

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS PROTECTORAS DE LA PARTE CONTRACTUAL DÉBIL*

María CAMPO COMBA**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ART. 6 RI SOBRE LEY APLICABLE A CONTRATOS DE CONSUMO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONSUMO.—2.1. La redacción actual del art. 6 RI—2.2. La aplicación de las directivas en materia de consumo desde la perspectiva del Derecho internacional privado.—3. ART. 8 RI SOBRE LEY APLICABLE A CONTRATOS DE TRABAJO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE TRABAJO.—4. EL ART. 3.4 RI Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO IMPERATIVO EUROPEO.—5. EL ART. 9 RI COMO POSIBLE MECANISMO DE PROTECCIÓN DE PARTES CONTRACTUALES DÉBILES.—6. REFLEXIÓN Y CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. El Reglamento Roma I¹ (de aquí en adelante, RI) determina la ley aplicable a los contratos en situaciones internacionales. Las normas de protección de los consumidores, trabajadores y otras partes débiles establecidas en diferentes directivas europeas resultan aplicables siempre y cuando la ley aplicable al contrato sea la ley de un Estado miembro. Las normas de la directiva se aplicarán de la manera en que dicho Estado miembro las implementó en su propio ordenamiento. Por ello, a pesar de la disparidad de objetivos entre las normas de Derecho internacional privado y las directivas europeas de protección de la parte débil, ambas deben estar correctamente coordinadas

* El presente estudio se enmarca dentro de la investigación doctoral resultante en la tesis doctoral «EU Private International Law on the Law Applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Contracting Parties: Towards EU Market Integration?», Universidad de Groninga (Países Bajos), 2019 (CAMPO COMBA, M., *The Law Applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Parties in EU Private International Law*, Springer International Publishing, 2021).

** Contratada posdoctoral en el proyecto «Public and Private Interests: A new balance» en la Facultad de Derecho de la Universidad Erasmus de Róterdam (EUR), Países Bajos (campocomba@law.eur.nl).

¹ Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DO L* núm. 177, de 4 de julio de 2008.

para asegurar la aplicación de las directivas en materia de protección de la parte contractual débil de acuerdo con sus objetivos y ámbito de aplicación.

2. Históricamente, dos métodos principales de Derecho internacional privado han sido utilizados para determinar qué ley resulta aplicable en situaciones que tienen conexiones con más de un ordenamiento jurídico: el método unilateral y el método multilateral². El enfoque unilateral consiste en determinar el alcance espacial de una norma para determinar su aplicación, tomando la norma como punto de partida. El enfoque multilateral consiste en designar la ley aplicable a través de factores de conexión objetivos basados en la relación legal, independientemente de si resulta aplicable la ley del foro o una ley extranjera. En nuestro método de Derecho internacional privado europeo actual, la puridad de método ha sido rechazada, y se defiende el pluralismo metodológico³. Partiendo de una base mayoritariamente multilateral, numerosos principios y doctrinas han sido añadidos, como el principio de la autonomía de la voluntad, el principio de protección de la parte débil o la doctrina de las leyes de policía, tal y como muestra el Reglamento RI⁴.

3. En este contexto, este estudio analiza hasta qué punto las normas de conflicto del Reglamento RI y el método seguido se adaptan a las necesidades de las directivas europeas de protección de la parte contractual débil y, en general, a la realidad europea. Para ello, el análisis se centrará en los consumidores y los trabajadores como partes débiles estructurales que, por un lado, se regulan por normas de conflicto similares en el Reglamento RI y, por otro, se protegen por directivas europeas que persiguen objetivos económicos y sociales esenciales para el mercado interior⁵. En primer lugar, la relación entre la ley aplicable a los contratos de consumo (art. 6 RI) y la aplicación de las directivas europeas en materia de consumo es objeto de estudio⁶. Seguidamente, se analiza la coordinación entre la ley aplicable a los contratos de trabajo (art. 8 RI) y la aplicación de las directivas europeas en materia de trabajo. Además, se examina el papel del art. 3.4 RI, introducido en el Regla-

² SIEHR, K., «Private International Law, History of», en BASEDOW, J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017; BASEDOW, J., «Private International Law, Methods of», en BASEDOW, J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.

³ A partir de la década de 1960, la exclusividad del método multilateral de Derecho internacional privado fue cuestionada, y la necesidad de cierta flexibilidad y adaptación a la realidad legal y social fue puesta en evidencia: GONZÁLEZ CAMPOS, J., «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5239-5242; MARQUES DOS SANTOS, A., *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991; MAYER, P., «Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois», *Droits*, 1985, p. 129; AUDIT, B., «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1984, p. 223, esp. p. 219.

⁴ TEN WOLDE, M. H. y HENCKEL, K. C., *European Private International Law: A Comparative Perspective on Contracts, Torts and Corporations*, Groningen, Hephaestus Publishers, 2012, pp. 9-11.

⁵ Otras partes débiles presentes en el Reglamento RI (pasajeros y ciertos tomadores de seguro), así como otras partes contractuales que, en menor medida, pueden ser consideradas débiles (agentes comerciales, distribuidores o franquiciados), quedan fuera del análisis de este estudio.

⁶ Los problemas derivados de la interacción entre directivas en materia de comercio electrónico o privacidad y Derecho internacional privado no serán objeto de análisis en este estudio.

mento RI precisamente con la intención de adaptarlo a las necesidades de las disposiciones imperativas derivadas de instrumentos europeos. A continuación se analiza el art. 9 RI como posible mecanismo de protección de la parte contractual débil cuando las normas especiales previstas para ello no son suficientes. Mientras que el recurso al mecanismo de las leyes de policía del art. 9 RI ha sido en algunas ocasiones defendido para complementar dichos casos, este estudio cuestionará el uso de las leyes de policía como mecanismo para asegurar la aplicación de disposiciones derivadas de directivas europeas de protección de la parte contractual débil. Finalmente, el estudio concluye con una reflexión acerca del actual método de Derecho internacional privado en la Unión Europea y ciertas propuestas sobre el Reglamento RI.

2. ART. 6 RI SOBRE LEY APLICABLE A CONTRATOS DE CONSUMO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONSUMO

2.1. La redacción actual del art. 6 RI

4. El art. 6 RI limita la libre elección de ley por las partes para evitar un posible abuso de la parte «fuerte» del contrato. En vez de eliminar toda posibilidad de elección de ley, el art. 6.1 RI dispone que las normas de la ley elegida por las partes no deben ser más perjudiciales para el consumidor que las normas imperativas de la ley aplicable en ausencia de elección de ley. La ley aplicable en ausencia de elección es la ley del país de residencia habitual del consumidor. En el caso de los contratos de consumo protegidos por el art. 6 RI, los «riesgos de internacionalidad» del contrato son asumidos por el profesional, ya que es quien crea dichos riesgos y posibles costes cuando dirige sus actividades al país de residencia habitual del consumidor⁷. Debido al ámbito material y territorial limitado del art. 6 RI, dicho precepto no cubre todos los contratos de consumo. En general, las legítimas expectativas de los consumidores y motivos de previsibilidad por parte del profesional justifican que ciertos contratos de consumo no estén cubiertos por el art. 6 RI. Sin embargo, hay determinadas «lagunas» de protección en el art. 6 RI que conducen a que las disposiciones imperativas de Derecho europeo no sean aplicables aun cuando estas parecen tener la intención de serlo.

5. En primer lugar, en referencia a la excepción material del art. 6.4.a) RI sobre «contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban

⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La racionalidad económica del Derecho internacional privado», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, núm. 1, pp. 87-134, esp. pp. 128, 131-133 y 147. Los criterios que determinan cuando un profesional está dirigiendo actividades al país de residencia habitual de un consumidor se definen en el art. 6 RI, junto con el art. 17 del Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012, y la jurisprudencia relacionada (p. ej., STJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Alpenhof*, C-585/08 y C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740).

prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual» (curso de idiomas, alojamiento en un hotel, etc.), o la exclusión de consumidores activos en general, el Reglamento RI no ofrece una solución completamente satisfactoria⁸. En estos casos, el consumidor es tratado de la misma manera que el profesional, ya que no hay restricciones a la libre elección de ley. Un consumidor activo, como puede ser un consumidor holandés que adquiera *souvenirs* por su propia iniciativa mientras se encuentra de vacaciones en Barcelona, se encuentra fuera del ámbito de aplicación del art. 6 RI. Si bien es cierto que dicho consumidor no podría esperar que las disposiciones de Derecho holandés fuesen aplicables a dicha transacción, se encontraría dentro del mercado interior europeo y por tanto sí podría esperar el respeto de ciertos estándares mínimos europeos⁹. Sin embargo, el art. 3.1 RI permite la libre elección de ley, y la limitación del art. 3.4 RI solamente asegura la aplicación de la protección imperativa europea al consumidor cuando todos los elementos relevantes de la situación estén localizados dentro de la Unión Europea¹⁰. Por ejemplo, si el curso es ofrecido en España por una empresa con base en Estados Unidos, se puede considerar que no todos los elementos relevantes están en la Unión Europea y, consecuentemente, el consumidor holandés perdería toda protección europea. Es cierto que desde el punto de vista del Derecho internacional privado este consumidor no necesita la misma protección que los consumidores protegidos bajo el art. 6 RI, ya que los riesgos de internacionalidad que justifican la protección del art. 6 RI son asumidos, en este caso, por el consumidor activo al salir de su país y contratar activamente con un empresario extranjero. Sin embargo, desde el punto de vista del *acquis* comunitario, la legítima expectativa del consumidor que disfruta de las libertades comunitarias debe conllevar un cierto nivel de protección cuando actúa dentro de la Unión Europea¹¹.

6. Asimismo, el caso de los consumidores «móviles» o de vacaciones por la Unión Europea se encuentra fuera del ámbito de protección del art. 6 RI. Imaginemos un caso en el que una empresa establecida en Marruecos dirige algunas de sus actividades a turistas en el sur de España, organizando *tours* y eventos de venta. Un consumidor alemán de vacaciones en España participa en estos *tours* y adquiere alguno de los electrodomésticos que dicha empresa ofrece durante los eventos de venta. En este caso, si el contrato contiene una

⁸ Además, ha de tenerse en cuenta que la situación contemplada en el art. 6.4.a) RI sí se encontraría dentro de la norma de protección de los consumidores en materia de jurisdicción (art. 17 del Reglamento 1215/2012) pero se excluye de la norma de protección en materia de ley aplicable del art. 6 RI en base a que, en dichos casos, el consumidor no puede esperar razonablemente la protección de su propio ordenamiento; GIULIANO, M. y LAGARDE, P., Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE C-327, de 11 de diciembre de 1992 (Informe GIULIANO y LAGARDE), p. 24.

⁹ AÑOVEROS TERRADAS, B., «Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un estado tercero: a propósito de la propuesta del reglamento Roma I», *AEDIP*, vol. 6, 2006, pp. 379-401, esp. p. 393.

¹⁰ Véase *infra*, apdo. 4.

¹¹ AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, nota 9, pp. 393-394.

cláusula de elección de ley a favor de la ley marroquí, el consumidor alemán no se encontraría amparado por la protección del art. 6 RI, ya que las actividades de la empresa marroquí no se dirigen a Alemania, su país de residencia habitual, sino a España. El consumidor alemán tan solo podría disfrutar de la protección del artículo mencionado si la empresa marroquí dirigiese también sus actividades comerciales a Alemania. Por tanto, los consumidores «móviles» o de vacaciones por la Unión Europea se encuentran excluidos del art. 6 RI. De acuerdo con los arts. 3 y 4 RI, las partes son libres de elegir la ley aplicable al contrato (y, muy comúnmente, el profesional incluirá una cláusula de elección a favor de su propia ley) y, en defecto de elección de ley, el art. 4 probablemente conducirá a la aplicación de la ley del país donde el profesional esté establecido. Sin embargo, ¿no podría un consumidor residente en un Estado miembro, tras haber sido objeto de las actividades dirigidas por un profesional extranjero a otro Estado miembro durante su estancia allí, esperar la aplicación del estándar mínimo europeo de protección del consumidor? Al fin y al cabo, aunque dicho consumidor no se encuentra en su país de residencia habitual, estaría contratando dentro del mercado interior europeo¹². La libertad de movimiento de productos, servicios y personas dentro del mercado interior; además de garantizar el derecho de los consumidores a desplazarse y obtener un producto o servicio, también debiera garantizar que el consumidor tuviera la libertad de elegir entre las diferentes ofertas de bienes y servicios entre Estados miembros bajo las mismas condiciones que los consumidores con residencia habitual en el Estado miembro¹³. Lo contrario sería incompatible con los objetivos de la Unión Europea.

7. Dichas deficiencias ponen en duda la idoneidad del art. 6 RI con respecto a los objetivos de las directivas europeas de consumo. Es importante tener en cuenta que el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional privado tienen diferentes puntos de partida y objetivos. Mientras que las directivas europeas de consumo persiguen el buen funcionamiento del mercado interior a través de la armonización de un estándar de protección común al consumidor, promoviendo a su vez la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento, el Derecho internacional privado se basa en principios diferentes. Desde un punto de vista tradicional multilateral savigniano, las normas de conflicto buscan designar la ley aplicable a una relación jurídica determinando la conexión más estrecha a partir de la relación individual. El Reglamento RI, además, incluye otros principios y doctrinas. Por ejemplo, para proteger valores sociales importantes derivados del Derecho sustantivo, como la protección al consumidor, la norma de conflicto conduce a la ley del país que tiene mayor interés en la aplicación de su ley, correspondiente con las expectativas de las partes del contrato¹⁴. Sin

¹² ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-terceros estados», *AEDIPr*, vols. 14-15, 2014-2015, pp. 277-303, esp. pp. 298, 299.

¹³ AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, nota 9, p. 394.

¹⁴ DE BOER, T. M., «Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law», *Collected Courses of the Hague Academy of international Law*, vol. 257, 1996, p. 279.

embargo, los valores derivados del espacio de libertad, seguridad y justicia y del correcto funcionamiento del mercado interior parecen no estar reflejados de manera suficiente en el Reglamento.

2.2. La aplicación de las directivas en materia de consumo desde la perspectiva del Derecho internacional privado

8. La aplicabilidad de las directivas de consumo es objeto de debate. Algunas directivas de consumo contienen las denominadas «normas con incidencia en la ley aplicable» que definen el ámbito de aplicación espacial del instrumento¹⁵. Su objetivo es asegurar la aplicación de la protección de la directiva respectiva aun cuando las partes elijan una ley de un Estado tercero pero la situación mantenga vínculos estrechos con el territorio de la Unión¹⁶. Por ejemplo, el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE¹⁷ expresa: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». Encontramos disposiciones similares en el art. 12.2 de la Directiva 2002/65/CE¹⁸, el art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE¹⁹ y el art. 22.4 de la Directiva 2008/48/CE²⁰. Estas disposiciones difieren ligeramente en su redacción, pero siguen el mismo método: determinan el ámbito de aplicación de la directiva respectiva pero permanecen en silencio acerca de la aplicación de Derecho extranjero²¹. El objetivo del correcto funcionamiento

¹⁵ Antes de la introducción de este tipo de normas, la primera generación de directivas en materia de consumo guardaban silencio en cuanto a su ámbito de aplicación internacional y cuestiones de Derecho internacional privado. Sin embargo, pronto se puso en evidencia que la norma que determinaba la ley aplicable a los contratos de consumo permitía evitar la protección proporcionada por las directivas. LEIBLE, S., «Article 6 Rome I and Conflict of Laws in EU Directives», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, 2015, núm. 1, pp. 39-44, esp. p. 39; MORSE, C. G. J., «Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, pp. 1-21 esp. p. 11.

¹⁶ WILDERSPIN, M., «Article 6: Consumer Contracts», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Rome I Regulation - Commentary*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, p. 485; KUIPERS, J. J., *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 181 y ss.

¹⁷ Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L núm. 95, de 21 de abril de 1993.

¹⁸ Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, DO L núm. 271, de 23 de septiembre de 2002.

¹⁹ Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DO L núm. 171, de 7 de julio de 1999.

²⁰ Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, DO L núm. 133, de 22 de mayo de 2008.

²¹ El art. 12.2 de la Directiva 2008/122/CE relativa al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, DO L núm. 33, de 3 de febrero de 2009, constituye una excepción. Además, en

del mercado interior sirvió como justificación para la introducción de normas con incidencia en la ley aplicable como un mecanismo inicialmente dirigido a cubrir las lagunas del Convenio de Roma (CR) respecto a las necesidades especiales de las directivas de consumo²². Con respecto al tema que nos concierne, la deficiencia mostrada por el art. 5 CR sobre contratos de consumo se debía a su redacción completamente al margen de las necesidades del sistema de la Comunidad Europea. Tal como se mostró en los casos Gran Canaria ante los tribunales alemanes, la redacción del art. 5 CR no aseguraba la aplicación de la protección al consumidor prevista por las directivas europeas de consumo²³. En estos casos, el ámbito de aplicación reducido del art. 5 CR llevó a que este no resultara aplicable a contratos de consumo celebrados por consumidores alemanes de vacaciones en Gran Canaria cuando estos fueron contactados en alemán para la celebración de contratos para la compra de bienes domésticos y contratos de multipropiedad. Como consecuencia, las directivas europeas correspondientes no resultaron aplicables²⁴. Con la intención de asegurar la protección al consumidor que el CR parecía no garantizar, el legislador europeo introdujo las normas con incidencia en la ley aplicable en la segunda generación de directivas europeas en materia de consumo²⁵.

9. Sin embargo, la introducción de normas con incidencia en la ley aplicable ha suscitado ciertas dificultades con respecto al sistema de Derecho internacional privado²⁶. En primer lugar, debido a que tienen que ser incor-

vez de requerir una conexión flexible (vínculos estrechos), exige una conexión rígida con el territorio, estableciendo que: «Si la normativa aplicable fuera la de un tercer país, el consumidor no quedará privado de la protección que le otorga la presente Directiva, tal como la aplique el Estado miembro del foro: si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades». Sobre la transposición española de dicha directiva y aspectos de Derecho internacional privado derivados de las misma, véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Aspectos de Derecho internacional privado», *REDI*, vol. 65, 2013, núm. 1, pp. 281-284.

²² ESTEBAN DE LA ROSA, F., «El sistema europeo y español de ley aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: el modelo de dispersión normativa para el Derecho privado de la integración», *Revista Agenda Internacional*, vol. 13, 2007, núm. 24, pp. 409-441, esp. p. 415.

²³ WILDERSPIN, M., *op. cit.*, nota 16, p. 484; FRANCO, S., «The Scope of Secondary Community Law in the Light of the Methods of Private International Law - or the Other Way Around?», en SARCEVIC, P., VOLKEN, P. y BONOMI, A. (eds.), *Yearbook of Private International Law*, vol. 8, Múnich, Sellier, European Law Publishers and Swiss Institute of Comparative Law, 2006, pp. 340-341; BASEDOW, J., «Consumer Contracts and Insurance Contracts in a Future Rome I-Regulation»; MEEUSEN, J., PERTEGÁS M. y STRAETMANS, G. (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union: Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, 2004, pp. 276-278.

²⁴ WILDERSPIN, M., *op. cit.*, nota 16, p. 484; FRANCO, S., *op. cit.*, nota 23, pp. 340-341; KUIPERS, J. J., *op. cit.*, nota 15, pp. 212-214.

²⁵ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003, pp. 132; PAREDES PÉREZ, J. I., «La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo. Propuesta de *lege ferenda*», *AEDIPr*, vol. 6, 2006, pp. 87-114; WILDERSPIN, M., *op. cit.*, nota 16, p. 485.

²⁶ Véase RAGNO, F., «The Law Applicable to Consumer Contracts Under the Rome I Regulation», en FERRARI, F. y LEIBLE, S. (eds.), *Rome I Regulation*, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2009,

poradas en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, la vaguedad en su redacción ha resultado en difíciles y diversas transposiciones en los diferentes ordenamientos nacionales, resultando en un sistema paralelo de Derecho internacional privado europeo. Mientras que las normas con incidencia en la ley aplicable requieren la aplicación de la directiva cuando las partes eligen una ley de un Estado tercero como aplicable pero la situación mantenga vínculos estrechos con el territorio de la Unión Europea, cada Estado miembro puede llevar a cabo interpretaciones distintas, lo que derivaría en incoherencias en torno a la transposición de la referencia al territorio de los Estados miembros y el término «vínculos estrechos».

10. En cuanto a la referencia al territorio de los Estados miembros, algunas transposiciones nacionales hacen referencia en su lugar al territorio nacional, determinando la aplicación de la ley del foro e ignorando la ley de otros Estados miembros²⁷. Por ejemplo, la ley alemana correspondiente a la transposición del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas exigía la aplicación de la ley alemana cuando el contrato tuviera una conexión estrecha con Alemania²⁸. Esta norma tomaba un enfoque unilateral que aseguraba la aplicación de la ley nacional y que, aunque aseguraba la protección mínima de la directiva, imponía unilateralmente la aplicación de la ley alemana. La transposición italiana de este tipo de normas tomó la misma dirección²⁹. En cuanto al ordenamiento español, en el cual la transposición de las directivas tuvo lugar originalmente en textos diferentes, la transposición de normas con incidencia en la ley aplicable tampoco se corresponde con el texto original de la directiva. Por ejemplo, la transposición del art. 7.2 de la directiva sobre venta de bienes de consumo disponía que las normas españolas debieran ser aplicables independientemente de la ley elegida por las partes (art. 13 de la Ley 23/2003, de 10 de julio). Asimismo, la transposición del art. 12.2 de la directiva relativa a la comercialización a

pp. 188-189; JAYME, E. y KOHLER, C., «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *Revue critique de droit international privé*, vol. 1, 1995, núm. 84, pp. 11-36. Incluso en el Libro Verde de la Comisión sobre la transformación del Convenio de Roma en el Reglamento Roma I se comentaba que la proliferación de este tipo de normas era fuente de preocupación, refiriéndose, entre otros motivos, a los problemas relacionados con su transposición en los ordenamientos de los Estados miembros y la dispersión de normas de conflicto entre diferentes instrumentos [Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM(2002) 654 final, pp. 17-18].

²⁷ FALLON, M. y FRANCO, S., «Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?», *Private Law in International Arena. Liber Amicorum K. Siehr*, 2000, p. 166; KUIPERS, J. J., *op. cit.*, nota 16, p. 188.

²⁸ Ley de 19 de julio de 1996, BGBl. 1996, I, 1013, art. 1. Más tarde, el art. 29.a) EGBGB, en implementación de varias normas con incidencia en la ley aplicable de las directivas sobre consumo, siguió la redacción de dichas normas refiriéndose al territorio de los Estados miembros. La entrada en vigor del Reglamento RI derogó esta norma en 2009.

²⁹ Por ejemplo, la transposición italiana del art. 12.2 de la Directiva 2002/65/CE a través del art. 67 *octiesdecies*, párr. 2, del Código de Consumo italiano, disponía que cuando las partes eligen como aplicable un ordenamiento diferente al ordenamiento italiano, el consumidor recibirá igualmente la protección proporcionada por la misma sección (la cual transpone las normas de la directiva). Véase RAGNO, F., *op. cit.*, nota 26, pp. 159-161.

distancia de servicios destinados a los consumidores exigía la aplicación de los derechos conferidos por el decreto ley incluso cuando la ley aplicable no fuera la ley española (art. 48 de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre). Las diferentes transposiciones de los Estados miembros con respecto al ámbito territorial de las directivas de consumo derivan en una especie de sistema de Derecho internacional privado intracomunitario paralelo al Reglamento RI. Un número importante de normas con incidencia en la ley aplicable se implementan como normas de conflicto unilaterales por los Estados miembros, imponiendo la aplicación de las normas nacionales incluso ante la ley de otros Estados miembros y dificultando que el consumidor se beneficie de una posible mejor protección proporcionada por otro Estado miembro. Este sistema paralelo interfiere con el art. 6 RI cuando, por ejemplo, el contrato de consumo se encuentra dentro del ámbito del art. 6 RI y las partes eligen la ley de otro Estado miembro como aplicable. De acuerdo con el art. 23 RI, «el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales». Sin embargo, las normas nacionales mencionadas no debieran prevalecer sobre las disposiciones del Reglamento RI si uno tiene en cuenta el hecho de que dichas normas nacionales no reflejan el razonamiento tras las directivas, que en ningún momento tenían la intención de imponer la aplicación de la ley nacional de un Estado miembro sobre la ley de otros Estados miembros³⁰.

11. Por otro lado, en la implementación de la expresión «vínculos más estrechos» se distinguen dos tendencias. Por un lado, algunos Estados miembros implementan directamente el término, y por tanto el tribunal decidirá en cada caso específico cuándo existen vínculos estrechos con el territorio. Por ejemplo, Italia y Portugal siguieron esta estrategia en la implementación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas³¹. Por otro lado, otros Estados miembros llevaron a cabo una interpretación más rígida de la expresión. Por ejemplo, la disposición francesa que implementó la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas sustituyó vínculos estrechos por la referencia al lugar de residencia del consumidor, cuando la oferta o la conclusión del contrato tuviesen lugar en ese país³². En el ordenamiento alemán se incluyeron presunciones para determinar qué factores podían considerarse como «vínculos estrechos», como el lugar de residencia del consumidor o elementos como la oferta o publicidad relacionados con el contrato, pero sin perjui-

³⁰ Véase RAGNO, F., *op. cit.*, nota 26, p. 161.

³¹ Ley núm. 52 de 6 de febrero de 1996, *Gazz. Uffic.*, 10 de febrero de 1996; Ley núm. 220/95, de 31 de enero de 1995, *Diario da Republica*, 31 de agosto de 1995. También la transposición española del art. 12 de la Directiva 97/7/CE hacía referencia a vínculos estrechos con cualquier Estado miembro de la Unión Europea (art. 48 de la Ley 7/1996 de 15 de enero de 1996, de ordenación del comercio minorista, *BOE* núm. 15, de 17 de enero de 1996, introducido por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, *BOE* núm. 304, de 20 de diciembre de 2002).

³² De hecho, el Código de Consumo francés actual contiene una norma (art. L231-1) que define cuándo existen vínculos estrechos, seguida por varios preceptos indicando la aplicabilidad de algunas directivas sobre consumo cuando existen dichos vínculos estrechos con la Unión Europea (arts. 232-1 a 5).

cio del criterio del juez³³. Asimismo, en el ordenamiento español, el art. 13 de la Ley 23/2003 (que implementaba el art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE sobre venta de bienes de consumo) incluía presunciones que indicaban cuándo se entendía que existían vínculos estrechos, como serían la utilización del bien, el lugar de ejecución del derecho o prestación o el lugar de celebración del contrato. Actualmente, el instrumento que contiene las normas de protección del consumidor (incluyendo las transposiciones de las directivas europeas) es la Ley General para la Defensa de los Consumidores (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), que también mantiene dichas presunciones (art. 63.7)³⁴. La diversidad existente en las normas de transposición de los Estados miembros, especialmente cuando estos establecen normas rígidas con condiciones o presunciones específicas, conduce de nuevo a incoherencias entre las diferentes transposiciones nacionales y no ayuda a establecer un sistema de Derecho internacional privado coherente y uniforme entre los Estados miembros.

12. Por tanto, las normas con incidencia en la ley aplicable afectan al sistema unificado de ley aplicable del Reglamento RI³⁵. Las normas de conflicto unificadas previenen el *forum shopping* y promueven la seguridad jurídica en la Unión Europea. La seguridad jurídica se ve perjudicada cuando normas que de alguna manera afectan a la ley aplicable se encuentran dispersas en varios instrumentos. Además, existe incertidumbre acerca de la naturaleza específica y función de dichas normas con incidencia en la ley aplicable, y acerca de su interacción con el Reglamento RI, puesto que no existe acuerdo sobre si estas normas son normas de conflicto específicas que prevalecen sobre las normas de conflicto del Reglamento en base al art. 23 RI³⁶. Mientras que algunos defienden que estas normas equivalen a normas de conflicto unilaterales y por tanto prevalecen sobre las normas del Reglamento RI, otros defienden que, más que establecer la aplicabilidad de la directiva en cuestión, determinan el nivel de imperatividad de sus disposiciones, y otros incluso mantienen que las normas con incidencia en la ley aplicable determinan el carácter de ley de policía de las disposiciones de las directivas³⁷.

³³ Ley de 19 de julio de 1996, *BGBl*, 1996, I, 1013, y, más tarde, art. 29.a) EGBGB.

³⁴ Más sobre la transposición en España de las normas con incidencia en la ley aplicable en ESTEBAN DE LA ROSA, F., *op. cit.*, nota 22.

³⁵ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., «Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernisation (COM 2002) 654 Final», p. 6; PAREDES PÉREZ, J. I., *op. cit.*, nota 25, pp. 87-114.

³⁶ El art. 23 RI establece que la aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario que, con relación a asuntos particulares, establecen normas de conflicto relativas a obligaciones contractuales, prevalecen sobre las normas del Reglamento RI.

³⁷ Véanse FRANCO, S., *op. cit.*, nota 23, pp. 354-355; KRAMER, X. E., «The Interaction between Rome I and Mandatory EU Private Rules - EPIL and EPL: Communicating Vessels?», en STONE, P. y FARAH, Y. (eds.), *Research Handbook on EU Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 9; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *op. cit.*, nota 35, p. 6; PLENDER, R. y WILDERSPIN, M., *The European Private International Law of Obligations*, 4.ª ed., Sweet & Maxwell, 2015, pp. 377-379; FALLON, M. y FRANCO, S., *op. cit.*, nota 27, pp. 156-157; SÁNCHEZ LORENZO, S., «La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado», *Derecho Patrimonial Europeo*, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 274, 375.

13. En este contexto, la existencia de dichas normas en algunas de las directivas de consumo reaviva el debate sobre el método de Derecho internacional privado, cuestionándose la posibilidad de determinar la aplicación de las directivas europeas a través de normas de conflicto unilaterales. Como es sabido, el método unilateral de Derecho internacional privado fue usado en exclusividad en sus diferentes variantes hasta el siglo XIX. Tras ser sustituido en gran parte por el método multilateral de Derecho internacional privado, el enfoque unilateral es hoy en día la excepción en materia de Derecho contractual en Europa y encuentra su máxima expresión a través de las leyes de policía³⁸. Sin embargo, todavía cabe preguntarse cuál es la manera más adecuada de determinar la aplicabilidad de las directivas de protección al consumidor: a través de los mecanismos dispuestos por el Reglamento RI (método multilateral de Derecho internacional privado, autonomía de la voluntad y protección de la parte débil) o a través de las mismas directivas en base a su naturaleza y objetivos (método unilateral de Derecho internacional privado). Este último método supondría que las directivas mismas determinarían cuándo resultan aplicables en un conflicto transfronterizo a través de normas de conflicto unilaterales, en base a su naturaleza y finalidad. Las directivas de protección del consumidor persiguen objetivos europeos específicos, económicos y sociales, necesarios para el funcionamiento del mercado interior. La introducción de normas de conflicto unilaterales aseguraría que esos objetivos no se eludieran. Por tanto, el uso de un método unilateral tiene la ventaja de ser una manera más práctica de asegurar los objetivos específicos de las directivas³⁹. No obstante, en vez de definir las circunstancias que llevan a la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico, solamente indica cuándo un determinado instrumento jurídico resulta aplicable; además, el ejercicio de encontrar el objetivo de un instrumento para determinar su aplicación puede resultar difícil y añade incertidumbre al proceso de determinar la ley aplicable. En este sentido, el unilateralismo se puede entender más como un enfoque parcial que como un sistema completo de Derecho internacional privado⁴⁰.

14. El enfoque unilateral solamente da pie a la aplicación de una ley extranjera una vez se determina que la situación no está cubierta por la ley del foro, y supone imponer la aplicación sistemática de la ley del foro sobre la ley extranjera⁴¹. Este enfoque legeforista conlleva la posibilidad de incrementar los costes conflictuales en comparación con la aplicación de una ley extranjera más previsible para las partes⁴². Por otro lado, nuestro sistema de Derecho internacional privado actual se basa en gran parte en el método multilateral debido a las ventajas que este aporta. Con este sistema, se favorece la igual-

³⁸ SIEHR K., *op. cit.*, nota 2; BASEDOW, M., *op. cit.*, nota 2.

³⁹ FRANCO, S., «Unilateralism», en BASEDOW J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1789-1790.

⁴⁰ FRANCO, S., *op. cit.*, nota 39, p. 1786; BASEDOW, M., *op. cit.*, nota 2, p. 1401.

⁴¹ RÜHL, G., «Private International Law, Foundations», en BASEDOW J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1383.

⁴² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 21, p. 284.

dad entre la ley del foro y la ley extranjera, indicándose la ley aplicable de acuerdo con criterios objetivos basados en la relación legal en cuestión, favoreciendo así la previsibilidad y el respeto de las expectativas de las partes. El sistema multilateral evita el *forum shopping* y promueve la uniformidad de resultados⁴³. Así pues, el Reglamento RI se basa en el sistema multilateral de Derecho internacional privado, pero con normas de conflicto especiales orientadas a la protección de la parte débil (en este caso, consumidores). Por ello, tanto el enfoque neutral multilateral como la libre elección de ley por las partes están sujetos a limitaciones. Asimismo, la excepción unilateral por excelencia en nuestro sistema actual la constituyen las leyes de policía, cuya aplicación resulta crucial para la defensa de valores esenciales de interés público del foro.

15. Es necesario tener en cuenta que otras directivas más recientes, como la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores⁴⁴ y la nueva Directiva 2015/2302/UE relativa a los viajes combinados⁴⁵, no contienen normas con incidencia en la ley aplicable, sino que refieren la cuestión de la ley aplicable al Reglamento RI⁴⁶. La ausencia de normas con incidencia en la ley aplicable (además de, en este caso, tratarse de directivas de máxima armonización) evita el resultado de diferentes interpretaciones y transposiciones en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Además, la referencia al Reglamento RI para resolver los conflictos de leyes ayuda a la coherencia del sistema diseñado por el Reglamento RI, que tiene como objetivo unificar las normas de conflicto en materia contractual. Por ello, aunque las normas con incidencia en la ley aplicable permiten una determinación caso por caso de la aplicación de la directiva, evitando las «lagunas» derivadas del art. 6 RI, la ausencia de tales normas resultará más beneficiosa para la protección de los consumidores, mejorando la coherencia del sistema de Derecho internacional privado europeo y por tanto la seguridad jurídica, siempre y cuando el art. 6 RI se adapte a las necesidades de protección del consumidor en la Unión Europea como se sugiere a continuación⁴⁷.

⁴³ TEN WOLDE, M. H. y HENCKEL, K. C., *op. cit.*, nota 4, pp. 9-11.

⁴⁴ Directiva (UE) 2011/83, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, *DO L* núm. 304, de 22 de noviembre de 2011.

⁴⁵ Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE, del Consejo, *DO L* núm. 326, de 11 de diciembre de 2015.

⁴⁶ Véanse los considerandos 10 y 58 de la Directiva 2011/83/UE y el considerando 49 de la Directiva 2015/2302/UE.

⁴⁷ En la STJUE de 9 de septiembre de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, C-70/03, EU:T:2013:49, sobre la implementación española del art. 6.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, el TJUE dictaminó que el término «vínculos más estrechos» resultaba impreciso de manera deliberada con la intención de que pudiera llegar a cubrir más situaciones que los supuestos del art. 5 del Convenio de Roma (paras. 22-23), por lo que las normas con incidencia en la ley aplicable aseguraban mayor protección al consumidor que el art. 5 CR. Esta sentencia se sitúa en el contexto del

16. Se ha puesto de manifiesto anteriormente que el Reglamento RI no tiene en cuenta de manera suficiente las especialidades que derivan de la existencia de la Unión Europea y las exigencias del mercado interior en cuanto a la aplicación de las directivas europeas de consumo. Aun así, la introducción de normas unilaterales específicas en las diversas directivas no resulta necesario: por una parte, resulta preferible mantener el sistema unificado de Derecho internacional privado dadas sus ventajas; por otra parte, dado que las normas con incidencia en la ley aplicable se refieren en su mayoría al mismo ámbito de aplicación, no parece necesario incluir normas específicas en cada directiva. La solución propuesta pasa por añadir en el art. 6 RI una excepción unilateral que asegure la aplicación de las directivas de consumo cuando en legislador europeo lo considere necesario y así reflejar la diferencia entre contratos de consumo intra-Unión Europea y extra-Unión Europea. Dentro del art. 6 RI, se propone añadir una cláusula que dispusiera que, cuando el profesional dirija sus actividades al territorio de los Estados miembros, la aplicación de la protección mínima de las directivas sobre consumo debería quedar asegurada, independientemente del Estado miembro de residencia del consumidor.

3. ART. 8 RI SOBRE LEY APLICABLE A CONTRATOS DE TRABAJO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE TRABAJO

17. El art. 8 RI determina la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo. A diferencia del art. 6 RI, el art. 8 RI no presenta mayores problemas de ámbito de aplicación material ya que resulta aplicable a todos los contratos individuales de trabajo. El art. 8 RI indica la ley del lugar habitual de trabajo como principal factor de conexión⁴⁸. Generalmente, cuando el lu-

Convenio de Roma y, actualmente, el Reglamento RI incluye al art. 3.4 RI respecto a las normas imperativas de origen comunitario y un art. 6 RI con un ámbito de aplicación más extenso que el art. 5 CR. Dadas las complicaciones que derivan de la existencia de las normas con incidencia en la ley aplicable, y teniendo en cuenta el contexto actual y, sobre todo, el cambio que este estudio sugiere con respecto al art. 6 RI y los contratos de consumo intra-Unión Europea, la eliminación de las normas con incidencia en la ley aplicable resultaría más beneficiosa para el consumidor.

Afirmando que las normas con incidencia en la ley aplicable son innecesarias y que el sistema del Reglamento RI debería prevalecer: PIIR, R. y SEIN, K., «Law Applicable to Consumer Contracts. Interaction of the Rome I Regulation and EU-Directive-Based Rules on Conflict of Laws», *Juridica International*, vol. 24, 2016, pp. 63-70. Argumentando que un cambio es necesario ya que el art. 6 RI no es suficiente: LEIBLÉ, S., *op. cit.*, nota 15.

⁴⁸ Véanse los apdos. 1-4 del art. 8 RI. Asimismo, el TJUE ha aclarado en numerosas ocasiones el concepto de lugar habitual de trabajo, especialmente con relación a ocupaciones tradicionalmente transnacionales (e. g. representantes comerciales, trabajadores en el sector del transporte internacional, etc.), dando preferencia a una interpretación extensiva del concepto de «lugar habitual de trabajo» y minimizando el recurso al factor de conexión del art. 8.3 RI a casos extremos. Véanse SSTJUE de 13 de julio de 1993, *Mulox IBC Ltd. c. Hendrick Geels*, C-125/92, EU:C:1993:306; de 9 de enero de 1995, *Petrus Wilhelmus Rutten c. Cross Medical Ltd.* C-383/95, EU:C:1997:7; de 15 de marzo de 2011, *Heiko Koelzsch c. État du Grand Duchy of Luxemburg*, C-29/10, EU:C:2011:151; de 15 de diciembre de 2011, *Jan Voogsgeerd c. Navimer SA*, C-384/10, EU:C:2011:842, y de 14 de septiembre de 2017, *Sandra No-*

gar habitual de trabajo se encuentra en el territorio de la Unión Europea, la aplicación de las normas imperativas de las directivas en materia de trabajo está asegurada por el art. 8 RI, cuyo principal factor de conexión es el país de trabajo habitual. Una vez que se determina el lugar de trabajo habitual, si ese lugar se encuentra en la Unión Europea, la protección de las directivas está generalmente garantizada por el art. 8 RI, incluso en los casos de contratos transfronterizos con más complicaciones. Las directivas en materia de trabajo no tienen ningún interés en aplicarse a trabajadores que realicen sus labores fuera de la Unión Europea y su protección está generalmente dirigida a trabajadores que desempeñen su actividad dentro de la Unión Europea⁴⁹. Aunque la mayoría de las directivas en materia de trabajo en el área contractual no contienen normas que interfieran con la ley aplicable, sí que existen diversas controversias en torno a la coordinación del art. 8 RI con ciertas directivas que pueden implicar el desplazamiento de trabajadores de un país a otro.

18. Es el caso de la Directiva 2001/23/CE⁵⁰, cuyo objetivo es preservar los derechos de los trabajadores en el caso de un traspaso de empresas y por tanto proteger a los trabajadores de la empresa en caso de un cambio de empleador. En caso de un traspaso transfronterizo de empresas, en la medida en que el traspaso de titularidad conlleve un traslado transfronterizo de trabajadores, la ley aplicable a los trabajadores que son traspasados suele cambiar ya que el lugar de trabajo habitual también cambia⁵¹. El art. 1.2 dice: «La presente Directiva se aplicará cuando y en la medida en la que la empresa, el centro de actividad o la parte de estos que haya de traspasarse se encuentre dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado». Resulta necesario aclarar que esta disposición es una norma que define el ámbito de aplicación territorial de la directiva y no una norma con incidencia en la ley aplicable o una norma de conflicto unilateral⁵². Aun así, puede llevar a confusión debido a la manera en que la norma está redactada. Mientras que algunos Estados miembros no han implementado dicha disposición en su ordenamiento, otros

gueira and Others c. Crewlink Ireland Ltd. and Miguel José Moreno Osacar c. Ryanair Designated Activity Company, C-168/16 y C-169/16, EU:C:2017:688.

⁴⁹ FRANCO, S., *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, París, LGDJ, 2005, pp. 384-386.

⁵⁰ Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, DO L núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

⁵¹ Este cambio no es retroactivo. Los derechos, obligaciones y hechos ocurridos antes del cambio de lugar de trabajo permanecen gobernados por la ley del anterior lugar de trabajo. Las demandas originadas en elementos continuos del contrato (vacaciones, pensión, etc.) pasan a estar gobernadas por la nueva ley. HENCKEL, K. C., *Cross-border Transfers of Undertakings*, University of Groningen, 2016, pp. 270,271; CMS EMPLOYMENT PRACTICE AREA GROUP, *Study on the Application of Directive 2001/23/EC to Cross-border Transfer of Undertakings*, 2006, p. 65.

⁵² Nótese que esta disposición se sitúa bajo el título «ámbito de aplicación y definiciones», mientras que las normas con incidencia en la ley aplicable de las directivas en materia de consumo se encuentran bajo el encabezado «carácter imperativo de las disposiciones» o similares (p. ej., art. 7.3 de la Directiva 1999/44/CE, art. 12.2 de la Directiva 2002/65/CE, etc.). HENCKEL, K.C., *op. cit.*, nota 51, p. 329.

lo hacen de manera literal, y otros la implementan de manera que se entiende como una norma de conflicto unilateral, la cual exige la aplicación de las normas del mismo Estado miembro⁵³. El legislador ha de ser consciente de que la inclusión de este tipo de normas en directivas puede tener consecuencias diferentes a su inclusión en tratados o reglamentos. En estos dos últimos, una norma que delimite el ámbito territorial del instrumento solamente hará eso y, como resultará aplicable como Derecho uniforme, no habrá espacio para transposiciones internas diversas⁵⁴. Sin embargo, en el caso de directivas, la redacción de una norma como el art. 1.2 ahora analizado puede ser entendida y traspuesta de manera diferente dependiendo del Estado miembro. Desde una perspectiva de Derecho internacional privado, la existencia de estas normas puede ser confundida con normas con incidencia en la ley aplicable y, como ha sido expuesto a propósito de las directivas de consumo, las diferentes transposiciones nacionales de dichas normas crean un sistema intracomunitario de normas de conflicto paralelas y no armonizadas.

19. Por otro lado, la Directiva 96/71/CE⁵⁵ sobre el desplazamiento de trabajadores tiene como objetivos principales proteger a los trabajadores. Esta directiva asegura la aplicación de ciertas condiciones mínimas cuando los trabajadores son desplazados temporalmente, asegurando a su vez la libre prestación de servicios y evitando la competencia desleal entre países de la Unión Europea con diferentes costes laborales. Dicha directiva se complementa con la Directiva 2014/67/UE⁵⁶ y fue modificada por la Directiva 2018/957/UE⁵⁷, que pretenden reforzar el dispositivo normativo de la directiva original para luchar contra el fraude relacionado con el desplazamiento de trabajadores y reforzar la consecución de los objetivos de la directiva original.

20. Según el art. 8.2 RI, el lugar habitual de trabajo no cambia cuando el trabajador es temporalmente destinado a otro país; por tanto, tampoco lo hace la ley aplicable al contrato de trabajo⁵⁸. Sin embargo, en desplaza-

⁵³ Para un estudio extensivo sobre la transposición de la Directiva por los Estados miembros, véase: CMS EMPLOYMENT PRACTICE AREA GROUP, *op. cit.*, nota 51.

⁵⁴ Por ejemplo, el art. 1.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) dispone que el Convenio resulta aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías cuando las dos partes contratantes están establecidas en Estados contratantes.

⁵⁵ Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, *DO L* núm. 18, de 21 de enero de 1997.

⁵⁶ Directiva 2014/67/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»), *DO L* núm. 159, de 28 de mayo de 2014.

⁵⁷ Directiva 2018/957/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, *DO L* núm. 173, de 9 de julio de 2018.

⁵⁸ Existen varias razones tras esta disposición, como el evitar un posible *dépeçage* de la ley aplicable al contrato, fomentar la aplicación de la ley con vínculos más estrechos y más predecible, y permitir la continuidad en la ley aplicable al contrato de trabajo cuando el trabajador retorna a su país de origen.

mientos intracomunitarios, la Directiva 96/71/CE dispone que los Estados miembros han de asegurar que se garantice a los trabajadores desplazados temporalmente al territorio de otro Estado miembro ciertos términos y condiciones de empleo que estén en vigor en dicho país. Entre dichos términos y condiciones de empleo se encuentran periodos máximos de trabajo y periodos mínimos de descanso, remuneración, salud y condiciones de seguridad en el trabajo, entre otros (art. 3.1). Se entiende que las normas imperativas del Estado miembro de desplazamiento en las áreas de protección citadas en el art. 3 deben ser consideradas normas de policía del art. 9 RI que se aplican a todos los trabajadores desplazados temporalmente de un Estado miembro a otro⁵⁹. El considerando 34 RI reconoce que el art. 8 RI no debe ir en detrimento de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador indicadas en la Directiva 96/71/CE. Por su parte, la Directiva 96/71/CE también hace referencia al Convenio de Roma (predecesor del Reglamento RI), dejando claro que la intención de la Directiva no es desviarse de las normas de conflicto del Reglamento RI, sino complementarlas⁶⁰. Las normas en las áreas mencionadas en el art. 3 no solamente prevalecen sobre la ley elegida por las partes (como en el caso de las normas imperativas —también denominadas «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo»— referidas en el art. 8 RI), sino que también prevalecen sobre la ley objetivamente aplicable. El art. 3 de la Directiva 96/71/CE les proporciona el carácter de leyes de policía.

21. Sin embargo, una de las novedades introducidas por la Directiva 2018/957/UE suscita dudas dada la distinción entre leyes de policía del art. 9 RI y normas imperativas del art. 8 RI. Esta directiva añade una nueva disposición que establece que, además de los términos de empleo incluidos en la lista del art. 3.1 de la Directiva original, *todos* los términos y condiciones de empleo de la ley del Estado miembro de desplazamiento deben ser aplicables tras doce (o dieciocho) meses de desplazamiento (excepto aquellos con respecto a la celebración y resolución del contrato de trabajo y a los

⁵⁹ HOUWERZIJL, M. y HOEK, VAN, A., «Where do EU mobile workers belong, according to Rome I and the (E)PWD», en VERSCHUEREN H. (ed.), *Residence, employment and social rights of mobile persons: on how EU law defines where they belong*, Intersentia, 2016, pp. 215-253, esp. pp. 219-224; LIUKKUNEN, U., *The Role of Mandatory Rules in International Labour Law - A Comparative Study in the Conflict of Laws*, Helsinki, Talentum Media Oy, 2004, pp. 233-235; WELLER, M., «Article 23. Relationship with other Provisions of Community Law», en CALLIESS, G. P. (ed.), *Rome Regulations. Commentary*, 2.^a ed., Países Bajos, Kluwer Law International, 2015, p. 419; MCPARLAND, M., *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 682; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «The Rome I Regulation: Much ado about nothing?», *The European Legal Forum*, 2008, núm. 2, pp. 61-80, esp. p. 76; GARDEÑES SANTIAGO, M., «Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo», *Revista de Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, vol. 132, 2017, pp. 163-188, esp. pp. 167-168.

⁶⁰ LIUKKUNEN, U., *op. cit.*, nota 59, p. 231. Véanse los considerandos 7 a 10 de la Directiva 96/71/CE. El considerando 10 se refiere a las normas de esta como una forma de leyes de policía del art. 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (ahora art. 9 RI): «(10) Considerando que el art. 7 de dicho Convenio dispone que en determinadas condiciones surtan efecto, junto con la ley declarada aplicable, las normas de policía de otra ley, en particular la del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador».

regímenes complementarios de jubilación)⁶¹. De acuerdo con la directiva original, solamente las áreas designadas en el art. 3.1 son consideradas leyes de policía del Estado miembro de desplazamiento dados los elevados intereses en juego. La ley aplicable al contrato sería la ley determinada por el art. 8 RI (generalmente, la ley del lugar habitual de trabajo, que no cambia al ser solamente un desplazamiento temporal) y las normas en las áreas listadas en el art. 3.1 del país de desplazamiento prevalecen sobre la ley aplicable al contrato (salvo que las normas del país de origen sean más beneficiosas para el trabajador —art. 3.8—). Sin embargo, la nueva disposición en el art. 3.1 bis establece que cuando la duración de un desplazamiento sea superior a doce meses, los Estados miembros deben asegurar que las empresas garanticen a los trabajadores que hayan sido desplazados a su territorio todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas en el Estado miembro de desplazamiento. Se podría considerar que, dadas las circunstancias especiales, normas que tienen como principal objetivo la protección del trabajador y normalmente pertenecen a la categoría de normas imperativas, después de doce meses se convierten en leyes de policía que el Estado miembro de desplazamiento debe aplicar con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo. Los intereses superiores podrían basarse en el objetivo de prevención del fraude de ley dentro de la Unión Europea y en la defensa de la competencia leal entre las empresas de los distintos Estados miembros⁶².

4. EL ART. 3.4 RI Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO IMPERATIVO EUROPEO

22. El art. 3.4 RI puede cubrir algunos de los casos no cubiertos por las normas especiales de protección de la parte débil siempre que haya una elección de ley de un Estado tercero y todos los elementos relevantes de la situación se encuentren dentro de la Unión Europea⁶³. Esta disposición ha sido

⁶¹ El periodo de doce meses se puede extender a dieciocho meses por el Estado miembro donde se preste el servicio cuando el prestador de servicios proporcione una notificación motivada [art. 3.1.a), tercer subpárr.].

⁶² Desde el punto de vista de la mejora de la protección del trabajador, la introducción de la nueva norma estaría justificada, ya que tendería a evitar el fraude y aseguraría realmente la aplicación de las condiciones laborales del Estado miembro de desplazamiento a los trabajadores desplazados. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, esta norma suscita dudas importantes, especialmente respecto a la distinción entre leyes de policía y normas imperativas en el contexto de la modificación que lleva a cabo la citada directiva, dudas que nos limitamos a apuntar, sin pretender acometer ahora un análisis detallado de la cuestión.

⁶³ En cuanto a los elementos que deben ser considerados como relevantes de acuerdo con el art. 3.4 RI, la doctrina generalmente está de acuerdo en que son relevantes los factores de conexión generales, como la residencia habitual de las partes o el lugar de ejecución o conclusión del contrato, son considerados relevantes. La nacionalidad es menos relevante para la situación (aunque podría ser un elemento a tener en cuenta si ambas partes son nacionales de un Estado tercero); de manera similar, el lugar de incorporación o constitución de la empresa es menos relevante si la empresa opera a través de un establecimiento en un Estado miembro. BELOHLÁVEK, A. J., *Rome Convention - Rome I Regulation*, Huntington, Juris Publishing Inc, 2011, p. 703; LEIBLE, S., «La importancia de la autonomía conflictual para el

introducida con la intención de asistir en la coordinación entre las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a un contrato y las normas específicas de Derecho internacional privado contenidas en los instrumentos de Derecho secundario europeo⁶⁴. El art. 3.4 RI asegura la aplicación de las normas imperativas de las directivas europeas de protección de partes débiles siempre y cuando todos los elementos relevantes se sitúen en la Unión Europea y exista una elección de ley de un Estado tercero. No obstante, incluso cuando no todos los elementos relevantes se localizan en la Unión Europea, hay situaciones en las que algunas directivas europeas de consumo tienen la intención de ser aplicables. Por ejemplo, las normas con incidencia en la ley aplicable de algunas de las directivas requieren su aplicación cuando la situación mantenga vínculos estrechos con la Unión Europea. Por tanto, la función del art. 3.4 RI es objeto de debate, ya que no cumple su objetivo de coordinación y de protección de la normativa imperativa europea ya que solamente cubre situaciones puramente intracomunitarias⁶⁵. A pesar de ello, y más allá del ámbito específico de los arts. 6 y 8 RI, no puede negarse que el art. 3.4 RI sí que puede resultar útil para asegurar la aplicación de directivas europeas que protegen a otras partes contractuales «débiles» que no están protegidas por normas específicas del Reglamento RI (p. ej., consumidores activos, agentes comerciales, distribuidores o franquiciados).

5. EL ART. 9 RI COMO POSIBLE MECANISMO DE PROTECCIÓN DE PARTES CONTRACTUALES DÉBILES

23. El art. 9 RI puede convertirse en un mecanismo para asegurar la aplicación de las disposiciones de las directivas correspondientes cuando estas tienen intención de ser aplicables, pero las normas especiales de protección de la parte débil del Reglamento RI no aseguran dicha aplicación, siempre y cuando las normas de la directiva tengan el carácter de ley de policía⁶⁶. El

futuro del Derecho de los contratos internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, 2011, núm. 1, pp. 214-233, esp. pp. 234-235; PLENDER, R. y WILDERSPIN, M., *op. cit.*, nota 37, p. 164.

⁶⁴ BELOHLÁVEK, A. J., *op. cit.*, nota 63, pp. 707-711; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 151-152.

⁶⁵ Por ejemplo, mientras las normas con incidencia en la ley aplicable de ciertas directivas de consumo se refieren a «vínculos más estrechos» con los Estados miembros, el art. 3.4 RI exige que *todos los elementos relevantes* se sitúen en el territorio de la Unión Europea. Véanse GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 59, p. 65; AGUILAR GRIEDER, H., «Desafíos y tendencias en el actual Derecho europeo de contratos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, 2012, núm. 2, pp. 23-48, esp. pp. 34-35.

⁶⁶ ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 12, p. 299; POCAR, F., «La protection de la partie faible en droit international privé», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 188, 1984, pp. 339-394. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, este no es el caso; véase KUIPERS, J., *op. cit.*, nota 16, p. 200; AGUILAR GRIEDER, H., «La voluntad de conciliación con las directivas comunitarias protectoras en la propuesta del Reglamento Roma I», en CALVO CARAVACA J. L. y CASTELLANOS RUIZ, E., *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2006, p. 53; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional», *Diario La Ley*, 2012, núm. 7.847; VERHAGEN, H. L. E., «The Tension between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar GB Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc.», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 135-154, esp. p. 136.

art. 9 RI es una excepción a la operación normal de las normas de conflicto⁶⁷. Las leyes de policía son una expresión de unilateralismo en nuestro sistema mayoritariamente multilateral, resultando aplicables en base a su contenido y objetivo con independencia de la ley objetivamente aplicable al contrato⁶⁸. A nivel europeo, los objetivos del mercado interior pueden ser asegurados a través de leyes de policía siempre y cuando sean cruciales para la salvaguardia de intereses públicos europeos esenciales. Dicho objetivo tendría que considerarse crucial para un interés público tal y como la organización política, social o económica de la Unión Europea. Cabe preguntarse si la protección de los consumidores, trabajadores u otras partes contractuales débiles forma parte de tales intereses hasta el punto de activar la excepción proporcionada por el art. 9 RI.

24. Ni la doctrina ni los tribunales de los Estados miembros comparten un punto de vista común acerca de la inclusión de ciertas disposiciones de protección del consumidor u otras partes débiles dentro de la definición de leyes de policía del art. 9⁶⁹. Por un lado, la doctrina y jurisprudencia de algunos países, especialmente Alemania, interpretan el concepto de las leyes de policía de manera estricta, excluyendo por completo normas que protegen la parte contractual débil. La doctrina alemana distingue entre *Eingriffsnormen* (normas que persiguen objetivos de interés público, como la protección de la competencia), y *Parteischutzvorschriften* (que persiguen el equilibrio entre las partes de un contrato, como las normas de protección del consumidor). Solamente las primeras son consideradas leyes de policía⁷⁰. Por tanto, según este planteamiento, una disposición podría tener como objetivo la protección de la parte contractual débil o la protección de intereses públicos, y ambos

⁶⁷ El Reglamento RI define ley de policía en el art. 9 RI como «una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento». De acuerdo con el art. 9.2 RI, las leyes de policía del foro se aplicarán independientemente de la ley aplicable al contrato y, de acuerdo con el art. 9.3 RI, el país del foro puede dar efecto a las leyes de policía el país donde las obligaciones contractuales tienen que o han sido llevadas a cabo.

⁶⁸ Marques Dos Santos explica en detalle cómo la doctrina de las leyes de policía («normas de aplicación inmediata») comenzó a introducirse entre la jurisprudencia, doctrina y legislación de Derecho internacional privado en Europa en la segunda mitad del siglo XX, desplazando la supremacía del método multilateral de Savigny en aras de un pluralismo metodológico. MARQUES DOS SANTOS, A., *op. cit.*, nota 3.

⁶⁹ BONOMI, A., «Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the law applicable to contracts», en SARCEVIK, P., VOLKEN, P. y BONOMI, A. (eds.), *Yearbook of International Private Law*, Múnich, Sellier European Law Publishers & Swiss Institute of Comparative Law, vol. 10, 2008, pp. 285-300, esp. p. 292.

⁷⁰ Por ejemplo, la sentencia *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo federal alemán) del 13 de diciembre de 2005 dispuso claramente que las disposiciones sobre la protección de la parte contractual débil no caen dentro de la categoría de leyes de policía, incluso si a la vez defienden, de manera indirecta, intereses públicos. *Bundesgerichtshof*, 13 diciembre 2005-XI ZR 82/05, en IPRax 2006, p. 272. Véase BONOMI, A., *op. cit.*, nota 69, p. 292. También, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 59, p. 77, que comparte este punto de vista y afirma sin ninguna duda que «disposiciones como aquellas destinadas a proteger a la parte débil del contrato (consumidores, agentes, etc.) no están incluidas en este concepto» (traducción de la autora).

serían mutuamente excluyentes. Aquellos que defienden esta interpretación destacan que la referencia que el art. 9 RI hace a los «intereses públicos» no debiera ser ignorada y conduce a una interpretación restrictiva del precepto, que excluye normas de protección de partes contractuales débiles; esto es, el art. 9 RI no sería un precepto adecuado para la protección de consumidores, trabajadores, agentes comerciales u otras partes contractuales débiles⁷¹.

25. Por otro lado, otros consideran que las disposiciones de protección de la parte contractual débil también pueden a la vez tener una relevancia esencial para la organización política, social o económica del país. La doctrina francesa distingue entre *lois de police de direction* (comparables a las *Eingriffsnormen*) y *lois de police de protection* (equivalentes a *Parteischutzvorschriften*), y la gran mayoría está de acuerdo en que ambas pueden ser clasificadas como leyes de policía⁷². Estos dos países representan ambos extremos, y en el medio se encuentran países como Bélgica, Italia o España, con una posición más similar a la francesa, o Países Bajos, con una posición más similar a la alemana⁷³.

26. En la práctica, los tribunales españoles también ponen de relieve los puntos más problemáticos del Reglamento RI en cuanto a la aplicación de las leyes de policía. En las disputas Ryanair, entre la compañía aérea Ryanair y sus trabajadores ante los tribunales españoles, existen sentencias que parecen recurrir a la aplicación del art. 9.2 RI para justificar la aplicación del ordenamiento español para resolver el fondo del asunto⁷⁴. El conflicto entre estas partes ha dado lugar a numerosos casos en los que, en general, la competencia judicial de los tribunales españoles y la aplicación de la ley española

⁷¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 59, p. 77; VON BAR, C. y MANKOWSKI P., *Internationales Privatrecht Band 1: Allgemeine Lehren*, 2.ª ed., CH Beck, 2003, p. 267.

⁷² Entre la doctrina: BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *Droit international privé - Partie générale*, París, Presses Universitaires de France, 2007, pp. 558-562; MAYER P. y HEUZE, V., *Droit international privé*, 8.ª ed., París, Librairie générale de droit et jurisprudence, 2004, p. 89. La función de protección de las leyes de policía también es reconocida por la jurisprudencia francesa (caso *Aginitis*, sentencia de *Cour de Cassation* de 30 de noviembre de 2007, 06-14006).

⁷³ Por ejemplo, en Países Bajos, en el asunto *Nuon Personeelsbeheer* (Sent. *Hoge Raad* de 24 de febrero de 2012, LJN BU8512, *NIPR* 2012, p. 194), así como en el asunto *Sorensen/Aramco* (Sent. *Hoge Raad* de 23 de octubre de 1987, NJ 1988/842, *NIPR* 1988, p. 150) sobre la aplicación de una norma sobre despido improcedente, el *Hoge Raad* aclara que el carácter de ley de policía viene dado por la importancia de los intereses del mercado laboral holandés en su aplicación, no por los intereses del trabajador individual contra el despido improcedente. En contraste, en Bélgica, la idea de que las disposiciones que tienen como objetivo principal la protección de la parte débil puedan considerarse leyes de policía está bastante extendida, aun cuando no persigan específicamente un interés público, en base a que el abuso sufrido por la parte débil puede ser entendido como una amenaza a la sociedad civil (véase la posición de Bélgica en el asunto *Unamar*: STJUE de 17 de octubre de 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12, EU:C:2013:663).

⁷⁴ Por ejemplo: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de lo Social núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 7 de septiembre de 2018; STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 26 de marzo de 2010. Estas decisiones pasan a aplicar las disposiciones del ordenamiento español al fondo del asunto sin mayor justificación, lo cual, en términos del Reglamento RI, solamente podría justificarse a través del art. 9.2 RI. Véase JUÁREZ PÉREZ, P., «El conflicto de Ryanair: una lectura desde el Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, 2019, núm. 1, pp. 372-407, esp. pp. 401-404.

resultaban esenciales para las pretensiones de los trabajadores, ya que reivindicaban la aplicación de las condiciones laborales del país que consideraban su lugar de trabajo (donde se situaba su aeropuerto de base). El TJUE, en materia de competencia judicial, ha aclarado en la STJUE de 14 de septiembre de 2017⁷⁵ que el concepto de lugar habitual de trabajo ha de entenderse de manera amplia como el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador ejerce la parte esencial de sus obligaciones hacia el empleador; este no puede ser equiparado exactamente al concepto de base aeroportuaria, pero este concepto constituye un indicio importante⁷⁶. Siguiendo los Reglamentos Bruselas I bis⁷⁷ y Roma I, si el tribunal decide que tiene competencia judicial internacional debido a que las circunstancias del caso indican que España es el país a partir del cual los trabajadores ejercen sus obligaciones laborales, la misma justificación debería utilizarse para la aplicación de la ley española bajo los arts. 8.1 y 8.2 RI si esta resulta más beneficiosa que la ley irlandesa elegida por las partes. Recurrir al art. 9 para aplicar la legislación española correspondiente como leyes de policía no resultaría necesario⁷⁸.

27. Por otra parte, siguiendo el razonamiento del TJUE en el asunto *Ingmar*⁷⁹, se puede entender que el art. 9 RI puede incluir esas disposiciones que, aunque protegen a una parte contractual débil, tienen como objetivo principal la consecución de un interés público. En *Ingmar*, el TJUE, aunque no trata explícitamente si las disposiciones que protegen al agente comercial de la Directiva 86/653/ECC sobre agentes comerciales independientes⁸⁰ debieran ser consideradas como leyes de policía, sí da ciertas pautas para su determinación como tales. En este caso, el tribunal consideró que dichas disposiciones resultarían aplicables cuando la situación estuviese estrechamente vinculada con la Unión, independientemente de la ley elegida por las partes para gobernar su contrato⁸¹. Sin embargo, el tribunal no basó su decisión en el objetivo de la Directiva de proteger al agente comercial como parte contractual débil, sino que se refirió a motivos mayores de política económica (la protección de la libertad de establecimiento y evitar la competencia desleal dentro del mercado interior)⁸². Siguiendo este razonamiento, podemos decir

⁷⁵ STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Sandra Nogueira y Otros c. Crewlink Ireland Ltd. y Miguel José Moreno Osacar c. Ryanair Designated Activity Company*, C-168/16 y C-169/16, EU:C:2017:688.

⁷⁶ *Nogueira y otros*, párrs. 56-59, 63-65, 74.

⁷⁷ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), DO L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁷⁸ Sin embargo, la realidad ante los tribunales españoles difiere de la teoría y, en los casos *Ryanair* en los que los tribunales españoles se declararon competentes basándose en el concepto de base aeroportuaria, no justificaron la aplicación del ordenamiento español para determinar el fondo del asunto de la manera descrita. Véase JUÁREZ PÉREZ, P., *op. cit.*, nota 73, pp. 401-404.

⁷⁹ STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, EU:C:2000:605.

⁸⁰ Directiva 86/653/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, DO L núm. 382, de 31 de diciembre de 1986.

⁸¹ *Ingmar*, párr. 25.

⁸² *Ingmar*, párrs. 23-24.

que una disposición que solamente protege a la parte débil no sería considerada ley de policía, pero sí podría serlo si su objetivo principal fuera perseguir intereses políticos, sociales o económicos superiores que justifiquen la prioridad de dicha disposición en un plano internacional⁸³.

28. Es cierto que determinar qué normas son consideradas leyes de policía de un país es competencia de dicho país. El art. 9.2 RI establece que las disposiciones del Reglamento no restringen la aplicación de las leyes de policía del foro, y por tanto el Estado miembro del foro tiene que decidir qué normas nacionales constituyen leyes de policía. Por ejemplo, en el asunto *Unamar*⁸⁴, el TJUE concluyó que los tribunales belgas tenían el poder de calificar las normas nacionales de agencia que excedían la protección proporcionada por la Directiva 86/653/CEE como leyes de policía del foro de acuerdo con el art. 7 del Convenio de Roma (ahora, art. 9 RI). Sin embargo, cuando dichas leyes nacionales implementan normas derivadas de directivas europeas, sería necesaria una interpretación coherente con los objetivos de la directiva. Por tanto, lo que es crucial para la Unión Europea debe ser determinado por la Unión Europea⁸⁵. Por ejemplo, el art. 3 de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores establece el carácter de ley de policía de las normas que pertenecen a las áreas listadas en el mismo artículo, siendo su aplicación esencial para garantizar la libre prestación de servicios y la libre competencia en el mercado interior, a la vez que garantizan la protección del trabajador. Sin embargo, la existencia de las normas con incidencia en la ley aplicable de las directivas en materia de consumo no significa necesariamente que las disposiciones de dichas directivas puedan ser clasificadas como leyes de policía, ya que no todas son cruciales para la salvaguarda de intereses públicos o son aplicables independientemente de la ley objetivamente aplicable, sino que solamente tienen la intención de aplicarse cuando las partes eligen la ley de un Estado tercero⁸⁶. Las normas de este tipo de directivas no son necesariamente leyes de policía, que resultan aplicables independientemente de la ley objetivamente aplicable, pero son en la mayoría de casos normas imperativas en el sentido los arts. 6.2, 8.1 o 3.4 RI⁸⁷. Una interpretación extensiva po-

⁸³ KUIPERS, J., *op. cit.*, nota 16, p. 200; AGUILAR GRIEDER, H., *op. cit.*, nota 66, p. 53; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 66; VERHAGEN, H. L. E., *op. cit.*, nota 66, p. 136.

⁸⁴ *Unamar*, *op. cit.*, nota 73.

⁸⁵ KUIPERS, J., *op. cit.*, nota 16, pp. 203-204.

⁸⁶ Jürgen Basedow también afirma que la caracterización de estas normas como normas de policía desde un punto de vista tradicional de Derecho internacional privado chocaría con el hecho de que una elección de ley es necesaria para su aplicación. Sin embargo, razona que la importancia para el foro de una ley de policía depende tanto del contenido como de la conexión de la situación con el foro, haciendo por tanto posible que las normas con incidencia en la ley aplicable establezcan leyes de policía. BASEDOW, J., «Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea», *AEDIPr*, vol. 6, 2006, pp. 141-159, esp. p. 153. Aun siendo así, no todas las directivas de protección del consumidor pueden ser clasificadas como esenciales para la salvaguarda de la organización política, económica o social de la Unión Europea.

⁸⁷ Mientras que las leyes de policía tienen el objetivo de proteger intereses públicos del Estado miembro en cuestión (o derivados del Derecho europeo), las normas imperativas tienen la intención de proteger intereses privados, tales como los intereses de las partes contractuales débiles. GUARDÁNS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 314-

dría dañar seriamente el principio de la autonomía de la voluntad y armonía de decisiones del Reglamento RI⁸⁸. Por ello, aunque el Derecho de consumo europeo está estrechamente vinculado a la defensa de intereses públicos, la aplicación de las disposiciones de protección de consumidores no debería considerarse automáticamente como esencial para la consecución de un interés público de un país o de la Unión Europea en los términos del art. 9 RI. En el caso de la Directiva 2001/23/EC sobre derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, los intereses del mercado interior y consideraciones sobre los convenios colectivos podrían justificar el carácter de ley de policía de sus disposiciones, aunque una interpretación más estricta llevaría a la conclusión de que las normas de la directiva tienen como objetivo principal la protección de los trabajadores y por tanto pertenecen a la categoría de normas imperativas en el sentido del art. 8 RI⁸⁹.

29. Si las normas de las directivas destinadas a la protección de consumidores, trabajadores u otras partes contractuales débiles fuesen consideradas sistemáticamente leyes de policía, la autonomía de la voluntad se vería completamente desplazada, y el sistema del Reglamento RI y la seguridad jurídica que deriva de este resultarían seriamente dañados. Por ello, debiera prevalecer una interpretación restrictiva de lo que se considera crucial para la protección de intereses públicos ya que, hasta cierto punto, toda la legislación de la Unión Europea está dirigida al buen funcionamiento del mercado interior. El art. 9 RI no puede considerarse un mecanismo alternativo de protección de la parte débil cuando las normas especiales del Reglamento RI destinadas a ello no aseguran la aplicación de las directivas respectivas. El art. 9 RI solamente debería asegurar la aplicación de estas normas cuando estas sean esenciales para la protección de un interés público más allá de la protección del consumidor, trabajador, u otra parte débil.

6. REFLEXIÓN Y CONCLUSIONES

30. El método actual de Derecho internacional privado se caracteriza por la pluralidad metodológica, basándose en un enfoque multilateral y haciendo uso del método unilateral cuando resulta necesario (p. ej., mediante la aplicación de las leyes de policía). Mientras que el método multilateral promueve la igualdad entre la ley del foro y la ley extranjera, la seguridad jurídica y el respeto de las expectativas legales de las partes, así como también ayuda a la

316; RENNER, M., «Article 9. Overriding Mandatory Provisions», en CALLIESS, G. P. (ed.), *Rome Regulations. Commentary*, 2.^a ed., Países Bajos, Kluwer Law International, 2015, pp. 246-247; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 59, p. 65; KUIPERS, J., *op. cit.*, nota 16, pp. 223-224.

⁸⁸ BISPING, C., *European Consumer Protection - Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2012, p. 251.

⁸⁹ El *Bundesgerichtshof*, en un caso sobre un traspaso de empresa de aviación basada en Berlín de Pan American World Airways a Berliner Lufthansa Airport que conducía a la aplicación de la ley de Nueva York por mantener vínculos más estrechos con el caso, indicó que hubiese aplicado las disposiciones alemanas en materia de empleo sobre derechos adquiridos si estas fuesen leyes de policía, pero no era el caso (sentencia *Bundesgerichtshof* de 29 de octubre de 1992, en *IPRspr.* 1992, pp. 142 y ss.).

uniformidad de resultados y a evitar el *forum shopping*, existen numerosas ocasiones en las que el uso de un enfoque unilateral está justificado. En primer lugar, cuanto más interrelacionados estén los países, más valores legales compartirán y, por tanto, más propensos serán a usar normas de conflicto neutrales, independientemente de que la ley aplicable sea la ley del foro o una ley extranjera. Sin embargo, en el caso opuesto, cuanto más difieran en valores o principios legales, más inconvenientes creará la aplicación de la ley extranjera⁹⁰. En segundo lugar, la aplicación de la ley extranjera variará dependiendo del área de Derecho de que se trate. El Derecho de contratos constituye un área ampliamente libre de valores esenciales, donde la libre voluntad de las partes prevalece y, por tanto, la existencia de valores legales comunes entre los países implicados no parece ser tan relevante como en otras áreas del Derecho (como puede ser el Derecho de familia). Sin embargo, cuando hablamos de normas con carácter imperativo, como en este caso las normas de protección de la parte contractual débil, un país tratará de que los valores del foro sean respetados cuando sea necesario. Por tanto, en estos casos, tanto el enfoque neutral multilateral como la libre elección de ley por las partes se verán limitados. Hasta aquí, el Reglamento RI refleja los puntos de vista mencionados.

31. Sin embargo, el Reglamento RI no tiene en cuenta de manera suficiente las especialidades que derivan de la existencia de la Unión Europea y las exigencias del mercado interior, tanto en referencia a la existencia de valores legales de la Unión Europea y de Derecho imperativo europeo, como a la interrelación entre Estados miembros y Estados terceros. En ocasiones, es necesario diferenciar entre situaciones intra-Unión Europea y situaciones extra-Unión Europea. Los Estados miembros, en las áreas armonizadas por las directivas, comparten los mismos o similares valores legales. Por ejemplo, en el área del Derecho del consumo europeo, los Estados miembros comparten el mismo nivel mínimo de protección del consumidor. Por tanto, un sistema multilateral puede ser promovido en un escenario intra-Unión Europea, ya que el nivel mínimo de protección del consumidor queda asegurado independientemente de que la ley de uno u otro Estado miembro resulte aplicable. En cambio, en un escenario extra-Unión Europea, cuando la aplicación del Derecho imperativo derivado de las directivas esté en juego, el uso de un enfoque unilateral y la restricción de la autonomía de la voluntad pueden estar justificados.

32. Teniendo en cuenta esta reflexión y la situación actual con respecto al Reglamento RI y a la aplicación de las directivas europeas de protección de

⁹⁰ Mathijs Ten Wolde compara este fenómeno con una escala gradual, en la cual en un extremo se sitúa el país que solamente aplica la ley del foro porque los países implicados carecen de una relación entre ellos, mientras que en el lado opuesto los países tendrían una posición neutral acerca de la aplicación de la ley del foro o una ley extranjera, ya que la relación entre las sociedades implicadas sería tan cercana que los mismos o similares valores legales serían compartidos. TEN WOLDE, M. H., «The Relativity of Legal Positions in Cross-Border Situations: The Foundations of Private Interregional Law, Private Intra-Community Law and Private International Law», *A Commitment to Private International Law - Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 576.

la parte contractual débil, este estudio concluye con las siguientes propuestas para alcanzar los objetivos de los instrumentos europeos mencionados:

En primer lugar, eliminar las normas con incidencia en la ley aplicable todavía existentes en algunas directivas de consumo y referir la determinación de la ley aplicable al Reglamento RI.

En segundo lugar, adaptar el art. 6 RI a las exigencias del legislador europeo con respecto a la aplicación internacional de las directivas europeas de consumo. Para evitar situaciones en las que la protección dispensada por las directivas tuviera vocación de aplicarse, pero el art. 6 RI no asegurara dicha aplicación, como en el caso de los consumidores móviles o «de vacaciones» en la Unión Europea, podría añadirse un nuevo apartado al art. 6 RI. La nueva disposición exigiría que, cuando un profesional dirigiera sus actividades a un Estado miembro, la aplicación de los requisitos mínimos de las directivas europeas de consumo debiera asegurarse, independientemente del Estado miembro de residencia habitual del consumidor.

En tercer lugar, para garantizar la coordinación del Reglamento RI con otras normas imperativas europeas, el art. 3.4 RI podría sustituir el requisito de «todos los elementos relevantes en la Unión Europea» por el de «vínculos más estrechos con la Unión Europea», asegurando así la aplicación de las disposiciones imperativas europeas a otras partes débiles (consumidores activos, agentes comerciales, etc.) frente a la elección de la ley de un tercer Estado de la misma manera que hoy lo exigen las normas con incidencia en la ley aplicable de las directivas de consumo. La extensión de este límite a la autonomía de la voluntad constituiría un paso más en la adaptación del Reglamento a las exigencias de las directivas europeas y solamente resultaría necesaria si el legislador europeo considerara que la aplicación internacional de las directivas que contuvieran normas imperativas debiera quedar asegurada cuando la situación mantuviera los vínculos más estrechos con la Unión Europea.

Por último, la definición del art. 9 RI de leyes de policía debería ser respetada e interpretada de manera estricta. El art. 9 RI no es un mecanismo para la protección del consumidor u otras partes contractuales débiles. El Reglamento RI dispone de normas especiales para la protección de dichas partes débiles, mientras que el art. 9 RI es una excepción y solamente debe aplicarse cuando intereses públicos esenciales estén en juego. El art. 9 RI solamente puede asegurar la aplicación de normas destinadas a la protección de la parte débil contractual cuando el objetivo principal de estas normas fuera la protección de un interés público esencial.

33. En conclusión, resulta necesario un método de Derecho internacional privado europeo más enfocado en las necesidades de la Unión Europea. Un enfoque multilateral resulta preferible en situaciones intra-Unión Europea en áreas armonizadas que contengan normas imperativas (como el Derecho del consumo), donde se compartan normas semejantes, mientras que la introducción de una incursión unilateral estaría justificada en situaciones

extra-Unión Europea, cuando la ley de un Estado tercero con estándares muy diferentes fuera potencialmente aplicable. Cuanto más armonizada e imperativa sea un área del Derecho, será más necesaria y evidente la diferencia entre situaciones intra-Unión Europea y extra-Unión Europea.

RESUMEN

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS PROTECTORAS DE LA PARTE CONTRACTUAL DÉBIL

El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contiene normas de conflicto especiales que determinan la ley aplicable a los contratos de consumo y a los contratos individuales de trabajo. Sin embargo, en algunos casos, estas normas resultan insuficientes para asegurar la aplicación de las normas imperativas derivadas de las directivas europeas en materia de protección de partes contractuales débiles de acuerdo con sus intenciones y objetivos. Este estudio analiza las incoherencias existentes en la coordinación entre el Reglamento Roma I y dichas directivas, centrándose especialmente en los contratos de consumo y en los contratos individuales de trabajo. Se examinan los posibles mecanismos de los que el Reglamento Roma I dispone para asegurar la protección derivada de las directivas mencionadas. Este estudio propone un método de Derecho internacional europeo que tenga más en cuenta las necesidades europeas, en especial en las áreas más armonizadas del Derecho europeo, como el Derecho del consumo.

Palabras clave: Reglamento Roma I, contratos de consumo, contratos individuales de trabajo, directivas europeas, disposiciones imperativas europeas, leyes de policía, partes contractuales débiles.

ABSTRACT

EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND APPLICATION OF EU DIRECTIVES PROTECTING WEAKER CONTRACTING PARTIES

The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations includes special conflict rules that determine the law applicable to consumer contracts and individual employment contracts. However, in some cases, these rules are not enough to ensure the application of the mandatory provisions contained in the EU directives protecting weaker contracting parties according to their intentions and objectives. This study analyses the existing inconsistencies regarding the coordination between the Rome I Regulation and those directives, focusing specially on consumer contracts and individual employment contracts. The possible mechanisms of the Rome I Regulation to ensure the protection emanating from the mentioned directives are examined. This study proposes a European private international law method that takes more into account the EU needs, particularly regarding the harmonised areas of EU law such as EU consumer law.

Keywords: Rome I Regulation, consumer contracts, individual employment contracts, EU directives, EU mandatory provisions, overriding mandatory provisions, weaker contracting parties.