trad. de A. Escribano Fernández, Madrid, 1990, págs. 49-50. Muy recientemente el TJCE ha tenido ocasión de manifestar esta opinión, con matices, en el asunto *Colegio Oficial de API y otros*, c. 104/91, de 7 de mayo de 1992.

(77) Loc. cit., págs. 80-81.

Ahora bien, respecto de la esfera de actuación que queda a los Estados miembros al margen del Derecho comunitario, creemos que existe un orden público comunitario defensor de los principios, objetivos y fines para los que se creó la Comunidad. Este es el caso, por ejemplo, en materia de nacionalidad, que pertenece a la esfera soberana de los Estados miembros y no obstante si las normas de un Estado miembro en la materia atentan contra el principio de libertad de circulación se le obliga a tener en consideración las normas sobre nacionalidad de otro Estado miembro, aunque esta no fuera aplicable (78). Y el caso de la Sra. Madeleine De Paep en el que se exceptúa la aplicación de parte del ordenamiento jurídico belga con el fin de que se conceda la protección social pretendida y no se limite de este modo la libre circulación de trabajadores (79).

13. De las contradicciones que deben resolver los operadores del Derecho (entre normas, entre derechos, entre normas y derechos, entre normas y principios y estos entre sí) sin duda la principal la constituyen los principios generales contradictorios (80). Este es el caso en el que se encontró el Tribunal de Luxemburgo, ante una contradicción de principios y la búsqueda, hallazgo y aplicación de una decisión justa y

(78) Es el caso resuelto por el TJCE en el asunto *Micheletti*, *cit. supra*, en nota (3), según el cual el Tribunal de Luxemburgo obvió el contenido del art. 9. 9 del C.c. español, relativo a los supuestos de doble nacionalidad cuando ninguna de ellas es la española, porque impedía la libre circulación de un doble nacional italo-argentino, amparándose en que la legislación italiana mantenía la efectividad de ambas nacionalidades, criterio —por otro lado— contrario al seguido de forma mayoritaria por los Convenios de doble nacionalidad que tiene suscritos España.

(79) En este caso se obliga a la legislación belga a considerar la existencia de un contrato de trabajo según la legislación británica, alegando que el buque es apto para la navegación según la ley de otro Estado miembro (Reino Unido), aunque la legislación belga no lo considere así, siendo de la competencia exclusiva de los Estados miembros determinar cuando un buque se encuentra en condiciones de faenar en el mar.

(80) VILLAR PALASÍ, J. L. en su trabajo «La contradicción de normas y hechos» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. monográfico sobre Informática y Derecho, Sept. 1986, 81-104, cuenta dos casos de contradicción entre principios generales, la sentencia del T.S., de 12 de Marzo de 1970, en el caso *Chandú Changani v. Chornarmal Chugani*, en el que el divorcio vincular entre extranjeros chocaba contra el orden público nacional de modo que no sólo no se aceptó, sino que se declaró que no habría lugar incluso aunque se tratara de dos extranjeros casados y su ley de origen admitiera el divorcio; y el otro un asunto resuelto por la D.G.R.N. en su Res. de 18 de septiembre de 1971, en el que se admite el divorcio vincular de un saharauí con una zaragozana, aplicando la doctrina del *acto in fraudum legis* (p. 93).

equitativa. Pues bien, aunque el Tribunal no lo manifieste expresamente en su decisión (81), puede afirmarse que se sirve de la excepción de orden público para la defensa de unos principios generales pertenecientes a la primera categoría (asegurar la libre circulación de trabajadores y

(81) El TJCE resolvió las dos cuestiones planteadas por la «Hof van Cassatie van België» diciendo que no existen normas de conflicto comunitarias que resuelvan las relaciones laborales jurídicamente heterogéneas y que, en consecuencia, no es de aplicación el título II del Reglamento 1408/71 al contrato de trabajo (ya en el asunto *Luijten*, *cit. supra*, se confirmó, una vez más, que el título II del reglamento forma un completo sistema de normas de conflicto cuyo fin es tanto evitar la aplicación simultánea de legislaciones —es decir, evitar el conflicto positivo de leyes— como evitar que las personas que entran dentro del campo de aplicación del reglamento sean privadas de protección por la aplicación *estricta* de la legislación de seguridad social que les es aplicable —conflicto negativo—: *vid.* GARCÍA RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, págs. 1-3); y segundo confirmó, también una vez más, que aquéllas reglas de la ley aplicable de un Estado miembro que prevean la subordinación de su aplicabilidad a condición [de que el buque esté abanderado en su país o que exista una relación laboral previa], no pueden ser tenidas en cuenta en la medida en que impidan que la norma de conflicto del Reglamento comunitario produzca plenos efectos.

En este sentido se manifestó el Tribunal en el Asunto *Mouthaan* (39/76, de 15 de diciembre de 1976, en *Rec.* 1977, pág. 1901). El Sr. Mouthaan, holandés, había trabajado en los Países Bajos hasta 1972 y después en la R. F. A. por cuenta de una empresa holandesa establecida en los Países Bajos. Durante el tiempo de trabajo en la R.F.A., el Sr. Mouthaan mantuvo su residencia en los Países Bajos. Después de una serie de dificultades financieras de la empresa holandesa, ésta le rescindió el contrato y el Sr. Mouthaan quedó en paro apuntándose a la oficina de empleo holandesa y reclamando las prestaciones por desempleo así como las nóminas dejadas de percibir por la quiebra de su empresario, ya que la ley holandesa de desempleo prevé la subrogación de las obligaciones del empresario por la BBV, institución competente de este país. La BBV inició el abono de la prestación por desempleo, pero con posterioridad se lo reclamó alegando que el interesado no tenía la condición de asegurado según la legislación alemana toda vez que esta requiere de la residencia en territorio alemán para poder estar incluido en su legislación social, y que no podía estar incluido en la legislación holandesa porque su último empleo hizo que ejerciera su actividad profesional en Alemania y la ley holandesa no cubre el derecho a la prestación si tenía que estar asegurado en la R.F.A., lugar del empleo. Entre otras cosas se trataba de saber si Mouthaan podía, encontrándose en desempleo, pretender, en virtud del art. 71, b), ii) del R. 1408/71, beneficiarse de la prestación prevista por la legislación holandesa, suponiendo que no pudiera considerarse asegurado por la legislación alemana. El Tribunal dijo que el Sr. Mouthaan podría reclamar la prestación por desempleo amparándose en el art. 71 del R. 1408/71 incluso aunque no pudiera ser considerado como asegurado en virtud de la legislación alemana, toda vez que es de aplicación la ley holandesa debido a que residía en este país y según la norma citada del reglamento comunitario debía considerarse como si hubiera ejercido allí su último empleo, debiendo servirse las prestaciones por la institución del lugar de residencia y a su cargo.

la defensa de los Derechos en curso de adquisición). Aquí no para evitar la aplicación del ordenamiento jurídico declarado competente por la norma de conflicto del R. 1408/71, sino para obligar a su aplicación, ya que —en principio— no lo sería por la excepción del orden público interno en defensa de un principio general autónomo (la defensa de la seguridad de la navegación marítima) y además por no cumplirse los requisitos exigidos por normas materiales imperativas de la ley belga para obtener la correspondiente prestación (a saber, la existencia previa de un contrato de trabajo a bordo de un buque belga), que sí se cumplen —por otro lado— en otro ordenamiento relacionado con el asunto planteado (el ordenamiento inglés).

Ahora bien, esta actitud adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es totalmente nueva, excepto por la claridad y contundencia con la que se formula, pues ya hemos mencionado que en otras decisiones se ha obligado a las instituciones y tribunales de seguridad social de un Estado miembro «A» a tener en cuenta y a aceptar, los requisitos que su propia ley exige, cuando estos se obtengan por la aplicación de la ley de otro Estado miembro «B» siempre que tenga o haya tenido cierta relación. Todo ello con el objetivo de salvaguardar varios principios: el mantenimiento de los derechos adquiridos y en vías de adquisición, el de mejora del nivel de vida evitando la desprotección y la libre circulación de personas. Ello nos conduce a poder hablar como Jambu-Merlin (82) de la existencia del «principio» de tener en cuenta los elementos o los hechos realizados o cumplidos en otro Estado miembro.

14. En definitiva la noción de orden público se muestra en la esfera comunitaria como un requisito para obtener la cooperación entre los distintos Estados miembros cuando las legislaciones nacionales de estos son contradictorias y su aplicación puede vulnerar o impedir la consecución de los principios informadores y derivados de las Comunidades Europeas. Se trata, pues, del cauce para adaptar las legislaciones de los Estados miembros —en aquellas materias difícilmente uniformables o armonizables— a las exigencias de los Tratados y los Reglamentos CEE. Asimismo, su uso por el Tribunal de Luxemburgo demuestra la precariedad existente en el Derecho comunitario, que sigue siendo

(82) JAMBU-MERLIN, R., «La loi applicable aux accidents du travail en Droit international et en Droit communautaire», en *R. des C.*, (1983-II), t. 180, 241-294, pág. 283.

—y será— un «compromiso entre posiciones nacionales, tradicionalmente sólidas» (83).

Queda, en fin, por resolver si esta excepción o alegación del orden público para ayudar al cumplimiento de los fines y objetivos comunitarios se reserva al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o puede hacerse desde las instancias nacionales.

A este respecto consideramos que el operador jurídico nacional debe analizar al aplicar su ley o la ley extranjera, la constitucionalidad de la misma, esto en la esfera de los Estados miembros de las Comunidades Europeas supone analizar la constitucionalidad nacional y la comunitaria, la adecuación a la Constitución interna y a los Tratados comunitarios. En este sentido y en las relaciones *ad extra* creemos posible (e incluso en algún caso necesario) que el Tribunal competente de un Estado miembro al aplicar el ordenamiento del tercer Estado, analice su adecuación tanto a sus propios principios nacionales como a los comunitarios, de manera que podría alegar excepción de orden público si la aplicación de tales normas produjeran un efecto contrario al Derecho comunitario tanto para sí como para otros Estados miembros.

En cambio, en las relaciones *ad intra* y teniendo en cuenta la relatividad de la extranjería de los ordenamientos de los Estados miembros entre sí, en una materia ajena o que no afecte a los principios y valores defendidos por el Derecho comunitario, el operador jurídico del foro puede y debe aplicar el orden público para defender sus valores y principios autónomos respecto de la aplicación del Derecho de otro Estado miembro. Pero si se trata de una materia de competencia compartida o que no siéndolo afecte a los Derechos defendidos por el ordenamiento comunitario, el aplicador del Derecho debe acudir al Tribunal comunitario que será quien excepcione u obligue a su aplicación.

IV. CONCLUSIONES

1. El *concepto prejudicial*, entendido como el efecto jurídico reclamado por la cuestión principal en cuanto condición de aplicación de ésta, puede cumplirse tanto por la *lex fori* como por un Derecho ex-

(83) Esta teoría, pero respecto del Derecho internacional privado exclusivamente es manifestada por CARRILLO SALCEDO, J. A., en *op. cit.*, págs. 247-248.

tranjero siempre que guarde conexión con el asunto; es decir, los requisitos exigidos por la ley para su propia aplicación pueden cumplirse en ese mismo ordenamiento jurídico o según las normas de un tercer país siempre que tengan relación con ese *concepto prejudicial* en cuyo caso sería un *concepto prejudicial internacional*. Este *concepto prejudicial* se asemeja más a la *calificación* que a la *cuestión previa* ya que las dos primeras no pueden ser independientes de la cuestión principal y la segunda sí.

En caso que exista una cuestión previa a la resolución de la cuestión principal y en la que haya que aplicar una norma de conflicto de un Derecho internacional privado autónomo, la aplicación de la legislación que resulte competente para resolver la cuestión previa no puede impedir la aplicación de la ley que resulte competente según el Derecho comunitario para resolver la principal, pues en caso contrario se estima que atenta contra los principios derivados del Derecho comunitario y no será tenida en cuenta.

2. El *fraude a la ley* en el Derecho internacional privado no es sólo el cambio del punto de conexión para evitar la ley aplicable según la norma de conflicto competente, sino también la modificación de ciertas circunstancias con el fin de evitar la ley aplicable (normalmente una norma material imperativa) sin la necesidad de que esta lo sea por el dictado de una norma de conflicto. En estos casos si se produce un daño, la responsabilidad derivada del mismo debería correr por cuenta de quien modificó las circunstancias, sin las cuales nunca habría sucedido el riesgo sin haber cometido un ilícito porque —en definitiva— abusó de su derecho al cambio, y ello, independientemente de que se sancione con la aplicación de la ley defraudada.

El *abuso de derecho* se produce precisamente por la venta del buque y su cambio de bandera, pues la navegabilidad o no se establece por la legislación del Estado en el que esté abanderado y se cambia precisamente el abanderamiento para evitar la aplicación de la ley belga.

3. La excepción de *orden público* en el Derecho internacional privado puede utilizarse no sólo en el sentido negativo de impedir la aplicación del Derecho extranjero declarado competente y para defender la homogeneidad del ordenamiento jurídico del foro, sino de establecer cual es la norma a aplicar distinta de la del foro si con ello se cumplen los principios generales y fundamentales del ordenamiento jurídico afectado, aunque cabe la duda cuando existe contradicción entre ambos prin-

cipios, e incluso la obligación —precisamente— de aplicar el Derecho competente según la norma de conflicto.

En este supuesto de contradicción entre principios, estimamos que dichos principios gozan de la misma posición jerárquica de la norma de la que derivan así los principios de Derecho internacional (comunitario) tienen carácter preferente a los principios del Derecho interno o autónomo que no gocen del carácter de «constitucionales».

4. Junto al orden público interno e internacional existe un *orden público comunitario* que actúa en defensa de los principios y objetivos de los Tratados constitutivos y cuyo funcionamiento varía según estemos ante relaciones de los Estados miembros con terceros Estados (*ad extra*) o ante relaciones entre los propios Estados miembros (*ad intra*).

En el primer caso el orden público actúa del modo tradicional y el tribunal que conozca del asunto podrá excepcionar la aplicación del ordenamiento jurídico de un tercer país cuando su aplicación resulte contraria a los intereses defendidos por las Comunidades Europeas, en cuyo caso estaríamos ante la alegación del *orden público comunitario*.

En el segundo caso, en las relaciones *ad intra*, al formar parte los ordenamientos de los Estados miembros del mismo foro comunitario —salvo las excepciones de las materias de exclusiva competencia de los Estados miembros— la excepción de *orden público comunitaria* sólo es posible con el fin de salvaguardar el cumplimiento de los fines y objetivos de los Tratados constitutivos y el Derecho derivado cuando así lo considere el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

RÉSUMÉ

LA LOI APPLICABLE ET L'ORDRE PUBLIC COMMUNAUTAIRE

1. A l'occasion de l'affaire *De Paep*, les relations entre le Droit international privé et le Droit communautaire sont l'objet d'une approche fonctionnelle. L'analyse de l'application des règles de conflit communautaires aux relations *ad intra* (entre les Etats membres), de même que des règles de conflit des Etats membres aux relations *ad intra* et *ad extra* (avec un Etat tiers), fait preuve d'un fonctionnement similaire.

2. Cependant, la règle de conflit communautaire prévaut sur la règle de rattachement du for —de l'Etat avec compétence juridictionnelle— lorsque les deux régissent la même matière dans les relations *ad intra*. Tandis que la règle de conflit du for est déterminante dans les relations *ad extra*.

3. En outre, s'il est vrai qu'il incombe au législateur de chaque Etat membre de déterminer la législation applicable dans les matières que le Droit communautaire ne règle pas, il est également vrai que les Etats membres ne disposent pas à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire absolu mais sont tenus de légiférer dans les limites imposés par les principes et objectifs du Droit communautaire. En fin de compte, il y a un *ordre public communautaire*, distinct de l'ordre public national et prioritaire.

4. En particulier, cet *ordre public* peut avoir effet d'exclure la législation de l'Etat membre compétent (fonction négative de l'*ordre public communautaire*), mais il peut aussi obliger à l'application de la législation en cause si l'Etat membre, pour justifier l'inapplication de la législation compétente établie pour le Droit communautaire, invoque l'exception de son ordre public interne (fonction positive de l'*ordre public communautaire*). C'est-à-dire, l'*ordre public communautaire* peut obliger à l'application ou à l'inapplication de la législation compétente suivant les principes et objectifs défendus par le Droit communautaire.

ABSTRACT

CHOICE OF LAW AND EEC ORDRE PUBLIC

The proliferation of ideas and ideologies distracts professors attention from real-life problems Private International Law has to resolve. That's why we base our work on *De Paep* case and analyzes the relations between Private International Law and EEC Law with a functional approach. The application of communitary conflict-of-laws rules in *ad intra* relations between state members, works the same way that when we apply the same kind of rules, but of an internal source, to relations *ad intra* or *ad extra*.

Even so, when we are in the first relation said, not always is applicable the forum conflict-of-laws rule (those belonging to the state member whose tribunals are competent), if, for that matter exists a unified conflict-of-laws rule for relations only between state members of the EEC. Meanwhile, if we are in an *ad extra* relations, the *forum* acts like a condition of the *ius*.

Of course, the state members are (on matters —or several aspects of this ones— that don't have any EEC rule) free to legislate the way they want, but the content of those rules when applied, can not ignore or go against the community principles. In that way, by distinguishing abuse of law, fraud on the law, and *ordre public* —among another problems— we find the conclusion that in Community Law exists an European community *ordre public*. This *ordre public* of the EEC eludes the normal application of the conflict-of-laws rule (autonomus or institutional). This works, in one way, by refusing the application of the competent law of a state member —EEC negative public policy—; and, in another way, by compelling the application of that competente law if the forum state member tries to refuse it alleging its own public policy —EEC positive public policy—.

NOTAS

