

PROYECTO DE CONVENIO CEE SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

por José Luis IGLESIAS BUIGUES (*)

SUMARIO

INTRODUCCION.—I. EL MARCO DEL CONVENIO.—II. AMBITO DE APLICACION.—III. LA DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE: A) El principio autonómico. B) La conexión subsidiaria: la ley más íntimamente vinculada al contrato. C) La reserva de las leyes imperativas.—IV. AMBITO DE APLICACION DE LA «**LEX CONTRACTUS**»: A) El ámbito general. B) La validez del consentimiento.—V. LOS LIMITES AL AMBITO DE LA «**LEX CONTRACTUS**»: A) Las modalidades de ejecución de las obligaciones. B) La capacidad de las partes.—VI. LA LEY APLICABLE A LA FORMA DEL CONTRATO.—VII. LA CESION DE CREDITOS Y LA SUBROGACION.—VIII. LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES.—IX. LOS PROBLEMAS GENERALES: 1. Reenvío. 2. Orden público. 3. Calificación y fraude a la ley.

INTRODUCCION.

El texto del proyecto de Convenio que a continuación comentamos, es el último existente, hasta el momento, elaborado por el Grupo de expertos en la reunión tenida en febrero de 1979 (1); en el mes de abril del mismo año, fue transmitido al Consejo de las Comunidades Europeas para que este órgano le diera el curso previsto.

(*) Profesor Agregado de Derecho Internacional Público y Privado.

(1) Commission des Communautés Européennes. Direction Générale du Marché Intérieur et des affaires Industrielles. III/F-4. «Droit International Privé». Doc. número 172. **Projet de Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles**. El **Rapport**, sobre este texto, elaborado por los Profesores Lagarde y Giuliano y puesto a punto en la reunión tenida el 18-20 de junio de 1979, fue igualmente transmitido al Consejo y a los gobiernos de los Estados miembros. El **Rapport** lleva igual cita que la del texto del proyecto de Convenio, Doc. núm. 173.

El origen del Convenio se encuentra en la invitación que, el 8 de septiembre de 1967, dirige el Representante permanente de Bélgica a la Comisión de las Comunidades, en nombre de los gobiernos del Benelux, con el objeto de proceder a la unificación y codificación del Derecho internacional privado en el seno de la Comunidad, haciéndose especial mención del derecho de los contratos, habida cuenta de la importancia de la materia y de la disparidad de reglas de conflicto sobre ella existentes en los diversos países comunitarios. La Comisión, aceptando inmediatamente la propuesta, invitó a su vez a los Estados miembros a celebrar una primera reunión de expertos que se hiciera una idea completa del estado del derecho en la materia y que decidiera si debía emprenderse, y en qué medida la armonización o la unificación de las pertinentes reglas de conflicto. Hecho un primer balance de la situación en la reunión de expertos habida del 26 al 28 de febrero de 1969, las primeras decisiones se adoptan en la reunión del 20 al 22 de octubre del mismo año, y, entre ellas, la más destacable es la de consagrarse al estudio de la armonización de las materias más vinculadas al buen funcionamiento del Mercado Común: ley aplicable a los bienes corporales e incorporeales, a las obligaciones contractuales y extracontractuales, a la forma de los actos y a la prueba, así como a las cuestiones o problemas generales relacionados con las materias precedentes (reenvío, calificación, orden público, etc.). Esta armonización, sin estar ligada al artículo 220 del Tratado CEE, sería la prolongación natural del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1978, sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones. Los resultados de esta reunión fueron aceptados por la Comisión, que solicitó el acuerdo de los Estados para la prosecución de los trabajos y la preparación de un anteproyecto de convenio; el 15 de enero de 1970, el COREPER dio el mandato al grupo de expertos para la continuación de los trabajos, circunscribiéndolos a los temas antes indicados. Elegido Presidente del Grupo el jurista belga Paul Jenard, se nombraron ponentes a los Profesores Arndt, alemán (bienes corporales e incorporeales), Giuliano, italiano (obligaciones), Lagarde, francés (forma de los actos y prueba) y al jurista holandés Van Sasse van Ysselt (cuestiones generales).

El punto de partida de los trabajos efectivos se sitúa en el examen y discusión de los cuestionarios establecidos por los tres últimos ponentes citados, en la reunión del 1 al 4 de junio de 1970; fueron necesarias once reuniones más para que, en junio de 1972, el Grupo finalizara la elaboración del primer texto del anteproyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales y su correspondiente «Rapport» (este último definitivamente puesto a punto en el mes de septiembre) (2). Este anteproyecto de 1972 incluía las obligaciones contractuales y extracontractuales, la forma de los actos, la prueba y los problemas generales en su relación con las obligaciones. Con el ingreso de los tres nuevos Estados —Reino Unido, Irlanda y Dinamarca— en las Comunidades Europeas, era lógico que el texto fuera revisado, como así lo ordenó el COREPER; el trabajo de revisión comenzó a finales de 1975, pero centrado ya

(2) El **Rapport**; sobre este primer texto puede consultarse en la *Rivista D. I. Priv. e Proc.*, 1973-1, pp. 198 y ss.

el tema concreto de las obligaciones contractuales, decidiéndose, en marzo de 1978 (3), la apertura de negociaciones tendentes a la elaboración de un segundo convenio sobre las obligaciones extracontractuales, inmediatamente después de que se terminase el dedicado a los contratos. Se llega, así, tras catorce reuniones plenarias del Grupo, a la de febrero de 1979, en la que, como hemos dicho al principio, el Grupo finalizó el presente texto del anteproyecto.

Como **características** esenciales del futuro Convenio, debe destacarse, en primer lugar, que su objetivo fundamental es el de introducir, en el derecho nacional de los Estados miembros de las Comunidades, un conjunto de **reglas uniformes** en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales, junto a ciertas cuestiones o problemas generales del Derecho Internacional Privado en la medida en la que tales cuestiones se presenten en la materia cubierta por el Convenio. Rasgo de gran relevancia, en segundo lugar, es la nota con que se acompaña a estas **reglas uniformes**: *la ley designada por el Convenio es la aplicable incluso en el supuesto de que sea la de un Estado no parte*; esta **vocación universal** del Convenio, que existe ya en algunos de los elaborados en La Haya (en materia de ley aplicable a la venta internacional de mercaderías o en materia de accidentes de carretera, por ejemplo) significa que las reglas uniformes se aplicarán a cualquier supuesto con tal de que se plantee ante un juez de cualquiera de los Estados contratantes. De esta manera, el Convenio regirá para todas las relaciones comerciales que se establezcan entre los Estados partes o entre éstos y terceros, relaciones que, por añadidura, están sometidas ya al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de las decisiones del que el Convenio sobre las obligaciones es, como hemos dicho, un complemento y una prolongación. El carácter universalista de estas reglas queda reforzado por la disposición del artículo 18, que manda, a los fines de interpretación y aplicación, tener en cuenta su naturaleza internacional y la oportunidad de alcanzar la uniformidad también en la forma en que sean interpretadas y aplicadas.

Por último, a diferencia de lo que ocurre con el aludido Convenio de Bruselas de 1968, en el presente no se ha resuelto la situación de los terceros Estados, que accedieran un día a miembros de las Comunidades, frente al Convenio. Sólo la «Declaración Común» que figura como anexo del Convenio, alude a la cuestión en su parte II, al decir que los Estados contratantes «expresan la opinión de que cualquier Estado que llegara a ser miembro de las Comunidades Europeas, tendría la obligación de adherirse igualmente al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales».

(3) En esta fecha se finaliza un segundo texto que substancialmente coincide con el de febrero de 1979, si bien este último presenta, en relación con el anterior, retoques importantes, habiéndose igualmente alterado el orden de los artículos. El texto de 1978 lleva la misma cita que el anterior Doc. núm. 131 mars. 1978.

I. EL MARCO DEL CONVENIO

El futuro Convenio en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuenta, en el presente estadio de proyecto, con treinta y un artículos, precedidos de un Preámbulo y cerrados por una «Declaración común». En acto separado se contiene el Protocolo por el que se somete el Convenio, en cuanto a su interpretación, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Título Primero (arts. 1 y 2) delimita el campo de aplicación del Convenio; el Título segundo (arts. 3 a 21) establece las reglas uniformes; el Título tercero (arts. 22 a 31) acoge las cláusulas finales.

Los posibles problemas que pudiera plantear el Convenio con relación a otras disposiciones suscritas o que pudieran suscribirse por los Estados partes, en la materia contemplada, quedan resueltas por el Convenio, distinguiendo entre lo que pudiéramos llamar «relaciones intracomunitarias» y «relaciones extracomunitarias». En el primer caso, el posible conflicto entre el Convenio y los actos normativos de Derecho internacional privado relativos a materias particulares en los que se regula los conflictos de leyes sobre las obligaciones contractuales, emanados de las instituciones europeas, o el derecho nacional armonizado en ejecución de tales actos, se resuelve, en el artículo 20, dando primacía a estos últimos sobre el Convenio (4). En el segundo caso, el hecho de que un Estado miembro de las Comunidades suscriba el Convenio, no le sustrae de las obligaciones contraídas por otros convenios internacionales en los que ese Estado, o las mismas Comunidades Europeas, son o serán partes (art. 21). Si un Estado desea ser parte, tras la entrada en vigor del Convenio para ese Estado, de un tratado multilateral, abierto a la firma posteriormente a la entrada en vigor del Convenio, y cuyo objeto principal, o uno de los objetos principales, es la regulación de alguna de las materias previstas en el Convenio, su artículo 23 ordena la aplicación del procedimiento de consulta establecido en el artículo 22 para los casos en los que un Estado contratante desee adoptar, una vez en vigor el Convenio, una nueva regla de conflicto para una categoría particular de contrato, esto es, la comunicación de sus intenciones a los demás Estados, a través del Secretario General del Consejo de las Comunidades; en un plazo de seis meses, cualquier Estado puede solicitar del Secretario General la organización de las consultas necesarias con el fin de llegar a un acuerdo. Si en el plazo indicado nadie ha pedido la consulta o si ésta no finaliza en un acuerdo en los dos años siguientes a la fecha de recepción por el Secretario General de la citada comunicación, el Estado interesado queda autorizado a modificar su legislación en el sentido que había propuesto, debiendo comunicar a los demás Estados las medidas adoptadas; la única salvedad que hace

(4) La Declaración común que acompaña al Convenio expresa el deseo de los signatarios de que, en tales casos, las Instituciones comunitarias adopten las reglas de conflicto, en la medida de lo posible, en armonía con las del Convenio, y que, en la elaboración de aquéllas, soliciten el concurso de los expertos gubernamentales en Derecho internacional privado. (Apartado I.)

el artículo 23 es la de acortar en un año el período de negociación (5). Si quedan fuera del ámbito del artículo 23 los acuerdos que no tienen por objeto principal el establecimiento de reglas de conflicto en la materia cubierta por el Convenio, puede ocurrir, sin embargo, que la celebración de tales acuerdos sea considerada como una actitud que compromete la unificación realizada por el Convenio; en tal caso, el Estado parte que llegue a esa conclusión está en derecho de solicitar al Secretario General del Consejo de Ministros la apertura de consultas entre los Estados contratantes (art. 24).

Una disposición de particular interés es la relativa a los Estados plurilegislativos, acogida ya en los últimos convenios de La Haya, como el de 14 de marzo de 1978, sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales (arts. 17 y 18) o el relativo a la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, de la misma fecha (arts. 19 y 20). En efecto, el artículo 19 del Convenio, a los fines de la determinación de la ley aplicable, considera como un país cada una de las unidades territoriales que puedan componer un Estado, naturalmente si en ellas existen reglas propias en materia de obligaciones contractuales. Ahora bien, si en ese caso la relación contractual estuviera vinculada exclusivamente con el derecho de dos o más de esas unidades territoriales, el Estado en cuestión no está obligado a aplicar el Convenio a tal relación. Dicho de otro modo, el contrato puede quedar regido, en virtud del Convenio, por la ley escocesa, pero si está exclusivamente ligado a esa ley y a la inglesa, no hay obligación por parte del Reino Unido de resolver el conflicto por aplicación del Convenio.

Las restantes disposiciones, habituales en todos los Convenios, se refieren a la **revisión**, que puede solicitar cualquier Estado contratante y que se realiza por el procedimiento normal de la celebración de una conferencia al efecto, convocada por el Presidente del Consejo de las Comunidades (art. 25), a la **ratificación**, designándose al Secretario General del Consejo como depositario de los instrumentos de ratificación (art. 27), la **entrada en vigor**, que se producirá el primer día del tercer mes siguiente a la recepción del quinto instrumento de ratificación, vinculando al Estado que lo ratifique posteriormente a tal fecha, el primer día del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación (art. 28), las **funciones de depositario** del Convenio, atribuidas al Secretario General del Consejo (arts. 30 y 31), y las lenguas auténticas, que son todas y cada una de las de los Estados contratantes (alemán, inglés, danés, francés, irlandés, italiano y neerlandés).

(5) El procedimiento descrito no se aplica si uno o más Estados contratantes, o las Comunidades, son ya partes en el nuevo tratado, si el objeto de éste es el de revisar otro en el que el Estado interesado o las Comunidades son partes o si se trata de un tratado celebrado en el marco de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (art. 23, párr. 2).

II AMBITO DE APLICACION

El campo de aplicación del Convenio queda delimitado en tres aspectos: **material, territorial y temporal**.

1. El campo de aplicación **material** queda definido en el artículo 1, a tenor del cual,

«Las disposiciones del presente Convenio se aplican, en las situaciones que originan un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales» (pár. 1).

De esta primera declaración del Convenio, lo más interesante es, sin duda, la precisión que se hace del carácter de la situación, que debe conllevar un «conflicto de leyes». Con esta redacción, se sustituye a la que figuraba en el texto de 1972, en donde se hablaba de «situaciones de carácter internacional» y que dio lugar a un importante debate doctrinal (6). El Convenio no da una orientación sobre lo que debe entenderse por «conflicto de leyes» —lo cual, como luego veremos, tiene su importancia al relacionarse con el artículo 3, párrafo 3 del Convenio— y el «Rapport» sobre el texto actual se limita a decirnos que esta precisión nueva tiene por objeto el definir la finalidad propia de las reglas uniformes y a explicar lo que debe entenderse por relación productora de un conflicto de leyes —«situaciones que comportan uno o varios elementos de extranjería con relación a la vida social interna de un país»— entendiéndose que las reglas convencionales deben aplicarse a cualquier caso en el que la situación litigiosa provoque un conflicto entre dos o más ordenamientos jurídicos, incluso aunque se trate del de un Estado plurilegislativo (7).

Ahora bien, una vez formulado el principio en este primer párrafo del artículo 1, el segundo párrafo establece toda una serie de **excepciones**, debidamente fundamentadas (8). Así, el Convenio **no** se aplica:

- «a) al estado y capacidad de las personas físicas, a reserva del artículo 11;
- b) a las obligaciones contractuales relativas a los testamentos, sucesiones y regímenes matrimoniales, a los derechos y deberes que derivan de las relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de alianza, así como a las obligaciones de alimentos para menores no legítimos»;

La exclusión de estos dos primeros apartados, se fundamenta, sencillamente, en el alejamiento de las materias enumeradas del derecho de obligaciones en sentido estricto. Sin embargo, se hacen determinadas precisiones que conviene tener en cuenta: las donaciones, excluidas en el texto de 1972, ahora quedan

(6) Vid. la obra conjunta **European Private International Law of Obligation**, preparada por Lando, Hoffman y Siehr. Tübingen, 1975, concretamente el trabajo de O. Lando, p. 125 y el de Lipstein, o. 156.

(7) Así, el saber si un contrato se rige por la ley inglesa o por la escocesa cae en el ámbito del Convenio, a reserva de lo que dispone su artículo 19.2, que ya conocemos. **Rapport cit.**, pp. 15-16.

(8) Vid. el **Rapport cit.**, pp. 16 a 24.

cubiertas por el Convenio en la medida en la que deriven de un contrato, incluso aunque se realicen en el ámbito familiar pero no estén reguladas por el derecho de familia; se excluyen, pues, las afectadas por tal derecho y por el de sucesiones. Por su parte, las cuestiones relativas a la guarda y custodia de menores quedan igualmente fuera del campo del Convenio en cuanto que pertenecen al estado y capacidad de las personas;

«c) a las obligaciones nacidas de las letras de cambio, cheques, billetes a la orden y otros instrumentos negociables».

Se justifica la exclusión, tanto por el hecho de la existencia de Convenios internacionales en la materia (de Ginebra, de 1930 y 1931) que regulan la mayoría de los aspectos del tema, como porque su inclusión hubiera obligado a la elaboración de reglas específicas de notable complejidad, amén de que algunos Estados miembros de las Comunidades consideran esta materia como de naturaleza no contractual. No se excluyen, sin embargo, los contratos que sirven de base para la emisión de tales instrumentos ni los relativos a la compra y venta de los mismos;

«d) a los acuerdos de arbitraje y de elección de fuero».

En este tema, el argumento es similar al anterior, a lo que hay que añadir, como razón suplementaria, la naturaleza fundamentalmente procesal de tales acuerdos y la parte verdaderamente mínima y marginal que en ellos tiene la autonomía de la voluntad. Evidentemente, si la cláusula de arbitraje o de elección de fuero se inserta en un contrato, la exclusión afecta únicamente a la cláusula y no al contrato que la incluye;

«e) a la constitución, a la capacidad jurídica, al funcionamiento interno y a la disolución de las sociedades y personas jurídicas, así como a la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad o persona jurídica».

La exclusión se halla aquí justificada, principalmente, por los trabajos ya realizados, o en período de realización, de las instancias comunitarias, en numerosos aspectos de esta materia de fundamental importancia en la vida económica de la Comunidad, y, en consecuencia, objetivo básico de su actividad legislativa (9);

[9] Se trata, en primer lugar, de las directivas emitidas en la materia, de las cuales, cuatro, están en vigor: primera, de 9 de marzo de 1968, sobre publicidad, validez de los compromisos y nulidad de la sociedad en las sociedades por acciones y en las de responsabilidad limitada; segunda, de 13 de diciembre de 1976, sobre constitución de la sociedad anónima, mantenimiento y modificaciones de su capital; tercera, de 9 de octubre de 1978, sobre las fusiones de sociedades; y cuarta, de 25 de julio de 1978, sobre las cuentas anuales. Cuatro directivas más han sido propuestas por la Comisión al Consejo, en materia, respectivamente, de estructura de la sociedad anónima, admisión de títulos en bolsa, cuentas consolidadas y calificaciones mínimas de las personas que ejercen el control legal de las cuentas de las sociedades de capitales. En segundo lugar, los convenios previstos en el artículo 220 del Tratado CEE, como el Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968, sobre

«f) a la cuestión de saber si un intermediario ha podido obligar, frente a terceros, a la persona por cuya cuenta ha pretendido actuar, o si un órgano de una sociedad o de una persona jurídica ha podido obligar, frente a terceros, a esta sociedad o a esta persona jurídica».

En estos supuestos, la inidoneidad del principio autonómico como conexión para determinar la ley aplicable a la materia, justifica su exclusión, que se refiere exclusivamente a las relaciones entre el representado y los terceros, concretamente, al hecho de saber si el primero se encuentra obligado ante los segundos por los actos realizados por el intermediario; por consiguiente, los demás aspectos de la representación, particularmente las relaciones entre el representado y el intermediario y de éste con los terceros, en la medida en la que deriven de un contrato, quedan cubiertas por el Convenio;

«g) a la constitución de los "trusts", a las relaciones que ellos originan entre los que los constituyen, los "trustees" y los beneficiarios».

Como se sabe, se trata aquí de una institución típica de los países del «Common Law», sin equivalente exacto en los continentales europeos, si bien algunas figuras podrían asemejarsele. Ello explica, en principio, su exclusión, que contempla la constitución y el funcionamiento interno del «trust», pero no las relaciones externas;

«h) a la prueba y al procedimiento, a reserva del artículo 14».

Los límites de esta exclusión, que se apoya en razones obvias, se contienen en el citado artículo 14, que estudiaremos en su lugar oportuno, a donde nos remitimos.

Por último, el párrafo 3 de este primer artículo del Convenio, excluye de su ámbito los

«contratos de seguro que cubren los riesgos localizados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea».

La exclusión viene motivada por las mismas razones que se aplican al tema de las sociedades, esto es, los trabajos actualmente en curso sobre esta materia. Por ello, los contratos de seguros que cubran los riesgos situados fuera de la Comunidad, queoan incluidos en el Convenio, concretamente en su artículo 5. La localización del riesgo, dentro o fuera del territorio de los países miembros, es competencia de la *lex fori*, como así lo establece la disposición final del mismo párrafo 3:

reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas, todavía no en vigor, o el proyecto de Convenio sobre fusión internacional de sociedades; no debe olvidarse la propuesta de reglamento sobre el estatuto de la sociedad europea, de 30 de junio de 1970.

«Para determinar si un riesgo se localiza en estos territorios, el juez aplica su ley interna».

Se entiende la ley material del foro, no sus reglas de conflicto, en cuanto que el artículo 15 del Convenio, como veremos más adelante, excluye el reenvío, en una fórmula que contempla la modalidad presente.

La disposición del párrafo 3 no resulta aplicable a los contratos de reaseguro, como formalmente lo establece el párrafo 4 y último de este artículo, por la razón de que tales contratos no plantean los problemas de los contratos de seguros, en los que la protección de los asegurados es una exigencia de primera fila; en consecuencia, el reaseguro es un contrato cubierto por las reglas convencionales.

2. El ámbito **territorial** del Convenio se halla delimitado en el artículo 26. El hecho de que los Estados miembros de las Comunidades Europeas posean territorios con distinto grado de vinculación político-jurídica, ha llevado a establecer una fórmula flexible, a través de un principio y su correspondiente excepción. Así, el Convenio se aplica «al territorio europeo de los Estados contratantes, incluida Groenlandia y el conjunto del territorio de la República Francesa». Esta fórmula general contenida en el párrafo 1, queda excepcionada en el párrafo 2, por el cual, el Convenio no se aplica a las Islas Feroë, salvo declaración en contrario de Dinamarca, ni a los territorios **europeos** situados fuera del Reino Unido, de los que este país asume las relaciones internacionales, también salvo declaración en contrario del Reino Unido. Por último, el Convenio se aplica a las Antillas neerlandesas si los Países Bajos así lo expresan mediante la correspondiente declaración. Estas declaraciones —dice el párrafo 3— pueden formularse en cualquier momento, por vía de notificación al Secretario General del Consejo de las C. E.

En previsión del problema interpretativo que pudiera ocasionar el conocimiento por los tribunales del Reino Unido, en recurso de apelación, de las decisiones judiciales dictadas por los tribunales de los territorios europeos de los que aquel país asume las relaciones internacionales, el párrafo 4 de este artículo 26 aclara que tales recursos de apelación se consideran a efectos del Convenio, procesos sustanciados ante los tribunales de los citados territorios europeos.

3. En cuanto al ámbito **temporal**, a diferencia del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones, el presente Convenio, que no se fundamenta en el artículo 220 del Tratado de Roma sobre la CEE, no es de duración ilimitada. Su artículo 29 establece una vida inicial de diez años a contar desde su entrada en vigor (art. 28), incluso para los Estados que posteriormente fueran partes en él, quedando su vigencia renovada de cinco en cinco años, salvo denuncia.

Por otra parte, el Convenio no tiene efecto retroactivo (art. 17). Se aplica sólo a los contratos **celebrados** tras su entrada en vigor para cada Estado parte, habida cuenta de que la vigencia del Convenio no comenzará en la misma fecha para todos los Estados.

II DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE

A) El principio autonómico.

En la primera disposición de su artículo 3, el Convenio declara la aplicación del principio, prácticamente universal en materia de contratos, de la autonomía de la voluntad, expresado de forma lapidaria:

«El contrato se rige por la ley elegida por las partes».

El principio se acepta con amplitud y flexibilidad.

Amplitud porque, junto a la voluntad expresa de las partes, se acoge igualmente a la «tácita» (aunque convenientemente matizada). En efecto, la disposición citada continua diciendo que tal elección de ley

«debe ser expresa o resultar de forma cierta de las disposiciones del contrato o de las circunstancias de la causa».

La justificación de la fórmula decidida se encuentra, tanto en el hecho de que ninguna de las legislaciones de los Estados miembros de las Comunidades Europeas exige, en este punto, una voluntad necesariamente manifestada de forma expresa, cuanto en el deseo de los redactores de permitir al juez el que, habida cuenta del conjunto de circunstancias de la causa, pueda apreciar una indubitada elección de ley por las partes, aunque éstas no la hayan expresamente declarado en su contrato, lo que igualmente significa que nada autoriza al juez a dar por supuesta la elección de ley si las partes no han tenido la intención cierta de hacerlo (10). Ahora bien, la admisión de esta fórmula conlleva, se quiera o no, ciertos riesgos en cuanto al valor que los jueces de los distintos Estados miembros puedan atribuir a los diversos indicios cuya estimación les llevaría al convencimiento de una elección cierta por las partes de la ley aplicable. Así, por ejemplo, la designación del lugar de ejecución del contrato podría considerarse por el juez alemán como indicio de una elección «tácita», mientras que el juez francés podrá estimarlo insuficiente, frente a otros que pudieran presentársele, como podría ocurrir si en el contrato se hubiera hecho referencia a algún precepto positivo aplicable, pero de un ordenamiento distinto al del lugar de ejecución del contrato. Y la complejidad aumentaría si se presentaran distintos indicios de localización acumulados (11).

(10) *Rapport cit.*, p. 32. Se citan como ejemplos, una póliza de seguro marítimo de Lloyds, en cuanto que se trata de un contrato-tipo regido por un sistema jurídico particular, o la elección por las partes de un fuero determinado, lo que sería indicio claro de su voluntad de que se aplique la ley de tal foro, o, incluso, la referencia hecha en el contrato a concretas disposiciones del Código civil de un país, lo que permitiría al juez llegar al convencimiento de que se ha elegido como aplicable la ley de ese país, aunque las partes no lo hayan declarado de forma expresa.

(1) Así, por ejemplo, en la jurisprudencia inglesa, la cláusula arbitral inserta en un contrato, o la elección de un fuero, han sido consideradas como equivalente a la designación expresa de la

Flexibilidad porque, por un lado, se ha previsto la posibilidad de la aplicación de varias leyes a los diversos aspectos del contrato —lo que los franceses llaman el «depêchage du contrat»— cuando este párrafo 1 del artículo 3 concluye, admitiendo el que

«las partes pueden designar la ley aplicable a la totalidad o a una parte solamente de su contrato»,

solución que se fundamenta en la idea de que esta posibilidad forma parte, precisamente, de la propia autonomía de la voluntad (12). Por otro lado, flexibilidad en la acogida del principio autonómico porque el Convenio acepta, además, la libertad de los contratantes en cuanto al **momento** de la elección de ley, e, incluso, su posterior modificación. En efecto, el párrafo 2 de este artículo dispone que

«las partes pueden convenir, en cualquier momento, la regulación del contrato por una ley distinta de la que lo regía anteriormente en virtud de una elección precedente según el presente artículo o en virtud de otras disposiciones del presente convenio. Cualquier modificación en lo que respecta a la determinación de la ley aplicable, realizada con posterioridad a la celebración del contrato, no afecta a los derechos de terceros».

La disposición abarca, así, junto a la designación de ley en el momento de la formalización del contrato, que sería lo normal, tanto la elección anterior como la posterior a ese momento, incluida la designación en el curso de un proceso ante una instancia judicial o arbitral, a lo que se añade la posibilidad de modificar, también en cualquier momento, la elección que se hubiere hecho de la ley aplicable, dejando a salvo los derechos de terceros, si se realiza con posterioridad al contrato (13).

ley aplicable, la del país del arbitraje o la interna del tribunal designado. Sin embargo, esta jurisprudencia ha sido, al parecer, interrumpida por la sentencia de la House of Lords, en 1970, en un supuesto en el que la cláusula arbitral, que preveía un arbitraje en Londres, en la forma inglesa, cedió frente a una serie de indicios, entre ellos la indicación por las partes, de manera expresa, de la ley del pabellón como ley del contrato, que, sin embargo, presentaba una dificultad y diversidad de interpretación que llevó al tribunal a declarar al derecho francés como el más íntimamente conectado al contrato en cuestión. Vid. KAHN-FREUND: «La notion anglaise de la 'proper law of the contract' devant les juges et devant les arbitres», *Rev. Crit. D. I. Privé*, 1973, pp. 623 y ss.

(12) Explica el **Rapport** que la elección, en este supuesto, debe ser coherente, esto es, referirse a partes del contrato que puedan ser reguladas por leyes distintas sin que por ello se produzcan resultados contradictorios, lo que ocurriría, por ejemplo, si la resolución del contrato por inejecución del mismo, se sometiera a dos leyes: una, para el vendedor, y la otra, para el comprador, pues en tal caso habría que acudir a las previsiones del artículo 4 del Convenio. El que esta fórmula se emplease para escapar a ciertas leyes imperativas, es un riesgo que los redactores estiman neutralizado por el artículo 7 del Convenio. Por último, el «depêchage» del contrato, se dice en el **Rapport**, no debe limitarse, en cuanto a su virtualidad, al sólo caso de elección explícita de la ley. **Rapport cit.**, p. 33.

(13) Tal reserva podría plantear problemas, como ya advertía FOYER, al preguntarse cuáles son los efectos de los contratos para terceros, qué debemos entender por terceros o qué debe entenderse

La solución, no cabe duda, es oportuna y coherente. Es oportuna porque, tal como se ha dicho, la falta de disposiciones expresas sobre el momento en el que las partes pueden designar la ley aplicable a su contrato, podría acarrear la consecuencia de soluciones divergentes por parte de los jueces de los distintos Estados sometidos a un convenio internacional (14). Es coherente porque, dada la amplitud con que se acepta la autonomía de la voluntad, es lógico que las posibilidades de los contratantes no se vean limitadas al solo momento de la celebración del contrato; otra cosa hubiera supuesto un recorte importante al principio autonómico (15). Y es igualmente lógico el que la modificación de la elección de ley se ajuste a las mismas reglas que la designación inicial (16).

En definitiva, amplitud y flexibilidad en el tratamiento del Convenio porque éste no exige vinculación alguna entre el contrato y la ley elegida, al partir de la idea de que toda ley manifiesta, por el mismo hecho de su designación, un interés de las partes, que no por ello debe ser calificado, *a priori*, de fraudulento o caprichoso (17). Y ello viene reforzado, en principio, por la disposición del párrafo 3.º de este mismo artículo, por la cual

«la elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, cuando todos los demás elementos de la situación se hallan localizados en un solo país en el momento de la elección, no impide la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley de este país».

El precepto es fruto de un compromiso; con él, los redactores del Convenio han aceptado la posibilidad de que se designe una ley extranjera, incluso cuando

por derechos adquiridos». FOYER, J.: «L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles», *Journal D. I.*, 1976, p. 604.

(14) TOMASZEWSKI, M.: «La désignation, postérieure à la conclusion du contrat de la loi qui le régit», *Rev. Crit. D. I. Privé*, 1972, p. 587.

(15) *Rapport cit.*, pp. 35-36.

(16) No obstante, pueden presentarse, a nuestro juicio, problemas de interpretación en cuanto a los límites del precepto; así, a título de ejemplo, cabría preguntarse si es posible, ante una elección expresa de la ley, su modificación posterior por vía de indicios en contrario, esto es, por la designación implícita; incluso la modificación por esta vía de la elección de ley realizada también de forma implícita, presentaría al juez vidriosos problemas de valoración o relevancia de unos y otros indicios, anteriores y posteriores, puesto que el juez, en definitiva, procede a una investigación de la voluntad desde una estimación unitaria de los diferentes elementos que pueden componer el contrato, es decir, valorando en su conjunto la relevancia de unos indicios que pueden estar dispersos, pero ante él unitariamente presentes. En cualquier caso, cuando la elección, o la modificación, de la ley aplicable se realice durante el proceso, los problemas a resolver lo serán de acuerdo con la *lex fori*, que igualmente indicará los límites en los que puede moverse la elección o la modificación.

(17) Así, por ejemplo, la elección puede recaer sobre una ley que regula la operación económica, a juicio de las partes, de manera más conveniente porque técnicamente es más avanzada que otras que también podrían resultar aplicables, como ocurre, por ejemplo, con los contratos sobre ventas de cereales, que tradicionalmente se someten a la ley inglesa, aunque tales contratos no se hallen en nada vinculados a tal ley. KAHN-FREUND: *Art. cit.*, p. 619; LAGARDE, P.: «Examen de l'Avant-Projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles», *Travaux Comité Français D. I. Privé*, 1971-73, p. 153. Ver igualmente las intervenciones de otros juristas a propósito de la ponencia de LAGARDE ante el Comité, en p. 173.

todos los elementos de la relación la conectan a un solo ordenamiento jurídico, o, dicho de otra forma, que la elección de una ley extranjera es un elemento por sí sólo suficiente para internacionalizar la relación contractual; esa era, de alguna manera, la postura defendida por los expertos británicos, preocupados por mantener la libertad de elección de las partes en el contrato cuando, aún en tales casos, aquélla hubiese sido hecha de buena fe y justificase intereses dignos de protección. *Aceptado el principio, no podía desoirse a quienes entendían que la elección de ley no es un elemento de la relación capaz de convertirla en extranacional, pues, precisamente, sólo cuando la relación es extranacional es cuando cabe la elección por las partes de la ley aplicable; otra cosa sería favorecer el fraude a la ley porque, seguramente, el único interés de los contratantes en designar la aplicación de una ley extranjera cuando todos los elementos de la relación confluyen en un solo ordenamiento, es el de burlar las disposiciones imperativas de tal ordenamiento.* De ahí que el Grupo de expertos se inclinase por una fórmula que trata de recoger lo que de correcto puede haber en las posturas de unos y otros (18). Sin embargo, esta solución, a nuestro juicio, tiene al menos dos riesgos graves: uno, que la *doctrina jurídica, y, sobre todo los Estados, parecen descartar la internacionalización del contrato por el solo hecho de la elección de una ley extranjera* (19); y dos, porque el Convenio no establece un concepto uniforme de lo que debe entenderse por «conflicto de leyes» (20), por lo que su definición es de la competencia de las jurisdicciones nacionales, lo que conlleva el riesgo cierto de soluciones dispares.

B) La conexión subsidiaria.

El artículo 4 del Convenio aporta la solución de recambio en la determinación de la ley aplicable, para el caso de que tal ley no sea designada de acuerdo con el artículo 3, que ya conocemos. En dicha hipótesis,

«el contrato se rige por la ley del país con el que presenta una vinculación más estrecha. No obstante, si una parte del contrato es separable del resto y presenta una vinculación más estrecha con otro país, la ley de este país podrá ser aplicada, a título excepcional, a esa parte del contrato...».

La disposición transcrita se inclina, como puede observarse, del lado de la concepción objetiva en la localización de la ley aplicable, esto es, lo que la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas, y también la suiza, consideran la «proper law of

(18) *Rapport cit.*, pp. 36-37.

(19) Vid. HAAK, W. K.: «International Contracts and the Draft EEC Convention», *Netherlands I. L. Review*, 1975, pp. 184 y ss. Igualmente, el *Rapport* sobre el Anteproyecto del Convenio, en su versión de 1972, que puede consultarse en la *Revista D. I. Privato e Processuale*, 1973-1, pp. 215-216. Sin embargo, parece ser que ciertas sentencias italianas han admitido la elección de una ley extranjera en situaciones que eran puramente internas. Vid. FOYER, J.: «Art. cit.», *Journal D. I.*, 1976, p. 597.

(20) Vid. lo anteriormente dicho con respecto al campo material de aplicación del Convenio.

the contract», que ha venido ganando terreno en los últimos tiempos y que, de alguna manera, tiene su reflejo en los derechos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, con excepción del italiano (21).

Sin embargo, los redactores del Convenio, sabedores del riesgo y de las objeciones de imprevisibilidad e inseguridad jurídicas que tantas veces se ha imputado al método de la localización objetiva, le han aplicado un correctivo consistente en concretar la vía de determinación del país con el que el contrato se halla más íntimamente conectado. Para ello, se ha recurrido a la noción —tomada del derecho suizo— de la «prestación característica» (22). El empleo de esta conexión se justificaría en el hecho de que ella traduce la función que ejerce la relación jurídica contemplada, en la vida económica y social de un determinado país, permitiendo vincular el contrato con el medio social en el que se inserta (23). De esta manera, el carácter del contrato quedaría fijado en la prestación, la cual distinguiría unos contratos de otros. Por ejemplo, en uno de compraventa, la característica estaría conformada por la prestación del vendedor y no por la del comprador, que se limita a pagar el precio estipulado, elemento común en todos los contratos. En definitiva, la prestación característica es aquella que constituye el centro de gravedad de la operación contractual: la transferencia de la propiedad de una cosa o la entrega de las mercaderías, la prestación de un servicio o de una garantía, la realización de un transporte o de la actividad bancaria, etc., es lo que caracterizaría a esos concretos tipos de contratos (24), con lo que se consigue, en ausencia de elección de ley por las partes, una conexión más real porque viene del interior de la operación y no del exterior, como son los elementos que no tienen una mayor relación con la esencia de la obligación que de aquella dimana.

Puntualizada la conexión en cuanto a su concepto, se determina su localización espacial, que no es otra que la que últimamente se ha venido imponiendo en D. I. Privado, y que, en esta materia tiene una especial justificación: la residencia habitual, o su equivalente en las personas jurídicas. Así, el párrafo 2 del artículo 4 presume que, a reserva de su párrafo 5,

«el contrato presenta la vinculación más estrecha con el país en el que la parte que debe realizar la prestación característica tiene, en el momento

(21) Una breve panorámica de los ordenamientos citados, en el *Rapport*, pp. 38 y ss.

(22) La noción tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo, sobre la que SCHNITZER montó toda una doctrina. SCHNITZER: «Les contrats Internationaux en droit international privé suisse», *Rec. C. Acad. D. I. La Haye*, 1968-I (t. 123), pp. 558 y ss. También se ha utilizado esta noción en Francia, en una sentencia de la «Cour de Paris», de 27 de enero de 1955 (*Rev. Critique D. I. Privé*, 1955, p. 330, nota Motulsky), e incluso por la jurisprudencia anglosajona: Vid. KAHN-FREUND: *Art. cit.*, p. 612. No obstante, la noción de la «prestación característica» no ha reunido una aceptación unánime, que ha sido duramente criticada en los informes de HAAK y Jessurun D'OLIVEIRA a la reunión anual de la rama holandesa de la ILA (*Netherlands I. L. Review*, 1975, pp. 190 y 196, respectivamente), luego amplificados por este último autor en su trabajo «Characteristic obligation in the Draft EEC Obligations Convention», *American Journal of Comp. Law*, 1977, pp. 303 y ss.

(23) *Rapport cit.*, p. 43.

(24) *Rapport cit.*, p. 43. Igualmente, BATIFFOL, H.: «Projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *Revue Trimestrielle D. Européen*, 1975, p. 183. FOYER, J.: «Art. cit.», *Journal D. I.*, 1976 p., 611.

de la celebración del contrato, su residencia habitual, o, si se trata de una persona jurídica, su administración central. Sin embargo, si el contrato se celebra por esa parte en el ejercicio de su actividad profesional, el país es aquél en donde se halla situado su establecimiento principal, o, si, según el contrato, la prestación debe realizarse por un establecimiento distinto del principal, aquél en donde se halla situado tal establecimiento».

Como puede apreciarse, la disposición fija el momento en el que debe apreciarse las conexiones, con el fin de evitar el conflicto móvil. En conclusión, la ley del lugar de ejecución del contrato ha quedado desplazada como factor de conexión subsidiario, en beneficio de una solución que se estima hoy más oportuna por más real, cual es la ley de la residencia habitual, de la administración central o del establecimiento del contrato que debe realizar la prestación característica (25).

La presunción del párrafo 2 es descartada en favor de otras, en dos casos concretos: el contrato sobre **inmuebles** y el de **transporte de mercancías**.

En el primer caso, se establece en el párrafo 3 de este artículo 4 que,

«en la medida en la que el contrato tenga por objeto un inmueble, se presume que presenta la vinculación más estrecha con el país de situación del inmueble».

La regla, que puede motivar un problema de interpretación en cuanto a su alcance (26) se justifica, en principio, por sí sola, puesto que tradicionalmente la **lex rei sitae** ha sido considerada como la mejor, por más eficaz, en materia de inmuebles. Ahora bien, en la disposición citada, esta conexión no pasa de ser una presunción que, como todas las del artículo 4 podría ser derribada a la vista de las circunstancias de la operación contractual (27).

En lo que respecta a los contratos de transporte de mercancías, el párrafo 4 hace jugar la presunción de la «vinculación más estrecha» en favor del país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato, pero sólo si ese país

«es también el del lugar de carga o de descarga o el de la situación del establecimiento principal del expedidor».

(25) Así, por ejemplo, en un contrato bancario, la ley del país del establecimiento bancario será la que regule el contrato, de la misma forma que en un contrato de representación entre un agente comercial belga y una empresa francesa, será la ley belga la aplicable si el agente tiene su establecimiento en Bélgica, puesto que es su prestación la que caracteriza al contrato. **Rapport cit.**, p. 44.

(26) En efecto, para unos, la fórmula empleada debe interpretarse de manera amplia, incluyendo concretamente los contratos de reparación o de mantenimiento del inmueble, o el «leasing» inmobiliario (FOYER, J.: **Art. cit.**, p. 618), mientras que en el **Rapport**, sobre el texto se excluye precisamente este tipo de contratos, argumentando que en ellos el objeto principal no es el inmueble en sí mismo, sino su construcción o reparación. **Rapport cit.**, p. 46.

(27) Así, si, por ejemplo, dos belgas celebran un contrato de arrendamiento de un inmueble para las vacaciones, situado en Italia, podría concluirse que el contrato guarda la vinculación más estrecha, no con Italia, sino con Bélgica, país de la nacionalidad común de los contratantes. **Rapport cit.**, p. 45.

Con objeto de clarificar el alcance de la norma, este mismo párrafo continúa diciendo que se consideran como contratos de transporte de mercancías,

«los contratos de flete por un solo viaje, u otros contratos cuando tengan principalmente por objeto la realización de un transporte de mercancías».

Se desprende de todo ello que, por un lado, la presunción parte de una combinación de factores de conexión que busca determinar la ley más eficaz y más cómoda por ser la más próxima al contrato, debiendo entenderse por «transportista», no la persona que efectivamente realiza el transporte sino aquella constituida en parte en el contrato que asume la obligación de efectuarlo, y, por otro lado, que la norma contempla a aquellos contratos cuyo objeto principal sea el transporte de mercancías; el contrato de transporte de pasajeros, en consecuencia, queda sujeto a la presunción del párrafo 2, es decir, la general (28).

Hasta aquí la técnica primera utilizada por el Convenio para localizar el centro de gravedad del contrato y determinar así la ley que le será aplicable. Sin embargo, esta concepción «objetiva» no parece ser aquella que desde hace ya décadas se propusiera por la doctrina y jurisprudencia anglosajonas. La «proper law of the contract» se determina por la búsqueda del «system of law with which the transactions has its closet and most real connection» (29); tal búsqueda se confía al juez, quien para ello procede a extraer de los diversos elementos del contrato, los indicios y conexiones que le parecen decisivos en la determinación de la ley más próxima y más adaptada a la operación contractual. La técnica queda, pues, excluida cuando la o las conexiones se imponen por el legislador nacional o internacional (30). Puede ser cierto que, tal como se ha dicho, toda regla de conflicto sea motivada por el deseo de encontrar el sistema jurídico con el que una situación dada presenta la vinculación más estrecha y que, en el fondo, los factores de conexión no sean otra cosa más que la cristalización del principio de la vinculación más próxima (31), pero, a pesar de todo existe, en nuestra opinión, una diferencia de naturaleza entre el hecho de confiar a la discreción del juez la tarea de localizar, en cada caso, la ley que le parece mejor adaptada o vinculada al contrato, y el de contar con disposiciones normativas en las que los factores de conexión, establecidos previamente por el legislador, se presumen como representativos o portadores de la vinculación más estrecha entre un país y la operación contractual de que se trate.

(28) Esta solución, adoptada por mayoría en el seno del grupo de redactores del Convenio, responde fundamentalmente, por una parte, al deseo de evitar que tales contratos caigan en el ámbito del párrafo 1 del artículo 4, que no da al juez criterios de decisión suficientemente precisos lo que ocurriría normalmente dada la estructura del párrafo 4, y por otra, para facilitar la coincidencia entre el foro y la ley aplicable, posible en virtud del párrafo 2, puesto que los contratos de transporte de pasajeros habitualmente incluyen una cláusula de sujeción a la competencia de los tribunales del domicilio o sede del transportista. *Rapport cit.*, pp. 47-48.

(29) Citado en KAHN-FREUND: «Art. cit.», *Revue Critique D. I. Privé*, 1973, p. 613.

(30) LOUSSOUARN, I.: ««Cour général de Droit International privé», *Recueil de Cours. Acad. D. I. La Haye*, 1973-2 (t. 139), p. 356.

(31) KAHN-FREUND: *Art. cit.*, p. 614.

Dicho esto, cierto es que el Convenio ha acogido la técnica específica de la «proper law». En efecto, el párrafo 5 del artículo 4 establece que

«la aplicación del párrafo 2 queda descartada cuando la prestación característica no puede ser determinada. Las presunciones de los párrafos 2, 3 y 4 quedan descartadas cuando resulta del conjunto de circunstancias que el contrato presenta la vinculación más estrecha con otro país».

La regla prevé así dos situaciones, aunque en realidad se trate, en el fondo, de llegar al mismo resultado: una, la indeterminación de la prestación característica, en el exclusivo supuesto del párrafo 2, que provoca la obvia desaparición de la presunción en ella fundada; y dos, la inaplicación tanto del mismo párrafo 2, aunque la prestación se haya determinado, como de los dos párrafos siguientes, cuando a la vista del conjunto de circunstancias del contrato, el juez concluya en la existencia de una vinculación más estrecha del mismo con país distinto del que resultaría de la aplicación de los párrafos citados. El resultado, en ambos supuestos, es el mismo: la aplicación de la ley de este país. La razón de la regla es clara: si la residencia habitual, la administración central o el establecimiento del contratante que debe realizar la prestación característica podrá ciertamente determinarse sin excesivas dificultades en la mayoría de los casos, la regla, sin embargo, no puede pretender el cubrir todas las situaciones o prever todas las circunstancias; si éstas indican una mayor vinculación del contrato con un país distinto del que resulta del juego de las presunciones de los párrafos 2, 3 y 4, la ley de aquel país debe ser la aplicable. Para los redactores del Convenio, el margen de libertad de apreciación dejado al juez en tales ocasiones es la contrapartida inevitable de una regla de conflicto de carácter general, destinada a aplicarse a casi todas las categorías de contratos (32); pero, con ella, la puerta queda abierta a las objeciones, ya conocidas, que se dirigen a esta técnica, sin contar con el hecho de que la misma apreciación de las conexiones establecidas, por una parte, y del «conjunto de circunstancias», por otra, puede ser divergente de un juez a otro, lo que conduce a soluciones distintas para casos semejantes.

C) La reserva de las leyes imperativas.

La *lex contractus* puede sufrir ciertas restricciones; la primera de ellas la constituyen determinadas leyes imperativas. El juego de éstas se ha previsto, bien de manera específica para ciertos contratos, bien con un ámbito general.

1. El artículo 5 del Convenio contempla, en efecto los contratos de adhesión o de consumo, que la disposición define como «todo contrato cuyo objeto es el suministro de mercaderías o de servicios a una persona para un uso que pueda ser considerado extraño a su actividad profesional», con inclusión de los contratos

(32) Rapport cit., p. 49.

destinados a la financiación de tal suministro y con exclusión del contrato de transporte (33). La disposición distingue los casos en los que medie elección de ley por las partes, de acuerdo con el artículo, 3 de aquellos en los que no se da tal elección, esto es, los del artículo 4. En los primeros,

«la elección por las partes de la ley aplicable, en ningún caso puede afectar a las disposiciones imperativas de la ley del país en el que esta persona (el consumidor) tiene su residencia habitual:

a) si la celebración del contrato ha sido precedida en ese país de una propuesta especialmente hecha o de publicidad, y

b) si esa persona ha realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato».

En los segundos, es decir, en defecto de elección de ley, esos contratos, si se han formalizado bajo las mismas circunstancias o condiciones que en el caso anterior (letras a) y b),

«quedan regulados por la ley del país en el que esta persona (el consumidor) tiene su residencia habitual».

Como puede observarse, se trate de unos casos u otros —elección de ley o en ausencia de ella— la ley de la residencia habitual del contratante consumidor o destinatario del servicio, se considera la más próxima o la más eficaz, ya sea porque restringe el alcance de la ley elegida por las partes por medio de sus disposiciones imperativas, ya porque, a falta de tal elección, se convierte en la única ley aplicable.

La razón de ser de esta solución se encuentra sencillamente en la protección del comprador-consumidor, que es la parte más débil, lo que exige la aplicación de la ley del medio social en el que se desenvuelve, esto es, la ley de su residencia habitual. Pero este principio se somete a dos condiciones que lo concretan: por un lado, el vendedor debe haber desplegado al menos una cierta actividad comercial en el lugar de residencia del comprador, ya sea por medio de anuncios de ofertas en los distintos medios de publicidad (prensa, radio-televisión, catálogos distribuidos en el país, etc.) ya a través de un agente o representante que realiza las ofertas individualmente; por otro, el comprador debe haber efectuado algún acto de respuesta relacionado con la oferta, esto es, tendente a la formalización

(33) La regla nos resulta aplicable, en consecuencia, a los contratos celebrados por aquellas personas que, en el ejercicio de una profesión liberal, adquieren instrumentos u obtienen servicios relacionados con el desempeño de tal profesión; dicho de otro modo, se trata de contratos en los que el suministro a realizar por el vendedor tiene un carácter privado o particular. En contrapartida, la regla incluye las ventas a plazos, así como las realizadas al contado, si bien se excluyen las ventas de títulos. Igualmente, la exclusión de los contratos de transporte se justifica en el hecho de que las disposiciones del artículo 5 no resultan apropiadas para regular tal tipo de contratos, aunque pudieran aplicarse a los viajes organizados en la medida en la que no constituyan contratos de transportes. Vid. *Rapport cit.*, pp. 52 y 54.

del contrato, en el mismo lugar; la flexibilidad del «acto» exigido al comprador orilla el delicado problema de la determinación del lugar de celebración del contrato que aquí podría plantearse acusadamente por tratarse de contratos normalmente celebrados por correspondencia [34].

Por su parte, el artículo 6 del Convenio, relativo al contrato de trabajo, utiliza la misma técnica que la disposición anterior: existencia de elección de ley por las partes y ausencia de tal elección.

Cuando la ley ha sido elegida por las partes, en virtud del artículo 3, tal elección

«no puede tener como resultado el privar al trabajador de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley que le sería aplicable, a falta de elección, en virtud del párrafo 2 del presente artículo».

Esa ley es: a) la del país en el que el trabajador, en ejecución del contrato, realiza habitualmente su trabajo, incluso en el caso de que sea trasladado temporalmente a otro país; b) la del país en el que se encuentra sito el establecimiento que ha empleado al trabajador, en el supuesto de que éste no realizase habitualmente su trabajo en el mismo país. Fijadas las conexiones, la disposición final del artículo 6 introduce, sin embargo, de nuevo, la localización objetiva del contrato, al sentar que aquéllas quedan descartadas en favor de la ley de otro país, cuando

«resulte del conjunto de circunstancias que el contrato de trabajo presenta una vinculación más estrecha con (este) otro país».

El límite o restricción impuesta a la autonomía de la voluntad por medio de las leyes imperativas, así como el reconocimiento del valor de las conexiones subsidiarias —aptas para incluir la mayoría de las situaciones que pudieran derivarse de las relaciones de trabajo tiene como finalidad evidente la de garantizar, en todos los casos, la protección de los trabajadores. En efecto, la mayor parte de los contratos de trabajo serán los celebrados con inmigrantes, en número importante en la Comunidad, a los que la aplicación sin límite alguno del principio autonómico, habría significado su sumisión a la ley particularmente escogida por el patrono; éste podría, con relativa facilidad, esquivar, por tal camino, las disposiciones imperativas protectoras del trabajador del país en el que habitualmente se realiza el trabajo, de aquél en el que se encuentra el establecimiento del patrono en el caso de que el trabajador se vea obligado a frecuentes o habituales desplazamientos o, incluso, del país con el que el contrato presentase la vinculación más íntima. Esta posibilidad del patrono —que podría ser una empresa multinacional— queda cerrada desde el momento en el que las disposiciones

[34] Rapport cit., p. 53.

tuitivas van a aplicarse, tanto en el supuesto de elección de ley como en el de ausencia de tal elección (35).

2. El artículo 7 del Convenio concede un lugar de importancia al juego de las normas imperativas en un ámbito general, lo que constituye una novedad considerable en relación con lo que ha sido el problema de la aplicación o toma en consideración de las leyes imperativas extranjeras.

En efecto, según el párrafo 1 del citado artículo 7,

«podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de cualquier país con el que la situación presente una vinculación efectiva, si y en la medida en la que, según el derecho de ese país, tales disposiciones son aplicables cualquiera que sea la ley que rige al contrato».

Ello significa, en primer lugar, que el hecho de tomar en cuenta los efectos de las reglas imperativas no es, por así decirlo, automático, sino que se hará bajo el control del juez, quien deberá localizar, de entre los posibles diversos países en presencia, aquel que guarda una vinculación efectiva con la situación (36); pero ello no es suficiente: el juez está obligado a comprobar, a continuación, si y en qué medida, el **derecho** de ese país declara aplicables a la situación, sus reglas imperativas en la materia, con exclusión de cualquier otra ley (37), lo que, dicho de paso, constituye una clara aceptación de la técnica o método unilateralista (38); y todavía la misión del juez no se ha agotado con estas consideraciones técnicas; porque, además, debe formular un juicio de valor y de oportunidad sobre estas leyes imperativas, ya que el artículo 7, adoptando en nuestra opinión una actitud finalista, establece que,

«para decidir si debe darse efecto a esas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se desprenderían de su aplicación o de su inaplicación»,

(35) Explica el **Rapport** que, en opinión del grupo redactor, la regla puede ser aplicable, en principio, al trabajo ejecutado fuera de la jurisdicción de cualquier Estado; así, el realizado en una plataforma petrolífera instalada en alta mar, debería regularse por la ley del país de la empresa que ha contratado al trabajador. Por otro lado, el grupo no ha buscado una regla especial para el caso de trabajo efectuado por los miembros de la tripulación a bordo de los buques. Por último, en opinión del grupo, si el artículo 6 se aplica a los contratos individuales de trabajo, no ocurre así con los convenios colectivos. **Rapport cit.**, p. 57.

(36) Por vinculación efectiva se entiende un lazo real con un país, por ejemplo, el de ejecución del contrato o el de la residencia habitual o centro de negocios de una de las partes. Esa vinculación debe darse entre el conjunto del contrato y la ley de un país distinto al que está sometido el contrato, lo que significa —y lo confirman los términos «dar efecto»— que el juez debe tratar de combinar las disposiciones imperativas con la ley normalmente aplicable al contrato en una concreta situación. **Rapport cit.**, pp. 59 a 61.

(37) El empleo de la expresión «derecho» en lugar de «ley» se justifica por el deseo de evitar cualquier duda relativa al alcance de la regla, que debe cubrir no sólo las disposiciones «legislativas» de ese país, sino también las reglas de origen distinto, como las del Common Law.

(38) Vid. las conclusiones a este respecto de GOTHOT, P.: «La méthode unilatéraliste en droit international privé», **Rivista D. I. Privato e Processuale**, 1979, p. 21.

lo que significa que la aplicación de tales disposiciones debe quedar justificada por su naturaleza y objeto, que se confía al juez la tarea de intentar evitar resultados contradictorios y que, en definitiva, se concede a éste un amplio poder de apreciación para decidir si debe, o no, aplicar tal o cual regla imperativa, lo que no deja de ser una misión altamente delicada. Ahora bien, el juez dispone, en todo caso, de la válvula de seguridad que le proporciona el párrafo 2 del artículo 7, en virtud del cual,

«las disposiciones del párrafo precedente no podrán afectar la aplicación de las reglas de la ley del país del juez que regulan imperativamente la situación cualquiera que sea la ley aplicable al contrato».

Esta regla, como puede observarse, permite al juez aplicar las leyes de policía de la *lex fori* con prioridad absoluta a cualquier otra ley, cosa lógica por otra parte desde el punto de vista nacional pero que hubiera planteado serias dudas de no recogerse expresamente en el Convenio, ya que éste establece reglas uniformes destinadas a sustituir las particulares de cada Estado parte. Su objetivo evidente es el de garantizar la aplicación de las leyes de policía del foro, y, muy concretamente, las relativas a las «ententes», a las prácticas restrictivas de la competencia y a los transportes. En todo caso, también aquí el juez deberá entregarse a la delicada tarea de combinar y armonizar las reglas imperativas de su ordenamiento jurídico en materia de obligaciones contractuales con la ley que resulte aplicable al contrato, y, en la medida en la que el país del juez no sea el efectivamente vinculado a la situación, con las disposiciones imperativas del que resulte serlo.

Es cierto que el artículo 7, a pesar de la mejora experimentada con relación al texto de 1972, plantea problemas de aplicación, de los que el primero es, en nuestra opinión, el de la posibilidad de decisiones distintas, y aún contradictorias, de un juez a otro, en razón del poder discrecional que les concede en la localización y aplicación de los efectos de las reglas imperativas. Sin embargo, ello no hubiera justificado el silencio del Convenio en este tema capital, tanto más cuanto que la solución establecida se halla admitida, desde hace años, no sólo en la doctrina científica, sino en la práctica de los tribunales de diversos países, en los que figuran, ciertamente, los comunitarios (39).

IV. AMBITO DE APLICACION DE LA «LEX CONTRACTUS»

La ley que finalmente ha sido designada para aplicarse al fondo del contrato, regula, de manera general, desde su formación hasta la ejecución de las obligaciones que de él dimanen, esto es, el conjunto del régimen jurídico del contrato. Así lo establece, en principio, el artículo 10, párrafo 1 del Convenio:

(39) Vid. los datos que proporciona el *Rapport cit.*, p. 58 y la bibliografía citada en su nota 40 bis.

«La ley aplicable al contrato... regula concretamente:

- a) su interpretación;
- b) la ejecución de las obligaciones que él origina;
- c) en los límites de los poderes atribuidos al tribunal por sus leyes procesales, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de esas obligaciones, incluida la evaluación del perjuicio en tanto en cuanto quede contemplada en las reglas de derecho;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como las prescripciones y caducidades ("déchéances") fundadas en la expiración de un plazo.»

A) Tenemos, pues, con esta disposición, delimitado el **ámbito general** de la ley del contrato: caen bajo su imperio, junto a la interpretación de aquél, el conjunto de condiciones cuya observancia determina el cumplimiento de la prestación contractual, es decir, la ejecución de las obligaciones originadas: diligencia a observar en la ejecución de las prestaciones, condiciones relativas al tiempo y lugar del cumplimiento, así como las que conciernen a la posibilidad de que tal cumplimiento se realice por persona distinta al deudor; condiciones de ejecución de ciertas obligaciones (solidarias, alternativas, divisibles e indivisibles, prestaciones pecuniarias, y, en éstas, las tocantes a la liberación del deudor que ha realizado el pago, etc.); igualmente cubre los distintos modos de extinción de las obligaciones, con excepción de la **ejecución**, que luego veremos (es decir, que se contempla la novación, la compensación, la confusión, la condonación y la prescripción liberatoria); finalmente, la «lex contractus» se extiende a las consecuencias derivadas del hecho del incumplimiento de la obligación, en el marco de los límites establecidos por las leyes procesales del juez, en lo que se refiere a la responsabilidad que de ese incumplimiento se derive, así como a las atinentes a la resolución del contrato por el mismo hecho, incluida la estimación del perjuicio, si la ley del contrato contiene disposiciones que permiten al juez actuar en este sentido, pues, de no ser así, el juez tendrá que fijar el monto de conformidad con su criterio y sus leyes (40).

B) Cuestión aparte es la relativa a la **validez del consentimiento** de las partes, referida a los diversos aspectos de la formación del contrato, incluido el que concierne a la designación de la ley aplicable, como ya prevé el párrafo 4 del artículo 3. En todos estos casos, la ley reguladora es la «lex contractus». En efecto, según el párrafo 1 del artículo 8:

«La existencia y la validez del contrato o de una de sus disposiciones quedan sometidas a la ley que resultaría aplicable en virtud del presente Convenio si el contrato o la disposición fuesen válidos.»

(40) Esta solución es resultado de un compromiso entre los que consideraban que la estimación del perjuicio es una cuestión de hecho que el juez resuelve en cada país de manera distinta y aquellos que argumentan la existencia, en ciertos derechos, de reglas relativas a la cuestión, la

Pero esta regla general queda supeditada a la particular del párrafo 2 del mismo artículo, por la cual, la parte que pretende que **no** ha prestado su consentimiento, puede invocar para ello,

«la ley del país de su residencia habitual, si resulta de las circunstancias de esta parte según la ley prevista en el párrafo precedente».

La regla particular se refiere así a los problemas de la existencia del consentimiento, y no a la validez general del mismo, previsto en el párrafo 1, con lo que en él quedan contemplados los vicios que al consentimiento puedan afectar, mientras que la cuestión del silencio de una de las partes en relación con la formación del contrato se resuelve en el párrafo 2 —aplicación de la ley de la residencia habitual de esa parte— con un alcance general o amplio, puesto que el término «comportamiento» ha sido elegido con el fin de cubrir tanto la actitud pasiva como la activa del contratante en cuestión. Ahora bien, la ley de la residencia habitual sólo debe jugar si el juez se convence de que no es razonable determinar el efecto de tal comportamiento por la ley del contrato, habida cuenta de las «circunstancias» de la causa —esto es, del conjunto de la operación y de sus diversos condicionantes— y no exclusivamente de aquellas que han motivado la actitud de la parte que invoca su falta de consentimiento; así, el juez podrá tomar en consideración, por ejemplo, los usos observados por los contratantes o sus relaciones de negocios precedentes. En definitiva, el juego de la regla especial del párrafo 2 podrá llevar a una decisión por la que se libere a la parte que quedaría obligada por aplicación del párrafo 1, pero nunca producirá el efecto contrario de declarar un contrato válidamente celebrado en oposición a la ley que lo regula (41).

V. LOS LIMITES AL AMBITO DE LA LEY DEL CONTRATO

Sentado el alcance de la ley reguladora del fondo del contrato, aquél se ve excepcionado en, al menos, dos aspectos de importancia: las **modalidades de ejecución de las obligaciones** y en lo tocante a la **capacidad de las partes**.

A) En virtud del párrafo 2 del artículo 10, en lo que concierne a las modalidades de ejecución de las obligaciones contractuales y a las medidas a tomar por el acreedor en el caso de incumplimiento o irregularidad en la ejecución,

«se estará a la ley del país en el que la ejecución tiene lugar».

Esta es la solución aceptada en gran número de ordenamientos jurídicos y en algunos convenios internacionales. La regla funcionará como una excepción al ámbito de la ley del contrato, obviamente cuando ésta no sea la del país en

de algunos convenios internacionales que las prevén o la posibilidad de que el mismo contrato contemple la estimación del perjuicio. *Rapport cit.*, pp. 75-76.

(41) *Rapport cit.*, pp. 63-64.

donde deba ejecutarse la obligación. Ahora bien, la ausencia de un criterio uniforme sobre el concepto «modalidades de ejecución», conduce a resolver este problema calificativo por aplicación de la *lex fori*, lo que, a su vez, puede llevar a la disparidad entre los distintos países a la hora de ejecutar las obligaciones (42).

Por otro lado, cuando la ejecución requiera intervención judicial o administrativa, la aplicación de tales modalidades significará para el juez una nueva posibilidad de aplicar disposiciones imperativas o de derecho público, extranjeras.

B) Escapa igualmente al ámbito de la ley del contrato la cuestión relativa a la capacidad de los contratantes, en una fórmula que, desde los tiempos del célebre asunto Lizardi (Cour de Cassation francesa, sentencia de 16 de febrero de 1861) se conoce en doctrina como la «excepción de interés nacional». En efecto, el Convenio no establece, y no tiene por qué hacerlo, la ley aplicable a la capacidad de las partes es más, lo ha excluido de su ámbito (art. 1, párr. 2, letras «a» y «e») — que tradicionalmente queda regulada por la ley personal, nacional o domiciliar, de cada contratante, sino que ha preferido pronunciarse, acertadamente, en sentido inverso: en qué supuestos la incapacidad de cualquiera de los contratantes según su ley personal no puede ser alegada frente a la otra. Así, el artículo 11 del Convenio establece que

«En un contrato celebrado entre personas que se encuentran en el mismo país, ninguna persona física que sería capaz según la ley de ese país, puede invocar su incapacidad resultante de la otra ley contra su cocontratante que, de buena fe y sin imprudencia, ha contratado sin sospechar tal incapacidad.

De la regla —formulada de manera amplia para prever cualquier incapacidad según la ley aplicable— claramente se desprende la necesidad de conjunción de tres condiciones para su juego: en primer lugar, el contrato debe haberse celebrado entre personas que se encuentran en el mismo país; en cualquier otro caso, el contratante incapaz queda protegido, incluso si, de acuerdo con la ley aplicable al contrato, éste debe considerarse celebrado en el país de la parte capaz. En segundo lugar, la persona física en cuestión debe ser capaz según la ley del país de celebración del contrato, ley que lógicamente deberá ser distinta de la que resulte aplicable en virtud de la regla de conflicto del juez del foro en materia de capacidad, puesto que sólo así la parte oponente puede justificar la

(42) Sobre el particular, vid. BROGGINI, M.: *Le modalità di esecuzione dei contratti in diritto internazionale privato*, Freiburg in der Schweiz, 1951. Es ilustrativo, en cuanto a la existencia de un fondo común entre los ordenamientos, el artículo 4 del Convenio de La Haya sobre venta internacional de mercaderías, de 1955, y el artículo 38.4 de la Ley Uniforme sobre venta internacional de mercaderías, de La Haya, de 1964, que respectivamente establecen, salvo pacto expreso, la competencia de la ley interna (o los usos, en la Ley Uniforme) del país en donde debe ejecutarse el contrato, en lo relativo a la forma, plazos y notificaciones del examen de las mercaderías entregadas, así como las medidas a tomar en caso de no aceptación de las mismas. Por su lado, el *Rapport*, sobre el Convenio, señala, a título de ejemplo, como disposiciones normalmente consideradas como modalidades de ejecución, las relativas a días inhábiles y las indicadas en los convenios de La Haya antes citados, p. 77.

apariencia de capacidad de su contratante. Por último, la parte capaz debe haber contratado de buena fe y sin imprudencia, lo que naturalmente le habrá impedido sospechar de la incapacidad de su oponente. Esta última condición, ante el silencio del Convenio, plantea al juez el problema de la apreciación de una y otra actitud, esto es, la cuestión de la prueba, y por quien, de la buena o mala fe, de la prudencia imprudencia del contratante capaz, así como de la estimación de aquellos indicios que hubieran podido o no inducir a sospecha razonable sobre la incapacidad de la otra parte, que normalmente resolverá por aplicación de su derecho interno.

VI. LEY APLICABLE A LA FORMA DEL CONTRATO

En virtud del artículo 9 del Convenio,

- «1. Un contrato celebrado entre personas que se encuentran en un mismo país es válido, en cuanto a la forma, si satisface las condiciones de forma de la ley que rige su fondo en virtud del presente convenio, o de la ley del país en donde ha sido celebrado. Este párrafo se aplica cuando las personas que se encuentran en un mismo país son las partes mismas o sus representantes.
2. Un contrato celebrado entre personas que se encuentran en países distintos es válido, en cuanto a la forma, si satisface las condiciones de forma de la ley que rige su fondo en virtud del presente convenio, o de la ley de uno de esos países.
3. Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o a celebrar es válido, en cuanto a la forma, si satisface las condiciones de forma de la ley que rige o regiría el contrato en virtud del presente convenio, o de la ley del país en el que ese acto ha sido otorgado.
4. Las disposiciones de los párrafos precedentes no se aplican a los contratos mencionados en el artículo 5, párrafo 1, celebrados en las circunstancias allí descritas. La forma de esos contratos se rige por la ley del país en el que el consumidor tiene su residencia habitual.
5. No obstante las disposiciones de los tres primeros párrafos del presente artículo, todo contrato que tenga por objeto un inmueble, queda sometido a las reglas imperativas sobre la forma de la ley del país de situación del inmueble, siempre que, según esta ley, esas reglas se apliquen independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo regula».

El amplio precepto transcrito tiene como finalidad evidente el dar respuesta a los principales problemas que plantea el tema de la forma de los actos jurídicos, circunscrito lógicamente a la materia de los contratos. Con esta perspectiva, y como el Informe sobre el Convenio indica (43), los tres primeros párrafos del

(43) Rapport cit., p. 65.

artículo 9 contienen las reglas dedicadas a la generalidad de los contratos, mientras que los dos restantes contemplan un cierto tipo de ellos.

En general, el problema de la forma de los actos ha sido, de siempre, cuestión debatida en Derecho Internacional Privado, desde la misma noción de «forma» hasta el tema de la ley o leyes aplicables a su validez, que ha reflejado a lo largo de los años la tensión entre los partidarios de la sumisión a un abanico de leyes de aplicación alternativa (el *favor negotii*) y los que reclaman un respeto adecuado a las formas, ya sea para evitar manipulaciones o preservar la seguridad jurídica, ya entendiendo que aquéllas, a menudo, traducen exigencias de fondo. En tal sentido, el artículo 9 quiere ser, de alguna manera, un compromiso equilibrado entre una y otra postura.

Para empezar, ninguna disposición define lo que debe entenderse por «forma» del negocio jurídico. La omisión, acertada a nuestro entender, se justifica por la dificultad de establecer un criterio definitorio —que al quedar incluido en un Convenio de este tipo tendría que ser uniforme— válido para todos, cuando ocurre que su interpretación plantea muy complejos problemas calificativos de un ordenamiento a otro (44). También en esta línea, el artículo 9 habla de «contratos» y de «actos jurídicos unilaterales», fórmula que comprende tanto a los públicos como a los privados, con lo que se obvia el problema calificativo que podría plantear el hecho de que no todos los países conocen la distinción y que, además, tiene la ventaja de garantizar la validez del acto instrumentado por una autoridad pública que, como ocurre en los Países Bajos, ha seguido las formalidades previstas en la ley que rige el fondo de dicho acto (45). Por último, se trata de los actos jurídicos unilaterales «relativos a un contrato celebrado o a celebrar», esto es, por ejemplo, la denuncia o la declaración de resolución del contrato, en el primer caso, o la oferta o su aceptación, en el segundo.

En lo que respecta a la *ley aplicable*, queda claro que las reglas generales (los tres primeros párrafos del precepto) traducen el compromiso principal al que aludíamos: por un lado, se dispensa una acogida alternativa a la *lex loci actus* y a la *lex causae*. Basta que el contrato o el acto jurídico unilateral respete las formas de una u otra ley para que se repute válidamente otorgado. Pero si el contrato se celebró entre personas localizadas en países distintos, las posibilidades de *favor negotii* son mayores por cuanto el contrato será válido en cuanto a la forma si se ajusta a las establecidas por la ley que rige el fondo o a las de cualquiera de tales países, evitándose además con esta solución, el problema de la localización del país en el que se entiende celebrado el contrato. Ahora bien, por otro lado, la aplicación alternativa de la ley del fondo y la del lugar de celebración, puede verse interferida por las *leyes imperativas* que, de manera general introduce el artículo 7 del Convenio. Esta sería la otra parte del compro-

[44] A título orientativo, el *Rapport*, sobre el Convenio, considera como forma en el sentido del artículo 9, todo comportamiento exterior impuesto al autor de una manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos y sin el cual esa manifestación de voluntad no gozaría de plena eficacia. No se incluyen, como es lógico, las llamadas «formas habilitantes» ni las formas de oponibilidad del acto frente a terceros, p. 67.

[45] *Rapport cit.*, p. 66.

miso. Así, puede ocurrir que ciertas formas de la ley del país en el que el acto o el contrato presenta una vinculación efectiva, posean carácter imperativo, y, en consecuencia, deban ser aplicadas, so pena de invalidez del acto o contrato, si bien, por el propio contexto del artículo 7, será el juez quien apreciará si procede o no dar efecto a tales formas imperativas, amén de las que pudieran existir en el foro, que, como se sabe, tienen prioridad sobre cualesquiera otras.

Los párrafos 4 y 5 del artículo 9 arbitran, como decíamos, reglas particulares para cierto tipo de contratos, en concreto, los celebrados por los consumidores y los relativos a bienes inmuebles. En ambos casos, y precisamente por ese amplio poder de apreciación que se ha concedido al juez en la aplicación del artículo 7 del Convenio —que podría no garantizar cumplidamente la protección del consumidor o el respeto a ciertas formas de la ley de situación del inmueble— es por lo que se ha descartado la aplicación de las reglas generales del artículo 9 y su sustitución por otras particulares tendentes a conseguir aquellos objetivos. En efecto, para los contratos que tienen por objeto el suministro de mercaderías o la financiación de tal suministro, así como la prestación de un servicio para su utilización extraprofesional (art. 5, par. 1) la aplicación, en cuanto a la forma, de la ley del país de la residencia habitual del consumidor, completa la protección de éste en cuanto que el fondo del contrato queda sometido a las disposiciones imperativas de la misma ley. En lo que respecta a los otros contratos contemplados, los que tienen por objeto un inmueble, si bien el párrafo 3 del artículo 4 del Convenio sólo establece una presunción sobre la aplicabilidad de la ley de la situación del inmueble, cuando esta ley contengan formalidades de imperativa observancia, tendrán que respetarse, pero únicamente en el supuesto —y esto es la contrapartida al hecho de que la *lex rei sitae* no es más que la que se presume como la de la vinculación más estrecha con el contrato— de que, en virtud de esa misma ley, sus formas deban aplicarse cualquiera que sea el lugar de celebración del contrato y la ley que lo regula.

VII. CESION DE CREDITOS Y SUBROGACION

1. Cesión de créditos.

La noción moderna de esta figura jurídica ha sufrido un proceso de largo alcance, que le ha llevado a aparecer, en la actualidad, con un relativo carácter unitario. Su importancia económica, de la que ha dependido la jurídica, no ha hecho más que desarrollarse, puesto que los créditos suponen, como los bienes corporativos, valores activos del patrimonio del acreedor, que puede utilizarlos como instrumentos de pago o de crédito, según sus necesidades. En su proyección internacional, la cesión de créditos juega, pues, un gran papel importante en el tráfico monetario. La complejidad de esta figura ha llevado a la doctrina a reconocer la necesidad de su regulación por una ley única, ya se trate de una obligación convencional, ya de la surgida de un hecho ilícito o de un enriqueci-

miento ilegítimo. Sin embargo, no hay asenso doctrinal en cuanto a ley aplicable, habiéndose propuesto la que rige el crédito en el momento de su transferencia, la del domicilio del cedente o el del acreedor, la del lugar del acto de cesión, la de su ejecución, e, incluso, a principios de siglo, la personal del acreedor, a las que se une, desde luego, la elegida por las partes (46).

El Convenio ha tomado postura sobre estas cuestiones, contemplando, en su artículo 12, la cesión de créditos propiamente dicha, esto es, la voluntaria o convencional, y, en consecuencia, ha sometido las obligaciones entre cedente y cesionario a la ley que, en virtud del Convenio, se aplica al contrato que les une. De esta manera, se confirma de nuevo la autonomía de la voluntad y la aplicación de las leyes reclamadas por las conexiones subsidiarias que ya conocemos. Ahora bien, la ley así determinada no ejerce su imperio sobre todos los aspectos de la figura, y muy concretamente en los relacionados con el deudor: el párrafo 2 de este artículo 12, sujeta la determinación del carácter transferible del crédito, las relaciones entre cesionario y deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio del pago por éste efectuado, «a la ley que rige el crédito cedido». La solución parece plenamente correcta, aunque en algunos países la conexión tradicionalmente utilizada en estos aspectos sea la del domicilio del deudor; ahora bien, en todo caso, no hay que olvidar, por un lado, que también el juego de este artículo 12 puede verse interferido por las leyes imperativas resultantes del artículo 7, y, por otro, tal como lo señala el «Rapport» sobre el Convenio, que las materias de las que trata el párrafo 2 del artículo 12, con excepción del carácter transferible del crédito, quedarán reguladas, en los que respecta a las relaciones entre cedente y deudor, si existe pacto entre ellos, por la ley que rige tal contrato, en la medida en la que en él se contemplen dichas materias (47).

2. Subrogación.

El artículo del Convenio establece la regla de conflicto en materia de transferencia de créditos por efecto de la ley, o subrogación legal, aunque lógicamente limitado a los supuestos de naturaleza contractual, es decir, que la disposición no resulta aplicable cuando la deuda deriva de una obligación delictual.

Los posibles problemas calificativos que hubieran podido plantearse por el hecho de que el citado artículo lleva como enunciado el de «subrogación», quedan orillados en el texto en cuanto que éste describe la situación concreta a la que debe aplicarse. Así, se trata del supuesto de que, en virtud de un contrato, una persona, el acreedor, posea derechos frente a otra, el deudor, estando obligado un tercero a satisfacer al acreedor en sus derechos, o que ya los haya satisfecho

(46) Sobre el problema, vid. BATIFFOL, H.: *Droit international privé*, París, 1971 (5.^a ed.), t. II, pp. 264 y ss.; HOLLEAUX: «Cession de créance», *Répertoire D. I.* (Dalloz), París, 1968, pp. 283 y ss.; BEUTTNER: *La cession de créance en Droit international privé*, Berne et Francfort, 1971.

(47) *Rapport cit.*, p. 8^o.

en cumplimiento de la citada obligación. En tal caso, la cuestión de saber —que es lo fundamental— si el tercero puede ejercer, en todo o en parte, los derechos del acreedor contra su deudor surgidos de acuerdo con la ley que regula sus relaciones contractuales, es de la competencia de la ley aplicable a la obligación del tercero. Por ejemplo, en un contrato de garantía o fianza, la ley que resulte aplicable a dicho contrato, esto es, la aplicable a la obligación del garante de pagar al acreedor es la competente para determinar si puede el tercero, y en qué medida, ejercer, frente al deudor, los derechos que la ley aplicable al contrato reconoce al acreedor (48).

La misma regla resulta aplicable —dice el párrafo 2— cuando se trata de varias personas sometidas a la misma obligación contractual y una de ellas ha satisfecho al acreedor.

VIII. PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

El tema de la prueba es, de por sí, complejo, a la vez que difícil, por cuanto debe operar en un campo de contornos imprecisos, a caballo entre el fondo y el procedimiento. De ahí que los redactores del Convenio hayan sido en este punto cautelosos, prefiriendo regular cuestiones concretas más que arbitrar una regla de tipo general que, sin duda, hubiera planteado espinosos problemas calificativos y de ley aplicable. En efecto, en el artículo 1, párrafo 2, letra h, se excluye del campo de aplicación del Convenio, «la prueba y el procedimiento», pero precisamente a reserva del artículo 14, que es el dedicado a la regulación de las cuestiones concretas aludidas; éstas son dos: objeto y carga de la prueba y admisibilidad de los modos de prueba.

a) La primera cuestión, objeto y carga de la prueba, no parece plantear graves problemas. Según el artículo 14,1,

«la ley que regula el contrato en virtud del presente convenio resulta aplicable en la medida en la que, en materia de obligaciones contractuales, establece presunciones legales o reparte la carga de la prueba».

Se establece así un equilibrio entre la ley del fondo y la del foro (49). En términos generales, la ley del fondo es una opción, como también lo es el dar a

(48) Según el **Rapport**, la regla cubre también aquellas situaciones en la que una persona paga sin estar obligado a ello ni por contrato ni por la ley, pero que poseen un interés económico reconocido por ley, tal como lo previene el artículo 1.251.3 del «Code civil» francés o el 1.203.3 del italiano, aunque, en tal caso, el juez tendría un margen de apreciación. También se aplicaría la regla a la cuestión de la posibilidad de una subrogación parcial. **Rapport cit.**, p. 83.

(49) La aplicación de la ley del fondo supone la admisión por el Convenio de la tendencia substantivista, material, que cuenta con un buen número de partidarios, sobre todo en cuestiones de **onus probandi**, pero no tan claramente en materia de presunciones. Vid. M. Agullar Navarro: **Derecho Civil Internacional**, Madrid, 1975, pp. 502 y 506. Sobre el problema en general, ARMINJON, P.: «La preuve en Droit international privé», **Revue D. I. Privé**, 1929, pp. 385 y ss.; NEUMEYER: «La prova

este tema un tratamiento puramente procesal. Ahora bien, en el aspecto del objeto y carga de la prueba, las reglas que lo organizan tienden más bien a precisar las obligaciones de las partes, con lo que, en realidad, atañen al fondo, y por eso no debe dissociarse de la ley reguladora del contrato. Así ocurre en materia de presunciones legales. Sin embargo, no siempre y en todos los casos estas reglas son de naturaleza substantiva; las hay típicamente procesales (50). De ahí que la disposición convencional precise que la ley del contrato se aplica sólo en la medida en la que reparte la carga de la prueba en materia de obligaciones contractuales, esto es, cuando las reglas sean realmente de fondo.

b) El segundo punto, admisibilidad de los modos de prueba del negocio jurídico (no de los hechos jurídicos) queda regulado en el párrafo 2 de este artículo 14, buscando de nuevo un equilibrio por la aplicación alternativa de dos leyes, la del foro y la que rige la forma del negocio. En efecto,

«los actos jurídicos pueden probarse por cualquier medio de prueba admitido por la ley del foro o por una de las leyes previstas en el artículo 9, según la cual el acto es válido en cuanto a la forma, siempre que la prueba pueda ser administrada según ese medio ante el tribunal que conoce de la causa».

La disposición concede una clara preponderancia a la ley del foro, que en esta materia es lícita y perfectamente justificada, por cuanto no parece posible imponer al juez unas modalidades de prueba cuya administración desconoce. No obstante, sentada esta premisa, la solución alternativa que acoge esta disposición permite conciliar las exigencias de la *lex fori* con el debido respeto a las legítimas previsiones de las partes en el momento de la celebración del contrato. En consecuencia, la ley del foro constituye un mínimo, sus modalidades de prueba podrán siempre ser utilizadas— y una condición, en cuanto que la administración de la prueba, que siempre es de su competencia, será la vía por la que podrá rechazarse aquella modalidad cuya administración el juez no conozca. Así, por ejemplo, si la *lex fori* exige la prueba por escrito de cualquier acto jurídico, pero la ley aplicable a la forma se contenta con un simple acuerdo verbal, admitiendo que el negocio pueda ser probado por testigos, las partes podrán prevalerse de esta última ley en cuyas previsiones han confiado lícitamente; por el contrario, si se trata de una modalidad de prueba no conocida en el foro, como puede ocurrir con

in diritto internazionale privato», *Diritto Internazionale*, 1962, pp. 180 y ss.; HUET, A.: *Les conflits de lois en matière de preuve*, Paris, 1965; MOTULSK: *Preuve*, Répertoire Dalloz (D. I.), t. II, pp. 625 y ss. Por su parte, el Instituto de D. I., en su reunión de agosto de 1947, en Lausana, aprobó una Resolución sobre los conflictos de leyes en materia de prueba en Derecho privado, de la que fue ponente Arminjon, en la que se acepta claramente la postura substantivista. Vid. *Annuaire IDI*, 1947, p. 260.

(50) Ocurre así, por ejemplo, con la regla según la cual, en caso de incomparecencia de una de las partes, se presume como bien fundada la alegación de la parte que comparece, o aquella que presume que el silencio de una parte ante los hechos alegados por la otra, vale como tácita admisión de la existencia de tales hechos. *Rapport cit.*, p. 86.

el juramento o el testimonio de una sola de las partes, ello permitirá al juez justificar su rechazo (51).

La ley que regula la forma del negocio, como se sabe, puede ser tanto la aplicable al fondo como la del lugar de celebración del mismo. En consecuencia, las partes podrán utilizar los medios de prueba de una u otra, siempre que el negocio responda, en cuanto a su forma a ambas, pues tal es el sentido de la disposición analizada; de ahí que por el contrario, si el acto es válido únicamente por aplicación de la ley del fondo, o del lugar de celebración, sólo las modalidades de prueba de la ley —una u otra— que declara la validez, serán las exclusivamente alegables por las partes.

IX. LOS PROBLEMAS GENERALES

El Convenio recoge, de forma expresa, sólo dos de los problemas generales que plantea el funcionamiento de la regla de conflicto. Son el **reenvío** y la excepción de **orden público**. Sin embargo, de la interpretación y contexto del Convenio se desprende igualmente algunas pautas en materia de **calificación** y **fraude a la ley**.

1. Reenvío

A tenor del artículo 15 del Convenio, cuando éste prescribe la aplicación de la ley de un país, se entiende

«las reglas de derecho en vigor en ese país, con exclusión de las normas de derecho Internacional privado».

En la eterna polémica sobre la aplicación, o no, de las reglas de conflicto extranjeras, uno de cuyos supuestos más representativos es el reenvío, el Convenio toma postura ordenando su rechazo, tanto en el supuesto típico de que la ley aplicable no sea la del foro, como en el caso de que sea ésta la designada, porque, evidentemente, las normas de conflicto de los Estados partes quedan sustituidas por las uniformes del Convenio. Por otra parte, por «reglas de derecho en vigor», debe entenderse, obviamente, el sistema jurídico del país en cuestión (con exclusión de las normas de conflicto), por lo que habrá de tomarse en cuenta la costumbre y la jurisprudencia nacionales.

Si la aceptación del reenvío puede encontrar completa justificación en otros campos y en diferentes aspectos, en aras del **favor negotii et personae**, coordinación de sistemas o armonía internacional de soluciones, el relativo a las obligaciones contractuales es uno de los menos propicios para ello; aquí, el contrato, ya se halle regido por la ley elegida por las partes, ya por la que con él guarde la más íntima relación, el reenvío no parece que sea en absoluto justificable:

(51) *Rapport cit.*, p. 87.

sería ilógico admitir que, una vez localizada, por la voluntad de las partes o por la conexión más relevante, la ley aplicable está fuera, descartada por el juego de las reglas de conflicto del ordenamiento del que forma parte (52). Y tales argumentos encuentran mayor fuerza cuando se trata de un convenio internacional: admitir el reenvío sería, de alguna manera, burlar la regla de conflicto convencional, que es el resultado de una negociación entre los interesados, para, a través de ella, determinar la ley que se estima más apropiada para la regulación de la situación de que se trate.

2 Orden público.

La excepción de orden público queda reflejada en el artículo 16 del Convenio, de la forma siguiente:

«La aplicación de una disposición de la ley designada por el presente convenio no puede ser descartada más que cuando esa disposición sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro.»

Es ocioso hacer observar que la fórmula empleada es la habitual en los Convenios elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado desde su IX sesión, en 1956. El objetivo perseguido es también de sobra conocido: se trata de mediatizar la tendencia de los jueces hacia la cómoda invocación de esta excepción, obligándoles a motivar razonada y completamente la existencia de una «incompatibilidad manifiesta» con el orden público del foro, o, al menos, hacer parco uso de la excepción. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que la disposición convencional incluye el «orden público comunitario» en cuanto que éste, evidentemente, forma parte del orden público de los Estados miembros de las Comunidades Europeas (53).

3. Calificación y fraude a la ley.

Ninguno de ambos problemas se halla expresamente contemplado en el Convenio, si bien determinadas disposiciones, de una u otra forma, dan orientaciones a seguir en estos temas.

Así, en materia de **calificación**, la formulación de ciertas reglas orillan la esencia del problema, como ocurre en el artículo 18, que con un carácter advierte al

(52) La postura contraria ha sido defendida por MAURY et DERRUPE: «Le renvoi», *Jurisclasser D. I.*, 1962, fasc. 532-B (2ème cahier), pp. 3-4.

(53) Sin ánimo de entrar en el problema, pues no es este el momento apropiado, debe advertirse que, desde nuestro punto de vista, la disposición convencional sobre la excepción de orden público es superflua, entre otras razones, porque el juego de las reglas imperativas que el Convenio prevé, particularmente las del foro (art. 7.2) no dejan campo alguno —si lo tuviera— a la excepción de orden público.

PROYECTO DE CONVENIO CEE SOBRE LA LEY APLICABLE...

juez de la naturaleza Internacional de las normas uniformes y la necesidad de que tal naturaleza se refleje en su interpretación y aplicación; lo mismo puede decirse del caso de la subrogación (art. 13), pues, como hemos dicho, la regla da una descripción del supuesto y no un concepto jurídico que exigiría su calificación; en materia de forma de los actos (art. 9), sin definir qué debe entenderse por tales, se concreta a los contratos y actos con ellos relacionados, incluyendo los públicos y los privados; en el artículo 14, cuando se evita la definición del concepto de prueba y se circunscribe a las presunciones legales y carga de la prueba, así como a la admisibilidad de los modos de prueba; en materia de capacidad (art. 11) se obvia la referencia a la ley personal para señalar exclusivamente el supuesto en el que no se puede invocar la incapacidad en el negocio jurídico celebrado.

En lo que respecta al **fraude a la ley**, el Convenio parece haberse inclinado por la corriente que niega substantividad propia a esta excepción, postura que se refuerza por el hecho de que el artículo 3, como hemos visto, no exige una determinada conexión entre el contrato y la ley elegida por las partes, admitiéndose, incluso, el cambio de modificación posterior de la ley aplicable, mediante acuerdo de las partes.

Por otro lado, la fórmula del artículo 7, cuando permite dar efecto a las disposiciones Imperativas de cualquier ley que tenga una vinculación efectiva con la situación, o cuando declara la aplicación prioritaria de las reglas imperativas del foro, priva de contenido y de finalidad a la excepción de fraude, tanto a la ley extranjera como a la del mismo foro.

