

La codificación comunitaria de los conflictos de leyes en materia de contratos de seguro.

María del Carmen Vaquero López

Profesora de Derecho Internacional Privado
de la Facultad de Derecho de Valladolid

1. INTRODUCCION

La finalidad de integración que persiguen los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, fundada en la transferencia de la soberanía de los Estados miembros a las instituciones comunitarias, repercute de manera acusada en la codificación del Derecho Internacional Privado comunitario, configurándolo como la manifestación más clara del denominado Derecho Internacional Privado 'institucional', esto es, aquél que nace de los actos emanados de una institución u Organización Internacional frente a la forma 'convencional' que resulta de la cooperación interestatal.

Desde este punto de vista la codificación comunitaria de los conflictos de leyes en materia de contratos de seguro, proceso absolutamente necesario para la consecución del Mercado Interior prevenido en el art. 8A TCEE, aparece vinculado al proceso general de armonización de legislaciones previsto en el art. 3h TCEE y tiene como primer criterio de referencia obligado el art. 100 TCEE que establece un procedimiento de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el funcionamiento o establecimiento del Mercado Común, mediante la adopción de Directivas.

Sin embargo, y con carácter general, el desa-

rollo del Ordenamiento comunitario ha quedado preferentemente vinculado al art. 220 TCEE mediante la técnica del "Convenio" —tal es el caso del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil—; técnica que, por otra parte, ha desbordado las propias previsiones del art. 220 TCEE ampliando la fórmula convencional a cuestiones no contempladas en este precepto. En este sentido debe considerarse el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de junio de 1980¹, y su carácter complementario, por cuanto desde un primer momento se consideró que era imposible alcanzar la 'libre circulación de sentencias' (aspecto que recoge de manera expresa el citado artículo) si no se conseguía que, fuera cual fuera el Tribunal ante el que se planteara la cuestión litigiosa, se aplicara el mismo derecho para los mismos asuntos.

Finalmente debe reseñarse la existencia de una relación directa entre ambos instrumentos de codificación —la Directiva y el Convenio—; relación que se hace explícita en el propio Convenio de Roma (art. 20) al disponer que el mismo se entiende "sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, (tal es el caso de determinados contratos de seguros) regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán

contenidas en los actos dimanantes de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos". Desde este punto de vista se explica la necesidad de estudiar conjuntamente el Convenio de Roma y las Directivas que con posterioridad a la promulgación de aquél ha ido dictando el legislador comunitario.

2. EL CONVENIO DE ROMA SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES².

La propuesta de unificación y codificación del Derecho Internacional Privado en el seno de la CEE se remonta al año 1967, cuando el representante permanente de Bélgica, en nombre de su país, Holanda y de Luxemburgo indica a la Comisión esta posibilidad ofreciendo como punto de partida el proyecto de Ley Uniforme del Benelux sobre Derecho Internacional Privado³. A través de esta armonización de las normas reguladoras de los supuestos de la vida internacional, se pretendían salvar las dificultades jurídicas que podían oponerse a la realización efectiva de la libre circulación de personas, bienes y servicios, y lograr una mayor certeza jurídica a la par que la seguridad de que un mismo derecho fuera aplicado independientemente del Tribunal ante el que se plantee la pretensión, evitando el problema del llamado 'forum shopping' a que condujo la firma del Convenio de Bruselas de septiembre de 1968, esto es, impidiendo que las partes interpongan la demanda ante los Tribunales de aquel país que vayan a aplicar el Derecho nacional que mejor les convenga por la solución que de a la cuestión planteada⁴. Desde este punto de vista el Convenio de Roma aparece como el complemento lógico y necesario de la Convención del 68, como una prolongación directa de la unificación de las reglas relativas a los conflictos de jurisdicciones y en la que —desde este punto de vista— encuentra su fundamento jurídico.

Las consecuencias del carácter complementario del Convenio de Roma, donde la técnica codificadora no es la del art. 220 TCEE como el Convenio del 68, son varias: se exige la unanimidad para su conclusión; los nuevos Estados que

se adhieran a las Comunidades no tienen una obligación en sentido estricto de incorporarse al mismo, aunque se recomienda que "todo Estado que se convierta en miembro de la Comunidad europea debería adherirse a este Convenio"⁵; cabe la posibilidad de denuncia por parte de los Estados —el Convenio de Roma no tiene duración ilimitada—; y los problemas de su interpretación no competen en principio al TJCE, sino que es preciso que los Estados partes deleguen expresamente esta competencia, tal y como ha puesto de manifiesto el Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma, de febrero de 1989⁶.

El Convenio de Roma resulta de aplicación a las obligaciones contractuales, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes (art. 1,1) dentro del territorio europeo de los Estados contratantes —con las matizaciones contenidas en el art. 27 del Convenio⁷— y ello cualquiera que sea la ley aplicable al contrato (art. 2), a partir del depósito del séptimo instrumento de ratificación (art. 29) —lo cual no ha impedido sin embargo que el juez de un Estado contratante aplique el Convenio por anticipado 'a título de razón escrita'⁸— y sin efectos retroactivos, es decir, se limitará su aplicación a las obligaciones contractuales concluídas tras la entrada en vigor del Convenio en el Estado del Tribunal que conozca del asunto (art. 17).

Un primer problema de interpretación aparece al intentar delimitar el concepto de "*situaciones que impliquen un conflicto de leyes*". En principio y por cuanto esta expresión ha venido a sustituir a la de "*situaciones que tengan un carácter internacional*" que recogía el Anteproyecto sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales de 1972, parece que estamos ante un problema de conflicto de leyes cuando nos hallamos ante un contrato realmente —no económicamente— internacional; es decir, debe tratarse de situaciones que contengan uno o varios elementos de extranjería por referencia a la vida interna de un país, susceptibles de entrañar la aplicación de ordenamientos jurídicos de distintos países, y no simplemente de contratos cuya internacionalidad deriva de tan solo su conexión con una operación vinculada al comercio internacional. Sin embargo, el Convenio no

resuelve de manera expresa si puede la internacionalidad del contrato derivar del juego de la autonomía conflictual; esto es, si puede un contrato que en principio no presenta ningún elemento de extranjería devenir internacional por la sola designación de una ley extranjera como aplicable al mismo.

La doctrina no se pronuncia de manera unánime en este punto. Así para un sector encabezado por el prof. VIRGOS SORIANO, la posibilidad de elegir un derecho extranjero depende del carácter internacional del contrato y la mera presencia de una cláusula de elección de derecho extranjero conducirá tan solo a la aplicación del art. 3,3 del Convenio que únicamente aclara el alcance que ha de darse a tal situación —*“la elección por las partes de una ley extranjera... no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un sólo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato...”*—. Otro importante sector de la doctrina entiende que deben considerarse al respecto las posibilidades que confiere a las partes el Convenio de Bruselas del 68 en el que se les permite, incluso en las situaciones que no son internacionales, adoptar una cláusula atributiva de jurisdicción a los tribunales de un Estado distinto de aquél en el que el contrato se ha concluido¹⁰. De cualquier forma, será probablemente el juez, el que estime en cada caso de que conozca, si el contrato es o no internacional¹¹.

En segundo lugar el Convenio exige en su art. 1 que se trate de “obligaciones contractuales”, esto es, nacidas de un contrato. Esta categoría aparece precisada por el propio Convenio a través de la exclusión expresa de determinadas materias de su ámbito de aplicación, de forma que toda obligación no excluida del art. 1 está sometida a las disposiciones del Convenio. En este punto destaca la exclusión de los contratos de seguro que cubran riesgos localizados dentro de la CEE, exclusión fundada en los trabajos en curso en esta materia y en la especial conexión del problema del conflicto de leyes con la libre prestación de servicios: en efecto, aquél no podrá resolverse antes de la desaparición de los obstáculos a la libre prestación de servicios.

Sin embargo lo que en realidad subyace en

esta exclusión es una razón de intereses basada en la diferencia existente entre las distintas legislaciones de seguros: si los contratos que cubran riesgos localizados dentro de la Comunidad cayeran dentro del ámbito de aplicación material del Convenio, se posibilitaría la aplicación de leyes pertenecientes a Estados no miembros, por el juego de las disposiciones de sus arts. 3 y 4, lo cual chocaría con la pretensión de la Comunidad de establecer un mercado común de seguro.

El Convenio de Roma distingue en materia de seguros, un doble régimen conflictual en función de, por un lado, la naturaleza del riesgo —lo que permite incluir en su ámbito de aplicación el contrato de reaseguro, y por extensión, el contrato de coaseguro—; y, por otro, en función de la localización del riesgo cubierto, localización que deberá efectuarse por el juez del foro, con la consiguiente falta de uniformidad en la aplicación del Convenio.

Para la determinación de la ley aplicable a los contratos de seguro que cubran riesgos localizados fuera de la Comunidad, deberá distinguirse, por la naturaleza del riesgo cubierto, entre grandes riesgos y riesgos de masa —categorías no recogidas por el Convenio, que pretende determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales en general y no al contrato de seguro en particular—.

De esta forma, para los grandes riesgos será de aplicación lo dispuesto en el art. 3, construido sobre el reconocimiento —amplio— del principio de autonomía de la voluntad (por otra parte universalmente admitido en materia de contratos), que únicamente vendrá limitado por el juego de las disposiciones imperativas que resulten de obligado cumplimiento (apdo. 30 del art. 3).

En defecto de elección y puesto que no cabe un contrato sin ley ni una elección negativa por las partes, entran en juego las conexiones subsidiarias del art. 4, que aboga por la aplicación de la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos. Esta manifestación de lo que P. LAGARDE denomina “*principio de proximidad*” constituye una clara manifestación de la flexibilidad de la norma de conflicto, que permite atender a las circunstancias del caso concreto¹².

Para los contratos de seguro en particular y

por la aplicación de la presunción general de proximidad contenida en el apdo. 2 del art. 4 -“se presume que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o si se tratase de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central”- se aplicará la ley del país donde tenga su residencia habitual o administración central el asegurador, en cuanto parte que realiza la prestación que singulariza este contrato: aquella por la cual el pago es debido. Para el caso de que esta prestación característica no pudiera ser determinada, el art. 4, apdo. 5 del Convenio permite retomar, con carácter subsidiario, la presunción general de proximidad del apdo. 2.

Además el legislador comunitario, favoreciendo la flexibilidad en la elección del derecho aplicable, introduce en el apdo. 5 del art. 4 una “cláusula de escape” al excluir la presunción general cuando el contrato presente vínculos más estrechos con otro país. Supongamos por ejemplo que la compañía aseguradora tiene su administración central en Francia, pero el contrato se celebra en España, país donde el asegurado paga la prima: en este caso entraría en juego la cláusula de escape en favor de la aplicación de la ley española.

La admisión de esta fórmula, que implica la derogación de la norma de conflicto excepcionalmente y tras un análisis de las circunstancias del supuesto, cuando la localización concreta de la situación jurídica no presenta más que una débil conexión con aquél existiendo en el supuesto de hecho una localización más estrecha con la causa del litigio, supone un avance más en la tendencia flexibilizadora del punto de conexión que acerca la norma de conflicto a las particularidades del caso concreto.

En segundo lugar, por lo que se refiere a los denominados riesgos de masa, la determinación de la ley aplicable al contrato de seguro deberá hacerse conforme a lo dispuesto en el art. 5 del Convenio sobre contratos de consumidores. En efecto, para este supuesto debe abandonarse la regla de la prestación característica pues, aún siendo realizable, contradice un valor decisivo en este área del Derecho, y operarse la reglamenta-

ción sobre otro criterio, el principio tutelar, en base a la existencia de una parte económicamente débil y por ello especialmente necesitada de protección. Por consiguiente, para este tipo de contratos la autonomía conflictual aparece limitada en un doble sentido: en primer lugar porque la elección por las partes de la ley aplicable no podrá privar al asegurado -en tanto que consumidor- de la protección que le procuran las normas imperativas del país donde tenga su residencia habitual, teniendo presente que normalmente la celebración del contrato de seguro ha sido precedida en ese país por una oferta que le haya sido especialmente dirigida y el asegurado complementa en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato -circunstancias a las que el art. 5,2 subordina la aplicación de aquella ley-; y en segundo lugar, la limitación deriva del hecho de que, en defecto de elección por las partes, el contrato se regirá por la ley del país donde el asegurado tenga su residencia habitual.

Se produce por tanto una limitación de la autonomía de la voluntad por sus resultados, limitación que igualmente se manifiesta en la determinación de la ley aplicable a la forma del contrato, por cuanto deberá ser la ley del país en el que tenga su residencia habitual el asegurado, según dispone el art. 9,5 del Convenio.

La intervención del Estado en la relación contractual -que pretende un doble objetivo de protección a determinadas personas por un lado, y de garantía de un régimen mínimo de uniformidad legislativa por otro- se manifiesta, además de por el establecimiento de una norma de conflicto especial para aquellos contratos sobre los que esta intervención de tutela se centra -tal y como pone de manifiesto el art. 5 de Convenio-, por el establecimiento de normas materiales imperativamente aplicables. Desde este punto de vista no habría problema en admitir que la elección por las partes de la ley aplicable al contrato conlleva la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley elegida. La dificultad deriva de la posibilidad de aplicar al contrato de seguro disposiciones imperativas que no forman parte de la ‘lex contractus’ sino que están relacionadas con él por un vínculo territorial, conectado con operaciones de conclusión o ejecución del contrato.

Precisamente esta problemática se plantea en el Convenio de Roma cuando establece como restricción a la 'lex contractus' la aplicación de determinadas disposiciones imperativas y lo hace utilizando dos nociones diferentes. Por un lado, se refiere a aquellas normas imperativas no derogables por contrato que intervienen como límite directo a la elección de las partes, a las que se refiere el art. 3 (no internacionalidad objetiva del contrato) y los arts. 5 y 6 (sobre contratos de consumidores y de trabajo respectivamente) garantizado de este modo el principio tutelar. Por otro, el Convenio se refiere a disposiciones imperativas en sentido de Derecho Internacional Privado, esto es, disposiciones que además de no ser derogables por contrato son aplicables cualquiera que sea la ley rectora del mismo y a las que se refiere como "leyes de policía" (art. 7), diferenciando según que la norma imperativa pertenezca al Estado del foro (apdo. 2) o a un tercer Estado con el que la situación tenga una conexión. Esta segunda forma, que recoge la posibilidad de aplicar una disposición imperativa que no lo sea ni del Estado del foro ni del Estado de la 'lex causae', aparece subordinada —a diferencia de las leyes de policía del foro, cuya aplicabilidad no está supeditada a ninguna condición— a la existencia de un vínculo estrecho con la situación, así como a la consideración de, por un lado la naturaleza y objeto de la ley para saber si la disposición de que se trata es efectivamente tenida como ley de policía en aquel Estado, y por otro, de las consecuencias derivadas de su aplicación o no aplicación¹³.

La existencia de un vínculo estrecho del Estado al que pertenece la norma imperativa y la relación contractual, debe ser decidida por el juez del foro, que tendrá presente el tipo de norma en cuestión y la materia sobre la que verse. De esta forma, y a modo de ejemplo, cuando la ley aplicable el contrato de seguro fuere la del Estado de la residencia habitual del asegurador, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas del Estado de la residencia del asegurado o de aquél donde el asegurado paga la prima, por cuanto presentan un vínculo real y efectivo con el contrato. Incluso podrá jugar un importante papel la ley que hubiera sido aplicada si las partes no hubieran hecho uso del principio de autonomía conflictual.

La discrecionalidad conferida al juez en estas valoraciones encuentra su justificación, como la posibilidad de reserva que el art. 22 establece respecto al apdo. 1 del art. 7, en el hecho de que el juez no parece —y así deduce de la mayoría de los textos legislativos convencionales— estar obligado a aplicar una disposición imperativa extranjera. Sin embargo, en el sector asegurador, la posibilidad de exigir la aplicación de una norma imperativa extranjera cuando lo que se pretende es la salvaguarda de los intereses del asegurado, la parte económicamente más débil de la relación contractual en los denominados contratos de masa, debería entenderse como necesario teniendo en cuenta que nos encontramos ante un contrato de adhesión paradigmático.

Puede concluirse por tanto, que pese a que el Convenio de Roma parte de la primacía del principio de autonomía conflictual, la figura del asegurado obliga a limitar este principio general, limitación de la que se hace eco de manera específica la Directiva del 88 sobre contratos de seguro en particular.

3. LA DIRECTIVA 88/357/CEE SOBRE COORDINACION DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS RELATIVAS AL SEGURO DIRECTO DISTINTO DEL SEGURO DE VIDA¹⁴.

Los primeros trabajos para la coordinación de las disposiciones que regulan el contrato de seguro —que sirvieron para justificar la exclusión de aquellos contratos que cubrieran riesgos localizados en el interior de la Comunidad del ámbito de aplicación del Convenio de Roma— se remontan al año 1966 cuando los expertos jurídicos del grupo de trabajo "Mercado Común" del Comité Europeo de Seguros, elaboraron un Anteproyecto de solución al problema de los conflictos de leyes en este sector contractual, en el que se partía del principio de que para la protección de los asegurados y terceros era necesaria la aplicación al contrato de seguro de la ley del lugar donde se ubicara el riesgo cubierto, y en su defecto —cuando aquella localización no fuera posible— sería el domicilio del tomador del seguro el que determinaría la ley

aplicable al contrato. Posteriormente, en 1974 la Comisión elaboró un Segundo Proyecto de propuesta de Segunda Directiva inspirado en los trabajos preparatorios del Convenio de Roma, lo que implicaría el reconocimiento con carácter general de la autonomía conflictual, únicamente restringida para los contratos de seguro que cubrieran riesgos localizados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad, en cuyo caso, la elección debería circunscribirse a las leyes de esos Estados. Subsidiariamente se establece como punto de conexión, el lugar del establecimiento del asegurador, en la misma línea que el art. 3 del Convenio de Roma.

A este segundo proyecto siguen sucesivas modificaciones en las que se adoptan soluciones más complejas que reflejan la preocupación del legislador comunitario por atender a las exigencias del principio tutelar. En efecto, la cuestión de la determinación de la ley aplicable al contrato de seguro adquiere un particular interés dentro del cuadro de medidas destinadas a proteger al asegurado o en su caso tomador del seguro y al tercero dañado. Igualmente, mediante la reducción de las disparidades normativas nacionales, se propicia uno de los objetivos básicos que la Comunidad persigue como último fin: la realización de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la actividad aseguradora; en concreto lo que se pretende es la creación de un mercado único en el que los asegurados podrán libremente escoger la garantía que mejor les convenga y el asegurador que mejor responda a sus necesidades¹⁵.

En este sentido se pronuncia la Directiva del 88 cuando establece en su Considerando Quinto la conveniencia de *"conceder a aquellos tomadores de seguro que por su condición, por su importancia o por la naturaleza del riesgo que deba asegurarse, no necesiten una protección específica en el Estado en que esté localizado el riesgo, completa libertad de acceso al mercado más amplio posible de seguros y por otra parte, garantizar un adecuado nivel de protección a los demás tomadores de seguros"*. De esta manera se justifica, por un lado, el carácter de absoluto que el principio de autonomía conflictual adquiere para todos los grandes riesgos en general, tal y como se ha reconocido en la Tercera Directiva de seguros distintos del

de vida¹⁶, que en su art. 27 modifica la letra f, del apdo. 1 del art. 7 de la Directiva de 1988, en la que sólo se confería esta total libertad de elección del derecho aplicable, para las operaciones de transportes. Por otro lado, se justifica igualmente la limitación del citado principio, para los denominados riesgos de masa en general, impuesta desde la propia norma de conflicto, de forma que el margen de libertad conferido a las partes en la elección del derecho aplicable al contrato se circunscribe, por el art. 7 de la Directiva, bien a la ley del Estado donde se localice el riesgo, bien a la del Estado donde el tomador del seguro tenga su residencia habitual o administración central, o en su defecto a la ley del lugar donde acontezca el siniestro.

En efecto, a través de las disposiciones contenidas en el art. 7 de la Directiva del 88, se determina la ley aplicable a los contratos de seguro directo distinto del seguro de vida¹⁷, siempre que cubran riesgos localizados en los Estados miembros de la CEE, colmando así la laguna jurídica a que condujo en el sector asegurador la firma del Convenio de Roma, aunque sólo parcialmente en tanto se deja sin solución la determinación de la ley aplicable a aquellos contratos que, cubriendo riesgos localizados dentro de la Comunidad, resulten expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva y que no hayan sido objeto de otra unificación particular; tal es el caso de las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con apoyo del Estado o de las operaciones de los organismos de previsión y socorro.

El art. 7 se construye por tanto en base al mismo punto de conexión del que partía el Convenio de Roma en materia de seguros, el lugar de localización del riesgo; sin embargo su determinación se hará conforme a los criterios uniformes establecidos en el art. 2 de la Directiva, paliando así la inseguridad jurídica derivada de la discrecionalidad que confiere al juez en este punto el Convenio de 1980. En síntesis este artículo dispone que se entenderá por "Estado miembro en el que se localice el riesgo":

- para los seguros que se refieren a bienes inmuebles, el Estado miembro en el que se hallen los bienes;
- para los seguros que se refieran a vehículos

de cualquier naturaleza, el Estado miembro de matriculación;

– para todos los demás tipos de seguros, el Estado miembro en el que resida el tomador, a menos que la duración del contrato sea inferior o igual a cuatro meses y que cubra riesgos que sobrevengan durante un viaje o unas vacaciones; en este último caso, el Estado donde se localiza el riesgo será aquél en el que el tomador haya firmado el contrato.

El complejo de disposiciones contenidas en el art. 7, que determinan cuál sea la ley a la que se somete el contrato de seguro sobre la base de la derogación general del principio de autonomía conflictual, se concreta en las siguientes situaciones:

1. Cuando el tomador del seguro tiene su residencia habitual o administración central en el territorio del Estado miembro en el que se localice el riesgo, la ley aplicable al contrato será la de ese Estado (art. 7,1 a).

2. Cuando por el contrario el riesgo y el tomador del seguro estén situados en Estados miembros diferentes, la elección de las partes se permite entre las leyes de esos dos Estados (art. 7,1 b).

3. Si el tomador del seguro ejerce una actividad comercial, industrial o liberal y el seguro cubre dos o más riesgos relacionados con dichas actividades y situados en Estados miembros diferentes, las partes podrán elegir entre las leyes de los Estados donde se sitúe el riesgo y la del Estado de la residencia habitual del tomador.

No obstante esto, cuando los riesgos cubiertos por el contrato se limiten a siniestros que puedan tener lugar en un Estado miembro diferente de aquel en el que se localice el riesgo, las partes podrán elegir como ley aplicable al contrato la del Estado donde acontezca el siniestro (art. 7,1, e), con lo que se contempla igualmente el supuesto en que no haya, como es habitual, coincidencia espacial entre el lugar donde se localiza el riesgo y aquel donde acontece el siniestro. De esta forma, tratándose por ejemplo de un seguro que cubre los daños ocasionados por un avión de la compañía Iberia, matriculado en España, que cubre el vuelo Madrid-París, la ley aplicable al contrato podría ser, no la española –lugar donde se localiza el

riesgo– sino la francesa por cuanto el siniestro puede tener lugar en territorio francés.

Dos excepciones completan este régimen: si las legislaciones de los Estados conceden mayor libertad a las partes –justificado en razón de la necesidad de favorecer el comercio internacional y dotar a las partes de instrumentos idóneos para facilitar la necesaria flexibilidad propia de situaciones internacionales–; y si se trata de contratos de seguros que cubran grandes riesgos, donde la falta de una parte económicamente débil y por ello especialmente necesitada de protección, justifica la total libertad de elección en materia de ley aplicable.

La elección por las partes del derecho aplicable al contrato de seguro “*deberá ser explícita o desprenderse claramente de las circunstancias de la causa*” (art. 7,1 h), admitiendo por tanto –como en el Convenio de Roma– la posibilidad de que el juez pueda constatar que las partes han operado efectivamente una elección aunque no hayan incluido una cláusula expresa en el contrato en este sentido.

En defecto de elección, el contrato se regirá “*por la ley del país de entre los contemplados en las letras precedentes con el que dicho contrato presente una relación más estrecha*”; estamos ante un claro ejemplo de punto de conexión flexible –clara expresión del principio de proximidad–, a la par que de una localización objetiva del contrato, tanto más cuanto el poder conferido al juez mediante esta fórmula viene limitado por el juego de la presunción que recoge el propio art. 7,1-h in fine, que dispone que “*se presumirá que el contrato presenta la relación más estrecha con aquel Estado miembro en el que se localice el riesgo*”. No obstante se permite “escapar” de la aplicación de aquella ley, excepcionalmente y para aquella parte del contrato que presente una relación más estrecha con otro país, sin romper con el principio de unidad de competencia legislativa que parece contener el art. 7. Esta reserva no coincide exactamente con la cláusula de escape contenida en el art. 4,5 del Convenio de Roma, al estar limitada la posibilidad de aplicación de una ley distinta a la que en principio rige el contrato, a las leyes de los países contemplados en las disposiciones del propio art. 7 y sólo para una parte del contrato, aquella que siendo separable del resto, presente una relación

más estrecha con ellos. En efecto se trata de una cláusula que deroga excepcionalmente la aplicación de la norma de conflicto porque la localización concreta de la situación no presenta más que una débil conexión con el litigio; sin embargo en este punto la definición de la cláusula de escape se modifica por el art. 7,1-h por cuanto parte de la existencia en el supuesto de hecho, de una localización más estrecha, no con la causa del litigio de forma abstracta sino en concreto con el Estado donde se localice el riesgo, o el Estado donde el tomador del seguro tenga su residencia habitual o administración central o aquél donde tenga lugar el siniestro. Las causas de este límite podrían derivar de dos factores diferentes: por un lado las críticas asestadas a la denominada cláusula de escape que supone el abandono de la norma de conflicto con la consiguiente inseguridad o imprevisibilidad jurídica a que puede conducir (habrá que esperar por tanto, a la interposición de recursos ante el TJCE con motivo de la aplicación del Convenio de Roma, para poder interpretar el alcance de esta disposición). Por otro lado, puede que el legislador comunitario, obviando uno de los objetivos teóricamente no deseados por la cláusula de escape —a saber, su utilización para proteger a una de las dos partes en litigio—, haya preferido proteger los intereses de la propia Directiva, de entre los que destaca la necesidad de protección del tomador del seguro.

Finalmente el art. 7 completa este cuadro de normas de conflicto con una referencia a los supuestos de Estados miembros compuestos de varias unidades territoriales con normas legales propias en materia de obligaciones contractuales, disponiendo que *“no estarán obligados a aplicar las disposiciones de la presente Directiva a los conflictos que surjan entre los derechos de dichas unidades”*.

Por lo que respecta al ámbito de la ‘lex contractus’ la Directiva remite (art. 7,3) a las normas generales de los Estados miembros de Derecho Internacional Privado en materia de obligaciones contractuales, de forma que si la ley reguladora del contrato resulta ser la ley española por el juego de las disposiciones del art. 7,1, será esta ley la que indique los aspectos cubiertos por la ley aplicable.

En resumen resulta evidente que una libertad de elección del derecho aplicable total sólo se

confiere a los contratos de seguro que cubren grandes riesgos; para el supuesto de los denominados riesgos de masa, la libertad de elección de las partes viene determinada por la mayor o menor internacionalidad del contrato; es la convergencia en un mismo Estado miembro de la residencia del tomador del seguro y la localización del riesgo, la que determina aquel grado de libertad.

Pero en cualquier caso, como también sucedía en el Convenio de Roma, la autonomía conflictual aparece también quebrada por el juego de las disposiciones imperativas, ya sean del Estado del foro, ya del Estado donde se localice el riesgo, o de aquél que imponga la obligatoriedad del seguro. De esta forma, el art. 7,1-g dispone para los seguros no obligatorios y en los supuestos, excepcionales, en que las partes han podido elegir una ley que no es la del Estado donde se localiza el riesgo, la aplicación necesaria de las normas imperativas (*“aquellas que la ley de dicho Estado impide que se modifiquen por contrato”*) del Estado en el que se localicen los restantes elementos de la situación. El respeto a esta norma imperativa de un tercer Estado (que no es el del foro ni el de la ‘lex causae’) se justifica por la necesidad de evitar la internacionalización de un contrato en el que la totalidad de sus elementos se localizan en un solo Estado, sin que exista por tanto una situación de extranjería derivada de la sola designación de una ley extranjera, y esto con el fin de eludir el respeto a las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico que resulta normalmente aplicable; en definitiva se trata de evitar el fraude de ley en la misma línea que el art. 3,3 del Convenio de Roma.

En segundo lugar, el legislador comunitario ha previsto la existencia de otras disposiciones imperativas cuya incidencia es preciso tener en cuenta; se trata de las denominadas ‘leyes de policía’ o normas de aplicación inmediata que serán de aplicación independientemente de cuál sea la ley reguladora del contrato. Dentro de esta segunda categoría es preciso distinguir según que pertenezcan al Estado del foro o al Estado donde se localice el riesgo, o en su caso, al Estado del país que impone la obligación de asegurar¹⁸.

La aplicabilidad necesaria de las leyes imperativas del foro se recoge en el art. 7,2 párrafo 1

de la Directiva, en virtud del cual no se concede relevancia jurídica alguna a los elementos de extranjería del supuesto en concreto ni a ley extranjera alguna, de forma que sólo se tienen en cuenta las exigencias del ordenamiento jurídico del foro, que prevalecen sobre la propia norma de conflicto. Por otra parte, esta disposición, que se hace eco de la tendencia a proteger al asegurado y a controlar la actividad de las compañías aseguradoras, no expresa sino una regla universal: que cualquier juez que trate de un litigio que implique la aplicación de una ley extranjera siempre puede descartar su aplicación cuando la considere contraria a su orden público¹⁹. Desde este punto de vista, se trata no sólo de las normas que afectan a la organización política del Estado, sino también de aquellas otras que hacen referencia a los objetivos sociales o económicos que el Estado protege; precisamente dentro de este marco de protección, se incluye el sector de los seguros. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el ámbito en el que nos movemos, las disposiciones imperativas no fijan en realidad más que un mínimo de protección, por lo que no deben ser catalogadas como normas de aplicación inmediata en sentido estricto, esto es, como normas que excluyen la aplicación de cualquier otra. Será por tanto contradictorio con los objetivos de la Directiva, interpretar esta categoría de normas, negando que las mismas admiten una protección más extensa cuando esta última sea el resultado derivado de la aplicación de una norma de conflicto. En efecto, su aplicación está subordinada a una comparación entre el derecho material extranjero a que conduce la norma de conflicto y el derecho interno. Esto significa que no podemos hablar de normas de aplicación inmediata más que cuando la norma de conflicto remite a una ley menos favorable para el asegurado o tercero perjudicado. En cualquier caso su aplicación dependerá del juez del foro²⁰.

El art. 7,2 establece en su párrafo 2º la aplicabilidad de las disposiciones imperativas de un tercer Estado con el que la situación tenga alguna conexión, pero no en abstracto como en el Convenio de Roma, sino limitada a dos Estados en concreto: el Estado miembro en el que se localice el riesgo y el Estado que imponga la obligatoriedad del seguro.

En ambos casos, aún cuando los términos del art. 7 inviten a pensar en un momento posterior, la consideración paralelamente del art. 8 sobre los seguros obligatorios, el art. 15 sobre el procedimiento de acceso a la actividad aseguradora y el art. 18 sobre el poder de los Estados miembros en la reglamentación de la cobertura de los riesgos, permite concluir que estas reglas deberían ser ya tomadas en cuenta en el mismo momento de la celebración del contrato²¹. Así, a modo de ejemplo, el contrato de seguro de incendios que cubre una casa de verano situada en Francia, cuyo titular reside normalmente en España, deberá ser conforme a las disposiciones imperativas de la ley francesa, siendo Francia el país donde se ubica el riesgo y el que impone además la obligación de asegurar.

Finalmente y para los aspectos que no han sido objeto de armonización por parte de la Directiva, el mismo art. 7 en su apdo. 3, remite a las normas generales de derecho internacional privado en materia de obligaciones contractuales de los diferentes Estados miembros. En el ordenamiento español la remisión se hace pues, al art. 10,5 C.C.

Por tanto, y en general, el legislador comunitario ha conseguido paliar los problemas derivados de la divergencia de las disposiciones vigentes en los Estados miembros en materia de derecho de contratos de seguro para un ramo amplio como es el seguro directo distinto al de vida. Para el seguro de vida, por su naturaleza especial —el riesgo cubierto es una persona física—, fue necesario la adopción de una nueva Directiva por la que se unificarán las disposiciones reguladoras del derecho que rige estos contratos.

4. LA SEGUNDA DIRECTIVA SOBRE COORDINACION DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS RELATIVAS AL SEGURO DIRECTO DE VIDA²²:

Se persigue con esta Segunda Directiva un doble objetivo: por un lado, realizar la libre prestación de servicios en el sector del seguro de vida —facilitar su ejercicio efectivo— y por otro, garantizar la protección a la que todas las personas afec-

tadas por el seguro de vida tienen el derecho más estricto²³. Para ello resulta necesaria la unificación de las disposiciones que regulan el contrato de seguro de vida -sector excluido de la Directiva del 88-, y que no se alcanzó en 1979 con la Primera Directiva de armonización²⁴.

En materia de ley aplicable al contrato de seguro, el art. 4 de la Directiva del 90 establece como punto de conexión, no el Estado de localización del riesgo, que resulta difícilmente aplicable en el ramo del seguro de vida donde se trata de la persona física del asegurado y de unos beneficiarios que generalmente también son personas físicas, sino del Estado del compromiso, esto es, *“el Estado miembro en el que el tomador tenga su domicilio habitual o si el tomador fuere una persona jurídica, el Estado miembro en que esté situado el establecimiento de dicha persona jurídica al que se refiere el contrato”* (art. 2, e); en efecto, el hecho de que el seguro de vida afecte siempre, directa o indirectamente a una persona física, implica la conveniencia de mantener el medio jurídico del tomador evitando imponer un régimen jurídico al cual los interesados sean extraños²⁵. De esta forma el contrato se regirá con carácter general por la ley de aquel Estado; sin embargo, si el Derecho de dicho Estado lo permite, las partes podrán elegir como aplicable al contrato, la ley de otro país (apdo. 1 del art. 4).

No obstante, y para el caso particular de que el tomador del seguro sea una persona física que tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto del Estado miembro del que sea nacional, se permite a las partes elegir como aplicable al contrato la ley del Estado miembro de este Estado.

Finalmente, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, las partes no podrán contravenir las normas del país del juez que regulen imperativamente la situación (apdo. 4 del art. 4). Además de la aplicación de las normas imperativas del foro, la Directiva del 90 permite igualmente la aplicación de las normas imperativas de un tercer país, en concreto el Estado miembro del compromiso.

No contiene el art. 4 de esta Directiva ninguna cláusula de escape que permita a las partes escoger como aplicable al contrato una ley distinta a la que conduce el punto de conexión,

quizás porque el legislador entiende que la conexión más estrecha en este tipo de contratos sólo puede presentarse en relación con el tomador del seguro, olvidando a los posibles beneficiarios.

5. LA ARMONIZACION LEGISLATIVA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE VEHICULOS AUTOMOVILES.

Dado el gran desarrollo del tráfico entre los Estados miembros de la Comunidad, este ramo del seguro viene a ser un campo privilegiado del esfuerzo armonizador pretendido en el seno de la CEE, que disponía ya de algunos precedentes en la materia, como la Convención europea relativa al seguro obligatorio de responsabilidad civil en materia de vehículos a motor (1959), o la Convención del Benelux de 1966 que establecía el seguro obligatorio de responsabilidad civil para los vehículos automóviles.

La primera tentativa sería de aproximación de legislaciones en este sector la constituye la Directiva de 1972 sobre aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad²⁶, que pretendía la supresión de la exigencia de controles tendentes a comprobar la existencia del certificado internacional de seguro o “carta verde”. Desde entonces hasta nuestros días, se han ido aprobando diversas proposiciones de Directivas hasta la Tercera Directiva de mayo de 1990²⁷, con la que se completa hasta el momento la unificación pretendida por el legislador comunitario en este ramo del seguro. Básicamente la Directiva puede resumirse en cuatro principios, reconducidos a un solo punto de conexión, el Estado donde el asegurado paga la prima. Estos cuatro principios son los siguientes²⁸:

1. Garantía de los ocupantes del vehículo -con excepción del conductor- por los daños derivados de la circulación de un vehículo (art. 1).

2. Garantía mínima de indemnización: el art. 2 de la Directiva dispone que las pólizas del seguro obligatorio deberán cubrir, basándose en una prima única, todo el territorio de la Comu-

nidad; igualmente dicha prima deberá garantizar, en cada Estado miembro, la cobertura a que obligue su legislación o la cobertura exigida por la legislación del Estado miembro en el que el vehículo tenga su estacionamiento habitual, cuando ésta sea superior.

3. Garantía del abono de la indemnización: la víctima queda exonerada de la demostración a que se condiciona el pago de la indemnización (arts. 3 y 4).

4. Garantía respecto al conocimiento del nombre de la empresa aseguradora que cubre la responsabilidad civil derivada de la utilización de cada uno de los vehículos implicados en un accidente de circulación por carretera (art. 5).

Resulta obligada igualmente la referencia al Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 1971²⁹, de interés para todos los aspectos relacionados con los accidentes de circulación de automóviles que quedan fuera del seguro obligatorio.

En virtud de lo dispuesto en el art. 3 del citado Convenio, se aplicará con carácter general, la ley interna del Estado del accidente "*a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera*" (art. 1). No obstante, será de aplicación la ley del Estado de matriculación del vehículo en los supuestos y para las personas contempladas en su art. 4; esta excepción a la regla general encuentra su fundamento en el hecho cierto de que la ley del Estado donde se produce el accidente no es siempre la más adecuada, sobre todo en los supuestos en que los demás elementos de la situación se ubican en Estados diferentes; por contra el Estado de matriculación del vehículo supone una conexión más estrecha, y por ello más apropiada, en la medida en que, normalmente, coincidirá con el Estado donde los vehículos están asegurados y con la nacionalidad o la residencia habitual de sus propietarios³⁰.

Excepcionalmente el art. 6 se refiere a la ley del Estado de estacionamiento habitual del vehículo; este tercer punto de conexión sólo entrará en juego, para el caso de vehículos no matriculados o que lo estén en varios Estados, así como en aquellos casos en que ni el propietario, ni el poseedor, ni el conductor del vehículo tuvieran en el momento del accidente su residencia habitual en el Estado de la matrícula.

Especial mención merece finalmente, el tema de la acción directa de la víctima contra el asegurador responsable, a la que el Convenio se refiere en su art. 9. Esta norma de conflicto, con la que se pretende salvaguardar el derecho de las personas perjudicadas a actuar directamente contra el asegurador, se desglosa a su vez tres normas diferentes³¹:

— La acción directa contra el asegurador, si existen normas que la reconocen en el ordenamiento aplicable a la responsabilidad, se regirá por la ley aplicable a la responsabilidad.

— Si no existen normas que reconocen la acción directa contra el asegurador en la ley del Estado de la matrícula del vehículo, pero sí en la ley del Estado del accidente, se regirá por la ley del Estado donde ocurrió el accidente.

— Si ninguna de las leyes anteriores reconoce el derecho a la acción directa, pero si lo hace la ley que rige el contrato de seguro, la acción directa se regirá por dicha ley.

De nuevo, como en la determinación de la ley aplicable al contrato de seguro en virtud de las disposiciones del art. 7 de la Directiva del 88, se pretende tutelar a una parte débil de la relación contractual, en este caso al tercero dañado, frente a la compañía aseguradora.

6. EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE SEGURO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. LAS SOLUCIONES DE LA LCS.

Para adaptar el derecho español a la Directiva 88/357/CEE por la que se permiten a las partes diversas posibilidades de opción sobre la ley aplicable al contrato de seguro directo distinto del seguro de vida, el legislador español introduce en la Ley de contrato de seguro, el Título IV regulador de las normas de Derecho Internacional Privado, mediante la Ley 21/1990 de 19 de diciembre³².

El nuevo Título IV de la LCS determina, como la Directiva del 88, la ley aplicable al contrato de seguro contra daños (art. 107), así como a los seguros de personas distintos al seguro de vida, esto es, seguros de accidentes y seguros de asistencia sanitaria (art. 108), otorgando al lugar

de localización del riesgo un papel tan relevante como el que ocupa en la Directiva del 88³³. Sin embargo no podemos hablar de una transposición absolutamente exacta de la Directiva por cuanto en la mayor parte de los supuestos que este Título contempla, el legislador unilateraliza las disposiciones comunitarias.

En efecto, el apdo. 1-a del art. 107 establece como ley aplicable al contrato la ley española cuando *“se refiere a riesgos que estén situados en territorio español y el tomador del seguro tenga en él su residencia habitual, si se trata de persona física, o su domicilio social o sede de dirección efectiva de negocios si se trata de persona jurídica”*. La formulación unilateral de esta norma implica, automáticamente, la creación de una laguna jurídica de forma que queda sin resolver la cuestión de cuál será la ley aplicable cuando el riesgo y el tomador del seguro coincidan en un territorio distinto al español. Para suplir la deficiencia de la normativa española, debemos acudir a la norma comunitaria de cuya transposición tratamos y que en su art. 7,1 determina la ley aplicable al contrato de seguro para este mismo supuesto de coincidencia espacial de manera más general. Así por ejemplo, la bilateralización de la norma española permite concluir que la ley aplicable al contrato de seguro de un español residente habitualmente en Bruselas cuando el riesgo se ubica igualmente en territorio belga, será la ley belga.

En el mismo sentido podría bilateralizarse el apdo. b del art. 107,1 sobre seguros obligatorios, que únicamente se refiere a aquel contrato que se concluya *“en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española”*, si bien para este supuesto la propia Directiva, a la vez que resuelve el problema de la bilateralización de la norma, permite a los Estados miembros elegir esta solución de derecho aplicable (art. 8,3 c).

Para los supuestos en los que no se produce la anterior coincidencia espacial, el art. 107 LCS establece las siguientes disposiciones que resuelven las cuestiones de derecho aplicable (apdo. 2):

En primer lugar se permite a las partes elegir alternativamente entre la ley española y la ley del Estado de residencia habitual del tomador del seguro, para un caso concreto estrechamente vinculado con el territorio español: cuando el

riesgo esté localizado en España (y el tomador del seguro no tenga en territorio español su residencia habitual). Con ello de nuevo se unilateraliza la norma contenida en el art. 7,1 b de la Directiva para el mismo supuesto de no coincidencia espacial y la práctica obligará a la bilateralización de la norma española mediante la norma comunitaria. Además el carácter alternativo y por ende flexible, con que se formula el punto de conexión no es sino aparente, al establecer como opción para las partes contratantes no dos leyes en abstracto sino la propia ley española.

En segundo lugar, para el supuesto de que el tomador del seguro sea un empresario o un profesional y cuando se trate de riesgos relativos a sus actividades realizadas en distintos Estados de la Comunidad, se permite a las partes, incondicionalmente, elegir entre la ley de cualquiera de los Estados donde se localice el riesgo o la de aquél donde el tomador tenga su residencia (art. 107,2 apdo. b). La transposición literal de este precepto choca con la hasta ahora necesaria bilateralización de las disposiciones españolas, explicable quizás por la propia naturaleza del tomador del seguro, que induce a pensar en una equiparación de este supuesto con el de grandes riesgos, donde el tomador no requiere una tutela especial por parte de la Ley, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente.

Finalmente, cuando los riesgos cubiertos por el contrato estén localizados en España y se limiten a siniestros que puedan tener lugar en un Estado miembro distinto al nuestro, las partes podrán elegir, además, la ley de dicho Estado. Por consiguiente, la ampliación de la libertad de elección que en la Directiva del 88 se permite para todos los casos en que no coincida espacialmente el riesgo y el siniestro cubierto, se restringe siempre en aras de una mayor unilateralización de la norma para el solo caso de riesgos ubicados en España.

En general, las posibilidades de opción conferidas a las partes en la determinación de la ley aplicable al contrato, se restringen notablemente por la normativa española, que no contempla como la Directiva del 88, la posibilidad de que las leyes a las que el mismo art. 107 se refiere —ley del Estado de la residencia habitual del tomador del seguro o la del Estado donde acon-

tece el siniestro— confieran a las partes una mayor libertad.

Por consiguiente el principio de autonomía conflictual aparece claramente limitado en el nuevo Tit. IV de la LCS, más aún que en la Directiva de cuya transposición se trata, quizás por pretender una mayor protección del asegurado y debido al espíritu proteccionista del mismo Estado español.

En cualquier caso, la elección por las partes de la Ley aplicable al contrato de seguro deberá ser expresa o desprenderse claramente del contenido del contrato (art. 107,4), permitiendo así una elección tácita. Cuando las partes no hayan hecho uso de las posibilidades de elección que les confiere el art. 107,2, el contrato se regirá por la ley del Estado con el que presente una relación más estrecha. Esta flexibilidad en la formulación de la norma obliga al juez a una valoración de los índices materiales, subjetivos y objetivos del supuesto de hecho para concretar ese punto de conexión; sin embargo se limita la tarea del juez a los ordenamientos de los Estados que aparecen en el propio artículo.

Añade además este precepto, una presunción de proximidad al establecer que *“se presumirá que existe relación más estrecha con el Estado miembro en el que se sitúe el riesgo”*; no obstante cuando una parte del contrato fuera separable del mismo y presentara una relación más estrecha con otro país el legislador español permite, como el comunitario, “escapar” de esa presunción y volver al punto de conexión general.

Finalmente el art. 107 en su apdo. 5 considera las disposiciones imperativas españolas para declarar su aplicabilidad *“cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro”*. De nuevo se unilateraliza la norma al no considerar las disposiciones imperativas de un foro distinto al nuestro ni las de otro Estado que tenga relación con el contrato. No obstante, por el efecto directo que podría tener la Directiva del 88, tratándose por ejemplo de un contrato de seguro de un automóvil matriculado en España, suscrito por un español que habitualmente reside en Amsterdam, con una Compañía holandesa, se podrá dar efecto, aplicando el art. 7,2 párrafo 2º de la Directiva del 88, a las disposiciones imperativas de la ley del Estado donde se localiza el riesgo, esto es de

la ley holandesa si el derecho de este Estado así lo establece y sobre todo si trata de normas que impliquen una mayor protección del asegurado.

En resumen la nueva normativa española deberá aplicarse teniendo siempre presente las disposiciones del art. 7 de la Directiva a la que se pretende adaptar para la bilateralización que se hace necesaria. En cualquier caso siempre podremos acudir a los denominados mecanismos de invocabilidad de las Directivas por los que se logra hacer efectiva su eficacia directa³⁴.

7. CONCLUSIONES

La codificación de los conflictos de leyes en materia de contratos de seguro, iniciada con el Convenio de Roma y que culmina, para los seguros directos distintos del seguro de vida, con la Directiva 88/357/CEE, supone un importante esfuerzo del legislador comunitario en la unificación de las normas reguladoras de estos contratos. No obstante la necesidad de distinguir ambos textos legislativos por cuanto la Directiva supone una especialización de una forma concreta de obligación contractual, la del contrato de seguro realizado en régimen de libre prestación de servicios dentro de la Comunidad, resulta obligado partir de su carácter complementario. En efecto, las disposiciones del Convenio de Roma serán de aplicación para los contratos de seguro que cubran riesgos localizados fuera de la Comunidad y deberá ser el juez quien califique su carácter de riesgo de masa, con la aplicación del art. 5 sobre contratos de consumidores, o de grandes riesgos, que quedarán sometidos por ello a las disposiciones generales contenidas en sus arts. 3 y 4.

Por su parte el art. 7 de la Directiva del 88 determinará la ley aplicable a los contratos de seguro que cubran riesgos localizados en los Estados miembros de la CEE, distinguiendo de forma expresa según se trate de grandes riesgos, para los cuales se reconoce una amplia libertad de elección a las partes, y riesgos de masa, donde el principio de autonomía conflictual aparece limitado por la necesidad de proteger al asegurado.

En ambos casos, el legislador ha conferido

especial relevancia a las disposiciones imperativas no ya sólo del foro sino incluso de un tercer Estado conectado con el contrato, lo cual no es sino reflejo del papel proteccionista que el Estado juega en la propia relación contractual.

Destaca igualmente la inclusión de las denominadas cláusulas de escape que implican una flexibilización de la norma de conflicto permitiendo la derogación de la propia norma, aunque excepcionalmente, porque en el supuesto de hecho existe una conexión más estrecha con otro ordenamiento que aquel al que conduce el punto de conexión principal. Si bien en el Convenio de Roma se establece un ejemplo paradigmático de esta fórmula, la Directiva del 88 la circunscribe a los Estados miembros en los que o bien se localice el riesgo, o resida habitualmente el tomador del seguro o acontezca el siniestro; esta delimitación, derivada de las críticas asestadas a estas cla-

úsulas por la posible inseguridad jurídica que de ellas puede derivar, encuentra también su fundamento en la pretensión del legislador comunitario de salvaguardar los intereses del tomador del seguro.

Finalmente la adaptación del derecho español al ordenamiento comunitario, que pasa por la necesaria transposición de la Directiva del 88, no ha supuesto un traslación literal del art. 7 de aquélla al actual tít. IV de la LCS pues nuestro legislador ha tendido hacia la unilateralización de la norma procurando la aplicación de la ley española en el mayor número de supuestos posibles. No obstante las lagunas jurídicas a que ello puede conducir se corrigen fácilmente con la remisión al propio art. 7 de la Directiva, que por otra parte, prima sobre la normativa española, sin olvidar el efecto directo que los autores predicaban de esta fuente del derecho comunitario.

NOTAS

¹ DOCE N.º L de 9 de octubre de 1980, pp. 1 y ss.

² Abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 y actualmente vigente en ocho países de la Comunidad: Francia, Italia, Dinamarca, Luxemburgo, República Federal de Alemania, Bélgica, Reino Unido y Grecia (Vid. Comunicación del Consejo 91/C52/01).

³ En 1948 —en seno del Benelux— se constituyó una Comisión cuyo objetivo era la unificación del Derecho Internacional Privado de los países miembros, y del que surgió un proyecto de Ley Uniforme relativa al DIPr.; los Estados miembros se comprometieron a incorporar esta Ley a su Ordenamiento interno a través del Tratado de La Haya de 11 de mayo de 1951 que sin embargo, nunca entró en vigor.

⁴ Vid. FLECHEUX, G. y HAUTOT, L.: "Le forum shopping" en *Droit et pratique du commerce international*, 1988, vol. 14 - n.º 3.

⁵ Vid. 1.ª Declaración común que acompaña al Convenio, DOCE N.º L 266 de 9 de octubre de 1980, p. 49.

⁶ DOCE N.º L 48 de 20 de febrero de 1989, pp. 1 y ss.

⁷ El apdo. 1.º del art. 27 incluye en el ámbito de aplicación territorial del Convenio a Groenlandia y la totalidad del territorio de la República Francesa. Por su parte los apdos. 2.º y 3.º del mismo artículo excluyen a las Islas Feroe, a los territorios europeos situados fuera del Reino Unido y cuyas relaciones internacionales hubiere asumido éste salvo declaración en contrario del Reino de Dinamarca y del Reino Unido, respectivamente, así como a las Antillas neerlandesas cuando el Reino de los Países Bajos no hiciese una declaración expresa a este fin.

⁸ Así lo prevé el Informe que acompaña al Convenio de Roma; vid. GIULIANO/LAGARDE: *Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, DOCE N.º C/283 de 31 de octubre de 1980, p. 38.

⁹ Vid. VIRGOS SORIANO, M.: "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales" en GARCIA DE ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS y otros, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III Madrid, 1986, pp. 770-772. En el mismo sentido, vid. GIULIANO, M.: "La loi applicable aux contrats: Problèmes choisis" en *Recueil des Cours*, 1977-v, t. 158, p. 222.

¹⁰ Vid. LAGARDE, P.: "Examen de l'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles" en *Travaux du Comité français de droit international privé* 32-33 (1971-1973), pp. 152 y 153. En el mismo sentido vid. NORTH, P.M.: "The EEC Convention on the law applicable to Contractual Obligation (1980): Its History and Main Features" en *Contract Conflicts. The ECC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, North-Holland, 1982, p. 19.

¹¹ En este sentido se pronunciaba el Informe sobre el Anteproyecto de Convención de 1972 de GIULIANO/LAGARDE/VAN SASSE VAN ISSELT —texto, publicado en *Rivista di diritto internazionale e procesuale* 1973, pp. 198-260—.

¹² Vid. LAGARDE, P.: "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain" en *Recueil des Cours* 1986-I, t. 196, pp. 29-31.

¹³ No hay por tanto ninguna automaticidad en el

funcionamiento del art. 7,1 del Convenio; la decisión sobre la aplicación o no aplicación de la disposición imperativa extranjera requiere un juicio positivo por parte del juez, pero las condiciones de aplicabilidad que el propio artículo recoge obligan a que dicha valoración no sea personal sino "objetivamente válida y unívoca"; vid. VIRGOS SORIANO, M.: "El Convenio de Roma...", cit., p. 820.

¹⁴ DOCE N.º L 172 de 4 de julio de 1988, pp. 1 y ss.

¹⁵ Vid. FAVRE, H.: "Le marché commun de l'assurance" en *Revue du Marché Commun* 1980, p. 235.

¹⁶ DOCE N.º L 228 de 11 de agosto de 1992, pp. 1 y ss.

¹⁷ Vid. Anexo de la Directiva 73/239/CEE, en el que se definen los ramos a los que serán de aplicación las disposiciones de ambas Directivas. DOCE N.º L 228 de 16 de agosto de 1973, pp. 3 y ss.

¹⁸ Al margen quedan los aspectos fiscales (cuestión subordinada a una armonización posterior), para los que no entre en juego el principio de autonomía de la voluntad. En efecto, el régimen fiscal del contrato está exclusivamente sometido al derecho del país del riesgo en el sentido del art. 2, d (vid. art. 25,1). En todo caso, "la ley aplicable al contrato en virtud del art. 7, no afectará al régimen fiscal aplicable" (art. 25,3). Sobre las ventajas de esta disposición, vid. GIANNELLA, A.: "La libre prestation de services dans le domaine des assurances" en *Revue du Marché Commun*, 1991, p. 127.

¹⁹ En este sentido, vid. FRANCESKAKIS, Ph.: "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois", en *Revue critique de droit international privé* 1966, p. 13.

²⁰ Vid. BERR, J. C.: "Droit européen des assurances: la directive du 22 de juin 1988 sur la libre prestation de services" en *Revue trimestrielle de droit européen* 1988, p. 674.

²¹ Vid. GIANNELLA, A.: "La libre prestation de services...", cit., p. 125.

²² DOCE N.º L 330 de 29 de noviembre de 1990, pp. 50 y ss.

²³ A este respecto, el TJCE ha representado un

papel determinante: Vid. As. 205/84 de 4 de diciembre de 1986 (Comisión c. Alemania).

²⁴ DOCE N.º L 63 de 13 de marzo de 1979, pp. 1 y ss.

²⁵ Vid. LEVIE, G.: "La libre prestación de servicios en los Seguros de Vida. Propuesta de Segunda Directiva Seguros de Vida", en *Revista Española de Seguros*, 1990, n.º 63, pp. 67 y 68.

²⁶ DOCE N.º L 103 de 2 de mayo de 1972, pp. 1 y ss.

²⁷ DOCE N.º L 129 de 19 de mayo de 1990, pp. 33 y ss.

²⁸ Vid. ADRIAN ARNAIZ, A.J.: "La acción directa de la víctima contra el asegurador en los accidentes internacionales de circulación". (De próxima publicación).

²⁹ Ratificado por España el 22 de septiembre de 1987 (BOE de 4 de noviembre de 1987).

³⁰ Vid. LOUSSOUARN, Y.: "La Convention de la Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière" en *Journal de Droit International* 1969, pp. 15 y 16.

³¹ Vid. GARAU JUANEDA, L.: "Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil" en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado* (XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989). Alicante, 1990, p. 447, nota 70.

³² BOE n.º 304 de 20 de diciembre de 1990, p. 37984.

³³ La determinación de la localización del riesgo cubierto deberá hacerse conforme a lo dispuesto en el art. 50 de la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado introducido por Ley 21/1990 de 19 de diciembre, que coincide básicamente con lo dispuesto en el art. 2,d de la Directiva del 88. Vid. BOE n.º 304 de 20 de diciembre de 1990, p. 37981.

³⁴ Vid. GALMOT, Y. y BONICHOT, J.C.: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Transposición de las Directivas al derecho nacional" en *Noticias/CEE* 1989, pp. 11-31.