

EL ANTEPROYECTO DE CONVENIO DE LA CEE SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

Análisis del nuevo texto de marzo de 1978

por Antonio ORTIZ-ARCE (*)

SUMARIO

I. Introducción.—II. La determinación de la ley aplicable al contrato: 1) Aceptación y límites de la autonomía de la voluntad. 2) El criterio subsidiario de la prestación característica y la válvula de los vínculos más estrechos. 3) Contratos específicos: a) De venta comercial; b) Sobre inmuebles; c) De transporte marítimo; d) De adhesión o de consumo, y e) De trabajo. 4) Aplicación residual de normas imperativas extranjeras o del foro. 5) Referencia a los problemas generales.—III. El ámbito de la ley aplicable al contrato: 1) Aspectos de la formación del contrato: a) Capacidad y consentimiento; b) Objeto y causa; c) Forma y d) Prueba. 2) Aspectos de los efectos del contrato: a) Interpretación; b) Ejecución del contrato; c) Extinción del contrato; d) Inejecución del contrato, y e) Cesión y transferencia de créditos.—IV. Otras disposiciones.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

En la línea seguida por el Comité de representantes permanentes y la Comisión de las Comunidades Europeas de codificación sectorial dedicada a las reglas de conflicto con mayor incidencia económica en el cuadro comunitario, como son las concernientes a las obligaciones contractuales en las relaciones justiciables en tal contexto, la redacción actual del grupo de expertos encargados por la Comisión es debida a ciertas circunstancias surgidas después de 1972, fecha del primer anteproyecto (1). La principal circunstancia ha sido la ampliación de las

(*) Profesor agregado de derecho internacional, Universidad de Extremadura.

(1) El nuevo anteproyecto en «Commission des Communautés Européennes. Direction générale du marché intérieur et affaires industrielles. III/F-4.III/167/78 F.E.D.I. Droit international privé Doc. No. 141. Annexe: Avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Mars 1978». A esta nueva versión se hizo referencia en el curso de GIULIANO, M.: *La loi applicable aux contrats: Problèmes choisis*, próximamente en «Rec. des C.», 1978, habiendo sido objeto de tratamiento parcial en el seminario de la sección francesa en la Academia dirigido por AUDIT. B. dentro del mismo período. En cuanto a la versión anterior, «Commission des Communautés Européennes... XIV/398/72-E, Rev.:1(1972)», hay que destacar sucesivamente en la doctrina europea: VANDER ELST, R.: *L'unification des règles de conflits de lois dans la CEE*, en «Journal des Tribunaux», 1973, páginas 249-254; LANDO, O.: *The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations*, «Rabels Z.» 1974, pp. 6-55, habiendo puesto de relieve la oportunidad del tratamiento separado de los contratos de adhesión o de consumo; LAGARDE, P.: *Examen de l'Avant-*

Comunidades, con la necesaria retención de las observaciones de los expertos del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca dentro del grupo, con el resultado adicional de propiciarse el aplazamiento del texto sobre las obligaciones no contractuales. No menos destacable ha resultado la acentuada toma de conciencia de los medios económicos privados de la relevancia del tratamiento conflictual unificado en tal materia, uniéndose tal interés a la necesidad más general de complementar la seguridad jurídica proporcionada por el ya vigente Convenio de Bruselas, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y comercial de 1968, entrado en vigor el 1 de febrero de 1973, con el fin de evitar el «forum shopping» (2).

projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, en «Travaux Com. Fr. Droit internat. privé 1971-1973 (1974)», pp. 147-201; BATIFFOL, H.: **Projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles**, «R.T.D.E.», 1975, pp. 181-186; FOYER, J.: **L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles**, «J.C.», 1976, pp. 555-652; HANOTIAU, B. y JENARD, P.: **Les clauses relatives aux contrats dans l'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles**, en «Le contrat économique international. Stabilité et évolution. Travaux des VII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin publiés sous les auspices du Centre Charles de Visscher pour le droit international», París, 1975, pp. 41-66; por su mayor participación y riqueza de análisis, LANDO, O. Von HOFFMANN, B. y SIEHR, K. (ed.), **European Private International Law of Obligations. Acts and Documents of an International Colloquium on the European Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations held in Copenhagen on April 29 and 30, 1974**, Tübingen, 1975, espec. pp. 1-32 (general report on contractual obligations) y pp. 241-314 (**Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles établi** por M. GIULIANO, P. LAGARDE y VAN SASSE VAN YSSELT, Th.). Este fundamental «rapport» ha sido publicado ____ «Commission des Communautés Européennes... XIV/408/72 et XIV/579/72» también en «Rivista D. I. priv. proc.», 1973, pp. 198-260, que ha sido utilizado en este trabajo. En esta misma revista se hizo referencia ya a la versión anterior del anteproyecto en ORTIZ-ARCE, A.: **Comunidad Económica Europea y Derecho Internacional Privado: Examen de perspectivas**, «R.I.E.» 1974, pp. 1067-1118, espec. 1084-1088. En la doctrina norteamericana destaca CAVERS, D. F.: **The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: Some Preventive Law Aspects**, «Southern Calif. L. R.», 1975, pp. 603-626, polarizado en gran medida en la necesidad de arropar los «weak-party contracts» a través de la eventual escisión con fines protectores; NADELMANN: **The EEC Draft of a Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations**, «A.J.C.L.», 1973, pp. 584-586 e **Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non Contractual Obligations**, «A.J.C.L.», 1976, pp. 1-21.

(2) Sobre tal necesaria coordinación de los planos de conflictos de leyes y de conflictos de jurisdicciones a escala comunitaria europea, DROZ, G.: **Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)**, París, 1972, espec., pp. 473-481, sobre la existente disparidad en el ámbito de obligaciones contractuales entre las normas materiales nacionales: así se constata una oposición entre los ordenamientos francés y alemán, sobre el valor del silencio y sobre la influencia del consentimiento de las partes en la transferencia de la propiedad, mientras que en el régimen de pruebas hay ordenamientos que ignoran la noción de comerciante, para los que la prueba es siempre libre como en los Países Bajos y en la República Federal Alemana, y los sistemas que conceden una importancia fundamental a la prueba escrita en materia no comercial. En cuanto a las normas de conflicto, hay ostensibles variantes respecto a la extensión de la autonomía de la voluntad y a la determinación de la ley aplicable en ausencia de voluntad expresa (con el sistema alemán federal de la escisión, «Spaltung»), y, en caso de silencio de las partes, con la retención de criterios rígidos. Tras la entrada en vigor del Convenio de Bruselas entre los seis Estados miembros originarios, ha sido ratificado el Protocolo «75/464/CEE concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre

II. LA DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO

Sucesivamente se abordan aquí las cuestiones de la aceptación y alcance de la autonomía de la voluntad, del criterio subsidiario de la prestación característica y de determinados contratos concluidos por comerciantes, bien entre sí, bien con consumidores, además de los de carácter laboral.

Con carácter previo cabe señalar que por el artículo 1 quedan excluidas como con anterioridad las materias extrapatrimoniales (el estado y capacidad de las personas físicas, a reserva del supuesto del artículo 20 con aceptación de la ley del lugar de la celebración para el supuesto de contratación con extranjero incapaz según su ley personal), patrimoniales del derecho de familia (testamentos, sucesiones, regímenes matrimoniales...), los efectos de comercio, los convenios de arbitraje y de atribución de jurisdicción, las sociedades y personas jurídicas y la reparación de los daños de origen nuclear; continúa entre paréntesis la materia de los contratos de seguros, quizás por la estrecha relación entre los aspectos del derecho de establecimiento comunitario y de la competencia legislativa, excluyéndolos también como novedad «la cuestión de saber si un intermediario ha podido comprometer hacia los terceros la persona por cuya cuenta ha pretendido actuar o si un órgano de una sociedad o de una persona jurídica ha podido comprometer hacia los terceros tal sociedad o tal persona jurídica», además de «la constitución de los trustees, y de las relaciones creadas entre los constituyentes, los trustees y los beneficiarios» (3).

1. Aceptación y límites de la autonomía de la voluntad.

En el artículo 2 se parte como en el anterior anteproyecto de que «el contrato es regulado por la ley elegida por los contratantes», pero se añade que «tal elección debe ser expresa o resultar de un modo cierto de las disposiciones del contrato o de las circunstancias de la causa. Mediante tal elección, los contratantes pueden designar la ley aplicable a la totalidad o a una parte tan sólo del contrato». La inclusión de las «circunstancias de la causa» para determinar la elección de competencia legislativa hace el precepto más flexible que en la redacción anterior

1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», «J.O.C.E.» número 204, 2 août 1976, p. 28. En cuanto a la jurisprudencia comunitaria sobre el Convenio de Bruselas de 27 septiembre de 1968, véase GIARDINA, A.: *The European Courts and the Brussels Convention on Jurisdiction and Judgements*, «I.C.L.O.», 1978, pp. 263-276 y las notas aparecidas en «R.C.», 1977, pp. 563-593; el Convenio ha sido modificado como consecuencia de la ampliación de la CEE a nueve Estados.

(3) De entre tales materias excluidas o excluibles del ámbito del anteproyecto de convenio, cabe indicar que en la de seguros se produce una íntima relación entre los aspectos de determinación de ley aplicable y de libertad de establecimiento: BATIFFOL, H.: *Op. cit.*, p. 182; IMBERT, en LANDO, O., VON HOFFMANN, B. y SIEHR, K. (ed.): *Op. cit.*, p. 31 y LANDO, O.: *Contracts*, «Int. Encyclopedia of Comparative Law», 1977, pp. 148-150. Siempre desde el ángulo de la protección del asegurado, véase SKERMAN, R. J.: *EEC Legislation Protecting the Consumer*, «Policy», 1978, pp. 346-354, con referencia también a los proyectos de directivas de la CEE.

y que en el artículo 2 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las ventas de mercaderías de carácter internacional, de 1955 y vigente en varios Estados comunitarios (4). En tal línea de flexibilidad, se abre la posibilidad de la escisión, del «depêçage», del contrato al haber la aplicación de varias leyes a aspectos parciales del contrato; si la escisión resulta difícil para las partes en tal fase de la elección y delicada para el juez, en todo caso aparece más operativa en el supuesto de la falta de elección expresa.

Resulta nuevo el párrafo 2, según el cual «la elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero no puede afectar a las disposiciones imperativas de la ley del país en el que todos los demás elementos de la situación están localizados en el momento de la mencionada elección». Con tal disposición se corrige la posibilidad de elección para salvaguardar el juego de leyes diferentes, objetivamente conectadas con el contrato; se pormenoriza tal entrada en el artículo 7, remodelado respecto a la redacción anterior y cuyo análisis se hace más adelante.

En la coordenada temporal reaparece la posibilidad de la modificación en la designación de la ley aplicable con posterioridad a la fecha de la conclusión del contrato, con la subsistente reserva de «los derechos de terceros» (art. 3).

2. El criterio subsidiario de la prestación característica y la válvula de los vínculos más estrechos.

En el artículo 4 se regula el supuesto de la falta de elección expresa estableciéndose a modo de directriz para el juez que en tal ausencia «el contrato se regula por la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos», marginándose así los criterios y conexiones rígidos en la medida en que se prevén esencialmente contratos entre profesionales, en los cuales resulta más discernible la operatividad de tal criterio. «Se presume que el contrato presenta los vínculos

(4) El Convenio sobre la ley aplicable a las ventas de mercaderías de carácter internacional, negociado en la VII sesión de la Conferencia de La Haya en 1951 y firmado el 15 de junio de 1955 entró en vigor en septiembre de 1964 entre varios Estados comunitarios: Bélgica, Dinamarca, Francia e Italia; un caso de aplicación en Trib. com. París 27 nov. 1968, J.C. 1970, pp. 328-331. En el cuadro no ya conflictual, sino material, los dos Convenios conteniendo ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías y sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías, ambos de 1964, entraron también en vigor en 1972, entre varios Estados comunitarios: Bélgica, Italia, Países Bajos, Reino Unido y República Federal de Alemania. Un análisis de ambos convenios, por ejemplo, en LANDO, O.: *Contracts*, op. cit., pp. 125-136, con la comparación con la anterior versión del anteproyecto. Cabe recordar que el Convenio de 1955 no distingue entre compraventas comerciales y de consumo, permitiendo sin restricciones la elección de la ley aplicable.

En cuanto a la posibilidad, aunque excepcional, de escisión admitida por el artículo 4,1 —además de por el artículo 7 en aspectos de tonalidad más imperativa—, se abre así la aplicación de ley diferente a la «lex contractus» para regular determinadas cláusulas como las de responsabilidad, de atribución de jurisdicción o la compromisoria, ésta en línea con su autonomía. Sobre tal escisión, en el contexto europeo, LANDO, O.: *Contracts*, op. cit., pp. 8-13 y LAGARDE, P. en «*Revista D. I. priv. proc.*», 1975, 4, postulándolo limitadamente, a condición de que no se produjera incoherencia ni vacío jurídico. En el contexto norteamericano, REESE, W. L. M.: *Depecage: A Common Phenomenon in Choice of Law*, «*Columbia L.R.*», 1973, pp. 73 y ss.

más estrechos con el país en el que la parte que debe suministrar la prestación característica tiene su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato o, si se trata de una persona jurídica, su administración central. Sin embargo, si el contrato es concluido en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, tal país será aquél en el que está situado su principal establecimiento o aquél en el que está situado otro establecimiento si, según el contrato, la prestación debe ser suministrada por un establecimiento diferente del principal».

En relación con este criterio cualificador del relativo a «los vínculos más estrechos», establecido con carácter general corrector, cabe indicar que a través de la prestación característica de las partes se intenta atender al propósito económico de la transacción en vez de a los elementos más extrínsecos; se ha advertido así que tal teoría surgida en principio en la jurisprudencia suiza y estructurada por la doctrina más recientemente «reposa en dos presunciones principales: las obligaciones de la parte actuando tal obligación están más detalladas, más complicadas y más reguladas por ley que las obligaciones de la otra parte; además, el deudor de la ejecución característica actúa dentro del ámbito de su experiencia comercial, siendo la otra parte su cliente» (5). El caso es que este criterio subsidiario no es retenido afortunadamente en el anteproyecto respecto a los contratos de adhesión o de consumo que se desligan del centro de actuación de la parte más fuerte o comerciante, cediendo entonces la pauta de la prestación característica a otras consideraciones de protección o de policía contractual presuntamente amparadas a través de las conexiones correspondientes a la parte consumidora.

3. Contratos específicos: De venta comercial, sobre inmuebles, de transporte marítimo, de adhesión o de consumo y de trabajo.

En la tipología contractual, la versión de 1978 ofrece repeticiones, pero también significativos cambios:

a) En principio el artículo 4, tal como se ha visto, contempla los contratos entre comerciantes especificando la localización de la prestación característica no

(5) LANDO, O.: *Contracts*, op. cit., p. 89. Sobre la configuración de la teoría de la prestación más característica («charakterischen Leistung»), SCHNITZER, A. F.: *Die funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht*, en «Festgabe für W. Schönenberger», Freiburg, 1968, pp. 387-404; *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, «Rec. des C.», t. 123, 1968-I, pp. 545-633, espec. 571-577; VISCHER, F.: *Internationales Vertragsrecht*. Fuera del cuadro suizo, DE WINTER, L. I.: *Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica*, «D. internazionale», 1971, pp. 227-238 y JESSURUN D'OLIVEIRA, H. U.: *Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention*, «A.J.C.L.», 1977, pp. 303-331. Las reticencias de este autor, como asimismo las de LANDO y SIEHR, en LANDO, O. VON HOFFMANN, B. y SIEHR, K. (ed.): *Op. cit.*, pp. 8-9, respecto al artículo 4,2 anterior, quizás puedan ser atenuadas por la independencia actual de los contratos de adhesión o de consumo y por el artículo 4,4; éste continúa constituyendo una importante válvula o cláusula escapatoria, reconocedora de los límites de la prestación característica, al descartarse ésta en los supuestos de falta de determinación o «cuando resulta del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país»; esta pauta general de valoración comparativa utilizable por el juez, y en mucha menor medida, por las partes, está en la línea del artículo 13,3 del proyecto de Convenio Benelux de 1969.

en el lugar en que se suministra, sino en la residencia habitual o en la administración central de la parte suministradora, esto es, del vendedor en el caso de la compraventa comercial, aunque en los supuestos profesionales hay normalmente coincidencia. La presunción en favor de la ley del establecimiento del vendedor adoptada con anterioridad por el ya mencionado Convenio de La Haya de 1955 (artículo 3,1) ha estado, no obstante, en discordancia con la jurisprudencia alemana federal, recelosa en los supuestos de importación de aplicar la ley del vendedor o del establecimiento extranjero (6).

b) Se repite también la presunción en favor de la ley del lugar de la situación del inmueble en el caso de contratos principalmente traslativos de dominio, simplificándose la redacción del anterior artículo 6 que ha pasado al nuevo artículo 4,3: «En la medida en que el contrato tiene por objeto un inmueble se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el que está situado el inmueble». No obstante, se sujeta a la regla correctora general de la eventual aplicación de otra ley presentando vínculos aún más estrechos.

c) Resulta nueva la figura del contrato de transporte marítimo de mercancías regulado en la línea de presunción de los contactos más estrechos o de la cualificada prestación característica por la ley del «país en el que el transportista tiene su principal establecimiento en el momento de la conclusión del contrato... si tal país es también aquél en el que está situado el puerto de carga o de descarga o el establecimiento principal del cargador». En todo caso, tal como se ha señalado también respecto al contrato de venta, el margen de regulación conflictual se ha reducido en la hipótesis del transporte marítimo por la unificación material impulsada por el Comité marítimo internacional y traducida en varios convenios, como el de Bruselas de 25 de agosto de 1924, sobre unificación de ciertas reglas en materia de transporte mediante conocimiento, con su protocolo de reforma de 1968 (7).

d) Importancia destacable ofrece la nueva regulación en el artículo 5 de la figura de los contratos de adhesión o de consumo, entre comerciantes y consumidores o, según la perífrasis adoptada, «contratos teniendo por objeto el suministro de mercaderías o de servicios a una persona a través de un uso que puede ser considerado extraño a su profesión». La reglamentación se escinde entre el supuesto en que haya elección por las partes y el supuesto en que no la haya; en el caso positivo, la ley elegida «no puede en ningún caso afectar a las disposiciones imperativas del país de la residencia habitual de esta persona», [de la parte consumidora], en el supuesto de concurrir dos condiciones: primero, «si la conclusión del contrato ha sido precedida de una publicidad o de una propuesta especialmente hecha en este país», y después, «si esta persona ha realizado en este país los actos necesarios para la conclusión del contrato». En el caso negativo, de ausencia de ley elegida, los contratos se regulan por la ley de la residencia habitual del

(6) Por ejemplo, BGH, 22 sept. 1971, BGHZ 57, 72 y 76, IPRspr., 1971, no. 133, p. 407, mencionado en LANDO, O.: *Contracts*, op. cit., p. 128.

(7) Sobre el alcance de la unificación material en el ámbito del contrato de transporte marítimo, SELVIG, E.: *Certain Problems relating to the Application of the EEC Draft in the Field of International Maritime Law*, en LANDO, O.; VON HOFFMANN, B. y SIEHR, K. (ed.), op. cit., pp. 195-205.

consumidor. De este modo, se produce ruptura con la versión anterior del anteproyecto en el que la figura de esta modalidad contractual resultaba cubierta por la regla general de la autonomía o subsidiariamente de la localización en la residencia habitual o establecimiento de la parte suministradora de la prestación característica, esto es, del vendedor tal como expresamente permanece en el Convenio de La Haya de 1955. La nueva reglamentación aplicable al suministro de bienes y servicios recorta así la supuesta autonomía de los contratantes en los casos en los que la conclusión del contrato ha sido precedida de publicidad impresa o radiofónica en país diferente al del proveedor o vendedor. Siempre en este plano conflictual, interesa destacar la existencia de normas de tal carácter en algunas nuevas reglamentaciones nacionales con tal objetivo protector, como es el caso de la ley alemana federal, regulando el derecho de las condiciones generales de negocios de 9 de diciembre de 1976, tendentes a abrir la operatividad de las propiamente materiales de procedencia interna o de procedencia incipientemente regional, tanto del Consejo de Europa como de la CEE (8).

e) En lo que respecta, finalmente, a los contratos de trabajo se puede advertir que se ha ampliado su regulación. La principal razón de que en la redacción anterior se contase con una norma más reducida (contenida en su art. 5 y polarizada en la elección explícita o implícita por los contratantes de la ley aplicable, operando sucesivamente en su defecto la ley del país de la realización habitual del trabajo o la del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos o la del país del establecimiento que ha reclutado al trabajador), se debía al avanzado estado de preparación de la propuesta de reglamento presentada por la Comisión al Consejo en marzo de 1972 en materia de conflictos de leyes en las relaciones laborales y que ha quedado congelada en 1978 (9). Cabe recordar

(8) Una descripción sucinta de tales desarrollos nacionales y regionales, en tremendo contraste con la penuria de disposiciones protectoras en nuestro sistema, en congruencia con la bien asentada coordinación gran empresa-administración, en BERCOVITZ, A.: **La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil**, dentro del desigual **Lecturas sobre la Constitución española**, t. II (bajo la coordinación de FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R.), UNED, Madrid, 1978, páginas 9-37; algunas consideraciones generales, aunque con especial relieve a la jurisprudencia norteamericana, en FRIEDMAN, L., en **The Impact of Large Scale Business Enterprise upon Contract**, «Int. Encyclopedia of Comparative Law», 1973, pp. 3-17. Atendiendo a la política de consumo como complementaria de la política de competencia, DHAEYER, B. y THILMANY, J.: **La protection du consommateur et le droit antitrust européen**, «R.T.D.E.», 1978, pp. 223-249; DASHWOOD, A.: **The EEC Commission's Proposal on Products Liability**, «J. Business L.», 1977, pp. 202-209. En cuanto a algunos desarrollos internos de Estados comunitarios, véase respecto al Reino Unido, MANN, F. A.: **Unfair Contract Terms Act 1977 and the Conflict of Laws**, «I.C.L.Q.», 1978, pp. 66-664 y respecto a la República Federal Alemana, Ley reglamentando el derecho de las condiciones generales de negocios AGB-Gesetz de 9 de diciembre de 1976, Bundesgesetzblatt 15-12-1976, I, p. 3317, entrada en vigor el 1 de abril de 1977, hay referencia a sus disposiciones conflictuales en VON HOFFMANN, B., nota en «R.C.», 1977, pp. 635-638: éste advierte de las diferencias entre su párrafo 12 y el artículo 7 del anteproyecto CEE, al exigirse en aquél una triple conexión para justificar la aplicación de sus disposiciones materiales: el contrato debe ser concluido a causa de una oferta pública, publicidad o actividad comercial desplegada en territorio alemán, el contratante debe tener su residencia habitual en tal territorio en el momento de su declaración de voluntad y ésta debe realizarse en tal territorio alemán; en estas condiciones la fórmula resulta más restrictiva que la comunitaria.

(9) El texto de la «Propuesta de reglamento CEE del Consejo, relativo a las disposiciones referentes a los conflictos de leyes en materia de relaciones laborales en el interior de la Comunidad (presentada por la Comisión al Consejo el 23 de marzo de 1972)», en «J.O.C.E.», número C 49/26,

que en tal proyecto de reglamento aplicable tan sólo a los trabajadores comunitarios en la línea de los artículos 48 y 49 del Tratado de Roma, aunque sí a los empresarios instalados en territorio comunitario, se seguía la pauta del principio de territorialidad traducida en la aplicación del ordenamiento laboral correspondiente al «Estado donde se encuentra el establecimiento en el cual están ocupados los trabajadores» (art. 3,1); esta pauta tenía como excepciones limitadas en base a la autonomía de la voluntad de los contratantes la aplicación de los ordenamientos bien de la sede de la empresa, si se trataba de trabajadores trasladados durante largo tiempo desde el Estado de la sede a otro donde tuviera establecimiento, bien del correspondiente establecimiento de origen si se trataba de trabajadores «cuya actividad implicase un frecuente cambio de lugar de ocupación» (arts. 4,1 y 6,1, siempre de la propuesta de reglamento). Sin la base de la autonomía de la voluntad, otra excepción era la del artículo 5 con respecto a los trabajadores trasladados temporalmente cuyo régimen se regulaba por «el ordenamiento en vigor en el lugar donde está situado el establecimiento que los ha trasladado». La pauta territorialista con la relevancia del ordenamiento correspondiente al Estado de ocupación del trabajador comunitario se reforzaba por la lista fijada en el mismo artículo 4,1, que enumeraba de un modo exhaustivo las materias reguladas imperativamente por el ordenamiento de tal Estado y que no sufrían excepción, en base a la autonomía presunta, por la aplicación de las leyes de los Estados de la sede de la sociedad o del establecimiento de origen (10).

Pues bien, la nueva reglamentación del anteproyecto de convenio oscurece en la redacción la misma gama del anterior artículo 5 (elección de ley aplicable explícita o implícita, ley del país presentando los vínculos más estrechos, ley del país de la realización habitual del trabajo o ley del país del establecimiento que

18-5-1972 y en «R.T.D.E.», 1973, pp. 152-155. Sobre tal propuesta de reglamento, RODIERE, P.: *Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail*, «R.T.D.E.», 1973, pp. 1-28 y GAMILLSCHEG, F.: *Intereuropäisches Arbeitsrecht. Zu zwei Vorschlägen der EWG zum internationalen Arbeitsrecht*, «Rabels Z.», 1973, pp. 284-316.

(10) Artículo 4,1-2: «La aplicación del ordenamiento laboral en vigor en la sede de la empresa no debe en ningún caso excluir la aplicación imperativa de las siguientes disposiciones previstas por las leyes y reglamentos, los convenios colectivos o los usos en vigor en el lugar del establecimiento en el que están ocupados los trabajadores transferidos: a) Disposiciones relativas a las prohibiciones de trabajar los domingos y días festivos; b) Disposiciones relativas a la duración máxima del trabajo diario y semanal, así como a la autorización de derogaciones en este ámbito; c) Disposiciones relativas a las prohibiciones de emplear niños, adolescentes y mujeres; d) Disposiciones relativas a la prevención de los accidentes de trabajo y a la higiene del trabajo; e) Disposiciones relativas a la autorización de los poderes públicos al que resulta subordinado el término de la relación laboral en la medida en que esta autorización tienda a prevenir el paro; f) Disposiciones relativas al salario mínimo garantizado por la ley o por los convenios colectivos y al pago del salario; g) Disposiciones relativas a las vacaciones mínimas; h) Disposiciones relativas a la nulidad de ciertas cláusulas de los contratos de trabajo; i) Disposiciones relativas a la organización general de la empresa, al servicio médico de la empresa, al ejercicio de los derechos sindicales, a la representación de los trabajadores en la empresa, así como a la particular protección de los representantes del personal». Tal artículo resultaba de aplicación tanto para el supuesto de trabajadores trasladados temporalmente a otros establecimientos de la empresa o a otro lugar sin establecimiento como a los trabajadores con cambio frecuente de lugar de ocupación. Esta territorialidad resultaba congruente con el ámbito exclusivamente comunitario de aplicación de la propuesta de reglamento.

ha contratado al trabajador al no realizar el trabajo en un mismo país), cualificando el alcance de la elección por las partes. Así, el tratamiento se escinde según haya elección de ley aplicable o no; en el caso positivo, la ley elegida «no puede tener como resultado privar al trabajador de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas» de las leyes sucesivamente presentando los vínculos más estrechos con el contrato, de la realización habitual del trabajo o del establecimiento que ha empleado al trabajador; los dos últimos criterios entran en juego según la dosis de permanencia del trabajador en el lugar de su establecimiento habitual. En el caso negativo, de falta de elección, la jerarquía se centra en las leyes de los vínculos más estrechos, de la realización habitual del trabajo o del correspondiente al establecimiento que ha empleado el trabajador. Permanece así en el anteproyecto de convenio el hecho de que las conexiones imperativas que la propuesta de reglamento utilizaba se convierten aquí en «índices de localización que sólo juegan en defecto de elección por las partes de la ley aplicable», con la consecuencia de que «afirmar el principio de competencia de la ley del lugar del establecimiento de la ocupación es admitir que serán aplicables tanto sus disposiciones imperativas como las demás, mientras que el resultado es diferente si se reserva únicamente el juego de las disposiciones imperativas de la ley local» (11).

En realidad, en un contexto globalizante como el del anteproyecto no se establece la distinción básica entre trabajador cuadro, sobre todo de empresa multinacional, trabajador cualificado y trabajador mano de obra, especialmente de inmigración, con el resultado de haber debido asignarse tan sólo juego a la autonomía de la voluntad en el primer supuesto; así, la orientación material favorable a la parte obrera queda limitada por el reducido margen de actuación de las leyes operantes subsidiariamente respecto a la ley elegida o a la ley con vínculos más estrechos. En tal línea de regulación se ha sostenido acertadamente que ya en la redacción anterior del anteproyecto se revelaba una reducida sensibilidad sobre los problemas que plantean las relaciones laborales en el seno de las empresas multinacionales, esencialmente el de la movilidad de trabajadores, cuya solución material favorable a la parte no empresarial debe ser encontrada normalmente conjugando los ordenamientos de origen y de acogida (12). El caso es que en el anteproyecto de convenio se contemplan relaciones laborales tan sólo individuales, mientras que en la propuesta de reglamento se incluían también las más relevantes de carácter colectivo. De todos modos, hubiera sido aconsejable, aun en el cuadro de una regulación conflictual abrumadoramente sintética y supraestructural, la indicación de algún núcleo enumerativo de disposiciones imperativas no marginales correspondientes al Estado de ejecución del trabajo o de origen del establecimiento en caso de desplazamiento sin arraigo, como se contenía en el ar-

(11) LYON-CAEN, A.: *Droit du travail et entreprises multinationales*, en LAZARUS, LEBEN, LYON-CAEN y VERDIER: *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, 1977, p. 291. Críticas acertadas a la retención de la autonomía de la voluntad indiscriminada en la contratación laboral individual en la intervención de LAROQUE, sobre el informe de LAGARDE, P.: *Examen de l'avant-projet...*, op. cit. páginas 164-171.

(12) Cfr. LYON-CAEN, A.: *Op. cit.*, p. 292. Algunas consideraciones a este respecto aparecen en el informe de KNAPP, B., dentro del «Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés», 1975, pp. 147 y ss.

título 4,1 de la propuesta de reglamento. En todo caso, la peculiaridad del contrato de trabajo merece un tratamiento separado respecto al propio anteproyecto, máxime desde la perspectiva de los países de emigración de periferia.

4. Aplicación residual de normas imperativas extranjeras o del foro.

El subsistente artículo 7 recorta la jerarquía de conexiones establecida en el anteproyecto posibilitando la entrada de las disposiciones imperativas de otro ordenamiento diferente al en principio aplicable. No obstante, mientras en la redacción anterior se indicaba tan sólo que «il sera tenu compte» de las disposiciones de otra ley «regulando imperativamente la materia de un modo que excluye la aplicación de cualquier otra ley... en la medida en que su naturaleza o su objeto particulares podrían justificar esta exclusión», en la nueva versión se han modificado algunos aspectos. Ahora se señalan el resultado de tal retención, «il sera donné effet», y las condiciones para su aplicación: una, de efectividad, que la «situación presente un vínculo efectivo con ese otro país»; otra, de consideración de la unilateralidad del ordenamiento extranjero, que «según el derecho de este otro país, tales disposiciones imperativas se apliquen a la situación cualquiera que sea la ley aplicable al contrato»; la tercera, de oportunidad desde el ángulo objetivo, en el sentido de que «la aplicación de estas disposiciones en las situaciones internacionales está justificada en razón de su naturaleza o de su objeto», y la cuarta, de oportunidad desde el ángulo de los efectos: «la aplicación de estas disposiciones está justificada en la situación considerada teniendo en cuenta las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su no aplicación». También resulta nuevo el párrafo 2, de válvula de seguridad en favor del foro, en cuanto que las disposiciones anteriores «no podrán afectar la aplicación de las reglas del país del foro que regulan imperativamente la situación cualquiera que sea la ley aplicable al contrato».

Con esta disposición, las normas de policía o de aplicación inmediata correspondientes a un ordenamiento diferente al en principio operante recortan el juego de este último, posibilitando una escisión en la regulación. Se abre la vía no sólo a la aplicación de normas protectoras de la parte más débil, abrigando las eventualidades de la nueva figura del contrato de adhesión o de consumo o del mismo de trabajo, sino a la retención de políticas legislativas congruentes con el sistema comunitario. Resulta obvio que la extraterritorialidad consentido a determinadas normas imperativas extranjeras en base a este artículo 7 queda mediatizada, en última instancia, para su aplicación judicial por tales consideraciones de policía y cooperación comunitarias que quizás puedan rebasar el cuadro de la específica integración regional y de las motivaciones aduaneras y económicas. Desde el ángulo de técnica jurídica se destaca el reconocimiento de la aplicación en el foro del derecho extranjero incluso público no necesariamente a través de la vía conflictual, sino a través de distintos contactos, de diferente impregnación, partiendo del ámbito de aplicación establecido por el ordenamiento de origen sin que coincida necesariamente con los criterios del foro; en el ámbito contractual la entrada

del derecho público extranjero puede ser hecha al margen de la suerte de la «lex contractus», con la retención de consideraciones de carácter general extranjeras acogidas paralelamente en el foro, recordando inclusive el llamado efecto reflejo del orden público. Desde el ángulo sectorial puede interesar hacer referencia a la relevancia de determinadas prohibiciones en el comercio con el Este de mercancías estratégicas, en el control de cambios y en las prácticas restrictivas de la concurrencia, materias en las que ha habido experiencia judicial occidental sobre la acogida del derecho público extranjero (13).

En efecto, en primer lugar, cabe mencionar de la época de guerra fría la retención de determinadas prohibiciones del ordenamiento norteamericano de exportar productos considerados como estratégicos a partir de la «Mutual Defense Assistance

(13) En el ámbito de los contratos fue donde se planteó la teoría de la conexión independiente, de la «Sonderanknüpfung», por la que se podía admitir la competencia de una ley diferente de la «lex contractus»; se puede recordar cómo ZWEIGERT, K.: *Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote*, «Rabels Z.», 1942, pp. 283 y ss., había propiciado en los cuarenta que las prohibiciones de comerciar y el control de cambios fuesen reconocidos cuando la ejecución de la transacción litigiosa se desarrollase total o parcialmente en el territorio del Estado que hubiera establecido la prohibición, mientras más tarde LORENZ —*Vertragsabschluss und Parteiwille im internationalen Obligationsrecht Englands*, 1957, p. 176—, apoyándose en el conocido caso «Ralli Bros. v. Cia. Naviera Soto y Aznar», 1920, propuso el reconocimiento de las prohibiciones dictadas por la ley del lugar de ejecución. Con anterioridad a este artículo 7 del anteproyecto, el proyecto de tratado Benelux de 1969 indicaba en su artículo 13,2 que «lorsque le contrat est manifestement localisé dans un pays déterminé, les dispositions de la loi de ce pays, dont la nature et l'objet particuliers excluent l'application de toute autre loi, ne peuvent être écartées par la volonté des parties». Por su parte, el «Restatement (Second)» norteamericano contiene en tal línea otra disposición (par. 187, 2, b), por la que se restringe la autonomía de las partes «the application of the law chosen... would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the... particular issue and which in the absence of an effective choice» fuese el Estado de la relación más significativa («of the most significant relationship»); en cuanto a esta disposición, véase SEDLER, R. A.: *The Contracts Provisions of the Restatement (Second): An Analysis and a Critique*, «Columbia L. R.», 1972, pp. 294-298 y KHAN-FREUND, O.: *General Problems of Private International Law*, «Rec. des C.», t. 143, 1974-IV, pp. 345-347 y sobre sus diferencias con el anterior artículo 7 del anteproyecto, LANDO, O.: *The Substantive Rules in the Conflict of Laws: Comparative Comments from the Law of Contracts*, «Texas International L. J.», 1976, pp. 505-526, espec. 522: la regla del artículo 7, a diferencia del Restatement y del proyecto Benelux, no sólo opera como una restricción a la autonomía de la voluntad «by simply giving effect to fundamental rules of the otherwise applicable law, it operates as an exception to the hegemony of the proper law of the contract, a rule which gives effects to fundamental rules of states other than the state of the proper law having connection with the contract; it applies whether the proper law has been chosen by the parties (articles 2 and 3) or whether it is based on the local connections of the contract (articles 4, 5, 6 etc.)». En general, sobre la aplicabilidad y la conexión de las leyes de policía extranjeras, TOUBIANA, A.: *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (Contrats internationaux et dirigisme étatique)*, París, 1973, pp. 173-203 y 232-265, y VAN HECKE, G.: *Ius Cogens and the Law of International Trade*, pp. 4-9, en «Essays on the Law of International Trade», La Haya, 1976, pp. 4-11. El comentario de GIULIANO en el informe relativo al anteproyecto sobre la no automatización y discrecionalidad judicial en la norma (con la eventual inclusión de las leyes sobre rescisión de ciertos contratos, sobre el control de los movimientos de capitales o de mercancías —prohibiciones de ciertos pagos al extranjero o de ciertas importaciones o exportaciones—), y las observaciones de DROBNIG, U., con la retención en la razón de ser de la norma de los intereses de los Estados con convicciones políticas comunes y como pauta con connotación comercial de la de los «international standards», en LANDO, O.: VON HOFFMAN, B. y SIEHR, K. (ed.), op. cit., pp. 277-279 y 82-86, respectivamente; el comentario de GIULIANO, M., también en «Rivista D. I. Priv. proc.», 1973, pp. 229-230.

Control Act» de 1951, enmendada en 1970, y de la «Trading with the Enemy Act» de 1964, respecto a los países con «régimen comunista». Diferentes decisiones judiciales de tribunales occidentales han tenido en cuenta tales prohibiciones como consecuencia principalmente de la creación de filiales de sociedades norteamericanas multinacionales, como en el caso «Fruehauf v. Massardy», en la práctica francesa (14). El caso es que en el reconocimiento del derecho público extranjero, dentro del margen de discrecionalidad de un foro de Estado comunitario, se prestará normalmente atención a la relación razonable de tal ordenamiento con el contrato, el cual aparecerá en múltiples ocasiones a través del lugar de ejecución o de cumplimiento del contrato, y a la protección del mercado afectado.

En segundo lugar, otra causa de retención del derecho público extranjero ha venido motivada por el respaldo que las leyes sobre control de cambios procedentes de cualquier Estado miembro del Fondo Monetario Internacional recibieron por los Acuerdos de Bretton Woods, por el conocido artículo VIII, sección b: «los contratos de cambio que, afectando a la moneda de un miembro, fueran contrarios a las normas sobre control de cambios de dicho miembro mantenidas o establecidas de conformidad con este convenio no tendrán fuerza de obligar («shall be unenforceable»), en los territorios de otro miembro...». Esta obligación de cooperación entre los miembros se traduce en el necesario reconocimiento en un Estado de las disposiciones en tal materia de cualquier otro Estado, con la posibilidad de intensificar tal actitud por medidas adicionales, aunque queda pendiente no obstante la cuestión de determinar si la ley extranjera tenida en cuenta eventualmente es cualquier ley en relación con el contrato o tan sólo la ley del Estado en cuya moneda se había pactado el pago. En la interpretación oficial del Fondo de 1949, la prohibición de actuación significaba que «the obligations of such contracts will not be implemented by the judicial or administrative authorities of member countries, for example by decreeing performance of the contracts or by awarding damages for their non-performance» (15). El caso es que en el contexto regional comunitario, más integrado que el abarcado por el Fondo, la retención de normas sobre control de cambios de otro Estado comunitario deberá ser hecha con una óptica más amplia y solidaria, dándose relieve al derecho extranjero cambiario, a pesar de no ser el de la moneda de pago, con el desbordamiento previsible del reclamo conflictual en materia contractual.

En tercer lugar, en cuanto a las prácticas restrictivas de la concurrencia —en la que de un modo progresivo se ha dado entrada a leyes extranjeras protectoras de tal concurrencia, atendándose a consideraciones en favor de los terceros consumidores o del propio mercado y superándose los estrechos límites de la territo-

(14) Con un planteamiento general, STARR, R. I.: *Trading with the USSR and China*, Business Lawyer, 1973, pp. 1301-1308 y más particularizado CRAIG, W. L.: *Application of the Trading with the Enemy Act to Foreign Corporations owned by Americans; Reflections on the Fruehauf v. Massardy*, «Harvard L. R.», 1970, pp. 579-601; en relación con Canadá, CORCORAN, J. I. W.: *The Trading with the Enemy Act: The Impact of the Amended Foreign Assets Control Regulations on Canadian Corporations owned by Americans*, «Mc. Gill L. J.», 1970, pp. 460-487.

(15) En VAN HECKE, G.: *Currency*, «Int. Encyclopedia of Comparative Law», Tübingen, 1975, páginas 14-19; en general, GOLD, J.: *The Fund Agreement in the Courts*, Washington, 1962, pp. 60-66 y TREVES, T.: *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padua, 1967, pp. 209-232.

rialidad—, el planteamiento debe sufrir cambios significativos en el cuadro comunitario. Teniendo en cuenta los intereses derivados del buen funcionamiento de una economía de mercado se ha señalado en principio tal posibilidad de aplicación, subordinándola tan sólo a las condiciones de que «tales leyes y sanciones no vayan contra nuestras propias leyes en la materia ni contra otras leyes de aplicación inmediata ni más generalmente contra el orden público internacional de la *lex fori*» y de que también «haya, desde el punto de vista de la *lex fori*, un vínculo suficiente con el país en el que la legislación invocada está en vigor» (16). Ahora bien, con el establecimiento de la CEE y el desarrollo del régimen comunitario de libre concurrencia sobre la base de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, los aspectos extraterritoriales del derecho público en la materia han adquirido un gran auge al operarse con reglas de procedencia comunitaria. En la medida en que se ha considerado como mercado afectado el comunitario, las reglas favorecedoras de la concurrencia han llegado a alcanzar a sociedades con sede social inclusive fuera de tal territorio (17).

En cuanto a otras materias afectables tangencialmente por tal aplicación de normas imperativas extranjeras se podría hacer referencia al caso de retención de la ley personal de sociedades pasadas al sector público como consecuencia de medidas de nacionalización, respecto a las que los Estados de economía de mercado opusieron la excepción del orden público para el reconocimiento de la personalidad concedida por la nueva ley; la consiguiente discriminación en su trato, con una visión subyacente de orden público, ha sido progresivamente marginada por las circunstancias de distensión Este-Oeste, de proliferación de relaciones económicas y de reparto de mercados (18). En todo caso, tal entrada se produciría cuando en la contratación hubiera intervenido como parte tal sociedad, regida por su peculiar ley personal.

En resumen, se puede indicar que por el artículo 7 se ha dado mayor relieve a tal aplicación de normas imperativas bien extranjeras, bien del foro, aunque con sujeción a nuevas condiciones. Resultan constatables los más amplios visos de

(16) MEZGER: *Pratiques restrictives de la concurrence*, «Répertoire Dalloz», t. II, Paris, 1969, páginas 609-612. En cuanto a la delimitación con la concurrencia ilícita o desleal protegida convencionalmente en el marco de la Unión de París, de modo principal tras la revisión de Washington de 1911, artículo 10 bis, DERRUPPE, J.: *Concurrence déloyale ou illicite*, «Répertoire Dalloz», t. I, Paris, 1968, pp. 459-462.

(17) Al respecto, por ejemplo, STOUFFLET, J.: *La compétence extraterritoriale du droit de la concurrence de la Communauté Economique Européenne*, «J. C.», 1971, pp. 487-500, aunque con posterioridad hay que retener las importantes ocho sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre «los colorantes», asuntos 48 a 57/69, de 14 de julio de 1972, «Rec. des arrêts», p. 619, implicando a las multinacionales del sector químico y farmacéutico ICI, BASF, BAYER, GEIGY, SANDOZ, FRANCOLOR, CASSELLA, HOECHST y ACNA.

(18) Dentro de la literatura de los países de economía de mercado, por ejemplo, MANN, F. A.: *The confiscation of Corporation, Corporate Fights and Corporate Assets in the Conflict of Laws*, «I.C.L.O.», 1962, pp. 483-494 y SEIDL-HOHENVELDERN, I.: *The Impact of Public International Law Rules on Corporations*, «Rec. des C.», t. 123, 1968-I, pp. 17-57. La presencia de evidentes consideraciones políticas en la eventual retención del derecho público extranjero aparece también, por ejemplo, en RIGAUX, F.: *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, 1977, páginas 190-207.

operatividad, implicándose también a las normas propiamente comunitarias y a las nacionales progresivamente armonizadas por el proceso de integración.

5. Referencia a los problemas generales.

En relación con la dinámica de las normas conflictuales, y de las pautas flexibles de solución en atención a los contactos, elegidas, no se han producido cambios sobre los problemas generales retenidos. Así, sobre la calificación, resulta obligado de un modo general referirse a la regla inspiradora comunitaria del artículo 23, según el cual «a los fines de la interpretación y de la aplicación de las reglas uniformes que preceden, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la oportunidad de llegar a la uniformidad en el modo como son interpretadas y aplicadas»; en un contexto particular se continúan calificando implícitamente en el artículo 8 los vicios del consentimiento como parte del sector contractual, aspectos de fondo, y no del personal o real. El juego del fraude queda ampliamente recortado en materia contractual por la propia consideración internacionalizada de la contratación que se regula; aparece no obstante subyacente bien en la elección de conexiones presuntamente más favorables para la parte débil en los contratos de adhesión o de consumo y de trabajo, bien por el alcance de la discrecionalidad judicial con su especial función revisora **a posteriori**. En cuanto al reenvío, continúa siendo rechazado en el artículo 21 que debe ser entendido reteniéndose exclusivamente las correspondientes disposiciones materiales de todo ordenamiento elegido o entrando en contacto con el contrato y tal como resultan aplicables en origen. Si el orden público es acogido de modo restringido en el artículo 22, por el cual el marginamiento de la ley en principio aplicable se puede producir al «ser manifiestamente incompatible con el orden público del foro», se apunta a su consideración impropia o degenerada de reflejo en el contexto de homologación del artículo 7 ya analizado. En el tratamiento procesal del derecho material extranjero no cabe duda que la vigencia del Convenio de Londres de 1968 acerca de la información sobre el derecho extranjero ayuda a la cooperación informativa en materia de derecho privado, principalmente extrapatrimonial; también, y en lo que respecta a las disposiciones de carácter patrimonial y de derecho público, se deberá tener en cuenta por los jueces nacionales el centro informativo propiamente comunitario, con la eventual retención inclusive de alguna vía de remisión **ad hoc** (19).

(19) Cfr. BRUILLARD, G.: *La Convention Européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, et l'influence qu'elle peut avoir sur l'application de la loi étrangère dans la nouvelle procédure civile*, «La Semaine Juridique», 1973 I, no. 2580: «la Convención... no ofrece duda sobre el espíritu europeo que la anima: si la multiplicación de los intercambios entraña la necesidad prioritaria de mejorar la información judicial sobre los derechos extranjeros a propósito de casos concretos, es porque evidentemente hay reglas extranjeras susceptibles de ser aplicadas a tales casos, no debiendo ser ya eludidas». En materia de reenvío, DROZ, G.: *Compétence...* *Op. cit.*, p. 476, advertía ciertas diferencias en las prácticas francesa y alemana federal al respecto en el ámbito contractual, que han quedado eliminadas en la línea también del Convenio de La Haya de 1955; no obstante, Trib. Apel., París, 23-1-1975, admitiendo el reenvío en materia de prescripción,

III. EL AMBITO DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO

Sucesivamente se tratan los planos de la formación y de los efectos del contrato.

1. Aspectos de la formación del contrato: a) Capacidad y consentimiento; b) Objeto y causa; c) Forma, y d) Prueba.

a) Se continúa con la distinción entre validez del consentimiento en el contrato principal y validez del consentimiento en el contrato de elección de ley aplicable, advirtiéndose ya en el artículo 2,3 que «la existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la ley aplicable son reguladas por las disposiciones establecidas en el artículo 8»; éste indica que «la existencia y la validez del contrato o de una disposición de éste son sometidas a la ley que sería aplicable en virtud de los artículos anteriores [ley elegida, ley con vínculos más estrechos, ley de la parte suministradora de la prestación más característica...], si el contrato o la disposición fueran válidos». Las condiciones sobre la validez del consentimiento contempladas en el artículo 8 hacen referencia a las condiciones relativas al consentimiento en general, de modo que los vicios del consentimiento quedan incluidos en el sector contractual. Ha prosperado así la línea de la unidad del contrato.

Para reglamentar conflictualmente, entre otros, los aspectos materiales divergentes del eventual alcance del compromiso de quien hace la oferta, el valor del cruce de dos ofertas semejantes, y sobre todo la posible consideración del silencio como aceptación, se ha elegido en principio la «lex contractus». Con anterioridad, en la primera variante del artículo 2,4 se retenía el silencio de una parte sobre propuesta de la ley aplicable, antes o en conexión con la formación del contrato, con la sumisión bien a la ley de la residencia habitual de tal parte en caso de no ser comerciante, bien a «los hábitos precedentemente establecidos entre las partes o los usos del comercio internacional de los que las partes tienen o deberían haber tenido conocimiento en razón de su profesión»; la segunda variante contemplaba el supuesto de la existencia de hábitos o usos del comercio internacional previos, apuntando así a la intervención de partes comerciantes. El alcance del silencio, no ya respecto a la «electio iuris», sino respecto a la formación del contrato principal, estaba previsto a través de dos variantes anejas al artículo 8,2 que hacían entrar en juego, bien la ley de la residencia habitual de tal parte bajo silencio o los hábitos y usos del comercio internacional, bien exclusivamente los hábitos o los usos practicados en el comercio internacional. En la nueva redacción, el artículo 8,2 simplifica la primera variante: «Para establecer que no ha consentido, una parte puede referirse a la ley de su residencia habitual si aparece de las circunstancias que no resultaría razonable determinar el efecto

calificada como institución procesal, en el caso de obligación contractual, «R.C.», 1976, pp. 97-108, con nota de DAYANT, R.

del comportamiento de esta parte según la ley prevista en el párrafo precedente». Esta protección a cargo del ordenamiento de la residencia habitual de la parte en silencio —marginándose la anterior disposición correctora en favor de los hábitos y usos del comercio internacional, patrocinada por la delegación holandesa, partidaria de evitar que los contratos de exportación dependieran de ordenamientos imprevisibles—, está ampliamente en la línea de la regulación de los contratos de consumo o de adhesión, ya analizados (20).

Respecto a la capacidad, se continúa contando tan sólo con la regla del interés nacional en el artículo 20, configurada como de conflicto degenerada. Permanecen las características básicas de la redacción anterior no aceptándose la invocación de la incapacidad por una parte en base a una diferente a la de la conclusión del contrato, incluso cuando no tenga nacionalidad distinta respecto al otro contratante que haya actuado «de buena fe y sin imprudencia».

b) El objeto y la causa del contrato escapan a la «lex contractus» cuando se violan las disposiciones de una ley extranjera conectada al abrigo del artículo 7, de eventual aplicación de normas imperativas extranjeras o del foro. Aquí entrarán las normas de control de cambios, de limitaciones de exportación o de prácticas restrictivas de la concurrencia, a las que ya se ha hecho referencia. Consideraciones de orden público comunitario podrán eventualmente perfilar mejor la licitud del objeto y de la causa.

c) La concreción se ha acentuado en el nuevo artículo 18, en materia de formas, en comparación con la redacción anterior. Si la regla general contenida en el párrafo primero permanece en favor de la validez del contrato con la opción a efectos de ley reguladora entre la rectora del fondo o contenido y la del lugar de conclusión y la retención de la eventualidad de declaraciones de las partes para su conclusión —pluralidad de declaraciones para los contratos por correspondencia—, se ha añadido un párrafo segundo contemplando las declaraciones de carácter unilateral entre las que se deben englobar los reconocimientos de deudas: «Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato concluido o por concluir es válido en cuanto a la forma si satisface las condiciones de forma de la ley que regula o regularía tal contrato en virtud del presente convenio o de la ley del lugar en que tal acto se ha producido». Se puede destacar también que no se hace referencia expresa a la posibilidad que admite el artículo 7 de hacer entrar

(20) Sobre la anterior redacción del artículo 8,2 se pueden mencionar las apreciaciones de LAGARDE, P.: *Examen...* Op. cit., p. 160, que advertía de la oposición de la delegación holandesa a la retención de la ley correspondiente al destinatario de la oferta, y FOYER, J.: Op. cit., p. 624. Con el nuevo artículo 8,2 se pueden corregir eventuales abusos por la parte dictando el contrato, en la línea así de las críticas hechas por CAVERS, D.: Op. cit., p. 610; por la nueva norma se exige ahora la previa validez de la ley elegida para determinar las condiciones del consentimiento y la propia validez del contrato, cabiendo, además, la posibilidad de que tal ley sea la que presente los vínculos más estrechos con el contrato. En una misma línea protectora, en contraste con el artículo 2,3 del Convenio de La Haya de 1955, sobre ley aplicable a las ventas, el artículo 4,3 del Convenio de La Haya de 1965, sobre los acuerdos de elección de foro señala que tal acuerdo «sólo es válido si no ha sido obtenido por un abuso de poder económico o por otros medios desleales».

En cuanto al valor del silencio, en un plano material comparado, RIPERT, R. (dir.): *La formation du contrat. Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché Commun*, París, 1976, pp. 22-23.

en juego las disposiciones imperativas de una tercera ley —que podrían tener un carácter protector de la parte débil en contratos de consumo o de adhesión previstos especialmente en el país de la residencia del consumidor (21)— y que se habla expresamente de validez de contratos en cuanto a la forma y no de validez de actos jurídicos.

d) En materia de prueba, la nueva redacción del artículo 19 simplifica ampliamente su regulación, bien a consecuencia de la negociación con los nuevos Estados miembros, bien como resultado de la no reglamentación de las obligaciones no contractuales en la que tanta relevancia tienen la existencia y la fuerza de las presunciones legales. Si en principio las cuestiones de prueba y de procedimiento se rigen por la ley del foro, las presunciones legales y la carga de la prueba pueden correr a cargo de la «lex contractus», mientras que la admisibilidad de los modos de prueba, por testigos o por presunciones de los contratos, por ejemplo, son determinados opcionalmente por la «lex fori» o por cualquier ley reguladora de la forma, siempre que se puedan administrar ante el tribunal del foro; se ha endulzado así la anterior restricción de la necesaria compatibilidad de tales modos de prueba con la ley del foro, pasándose a la simple posibilidad de hecho. Se ha suprimido el párrafo 3, sobre la fuerza probatoria de los actos jurídicos. En cuanto a las sanciones a tales condiciones de formación habrá que estar a los diferentes sistemas conflictuales de los Estados miembros.

2. Aspectos de los efectos del contrato: a) Interpretación; b) Ejecución del contrato; c) Extinción del contrato; d) Inejecución del contrato; y e) Cesión y transferencia de créditos.

Sobre los efectos, el nuevo artículo 15 se ha distanciado algo de la primitiva redacción; así, se ha añadido expresamente la interpretación del contrato y la ejecución de las obligaciones que engendra, en vez de simplemente las condiciones de su ejecución, y se han perfilado las consecuencias de la falta de ejecución, como asimismo los distintos modos de ejecución de las obligaciones. En el párrafo segundo se comprenden en las modalidades de ejecución «las medidas a adoptar por el acreedor en caso de falta en la ejecución». La consecuencia en tal tratamiento del ámbito estriba en que se da entrada a la ley local correspon-

(21) Al respecto, LANDO, O.: *Contracts*, op. cit., p. 100; más, en general, *Consumer Contracts and Party Autonomy in the Conflict of Laws*, en «Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Ake Malmstroem», Estocolmo, 1972, pp. 141-157. En relación con los vicios del consentimiento, también el artículo 2 del Convenio de La Haya de 1955 los hace depender de la ley del contrato; en una perspectiva material comparada, véase RODIERE, R. (dir.): *Les vices du consentement dans le contrat. Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché Commun*, París, 1977, espec., pp. 16-40, cabiendo observar, además, que varían los plazos de petición de nulidad por la existencia de tales vicios en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Resulta evidente que la aplicación de la ley elegida respecto a la validez de la elección no resulta practicable cuando es incierto qué ley ha sido escogida, para cuyo supuesto se ha apuntado estar a la discreción del juez.

diente al país de la ejecución para reglamentar sus modalidades, mientras en principio permanece la «lex contractus» para el restante ámbito.

a) En cuanto a la interpretación del contrato, sirviendo para la determinación de su tenor y así de su correspondiente fuerza obligatoria, cabe advertir que las consideraciones de manifestación de la intención y de la experiencia de las partes confluyen con las propiamente de terminología y práctica comunitarias; así, la «lex contractus» aplicable en principio a esta materia en base al artículo 15,1 a) debe resultar congruente con las pautas de interpretación generales procedentes del artículo 23, sobre el método comunitario en la aplicación judicial de las reglas del anteproyecto (22).

b) Sobre la ejecución del contrato se continúan deslindando sus condiciones y modalidades. Si a la «lex contractus» corresponde los puntos de la extensión de las obligaciones, de la moneda de cuenta para su fijación, de la solidaridad entre deudores..., la ley local entra en juego con variable intensidad, al no estar bien delimitado su campo, en las modalidades de ejecución, que comprenden, entre otros, los puntos de la moneda de pago, del examen de mercancías, de los días feriados... Es evidente que también por el artículo 7 puede encontrar cobertura la ley local (23).

c) Dentro de la extinción de la obligación, excluyéndose su ejecución, se contemplan los casos de novación, de compensación, de prescripción extintiva o liberatoria... dándose competencia a la «lex contractus».

d) Entrando en las sanciones de la fuerza obligatoria, es evidente respecto a la inejecución que en principio la «lex contractus» debe determinar el tenor de las obligaciones y las consecuencias de su inejecución, como la responsabilidad contractual, la prescripción eventual de la acción en responsabilidad contractual y sus efectos como el derecho a la reparación.

(22) En relación con el artículo 23, en la línea también de la Declaración común final, recuérdese la opinión de SASSE VAN YSSELT, Th. en su informe en «*Rivista D. I. priv. proc.*», **Op. cit.**, página 258, quien, tras señalar que tal disposición se inspiraba en una fórmula elaborada por la UNCITRAL en cuanto al proyecto de revisión de la ley uniforme sobre la venta y el anteproyecto de convenio sobre la prescripción y los plazos en la venta internacional, advertía: «por consiguiente, el juez no podrá asimilar las disposiciones del convenio en lo que respecta a su interpretación a disposiciones jurídicas puramente internas. Ha parecido que una de las ventajas de este artículo podría ser la de permitir a las partes prevalerse de decisiones dictadas en otros países. En el espíritu de este artículo debe ser resuelto el problema de la calificación...»

(23) Continúan teniendo relieve las consideraciones generales hechas al respecto por GIULIANO, M., en su informe en «*Rivista...*», **Op. cit.**, pp. 243-245, comparando la fórmula adoptada con las de los artículos 4 del convenio de 1955 y 38,4 del convenio de 1964. Sobre la dificultad de delimitar el contenido mismo de la noción de modalidades de ejecución, FOYER, J.: **Op. cit.**, p. 635, aunque quepa referirse en general a CONFORTI, B.: *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Nápoles, 1962; por su parte, RABEL, E. —*Lectures on the Conflict of Laws: Conflict Rules on Contracts*, Michigan, 1951, pp. 127-141 y *Gesammelte Aufsätze*, t. II, Tübingen, 1965, pp. 456-470— señalaba, en p. 467, dentro de las modalidades de ejecución, «the manner of tender, hours of the day or days of the week for making a payment, protest or other necessary act, the units of currency having legal tender and the question whether a sum stated in foreign money may or must be paid in a corresponding sum of the local currency», aunque añadiendo que «the law of the place of performance... has no extraterritorial effect on the amount in money due under the contract or on the legality of the obligations».

e) Por último, en cuanto a la transmisión o cesión de créditos, el artículo 16 señala la aplicación de la «lex contractus» que se extiende a su cesibilidad, a las relaciones entre cesionario y deudor, a las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y al carácter liberatorio del pago hecho por el deudor. Sin apenas modificaciones respecto a la redacción anterior —tan sólo cabe contra la supresión de los terceros en cuanto a las condiciones de oponibilidad y el cambio del término carácter transferible por el de cesibilidad—, el caso es que la búsqueda de unidad en la ley aplicable margina la retención de la ley del domicilio del deudor adoptada en otros artículos para, presuntamente, favorecer a la parte más débil. Mayor complicación aparece en el artículo 17, sobre subrogación legal, al distinguirse entre la existencia de la subrogación y los efectos de modo que éstos no pueden modificar ni agravar la situación del deudor; tal aspecto tiene, sin embargo, mayor oportunidad en materia de obligaciones no contractuales.

IV. OTRAS DISPOSICIONES

Dentro de los artículos 24 a 36, en el título tercero relativo a «disposiciones finales», se han producido algunos cambios, con la regulación en el artículo 24 bis del supuesto de los Estados plurilegislativos y en el artículo 31 del ámbito de aplicación territorial del anteproyecto, teniéndose en cuenta el particular **status** de algunos territorios europeos dependientes de Dinamarca o del Reino Unido, o, según la perífrasis acogida, territorios «cuyas relaciones internacionales éste asume». Además de repetirse la cláusula de no reciprocidad en el artículo 24 («la ley designada por el presente convenio se aplica incluso si esta ley es la de un Estado no contratante»), con las consecuencias de imprevisibilidad en materias como la de contratos de trabajo, las disposiciones más pormenorizadas se refieren a los supuestos de conflictos de convenios; así, si respecto al pasado el artículo 27,1 preserva el **status** de varios Estados miembros partes en otros convenios vigentes en obligaciones contractuales a expensas incluso de la uniformidad regional, respecto al futuro el artículo 27,2 establece un procedimiento de comunicación e información para tal eventualidad [24].

[24] En relación con la paralela vigencia de los Convenios sobre la ley aplicable a las ventas de mercaderías de 1955 y el contenido Ley uniforme de 1964 en varios Estados miembros, hay que tener en cuenta como demostración de los límites de tal unificación realizada [en conexión con la anterior nota 4], que de los Estados de la CEE partes en el segundo, los Países Bajos y el Reino Unido han negado a la ley uniforme el carácter de «ius gentium» de la venta al abrigarse en importantes reservas: RIGAUX, F.: *Le domaine d'application de la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et de la loi uniforme sur la formation de ces contrats de vente*, en «Le contrat économique International...» *Op. cit.*, pp. 67-113. Las fórmulas adoptadas anteriormente en los artículos finales, como las de libertad vigilada del 26, la de las consultas del 28 y las relativas a las posibilidades de revisión en el 30, resultan demasiado minuciosas si se parte de una amplia presunción de interés unificador. Finalmente, en el informe, *op. cit.*, p. 260, se resuelve por parte del mismo SASSE VAN YSSELT el problema del conflicto transitorio internacional —«¿las nuevas reglas se aplicarán de oficio a los procesos ya en curso en el momento de la entrada en vigor del convenio?»— de acuerdo con el derecho transitorio de cada Estado parte.

V. CONCLUSIONES

En realidad, si la estructura y los rasgos generales del anteproyecto de 1970-72 han permanecido, pero reduciéndose a las obligaciones contractuales, sin embargo se han producido cambios importantes con orientación variable. Así, tiene una evidente significación progresiva y protectora la aparición independizada de los contratos de adhesión o de consumo (en el nuevo art. 5), la limitación de la autonomía respecto a las disposiciones imperativas de otro ordenamiento interesado respecto al en principio elegido (art. 2,2) —aunque con el «pendant» de la flexibilidad para los contratos entre profesionales (art. 4)—, y la determinación del alcance del silencio de una parte (art. 8). Una significación regresiva tiene, aunque con la válvula siempre presente de la ley de los «vínculos más estrechos», el contrato de trabajo (en el nuevo art. 6), mientras ha quedado congelada la más adecuada propuesta de reglamento de 1972, basada en consideraciones de territorialidad, a pesar de que se limitaba a contemplar a los trabajadores comunitarios de origen y no a los emigrantes de periferia. Al pormenorizarse más por el artículo 7 la eventual entrada de disposiciones extranjeras escindiendo, aunque no desmembrando, el contrato, habrá que estar a la futura práctica judicial para determinar su progresiva o regresiva orientación; previsiblemente operará más con ánimo comunitario comercial y económico, amparando políticas de la línea de libre empresa en concurrencia, que con ánimo protector al consumidor y a la parte menos fuerte y organizada. Junto a otros cambios menores en cuanto al ámbito de materias bajo aplicación, al contrato de transporte de mercancías y a las cuestiones de prueba y procedimiento, se han añadido disposiciones más perfeccionadas para prever los aspectos secundarios del Estado plurilegislativo (art. 24 bis) y de la aplicación territorial (art. 31). No obstante, desde el ángulo de ordenamientos estatales, con normas bien escuálidas y sintéticas, como en el caso de los artículos 10,5 y 10,6 de nuestro CC, el desfase resulta bien ventajoso para el anteproyecto comunitario.

Diciembre, 1978