

# LA IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL PARA EL FUTURO DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES\*

STEFAN LEIBLE

*Catedrático de Derecho Civil, Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado  
y Director del Instituto de Derecho Económico y Derecho de la Comunicación  
Universidad de Bayreuth*

Recibido: 10.11.2010 / Aceptado: 23.11.2010

**Resumen:** La autonomía conflictual en el Derecho de los contratos internacionales no es ninguna solución de compromiso, sino un principio general de conexión. Este artículo expone las razones de la vigencia de la autonomía conflictual en este sector y analiza las condiciones y las consecuencias de una elección del derecho en el Derecho de los contratos internacionales así como sus límites a la luz del Reglamento Roma I y de la Convención de México.

**Palabras clave:** autonomía conflictual, Reglamento Roma I, derecho no estatal, normas imperativas, orden público.

**Abstract:** Freedom of choice of law in international contract law is not a mere stopgap, but a general connection principle. This paper shows the reasons of the contemporary validity of party autonomy in conflict of contract laws and analyses the consequences of the freedom of choice of law as well as its limits in light of the Rome I Regulation and the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts.

**Key words:** freedom of choice of law, Rome I Regulation, non-state law, mandatory rules, ordre public.

**Sumario:** I. Introducción. II. Concepto de la autonomía conflictual. III. Desarrollo de la autonomía conflictual. IV. Razones para la concesión de autonomía conflictual. 1. Respeto de los intereses de las partes. 2. Garantía de seguridad jurídica. 3. ¿Solución a través de una unificación internacional del Derecho de los contratos? 4. La apuesta por la libertad de elección del derecho como salida para el dilema. V. El principio de libertad de elección del derecho aplicable. VI. «Internacionalidad del supuesto de hecho» como presupuesto para una elección del derecho. VII. La elección del derecho como contrato. 1. Punto de partida. 2. Acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable al contrato. A) Elección expresa. B) Elección tácita. 3. Momento de la elección del derecho: elección inicial y elección posterior. 4. Elección parcial y elección condicionada. A) Elección parcial. B) Cláusulas flotantes de elección del derecho. VIII. Derechos eligibles. 1. Norma general. 2. Problemas en el marco de contratos con empresas estatales o «ceranas al Estado». 3. Derecho no estatal. A) Punto de partida. B) Consideración desde el punto de vista de la política legislativa. a) Contrato sin ordenamiento jurídico. b) Principios generales del Derecho. c) Derecho mercantil transnacional (lex mercatoria). d) Catálogos de principios. IX. Límites de la elección del derecho. 1. Normas imperativas. A) El concepto de norma imperativa. B) Normas imperativas del foro. C) Normas imperativas de otros Estados. 2. Orden público. X. Resumen.

---

\* Abreviaturas: AcP=Archiv für die civilistische Praxis; AEDIP=Anuario Español de Derecho Internacional Privado; AG=Amtsgericht; AJCL=American Journal of Comparative Law; BGH=Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán); BGHZ=Sentencias del Bundesgerichtshof en asuntos civiles; Clunet=Journal du droit international; EGBGB=Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EuLF=The European Legal Forum; EuZW=Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht;

## I. Introducción

1. La autonomía de la voluntad conflictual es sin lugar a dudas uno de los logros más importantes en el desarrollo del Derecho internacional privado en el siglo XX, y su afianzamiento y desarrollo es una de las tareas de futuro del Derecho internacional privado en el siglo XXI, no solamente en Europa sino a nivel global.

2. Para justificar esta tesis se va a explicar el concepto de autonomía de la voluntad conflictual y se van a realizar unos breves apuntes sobre su historia. Acto seguido ha de abordarse la cuestión sobre el por qué de la concesión de la libertad de elección del derecho aplicable a las partes de un contrato internacional. Después será el momento de analizar uno por uno los requisitos de la elección del derecho, para finalmente efectuar un breve resumen.

## II. Concepto de la autonomía conflictual

3. La autonomía conflictual es el equivalente a la autonomía privada en el ámbito del Derecho internacional privado.<sup>1</sup> Por autonomía privada entendemos la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad. La manifestación más importante de la autonomía privada es la libertad contractual<sup>2</sup>, que concede a las partes el derecho a decidir por sí mismas si debe concluirse un contrato y con quién debe concluirse (libertad de contratación), y qué contenido debe presentar el contrato (libertad de configuración). A ello se le añade en tercer lugar la libertad de forma, es decir, la ausencia de la obligación de concluir un contrato en forma escrita o en otra forma.

4. De la autonomía privada se tiene que diferenciar la autonomía conflictual<sup>3</sup>, que concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho. Las partes pueden decidir por ellas mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas. Así por ejemplo, los cónyuges residentes en Alemania de un matrimonio hispano-francés tienen, de acuerdo con el derecho alemán, la posibilidad de elegir el derecho: si quieren, pueden determinar a través de una elección del derecho que los efectos generales del matrimonio se sometan al derecho español o al derecho francés<sup>4</sup>. Si no hacen uso de esta posibilidad va a aplicarse derecho alemán porque viven en Alemania<sup>5</sup>. Sin embargo la mayor importancia de la autonomía conflictual no se encuentra en el Derecho de familia o de sucesiones, sino en el derecho internacional de los contratos.

---

GYIL=German yearbook of International Law; IHR=Internationales Handelsrecht; IPRax=Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; IPRspr=Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts; IPR=Internationales Privatrecht; JPIL=Journal of Private International Law; LG=Landgericht; NiemZ=Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht; NJW=Neue Juristische Wochenschrift; NJW-RR=Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report; OGH=Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco); OLG=Oberlandesgericht (Tribunal Superior territorial); OLGZ=Sentencias de los Oberlandesgerichte en asuntos civiles; RabelsZ=Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; Rev. crit. DIP=Revue critique de droit international privé; RG=Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich); RGZ=Sentencias del Reichsgericht en asuntos civiles; RIW=Recht der Internationalen Wirtschaft; TranspR=Transportrecht; Rn.=número marginal; UfR=Ugeskrift for Restvaesen; VersR=Versicherungsrecht; WM=Wertpapier-Mitteilungen; YPIL=Yearbook of Private International Law; ZeuP=Zeitschrift für Europäisches Privatrecht; ZPO=Zivilprozessordnung (Ley alemana de Enjuiciamiento Civil); ZvgIRWiss=Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

<sup>1</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *Anwaltkommentar BGB*, t. 1, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 2005, Art. 27 EGBGB Rn. 1.

<sup>2</sup> Con más detalle al respecto K. LARENZ/E. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., München, 2004, § 34 Rn. 22 ss.

<sup>3</sup> Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Madrid, 2007, p. 452 s.

<sup>4</sup> Art. 15 Abs. 3 S.º1 EGBGB.

<sup>5</sup> Art. 14 Abs. 1 S.º2 EGBGB.

### III. Desarrollo de la autonomía conflictual

5. Por lo visto, ya en el Egipto ptolomeico se encuentran teorías sobre la concesión de autonomía conflictual.<sup>6</sup> Sin embargo se considera a DUMOULIN como el creador de la misma.<sup>7</sup> En cualquier caso, en la doctrina y la jurisprudencia existe, especialmente desde SAVIGNY<sup>8</sup> y MANCINI<sup>9</sup>, un consenso a la hora de considerar que debe aplicarse el derecho querido por las partes. Lo que esto en concreto significa fue desde luego controvertido durante mucho tiempo. Sobre todo la doctrina alemana contradujo de forma vehemente hasta finales del siglo XIX la afirmación según la cual la determinación del derecho aplicable *solamente* se podía dejar a la voluntad de las partes.

6. Entonces se alegaba que la voluntad de las partes solamente podía tener efectos jurídicos en la medida en que la ley lo permitiese. Pues «lo que las partes pactan es aire jurídico, si antes no es aplicable un ordenamiento jurídico del que estos pactos puedan obtener eficacia jurídica»<sup>10</sup>. Por tanto, se tendría que determinar primero el ordenamiento jurídico válido con carácter primario a través de una simple conexión objetiva. Sólo en un estadio posterior podría preguntarse en qué grado las normas allí contenidas permiten esta remisión a la autonomía conflictual. Así pues, en la terminología actual la elección del derecho efectuada por las partes no se concebía más que como una simple incorporación por referencia.<sup>11</sup>

7. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina se han apartado con razón de estas objeciones.<sup>12</sup> El Reichsgericht alemán ya permitió la elección del derecho en el plano conflictual pese a la crítica de la entonces opinión mayoritaria en la doctrina<sup>13</sup>, y el Bundesgerichtshof le ha seguido en este punto<sup>14</sup>. La autonomía conflictual se ha impuesto, al menos en el Derecho internacional de los contratos, como modelo de conexión casi en todo el mundo<sup>15</sup>, y por ello puede calificarse como su principio más importante.<sup>16</sup>

<sup>6</sup> STURM, «Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht», en *Festschrift für E. Wolff*, Berlín, 1985, p. 637.

<sup>7</sup> Así por ejemplo M. GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts*, Basilea, 1977, p. 74 y 78; F. MEILI, *Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, 1902, p. 93; R. MOSER, *Vertragsschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, St. Gallen, 1948, p. 135; A. NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübinga, 1932, p. 22 y 215; L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., Berlín, 1961, p. 456; A. WICKI, *Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Winterthur, 1965, p. 18 ss.; M. WOLFF, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3ª ed., Berlín, 1954, p. 14 (en la nota 12); con otra opinión F. GAMILLISCHEG, *Der Einfluß Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlín, Tübinga, 1955, p. 110 ss.; P. E. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, p. 4.

<sup>8</sup> Es cierto que Savigny no apuesta expresamente por la libertad de remisión a cualquier derecho, pero justifica la aplicación de la regla del lugar de cumplimiento con la voluntaria sumisión de las partes y llega así –aunque bajo otras premisas– al mismo resultado, cfr. F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. VIII, 2ª reimpresión, Aalen, 1981, p. 203 y 206.

<sup>9</sup> Cfr. sobre todo P. MANCINI, *Clunet* I (1874), p. 221 ss., 285 ss., en especial 295 ss.

<sup>10</sup> K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht*, t. II, edición fascimil, Múnich, 1980, p. 456.

<sup>11</sup> Cfr. K. G. v. WÄCHTER, «Über die Collision der Privatgesetze verschiedener Staaten», *AcP* 25 (1842), p. 1 (35 s.); después igualmente L. VON BAR, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, t. II, 2ª ed., Hannover, 1889, p. 4 ss.; E. FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht*, t. II, Fráncfort del Meno, 1929, p. 159 ss.; M. GUTZWILLER, *Internationalprivatrecht*, Berlín, 1930, p. 1605; H. LEWALD, *Das deutsche Internationale Privatrecht auf der Grundlage der Rechtsprechung*, Leipzig, 1931, p. 201 ss.; K. NEUMEYER, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., Múnich, 1930, p. 6 y 29; E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, t. II, Leipzig, 1912, p. 375. Una amplia exposición del desarrollo se encuentra entre otros en J. PÜLS, *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, Berlín, 1995.

<sup>12</sup> Básicamente W. HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im Internationalen Privatrecht*, Berlín, 1931, p. 47 ss., y G. MAYER, «Zur Parteiautonomie als Kollisionsnorm», *NiemZ* 44 (1931), p. 103, 121 ss.; cfr. además G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlín, 1932, p. 498 ss.; K. NEUMANN, *Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, Heidelberg, 1930.

<sup>13</sup> Cfr. por ejemplo RGZ 4, p. 224 (247); 6, p. 125 (132); 34, p. 72 (81). Ampliamente y con ulteriores referencias de la jurisprudencia del RG J. PÜLS, *op. cit.*, p. 126 ss.

<sup>14</sup> Cfr. por ejemplo BGHZ 7, p. 231, 234; 7, p. 110, 111.

<sup>15</sup> Breve exposición de derecho comparado en P. NYGH, *op. cit.*, p. 13 s.; cfr. además O. LANDO, en *International Encyclopedia of Comparative Law* III, Leiden, 1976, Capítulo 24, n° 13 - 33; O. SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung I*, Heidelberg, 1980, Rn. 263 ss.; F. VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Berna, 1962, p. 39 ss.

<sup>16</sup> P. LALIVE, *Rec. des Cours* 1967-I, p. 569 (621).

#### IV. Razones para la concesión de autonomía conflictual

8. Esto lleva a la cuestión sobre por qué para empezar debe concederse a las partes de un contrato internacional la libertad de elección del derecho. La legitimación de la libre elección del derecho en el plano del derecho positivo parte exclusivamente del derecho estatal vigente, y no de un principio de la libertad personal, con independencia de la forma en que éste se configure. La *lex fori* debe declarar qué derecho es aplicable. Son por tanto las normas de conflicto del foro y no las partes quienes determinan los criterios internacionalprivatísticos de conexión para el contrato.<sup>17</sup> Estas normas conforman el «punto arquimédico» a partir del cual se puede paralizar la aplicación del derecho material interno<sup>18</sup>. Existen muchas razones que hablan a favor de una legitimación interna, por así decirlo de política legislativa de la libre elección del derecho: el principio «in dubio pro libertates»<sup>19</sup>, el sincronismo de las valoraciones en el plano conflictual y material,<sup>20</sup> la ganancia de seguridad jurídica,<sup>21</sup> la superación de dificultades para realizar la conexión, etc.<sup>22</sup>

##### 1. Respeto de los intereses de las partes

9. No obstante, el argumento de más peso es sin lugar a dudas el respeto de los intereses de las partes. El que las partes mismas sean quienes decidan sobre cómo quieren perseguir y equilibrar sus intereses se corresponde con la idea de contrato. Las partes deben saber «lo que les conviene»<sup>23</sup>, y lo dicho no vale solamente para la relación contractual material, sino también para la cláusula de remisión de derecho conflictual. En aquellos casos en los que debido a la internacionalidad del supuesto de hecho la aplicación de un derecho ya no resulta obvia, constituye «la reacción natural [de las partes] el tomar en sus manos el ordenamiento de sus relaciones jurídicas»<sup>24</sup>. La autonomía conflictual *no* se presenta por lo tanto como la continuación de la autonomía privada, sino que es expresión de una idea de autonomía y de libertad por encima del derecho positivo.<sup>25</sup>

10. El reconocimiento de los intereses de las partes es especialmente el Derecho del comercio internacional de particular importancia. Autonomía conflictual es una «doctrine of convenience and business efficacy».<sup>26</sup> En muchos contratos mercantiles internacionales pueden existir motivos de peso que empujen a las partes a elegir un derecho concreto. Así, puede ocurrir que estén interesadas en someter un contrato a un ordenamiento que contiene las normas más adecuadas para ese contrato o que domina el tráfico comercial internacional en ese ámbito.<sup>27</sup> Un ejemplo típico de ello es la elección del derecho inglés para muchos contratos de suministro de cereales debido al papel predominante de la Corn Trade Association de Londres.

<sup>17</sup> L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., Berlín, 1961, p. 457; K. SIEHR, «Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht», en *Festschrift für Keller*, Zúrich, 1989, p. 485 (486); F. VISCHER, *op. cit.*, p. 24.

<sup>18</sup> H. DÖLLE, «Die 7. Haager Konferenz», *RabelsZ* 17 (1952), 170, (173 s.); P. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tubinga, 1976, p. 256.

<sup>19</sup> P. NEUHAUS, *op. cit.*, p. 257.

<sup>20</sup> P. NEUHAUS, *op. cit.*, p. 257.

<sup>21</sup> S. LEIBLE, «Außenhandel und Rechtssicherheit», *ZVglRWiss* 97 (1998), p. 286 (289); W.-H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Tubinga, 1985, p. 435; H. SCHACK, «Das IPR - Ein Buch mit sieben Siegeln, reif für das moderne Antiquariat?» en *Liber amicorum Kegel*, Múnich, 2002, p. 179 (190); U. SPELLENBERG, *Geschäftsstatut und Vollmacht im internationalen Privatrecht*, Múnich, 1979, p. 193; H. MURIEL-CICERI, «Aspectos de la unificación del derecho internacional privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la elección del derecho aplicable», *AEDIPr*, 2008, p. 645-652 (648).

<sup>22</sup> Resumen en J. SCHMEDING, «Zur Bedeutung der Rechtswahl im Kollisionsrecht», *RabelsZ* 41 (1977), p. 298 (305 s.).

<sup>23</sup> L. RAAPE, *op. cit.*, p. 458. De modo parecido W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 436; U. SPELLENBERG, *op. cit.*, 1979, p. 192.

<sup>24</sup> A. FLESSNER, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tubinga, 1990, S. 100; A. JUNKER, «Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen - Zur veränderten Rolle der Privatautonomie im Schuldvertragsrecht», *IPRax* 1993, p. 1 (2).

<sup>25</sup> Parecido E. JAYME, *Rec. des Cours* 251 (1995), p. 9 (147 ss.).

<sup>26</sup> W. LORENZ, *Vertragsschluß und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands*, Heidelberg, 1957, p. 154.

<sup>27</sup> F. GAMILLSCHEG, «Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht», *AcP* 157 (1958/59), p. 303 (312).

11. Pero las partes también pueden elegir un derecho neutral<sup>28</sup>, lo que en la práctica ocurre sobre todo cuando en la negociación coinciden dos partes con el mismo peso. Puede ocurrir que ninguno esté de acuerdo con la elección del derecho de la otra parte porque teme que la otra parte pueda sacar de ello algún provecho al conocer mejor su propio derecho. Entonces se acuerda la aplicación de un derecho neutral, que en la práctica a menudo es el de Suiza. Esto es también aconsejable sobre todo porque el derecho suizo concede a las partes una considerable libertad para configurar sus relaciones jurídicas<sup>29</sup>. Las normas imperativas son en el ordenamiento jurídico suizo bastante infrecuentes, y el control de contenido de las condiciones generales de la contratación es bastante rudimentario.<sup>30</sup> Todo ello simplifica para las partes la propia valoración del contenido del contrato que se va a pactar.

12. Y, finalmente, el deseo de pactar la aplicación de un determinado derecho puede también existir porque las partes ya han efectuado esta elección en bastantes ocasiones, y cuentan con experiencias en este sentido.

## 2. Garantía de seguridad jurídica

13. Pero a favor de la libertad de elección de derecho habla también la ganancia en seguridad jurídica que ésta comporta. La autonomía del individuo y el principio de igualdad requieren que el ciudadano pueda adaptarse al derecho también en el tráfico transfronterizo.<sup>31</sup> Para ello sirve la conexión del contrato obligacional mediante la voluntad de las partes, que hace previsible el ordenamiento aplicable. Mediante la elección del derecho las partes obtienen un conocimiento seguro acerca del derecho vigente, es decir, el derecho aplicable. Sólo a partir de esta base pueden disponer lo necesario para sus negocios y adaptar su conducta jurídicamente querida a los presupuestos del ordenamiento jurídico elegido. Una conexión puramente objetiva puede no transmitirles este conocimiento necesario para su actuación con la necesaria seguridad.<sup>32</sup>

14. Al celebrar el contrato, las partes no pueden prever ante qué jurisdicción va a recaer éste en caso de conflicto. Por tanto, no pueden adaptarse a las normas de conflicto del foro al que luego se acceda. Los pactos de jurisdicción son desde luego un medio probado para contrarrestar esto y lograr claridad jurídica, pero no está claro que siempre sean eficaces. Normalmente no se podrá objetar nada contra sus efectos prorrogatorios, pero la experiencia demuestra que su efecto derogatorio a menudo no es reconocido. Sin embargo, y debido a las inseguridades en materia de derecho internacional privado existentes en muchos países, incluso cuando la jurisdicción se haya determinado de antemano al celebrar el contrato esto no constituiría una garantía de que el derecho al que las partes sometieron su contrato fuera el efectivamente aplicado por el tribunal del Estado de la jurisdicción.

## 3. ¿Solución a través de una unificación internacional del Derecho de los contratos?

15. La única solución podría ser una unificación internacional del derecho internacional de los contratos. De hecho existen ya como se sabe ciertos ejemplos regionales de ello, debiéndose hacer

---

<sup>28</sup> Sobre los peligros y posibles sorpresas en la elección de un derecho neutral cfr. P. MANKOWSKI, «Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der Spieltheorie», en Eger/Bigus/Ott/von Wangenheim (coord.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, Wiesbaden, 2008, p. 369 (374 s.).

<sup>29</sup> Cfr. al respecto K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed., Tubinga, 1996, p. 171 ss.

<sup>30</sup> Cfr. al respecto también M. GREINER, *Die Wahl Schweizer Rechts aufgrund von Vorteilen bei der AGB-Kontrolle*, Saarbrücken, 2008.

<sup>31</sup> E. JAYME, «Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit als Grundwerte des Internationalen Privatrechts - Betrachtungen zum Lebenswerk von Karl Firsching», en Gottwald/Jayme/von Hoffmann (coord.), *Gerechtigkeit im Internationalen Privatrecht im Wandel der Zeit*, Ratisbona, 1992, p. 31 (33).

<sup>32</sup> Ampliamente S. LEIBLE, «Comercio exterior y seguridad jurídica», en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* 31 (1998), p. 397.

referencia al Reglamento Roma I<sup>33</sup>, o a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (Convención de México).<sup>34</sup>

16. Pero a una vinculación jurídicamente unificada de las obligaciones contractuales, puramente objetiva, se oponen sobre todo, además de las dificultades políticas de un proyecto semejante, razones materiales. La historia ha demostrado que no es posible encontrar un punto de conexión que sirva para la totalidad de los contratos. *Kegel* formula acertadamente «es difícil vincular las relaciones contractuales».<sup>35</sup> Otra es la situación por ejemplo en el Derecho internacional de cosas. Aquí rige el principio difundido mundialmente de la *lex rei sitae*. El lugar en el que se halla la cosa es el centro de gravedad natural de las relaciones en materia de derechos reales, y, al mismo tiempo, el punto de conexión más seguro y claro<sup>36</sup>. En cambio, en las obligaciones contractuales no existe un centro de gravedad unívoco. Ni el lugar de celebración del contrato, ni el lugar del cumplimiento o de la prestación, ni el de la nacionalidad común de los contratantes ni ningún otro criterio de conexión resulta adecuado para brindar una solución válida para todos los casos en el derecho internacional de los contratos.<sup>37</sup> Con puntos de conexión rígidos no se logra la armonía internacional de decisiones, ni la previsibilidad y planeabilidad de las transacciones.

17. Esto se debe fundamentalmente a dos razones: Por un lado, algunas de estas conexiones –lugar de cumplimiento y lugar de celebración del contrato– provienen conceptualmente del derecho material y son definidas en forma diferente por los distintos ordenamientos jurídicos, lo que conlleva necesariamente falta de armonía internacional de decisiones.<sup>38</sup> Por otro lado, sin embargo, es imposible

<sup>33</sup> Reglamento (CE) N° 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE 2008 L 177/6. Cfr. al respecto B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, 2008, así como las contribuciones en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (coord.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zúrich, 2008; F. FERRARI/S. LEIBLE (coords.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Jena, 2009; además por ejemplo A. BONOMI, «The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations», *YPIL* 10 (2008), p. 165; S. FRANCO, «Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JDI (Clunet)* 2009, p. 41; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation: Much do about nothing?», *EuLF* 2008, p. I-1; H. KENFACK, «Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles « Rome I », navire stable aux instruments efficaces de navigation?», *JDI (Clunet)* 2009, p. 3; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement», *Rev. crit. DIP* 97 (2008), p. 727; S. LEIBLE, *Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht*, Bonn, 2009; S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I«)», *RIW* 2008, p. 528; P. MANKOWSKI, «Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR der Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133; T. PFEIFFER, «Neues Internationales Vertragsrecht. Zur Rom I-Verordnung», *EuZW* 2008, p. 622; D. SOLOMON, «The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats», *Tul. L. Rev.* 82 (2008), p. 1709.

<sup>34</sup> CIDIP-V, México 1994, OEA/Ser.C/VI.21.5. Cfr. al respecto también J. C. ARCAGNI, «La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales», *La Ley* 1996, p. 1434; H. S. BURMAN, «International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s», *Vanderb. J. Transn. L.* 28 (1995), p. 367; A. DREYZIN DE KLOR/T. SARACHO CORNET, «Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México 1994)», *La Ley* 1995, p. 1037; D. R. FERNÁNDEZ ARROYO, «La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por la CIDIP V (hecha en México, D. F., el 17 de marzo de 1994)», *Rev. Esp. Der. Int.* 46 (1994), p. 929; EL MISMO, «La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux - certains chemins conduisent au-delà de Rome», *Rev. crit. dr. int. pr.* 84 (1995), p. 178; A. GEBELE, *Die Konvention von México. Eine Perspektive für die Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens*, Birkenau, 2002; R. HERBERT, «La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales», *Rev. Urug. Der. Int. Priv.* 1 (1994), p. 1; F. K. JUENGER, «The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts - Some Highlights and Comparisons», *Am. J. Comp. L.* 42 (1994), p. 381; L. PEREZNIETO CASTRO, «Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales», *Riv. dir. int. priv. proc.* 30 (1994), p. 765; G. L. SOSA, *El Derecho Internacional Privado Interamericano y el Derecho de Integración*, Santa Fe, 1996, p. 97 ss.

<sup>35</sup> G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7ª ed., Múnich, 1995, p. 477.

<sup>36</sup> Desde luego entre tanto también en derecho de cosas se concede un espacio a la autonomía conflictual, al menos para bienes muebles, cfr. por ejemplo D. EINSELE, «Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht», *RabelsZ* 60 (1996), p. 417 (437 ss.); E. JAYME, «Transposition und Parteiwille bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten», en *Festschrift für Serick*, Heidelberg, 1992, p. 241 (246); H. STOLL, «Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen», *RabelsZ* 38 (1974), p. 450 (452 ss.); R. H. WEBER, «Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?», *RabelsZ* 44 (1980), p. 510 ss.

<sup>37</sup> H. BATIFFOL, «Zur Parteiautonomie im IPR», *ZfRV* 1 (1960), p. 1; M. WOLFF, *op. cit.*, p. 137 ss.; U. SPELLENBERG, *op. cit.* p. 192; E. STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Fráncfort del Meno, 1958, p. 250.

<sup>38</sup> W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 434.

establecer una regla fija que se adecue a los múltiples supuestos de hecho y a los diferentes intereses de las partes. ¿Por qué debería tener preferencia el lugar de cumplimiento frente al lugar de la prestación efectiva? ¿Por qué debería resultar decisivo el lugar de la prestación característica, por qué el lugar de celebración? Está claro que cada punto de conexión particular tiene, por cierto, sus ventajas, pero, al mismo tiempo, también sus desventajas. Todavía no ha sido hallado el huevo de Colón en materia de conflicto de leyes para la localización de las obligaciones contractuales internacionales. Hasta el momento no se ha logrado consenso internacional acerca de un único elemento rígido de conexión.

#### 4. La apuesta por la libertad de elección del derecho como salida para el dilema

18. Conexiones divergentes tienen sin embargo como consecuencia que no es posible lograr ni la armonía internacional de decisiones, que representa el ideal formal del Derecho internacional privado, ni la seguridad jurídica. Solamente la conexión de acuerdo con la voluntad de las partes es adecuada para intentar solucionar estos problemas. La conexión del contrato de acuerdo con la voluntad de las partes evita la pérdida de seguridad jurídica inherente a todo método de conexión individualizante y posibilita una decisión flexible, adecuada a la multiplicidad de supuestos de hecho.<sup>39</sup> El afán de seguridad jurídica conlleva además el efecto colateral, en absoluto indeseado, de una unificación del derecho internacional privado y un favorecimiento de la armonía internacional de decisiones. Ello es así porque el reconocimiento global de la autonomía conflictual como punto de conexión permite esperar un consenso internacional más elevado que las extendidas conexiones rígidas, y se compatibiliza mejor no sólo con los intereses de las partes, sino, asimismo, con el interés público en la seguridad y sencillez del tráfico comercial internacional.<sup>40</sup>

#### V. El principio de libertad de elección del derecho aplicable

19. En lo que sigue es necesario centrarse en la configuración de la libertad de elección del derecho a través del Reglamento Roma I, y ello por tres motivos: En primer lugar, el Reglamento Roma I, que como se sabe entró en vigor el 17 de diciembre de 2009, es actualmente la más moderna regulación del Derecho internacional de los contratos. En segundo lugar, este Reglamento rige en una multitud de Estados. Y, en tercer lugar, en base a este Reglamento se pueden tratar numerosas cuestiones del Derecho internacional de los contratos de forma ejemplar.

20. El Reglamento Roma I parte del principio de la libertad de elección del derecho. Ello se deriva ya de su Considerando 11, que destaca especialmente el significado de la libertad de elección del derecho como «una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales», y se recoge posteriormente por el art. 3, relativo a la conexión subjetiva, que establece que el contrato se rige, por norma general, por la ley elegida por las partes.

#### VI. «Internacionalidad del supuesto de hecho» como presupuesto para una elección del derecho

21. Sin embargo, la libertad de elección del derecho no opera cuando el supuesto de hecho no presenta ningún elemento de extranjería, ya que solamente se le concede preferencia a los intereses de

<sup>39</sup> K. F. KREUZER, «Parteiautonomie und fremdes Außenwirtschaftsrecht», en Schlechtriem/Leser (coord.), *Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht*, Tubinga, 1983, p. 87 (108); K. FIRSCHING, «Internationales Schuldrecht», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 10<sup>a</sup>/11<sup>a</sup> ed., t. I, Berlín, 1978, Rn. 330; J. PÜLS, *op. cit.*, 1995, p. 157.

<sup>40</sup> J. KROPHOLLER, «Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei», *RabelsZ* 42 (1978) p. 634 (645); O. SANDROCK, «„Versteinerungsklauseln« in Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge», en *Festschrift für Riesenfeld*, Heidelberg, 1983, p. 211 (221); J. G.-A. SCHMEDING, «Zur Bedeutung der Rechtswahl im Kollisionsrecht», *RabelsZ* 41 (1977), p. 299 (305); F. VISCHER, «The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts», *Rec. des Cours* 142 (1974-II) p. 1 (37).

las partes cuando la aplicación del derecho nacional no resulta obvia. Si no se da la necesaria internacionalidad, el interés de las partes no puede prevalecer frente a la pretensión de validez del derecho nacional.<sup>41</sup> El Reglamento Roma I se limita por estos motivos la libertad de elección del derecho para los casos puramente internos. En el art. 3. 3 se dice lo siguiente al respecto:

«Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo».

**22.** Por tanto en este tipo de casos las partes sí pueden elegir el derecho de otro Estado, pero las disposiciones imperativas del primer ordenamiento no resultan afectadas por ello. Entonces la elección del derecho tiene meramente los efectos de una incorporación por referencia. En el Considerando 15 RRI se destaca además que esta norma debe aplicarse independientemente de que la elección de la ley vaya acompañada de la elección de un órgano jurisdiccional.

## VII. La elección del derecho como contrato

### 1. Punto de partida

**23.** El art. 3 del Reglamento Roma I continúa considerando a la elección del derecho como un contrato independiente, desligado del contrato principal. Por tanto siempre habrá dos contratos diferenciados, incluso cuando fueron concluidos simultáneamente. La validez de uno no afecta a la validez del otro. El contrato principal, que entonces sin embargo se tendría que conectar objetivamente, puede ser igualmente válido cuando la elección del derecho sea inválida. Por otro lado, la validez del contrato de remisión no se ve afectada por el hecho de que conduzca a la aplicación de un derecho según el cual el contrato principal es inválido.<sup>42</sup>

**24.** La perfección y la validez de la cláusula de elección del derecho<sup>43</sup> deben apreciarse conforme al derecho que resultaría aplicable si la elección del derecho fuese válida<sup>44</sup>. Lo mismo rige también cuando el contrato principal resulta inválido desde el punto de vista del derecho elegido.<sup>45</sup>

### 2. Acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable al contrato

**25.** Como la elección del derecho es un contrato, para la validez de la elección del derecho es necesario un acuerdo entre las partes. Este acuerdo puede tener lugar de forma expresa o tácita. Sin embargo, no existe una elección del derecho unilateral.<sup>46</sup>

#### A) Elección expresa

**26.** Una elección expresa del derecho a menudo se realizará de forma individual en un contrato. Pero también puede producirse, y de hecho es lo que en la práctica ocurre con más frecuencia, a través de condiciones generales de la contratación, lo cual en principio está permitido.

<sup>41</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 74.

<sup>42</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 65.

<sup>43</sup> Ampliamente al respecto M. KOST, *Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht*, Fráncfort del Meno, 1995; P. STANKEWITSCH, *Entscheidungsnormen im IPR als Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtswahl*, Fráncfort del Meno, 2003, p. 415 ss.

<sup>44</sup> BGHZ 123, p. 380 (383).

<sup>45</sup> W. MEYER-SPARENBERG, «Rechtswahlvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen», *RIW* 1989, p. 347 (349).

<sup>46</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 43.



**27.** Cuando las partes acuerdan expresamente la vigencia de un derecho determinado debe tenerse en cuenta que éste puede abarcar también normas de derecho unitario, como el Convenio de Viena. Si la cláusula de elección del derecho dice «Este contrato está sometido al derecho alemán», esto lleva normalmente a la aplicación del Convenio de Viena, ya que éste forma parte del derecho alemán y debe aplicarse en contratos internacionales de forma preferente frente al BGB alemán.<sup>47</sup> Si las partes quieren evitar esto, deben vincular la elección del derecho a una cláusula de descarte, que debería entonces decir: «Este contrato está sometido al derecho alemán con exclusión del Convenio de Viena». En la práctica, por desgracia, este paso es a menudo omitido.

**28.** La elección del derecho no debe realizarse tan sólo en forma positiva, sino que también puede formularse de forma negativa. Por ejemplo se podría pactar la no sumisión del contrato al derecho alemán. Si falta una remisión simultánea a otro derecho, debe conectarse el contrato objetivamente. Si la conexión objetiva conduce a la aplicación del derecho que expresamente se ha descartado, se deberá aplicar el derecho con el que exista la segunda conexión más estrecha.<sup>48</sup>

## B) Elección tácita

**29.** Además, la elección del derecho no tiene por qué ser expresa, sino que también puede tener lugar de forma tácita. Sin embargo, a la hora de constatar la existencia de una elección tácita es necesaria cautela. La correspondiente voluntad de las partes ha de resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (art. 3.1.1. RRI). Por tanto, deben existir indicios que apunten a la existencia de una elección tácita del derecho, y sólo cuando, bajo consideración de todas las circunstancias del caso concreto, todos o como mínimo la mayor parte de los indicios apuntan a un ordenamiento concreto, se puede partir de la existencia de una elección tácita del derecho.<sup>49</sup>

**30.** El pacto de una competencia exclusiva es un indicio de mucho peso para concluir que al mismo tiempo las partes han elegido el derecho vigente en el lugar del foro. Rige pues el antiguo principio jurídico: Qui eligit forum vel iudicem eligit ius.<sup>50</sup> La aplicación de la *lex fori* obedece también al interés de las partes, puesto que el tribunal puede utilizar su propio derecho. Así las partes se ahorran tiempo y costes de averiguación del derecho, y además aumenta la garantía de corrección de la sentencia.<sup>51</sup>

**31.** Las cláusulas arbitrales desempeñan una función como indicio equiparable a las cláusulas de elección de foro – qui eligit arbitrum eligit ius.<sup>52</sup> En este caso se añade desde luego la condición de que el tribunal arbitral tiene que utilizar el derecho material del lugar de su sede. Esto presupone de un lado un lugar fijo de sesiones y del otro una vinculación al derecho de ese lugar.<sup>53</sup>

**32.** Un indicio de peso para la afirmación de la existencia de una elección del derecho es, por último, la referencia expresa del contrato a preceptos o institutos propios de un ordenamiento concreto.<sup>54</sup> Si por ejemplo las condiciones de uso del operador de una plataforma de apuestas en Internet remiten a

<sup>47</sup> BGH, *NJW* 1999, p. 1259 (1260); OGH, *IHR* 2002, p. 24 (26); OLG Dresden, *TranspR-IHR* 2000, p. 20; OLG Hamburg, *IHR* 2001, p. 109; *IHR* 2004, p. 148 (153); US Court of Appeals (5th Cir), *IHR* 2003, p. 189 (191).

<sup>48</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 44.

<sup>49</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 47.

<sup>50</sup> BGHZ 104, p. 268 (269); BGH, *NJW-RR* 1990, p. 183 s.; *NJW* 1991, p. 1418 (1420); *NJW* 1996, p. 2569 (2570); OLG Celle, *RIW* 1988, p. 137 (138); OLG Hamburg, *TranspR* 1993, p. 111 (112); OLG Frankfurt, *RIW* 1989, p. 911 (912); *RIW* 1998, p. 477; LAG Düsseldorf *RIW* 1987, p. 61.

<sup>51</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 48.

<sup>52</sup> OLG Hamburg *IPRspr.* 1982 Nr. 38; OLG Düsseldorf, *TranspR* 1992, p. 415 (417); OLG Hamm, *NJW-RR* 1993, p. 1445; LG Hamburg *RIW* 1997, p. 873; Schiedsgericht Hamburger Freundschaftliche Arbitrage *RIW* 1999, p. 394 (395); P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, München, 2004, p. 63 (69).

<sup>53</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 50.

<sup>54</sup> BGH, *NJW-RR* 1996, p. 1034; 1997, p. 686 (687); *WM* 1999, p. 1177, *IPRax* 2002, p. 37; BAG, *NZA* 2003, p. 339 (340); OLG Köln, *RIW* 1993, p. 414 (415); *IPRspr.* 2000 Nr. 21; LG Waldshut-Tiengen, *IPRax* 1984, p. 100; AG Rostock, *IPRspr.*

las normas de un determinado Estado de los Estados Unidos, su inclusión en el acuerdo contractual entre el licitador y quien entrega la cosa lleva a una elección tácita del derecho.<sup>55</sup> Lo mismo ocurre cuando el contrato toma en consideración los usos o los requisitos de un ordenamiento concreto o cuando las partes utilizan formularios o condiciones estandarizadas que fueron desarrolladas de forma evidente sobre la base de un determinado derecho.<sup>56</sup>

**33.** El lugar de conclusión del contrato tiene por el contrario solamente una eficacia secundaria,<sup>57</sup> y lo mismo puede decirse del pacto de un lugar de cumplimiento unitario.<sup>58</sup> Igualmente presentan una eficacia débil como indicio la lengua del contrato, la moneda utilizada o la residencia de las partes. Es este caso será necesaria una acumulación lo más grande posible de estos indicios concretos para poder aceptar la existencia de una elección tácita del derecho.<sup>59</sup> La concurrencia de unos pocos indicios débiles no es suficiente.<sup>60</sup>

### 3. Momento de la elección del derecho: elección inicial y elección posterior

**34.** En la práctica la elección inicial representa la regla general. Las partes concluyen el contrato principal y al mismo tiempo se ponen de acuerdo sobre el derecho aplicable. Pero el Reglamento Roma I permite también una elección del derecho posterior. En el art. 3.2. se dice:

«Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento».

**35.** La elección posterior se somete en esencia a los mismos principios que la elección inicial, y puede realizarse expresamente o de forma tácita.

**36.** La perfección y la validez de la elección posterior del derecho también se determinan de acuerdo con el derecho elegido. Dependerá de lo pactado por las partes si los efectos de la elección posterior tendrán lugar ex nunc o ex tunc.<sup>61</sup> En caso de duda debe partirse de la eficacia retroactiva a partir del momento de la conclusión del contrato,<sup>62</sup> siempre que ésta no tenga como consecuencia la invalidez del mismo<sup>63</sup>.

**37.** Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato y no afectará a los derechos de terceros. Terceros en este sentido lo pueden ser por ejemplo fiadores, acreedores pignoratícios o beneficiarios de un contrato a favor de tercero<sup>64</sup>.

1997 Nr. 30; AG Hamburg, *NJW-RR* 2000, p. 352 (353); F. PULKOWSKI, «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Streitigkeiten aus grenzüberschreitenden Bauverträgen», *IPRax* 2001, p. 306 (309).

<sup>55</sup> R. FREITAG, en Leible/Sosnitz (coords.), *Versteigerungen im Internet*, Heidelberg, 2004, Rn. 773.

<sup>56</sup> BGH, *NJW-RR* 1999, p. 813.

<sup>57</sup> BGH, *NJW* 2001, p. 1936 (1937).

<sup>58</sup> P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *op. cit.*, p. 63 (78); K. THORN, «Internationaler Warenkauf: Anwendbares Recht bei Wahl niederländischen Rechts; Fälligkeit der Kaufpreisforderung bei vereinbarter Möglichkeit eines Kompensationsgeschäftes», *IPRax* 1996, p. 257 (258).

<sup>59</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 57.

<sup>60</sup> LG Hamburg, *RIW* 1993, p. 144 (145).

<sup>61</sup> LG Essen, *RIW* 2001, p. 943, 944.

<sup>62</sup> BGH *WM* 1970, p. 454 (1455); *IPRax* 1998, p. 479 (481); OLG Bremen, *VersR* 1978, p. 277; OLG Koblenz, *RIW* 1982, p. 354; G. REINHART, «Zur nachträglichen Änderung des Vertragsstatuts nach Art 27 Abs 2 EGBGB durch Parteivereinbarung im Prozeß», *IPRax* 1995, p. 365 (367 ss.); K. THORN, «Entwicklungen des Internationalen Privatrechts 2000-2001», *IPRax* 2002, p. 349 (361); con otra opinión OLG Frankfurt, *IPRax* 1992, p. 314 (317); LG Essen, *RIW* 2001, p. 943 (944); W. LORENZ, «Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht», *IPRax* 1987, p. 269 (273).

<sup>63</sup> LG Essen, *RIW* 2001, p. 943 (944).

<sup>64</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 64.

## 4. Elección parcial y elección condicionada

### A) Elección parcial

38. El Reglamento Roma I permite además expresamente en su art. 3.1 una elección parcial del derecho. Una elección de este tipo puede tener lugar de forma expresa o tácita. Como en determinadas circunstancias la fragmentación del contrato puede dar lugar a importantes problemas de adaptación, se debe ser especialmente cauteloso a la hora de afirmar la existencia de una elección parcial tácita.<sup>65</sup>

39. Una elección parcial del derecho solamente se permite cuando la cuestión parcial es realmente susceptible de un tratamiento diferenciado. Debe tratarse de una cuestión jurídica con una mínima autonomía. Solamente se puede separar una parte del contrato que no se encuentre, por motivos de derecho material, en una insoluble relación de simultánea dependencia con otra parte del contrato. Se considera aceptable someter a derechos distintos la conclusión del contrato por un lado y su cumplimiento por el otro,<sup>66</sup> y también se puede distinguir entre validez formal por un lado y validez material por el otro.<sup>67</sup> Por el contrario es insoluble la cuestión del consenso material en el momento de la conclusión del contrato. Si un contrato se ha generado por dos declaraciones de voluntad coincidentes solamente se puede determinar según un único derecho.<sup>68</sup> Si el entramado de las obligaciones existentes entre las partes se puede separar «horizontalmente», sometiendo por ejemplo las consecuencias del incumplimiento de cada una de las partes a un derecho distinto, es una cuestión discutida.<sup>69</sup>

### B) Cláusulas flotantes de elección del derecho

40. No está claro cómo deben tratarse las llamadas cláusulas flotantes de elección del derecho. Se trata de cláusulas que solamente conducen a una conexión subjetiva tras el ejercicio de un derecho opcional por una de las partes. En la práctica son habituales cláusulas por las que se declara aplicable el derecho de la sede de quien sea parte demandante o demandada<sup>70</sup>, y la actualización tiene lugar en el momento de presentar la demanda. Hasta entonces se debe realizar una conexión objetiva. Por su naturaleza se trata de una elección del derecho sometida a la condición suspensiva de la presentación de la demanda. A través de la interpretación tendrá que esclarecerse si, una vez producida la condición, la elección del derecho deberá surtir efectos desde el momento de la conclusión del contrato, lo cual debe afirmarse en caso de duda.<sup>71</sup>

41. Las cláusulas opcionales de elección del derecho no topan con reparos de calado. La elección del derecho no afecta al ejercicio unilateral de un derecho de opción, sino a su previo pacto y a la condición suspensiva que con él se genera. Aún cuando el pacto de elección del derecho aplicable había sido realizado originariamente, debe tratarse como una elección ex post, ya que su actualización tiene lugar en un momento posterior.<sup>72</sup> En cualquier caso, la eficacia formal del contrato y los derechos de terceros generados entre tanto quedan intactos.<sup>73</sup>

<sup>65</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 36.

<sup>66</sup> OLG Frankfurt, *IPRax* 1992, p. 314 (316).

<sup>67</sup> OLG Hamm, *IPRspr.* 1995 Nr. 36.

<sup>68</sup> U. MAGNUS, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª revisión, Berlín, Art. 27 EGBGB Rn. 94.

<sup>69</sup> Lo niegan E. JAYME, «Betrachtungen zur „dépeçage« im internationalen Privatrecht», en *Festschrift für Kegel*, Stuttgart, 1987, p. 253 (263); D. LOOSCHELDERS, *Internationales Privatrecht - Art. 3-46 EGBGB*, Heidelberg, 2004, Art. 27 EGBGB Rn. 20; con otra opinión W. LORENZ, «Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht», *IPRax* 1987, p. 269 (272); U. MAGNUS, en *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 94.

<sup>70</sup> Ampliamente H. E. RASMUSSEN-BONNE, *Alternative Rechts- und Forumswahlklauseln*, Fráncfort del Meno, 1999, p. 34 ss.

<sup>71</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 40.

<sup>72</sup> Véase M. B. JASPERS, *Nachträgliche Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht*, Fráncfort del Meno, 2002, p. 136 ss.; U. KÖTTERS, *Parteiautonomie und Anknüpfungsmaximen*, Fráncfort del Meno, 1989, p. 49; P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *op. cit.*, p. 63 (106); H. E. RASMUSSEN-BONNE, *op. cit.*, p. 121 ss.

<sup>73</sup> S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 41.

## VIII. Derechos elegibles

### 1. Norma general

42. Generaciones enteras de internacionalprivatistas se han ocupado de la cuestión sobre si el abanico de los derechos elegibles es limitado o si las partes pueden elegir cualquier derecho. El Reglamento Roma I se ha posicionado claramente en este punto y ha establecido que las partes pueden someter el contrato a cualquiera de los derechos de este mundo. No es necesario un especial vínculo material o espacial con el derecho escogido, ni tampoco es necesario un interés especial de las partes en el derecho escogido. Las partes pueden y deben decidir sin intromisión de un poder estatal. Con ello se les concede sobre todo la posibilidad de elegir un derecho neutral, lo que por ejemplo representa la práctica habitual en los contratos internacionales de suministro de energía.<sup>74</sup>

### 2. Problemas en el marco de contratos con empresas estatales o «cercanas al Estado»

43. No obstante, la otra parte contractual no siempre va a estar conforme con la elección de un derecho neutral. Si es él y no su contraparte quien ostenta una situación de poder en el mercado, puede ser que consiga la aplicación del derecho de su Estado de origen. Esto puede ser fuente de problemas en contratos con empresas estatales o «cercanas al Estado», ya que, ¿quién puede impedir que el Estado cambie su derecho posteriormente, dejando sin validez aquellos pactos contractuales que perjudican a sus intereses o los de sus empresas cercanas?

44. Sobre todo para grandes proyectos de inversión se intenta en la práctica limitar estas posibilidades de manipulación mediante las llamadas *stabilization clauses*. En la práctica contractual se han desarrollado aquí una multitud de tipos distintos de cláusulas, debiendo hacerse referencia a las *freezing clauses*, *consistency clauses* o *economic equilibrium clauses*.<sup>75</sup> A través de las *freezing clauses* se va a «congelar» el derecho en el estado en que se encontraba en el momento de la conclusión del contrato. Reformas posteriores carecen entonces de significado para la relación contractual. Una cláusula de este tipo podría tener el siguiente contenido:

«Este contrato está sometido al derecho de la República Bolivariana de Venezuela vigente en el momento de su conclusión.»

45. Es cierto que la opinión mayoritaria en Europa reconoce la «retención temporal» del derecho pactado que se pretende con estas cláusulas, pero tan sólo como incorporación por referencia,<sup>76</sup> ya que solamente así se puede garantizar que las normas imperativas presentes y futuras del derecho aplicable al contrato no se vean afectadas.<sup>77</sup> Con ello se ayuda a las partes sólo en raras ocasiones, puesto que normalmente es precisamente el derecho imperativo el que provoca los quebraderos de cabeza. En realidad no se pueden vislumbrar motivos convincentes por los que el pacto de una «*freezing clause*» no

<sup>74</sup> Cfr. al respecto S. LEIBLE, «Private International Law: Contracts for Delivery of Gas», *German Yearbook of International Law* (GYIL) 52 (2009), p. 327-340.

<sup>75</sup> Cfr. al respecto por ejemplo P. FIEDLER, *Stabilisierungsklauseln und materielle Verweisung im internationalen Vertragsrecht*, Fráncfort del Meno, 2001; J. F. LALIVE, *Contrats entre Etats et Entreprises étatiques et Personnes privées*, La Haya, 1984, p. 76 ss.; H. J. MENGEL, «Erhöhter völkerrechtlicher Schutz durch Stabilisierungsklauseln in Investitionsverträgen zwischen Drittstaaten und privaten Investoren?», *RIW* 1983, p. 739; H. MERKT, *Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln*, Heidelberg, 1990.

<sup>76</sup> B. VON HOFFMANN, en Soergel, *BGB*, 10ª ed., Stuttgart, 2001, Art. 27 EGBGB Rn. 23; D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 15; D. MARTINY, en Reithmann/Martiny (coords.), *Internationales Vertragsrecht*, 6ª ed., Colonia, 2004, Rn. 81; C. VON BAR, *Internationales Privatrecht II*, Múnich, 1991, Rn. 482.

<sup>77</sup> Cfr. también el Art. 8 de la Resolución de Basilea del Institut de Droit international de 1991, impreso en E. JAYME, *IPRax* 1991, p. 429 (430) = *RebelsZ* 56 (1992) p. 560 con informe de F. RIGAUX, *ibid.*, p. 547: «Si les parties conviennent que la loi choisie doit être entendue comme celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat, ses dispositions seront appliquées comme clauses matérielles incorporées dans le contrat; si toutefois, cette loi a été modifiée ou abrogée par des règles qui entendent impérativement régir les contrats en cours, ces règles doivent être appliquées».

pueda comportar una remisión conflictual.<sup>78</sup> De todos modos se aconseja a las partes que en el momento de incorporar una «freezing clause» a sus contratos realicen pacten también una cláusula arbitral, ya que «las freezing clauses» son reconocidas sin más por el arbitraje internacional.

### 3. Derecho no estatal

#### A) Punto de partida

46. Una de las cuestiones más controvertidas del Derecho internacional de los contratos es la siguiente: ¿Pueden las partes elegir tan sólo derecho estatal? Europa responde a esta cuestión con un rotundo «no». Una elección en el plano conflictual de derecho no estatal no es posible para las partes. Si sin embargo la han llevado a cabo, ésta se queda en una mera «incorporación por referencia». <sup>79</sup> La Convención de México es en este punto mucho más avanzada. En su art. 7 no se dice, como en el art. 3 del Reglamento Roma I, que «el contrato se regirá por *la ley elegida*», sino «El contrato se rige por el derecho elegido por las partes».

47. «Derecho» es sin embargo un término mucho más amplio que «ley», y puede abarcar tanto derecho estatal como no estatal.<sup>80</sup> Esto viene subrayado en el art. 10 de la Convención, donde se lee:

«Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto».

48. Estas diferencias entre el Reglamento Roma I y la Convención de México<sup>81</sup> dan pie a algunas reflexiones de política legislativa.

#### B) Consideración desde el punto de vista de la política legislativa

##### a) Contrato sin ordenamiento jurídico

49. El contrato por sí solo no puede desde luego ser el único fundamento de los derechos y obligaciones de las partes, ya que –como una vez formulara certeramente TALLON– «In absence of any, jus cogens<sup>4</sup> international trade would be ruled by jungle law» <sup>82</sup>. Por lo tanto se necesita siempre un ordenamiento jurídico que controle el contrato. En esto están de acuerdo tanto el Reglamento Roma I como la Convención de México. No es posible, por tanto, un contrato sin ordenamiento jurídico. <sup>83</sup> Por consiguiente, incluso si por ejemplo las partes hubiesen rechazado todos los ordenamientos jurídicos, se tendría que determinar el derecho aplicable mediante una conexión objetiva.

<sup>78</sup> Por tanto a favor de la eficacia conflictual por ejemplo S. LEIBLE, «Parteiautonomie im IPR - Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?», en *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, 2004, p. 485 (490); P. NYGH, *op. cit.*, p. 66.

<sup>79</sup> Cfr. S. LEIBLE, «Choice of the Applicable Law», en Cashin Ritaine/Bonomi (coord.), *op. cit.*, p. 61 (68 ss.).

<sup>80</sup> H. MURIEL-CICERI, «Aspectos de la unificación del derecho internacional privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la elección del derecho aplicable», *AEDIPr*, 2008, p. 645-652 (651 s.).

<sup>81</sup> Sobre la algo confusa norma del Art. 17 de la Convención de México cfr. A. GEBELE, *op. cit.*, p. 132 s.

<sup>82</sup> D. TALLON, «Comparative Law: Expanding Horizons», *J. Soc. P. T. L.* 10 (1968/69), p. 271, citado en J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6ª ed., Tubinga, 2006, p. 464.

<sup>83</sup> B. VON HOFFMANN, en Soergel, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 19; U. MAGNUS, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª revisión, Berlín, Art. 27 EGBGB Rn. 45; D. MARTINY, en Reithmann/Martiny, *op. cit.* Rn. 74.

## b) Principios generales del derecho

50. La elección de principios generales del derecho (general principles of law) se considera admisible, aunque sin embargo según la opinión general comporta solamente una incorporación por referencia,<sup>84</sup> mientras que algunos sí le conceden a esta elección una eficacia conflictual, no obstante parcialmente limitada a los contratos entre Estados y particulares.<sup>85</sup> A esto último se le pueden poner reparos, al menos en el marco de los procesos ante tribunales estatales, ya que si bien la indagación de principios generales es teóricamente posible, en la práctica es casi imposible de llevar a cabo<sup>86</sup>. Además, no está claro qué grado de generalidad debe tener un principio para poder ser un «principio general del derecho».<sup>87</sup>

## c) Derecho mercantil transnacional (lex mercatoria)

51. La objeción de la falta de publicidad también se puede presentar frente a la doctrina de la lex mercatoria. El gran internacionalprivatista Gerhard KEGEL ya formuló en su famosa clase magistral de La Haya de 1964: «The law is public, if it is anything».<sup>88</sup> ¿Cómo han de saber las partes y los tribunales qué es lo que a parte de usos del comercio internacional pertenece en concreto a las normas unitarias del comercio internacional, si estos preceptos no están publicados?

52. Además, hoy en día aún no está claro qué reglamentaciones deben considerarse «lege mercatorum» y cuáles no. Mientras no haya la suficiente publicidad<sup>89</sup>, una toma en consideración de la lex mercatoria debe tener en todo caso los efectos de una incorporación por referencia<sup>90</sup>, pero no los de una remisión conflictual.<sup>91</sup>

53. No obstante, parece que en el arbitraje comercial internacional el avance de la lex mercatoria es imparable. Cada vez más ordenamientos permiten que las partes en un proceso arbitral puedan pactar en lugar de derecho estatal la aplicación de derecho no estatal.<sup>92</sup> El reconocimiento de laudos arbitrales que se emitieron en aplicación de la lex mercatoria por parte de los tribunales nacionales está aumentando. En muchos Estados ya no existe el riesgo de que se deniegue la ejecución de estos laudos, siempre que lleven a cabo al menos una cierta precisión de las reglas jurídicas generales.

<sup>84</sup> D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 12; Staudinger/Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 47; P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *op. cit.*, p. 63 (102).

<sup>85</sup> B. VON HOFFMANN, en Soergel, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 29; D. MARTINY, en Reithmann/Martiny, *op. cit.*, Rn. 71.

<sup>86</sup> S. GRUNDMANN, «General Principles of Private Law and Ius Commune Modernum as Applicable Law?», en *Liber amicorum Richard M. Buxbaum*, Londres, 2000, p. 213 (223).

<sup>87</sup> P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *op. cit.*, p. 63 (102).

<sup>88</sup> G. KEGEL, «The Crisis of Conflict of Laws», *Rec. des Cours* 112 (1964-II), p. 87 (262). Parecido W. LORENZ, «Die Lex mercatoria: eine internationale Rechtsquelle?», en *Festschrift für Neumayer*, Baden-Baden, 1985, p. 407 (408).

<sup>89</sup> Por el contrario considera que existe suficiente publicidad R. SCHROEDER, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2002, 2003, p. 257 (273).

<sup>90</sup> D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 10; U. MAGNUS, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª revisión, Berlín, Art. 27 EGBGB Rn. 49; P. MANKOWSKI, «Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs», *RIW* 2003, p. 2 (13 s.); W.-H. ROTH, «Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts», en *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, 2004, p. 757, 766; A. SPICKHOFF, «Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten», *RabelsZ* 56 (1992), p. 116, 133 s.; C. VON BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht I*, 2ª ed., Múnich, 2003, § 2 Rn. 86.

<sup>91</sup> Pero sin embargo H. COING, «La Détermination de la Loi Contractuelle en Droit International Privé Allemand», en Klein/Vischer, *Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles*, 1983, p. 29 (49 ss.); P. F. WEISE, *Lex mercatoria*, Fráncfort del Meno, 1990, p. 141. A favor incluso de una preferencia de la «lex mercatoria», es decir, su aplicación sin necesidad de acudir previamente al derecho internacional privado B. GOLDMAN, *Études en l'honneur de Lalive*, 1991, p. 241 (252 ss.).

<sup>92</sup> Así, como establece por ejemplo también el § 1051 ZPO, las partes no están sometidas a los límites a los que se somete la elección del derecho según la EGBGB cfr. W. VOIT, en Musielak (Coord.), *ZPO*, 7ª ed., Múnich, 2009, § 1051 ZPO Rn. 3.

#### d) Catálogos de principios

54. No obstante, la objeción de la falta de publicidad no puede plantearse para distintos catálogos de principios publicados en el pasado. Los más importantes para el comercio internacional son por supuesto los «Principles of International Commercial Contracts» elaborados por UNIDROIT<sup>93</sup>, los cuales se entienden como una moderna formulación de la *lex mercatoria*.

55. Sin embargo, muchos quieren que el pacto de la aplicación de estos principios al contrato tenga solamente el rango de una incorporación por referencia. En este sentido se argumenta que la autonomía solamente puede ser concedida por las autoridades estatales, y que por eso a nivel conflictual solamente es posible la remisión al derecho de un determinado Estado. Esta concepción puramente positivista no consigue convencer, ya que el monopolio de la producción normativa del Estado no se cuestiona a la hora de efectuar una remisión a derecho no estatal. La autorización estatal ha tenido lugar simplemente en un estadio previo, cuando se permite la elección conflictual del derecho no estatal. La última palabra la continúa teniendo sin embargo siempre el derecho estatal.<sup>94</sup>

56. El concepto de derecho no debería entenderse desde un punto de vista institucional, es decir, como las normas creadas por el Estado, sino funcional, es decir, como un ordenamiento con garantía de justicia. Al derecho estatal se le puede presuponer esta garantía de justicia. Por el contrario, a las normas no estatales de conducta se las debe someter a un sumario control previo.<sup>95</sup> Siguiendo esta concepción, no debería excluirse la elección (conflictual) de aquellas partes de la *lex mercatoria* que sean accesibles públicamente, es decir, examinables por cualquiera, y que debido a su estructura hacen presumible la consecución de resultados considerados como justos. El derecho internacional privado y el principio de la libertad de elección del derecho allí anclado no conceden a las partes del contrato una libertad sin condiciones, sino que se reservan un control residual. Pueden ser sin más elegibles conflictualmente reglamentaciones como los Principios de UNIDROIT. La Convención de México lo permite y con ello es mucho más progresista que el Reglamento Roma I.

### IX. Límites de la elección del derecho

57. Por último se debe tratar aún de los límites de la elección del derecho. Se tienen que citar aquí por un lado las llamadas normas imperativas y por otro la excepción de orden público.

#### 1. Normas imperativas

58. Las normas imperativas, cada vez más frecuentes e importantes en la práctica, erosionan el finamente graduado sistema de conexiones del Reglamento Roma I al desplazar el derecho declarado aplicable en virtud de éste.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, 1994; UNIDROIT, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, 1994.

<sup>94</sup> S. LEIBLE, «Außenhandel und Rechtssicherheit», *ZVglRWiss* 97 (1998), p. 286, 315.

<sup>95</sup> Frente a una argumentación de este tipo se alega, desde luego, que la posibilidad de una elección de conjuntos normativos no estatales en el plano conflictual no se podría limitar a los Principios UNIDROIT, sino que se tendría que reconocer también para otros conjuntos normativos elaborados por personas jurídico-privadas; no es posible diferenciar entre «obra maestra y chapuza»; y aún menos se puede diferenciar según su grado de ponderación, puesto que en dicho caso se acabaría en un círculo vicioso, «porque el criterio para un control de este tipo por parte de un tribunal estatal (!) sólo puede ser por consiguiente un ordenamiento estatal, y al final se acabaría realizando una incorporación por referencia» (W. CANARIS, en Basedow [coord.], *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tubinga, 2000, p. 5 [19]). Pero esta objeción no consigue convencer, puesto que no se pretende un control exhaustivo, por ejemplo de cada una de las disposiciones, sino que es necesario solamente un control sumario previo, lo cual no lleva a una reducción de la libertad de elección del derecho por la vía de la incorporación por referencia. Además no es perjudicial el que este control se base en criterios estatales de justicia, ya que con este control previo se trata en realidad de un control anticipado de orden público, pero del respeto al orden público no se dispensa ni el derecho estatal extranjero.

<sup>96</sup> Ampliamente sobre las normas imperativas J. HARRIS, «Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation», en: Ferrari/Leible (coord.), *op. cit.*, p. 269 ss.

### a) El concepto de norma imperativa

59. Lo que debe entenderse por norma imperativa es discutido en todo el mundo. El Reglamento Roma I efectúa en su art. 9.1 un intento de definición que, afortunadamente, no se centra solamente en la eficacia imperativa de dichas normas, sino que también describe su contenido. La allí utilizada remisión a la salvaguardia de intereses públicos, en especial la organización política, social y económica, se basa en una formulación de SAVIGNY<sup>97</sup>, modificada por FRANCESKAKIS<sup>98</sup> y adoptada por el TJCE.<sup>99</sup> Dicha definición se tiene que saludar en principio favorablemente, ya que pone de relieve también para los no versados en Derecho internacional privado que no cualquier norma del derecho nacional destinada a la protección de determinados intereses de un grupo puede ser declarada sin más norma imperativa.<sup>100</sup> Sin embargo, se trata de todos modos de una definición muy amplia<sup>101</sup>, que genera la duda sobre si futuras normas imperativas realmente se pueden reducir a determinados preceptos fundamentales. Al fin y al cabo, según la fórmula elegida en el art. 9.1 RRI, es suficiente con que el Estado de turno considere una norma determinada como decisiva para el interés público.

60. Aún cuando el TJCE no pusiera límites a la noción de norma imperativa, como hizo en su día con la cláusula de orden público, en el futuro las normas imperativas no serán «domesticadas» a través del Derecho internacional privado, sino con ayuda de las libertades fundamentales<sup>102</sup>. Aún así, con la definición en el art. 9.1 RRI se ha dado un primer y muy importante paso.

### b) Normas imperativas del Estado del foro

61. El Reglamento Roma I diferencia según si las normas imperativas son normas del Estado del foro o de otro Estado:

«Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro».

62. La aplicación de las normas imperativas de la *lex fori* es por tanto siempre posible. Una regulación parecida se encuentra en el art. 11 de la Convención de México. Veamos un ejemplo sobre esto:

Una empresa alemana concluye con una empresa estatal libanesa una compraventa sobre modernos rifles automáticos. Los rifles son fabricados en Alemania, y las partes eligen para el contrato derecho libanés.

El pacto de aplicación del derecho libanés no excluye la aplicación de la Ley alemana de control de armamento bélico, que somete la exportación de armamento bélico a una autorización con independencia del derecho aplicable al contrato de compraventa. Con ello el ámbito de aplicación de esta norma se extiende a todo el armamento bélico situado en Alemania.

### c) Normas imperativas de otros Estados

63. La posibilidad de tener en cuenta normas imperativas del foro es poco espectacular y era de sentido común ya antes del Reglamento Roma I. Sin embargo, desde siempre había sido mucho más

<sup>97</sup> F. K. VON SAVIGNY, *op. cit.*, t. 8, 1849, p. 36.

<sup>98</sup> P. FRANCESKAKIS, en *Répertoire Dalloz de Droit international*, 1968, entrada: Conflit de lois (principes généraux), n° 137; véase ampliamente P. FRANCESKAKIS, «Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *Rev. crit. DIP* 55 (1966), p. 1.

<sup>99</sup> TJCE. As. C-369/96 y C-376/96, Arblade, Rec. 1999, I-8430, Rn. 30.

<sup>100</sup> Parecido A. BONOMI, «Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement « Rome I » sur la loi applicable aux contrats», en Cashin Ritaine/Bonomi (coord.), *op. cit.*, p. 217 (225).

<sup>101</sup> Cfr. también –con ejemplos– P. MANKOWSKI, «Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133 (147).

<sup>102</sup> Sobre las diferencias cfr. K. THORN, «Eingriffsnormen», en: Franco Ferrari/Stefan Leible (coords.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, p. 129 (136 s.).



difícil contestar a la cuestión sobre si el juez también puede o debe tener en cuenta normas imperativas extranjeras y, en caso afirmativo, cómo. La doctrina respondía a ello con numerosas y muy variadas teorías (teoría del poder, teoría del estatuto de la deuda, consideración material, conexión especial, teoría de la combinación, etc.).<sup>103</sup> La jurisprudencia (por ejemplo en Alemania<sup>104</sup> y, aunque con otros matices, en Inglaterra<sup>105</sup> se las arreglaba normalmente tomando en consideración las normas imperativas extranjeras en la aplicación del derecho material interno. El art. 7.1 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contribuyó poco a la solución de este problema. Si bien es cierto que dicha norma permitía que al aplicar la ley de un Estado determinado se diese efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presentase un vínculo estrecho, el art. 22.1 a) del CR ofrecía a los Estados miembros la posibilidad de efectuar una reserva frente al art. 7.1, y de esta posibilidad hicieron uso numerosos Estados.<sup>106</sup>

**64.** Teniendo en cuenta el escepticismo expresado por muchos Estados respecto de una regulación legal de las normas imperativas extranjeras y de las experiencias recogidas<sup>107</sup> en el proceso de elaboración del Reglamento Roma II<sup>108</sup>, sorprendió el hecho mismo de que en el Proyecto para un Reglamento Roma I la Comisión pretendiese aún codificar esta cuestión<sup>109</sup>. Por tanto no fue motivo de asombro el que la propuesta originaria de la Comisión fuese sin duda uno de los puntos más controvertidos en el transcurso del proceso legislativo. En especial la City de Londres realizó una oposición considerable, y finalmente tuvo éxito gracias al apoyo del gobierno británico.<sup>110</sup>

**65.** El definitivo Reglamento Roma I permite también a los tribunales dar eficacia a las normas imperativas de otros Estados. Sin embargo en este punto se pueden constatar importantes diferencias con la Convención de México. Según la Convención de México será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato

<sup>103</sup> Breve resumen en S. LEIBLE, «Außenhandel und Rechtssicherheit», *ZVglRWiss* 97 (1998), p. 286 (297 ss.); cfr. además por ejemplo R. FREITAG, en Reithmann/Martiny (coords.), *op. cit.*, Rn. 470 ss.; EL MISMO, «Einfach und international zwingende Normen – Anmerkungen zu einem restatement des Art. 7 EVÜ in einem künftigen „Gemeinschaftsinstrument über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht», en Leible (coord.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht. Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse*, München, 2004, p. 167 (181 ss.).

<sup>104</sup> Cfr. por ejemplo BGHZ 59, 82; 69, 295; 94, 268. Cfr. además M. KUCKEIN, *Die „Berücksichtigung» von Eingriffsnormen im deutschen und englischen Vertragsrecht*, Tubinga, 2008, p. 72 ss.

<sup>105</sup> Cfr. *Ralli Bros. v. Compañía Naviera Sota y Aznar* (1920) K. B. 287 (C.A.). Cfr. además M. KUCKEIN, *op. cit.*, p. 195 ss.

<sup>106</sup> Alemania, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Portugal, Eslovenia, Reino Unido.

<sup>107</sup> Art. 12.1 del Proyecto de Reglamento de la Comisión (COM [2003] 427 final, p. 40) se preveía a imitación del art. 7.1 CR la posibilidad de dar efecto a las normas imperativas de otros Estados, cfr. al respecto S. LEIBLE/A. ENGEL, *Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung. Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa*, *EuZW* 2004, p. 7 (16). La norma desapareció posteriormente en el transcurso del proceso legislativo.

<sup>108</sup> Reglamento (CE) N° 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) DOUE 2007 L 199/40. Cfr. al respecto J. AHERN/W. BINCHY (coord.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations. A New International Litigation Regime*, Leiden, 2009; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*, Granada, 2008; C. W. FRÖHLICH, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome II Regulation*, Hamburgo, 2008. Además dan una visión panorámica del Reglamento Roma II C. BRIÈRE, «Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles („Rome II«)», *JDI (Clunet)* 135 (2008), p. 31; J. VON HEIN, «Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung», *ZEuP* 2009, p. 6; T. KADNER GRAZIANO, «Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung», *RabelsZ* 73 (2009), p. 1-76; S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)», *RIW* 2007, p. 721; S. C. SYMEONIDES, «Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity», *AJCL* 56 (2008), p. 173; G. WAGNER, *Die neue Rom II-Verordnung*, *IPRax* 2008, p. 1.

<sup>109</sup> El art. 8.3 del Proyecto de la Comisión (COM [2005] 650 final, p. 19) decía: «También podrá darse efecto a las leyes de policía de otro país que no sea el del foro, con el que la situación presente un vínculo estrecho. Para decidir si debe darse efecto a estas leyes, el juez tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto de acuerdo con la definición del apartado 1, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación para el objetivo perseguido por la ley de policía en cuestión y para las partes.» Cfr. al respecto también A. DICKINSON, «Third-Country Mandatory rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?», *JPIL* 3 (2007), p. 53.

<sup>110</sup> Más detalladamente sobre el proceso de creación del art. 9.3 del Reglamento Roma I R. FREITAG, «Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 par. 3 Rom I-VO», *IPRax* 2009, p. 109 (110 s.).

tenga vínculos estrechos. Sin embargo, el Reglamento Roma I es más comedido, estableciendo la posibilidad de dar efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal, teniendo en cuenta para ello su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación».

**66.** Dicha norma es claramente el resultado de un compromiso, para algunos incluso «un retroceso a la edad de piedra del Derecho internacional privado». <sup>111</sup> El resultado, fruto de largas negociaciones, se parece a una síntesis de las viejas teorías de WENGLER y de ZWEIGERT. <sup>112</sup> El primero estaba a favor de una conexión especial para las normas imperativas, mientras que el segundo sólo las quería tener en cuenta en el plano material como impedimentos para el cumplimiento. Según el Reglamento Roma I las normas imperativas de terceros Estados son objeto de una conexión especial, pero solamente cuando son originarias del Estado en el que tiene lugar el cumplimiento. Esta norma conlleva sin duda una ganancia en seguridad jurídica, porque las partes ya no tienen que contar con la aplicación de normas imperativas de cualquier Estado con el que a juicio del tribunal el caso presente un vínculo estrecho y que requiera la aplicación de su derecho, sino que se pueden concentrar en las normas imperativas del Estado en el que tiene lugar el cumplimiento.

**67.** Desde luego con ello empiezan también los problemas, ya que tampoco está claro si además se deben aplicar las normas imperativas del estatuto de la obligación, que podrían quedar abarcadas al realizar la remisión al derecho extranjero.<sup>113</sup> Y además el compromiso alcanzado no es satisfactorio porque el lugar de cumplimiento no es fácil de determinar, como demuestra la experiencia práctica<sup>114</sup> con el art. 5. 1 del Reglamento Bruselas I. De ahí se ha aprendido también que a falta de instrucciones especiales el lugar de cumplimiento se debe determinar de forma individualizada para cada una de las obligaciones, lo que comporta una multiplicación de las normas imperativas aplicables.<sup>115</sup> Además existen muchos problemas parecidos en relación con el concepto del lugar de cumplimiento.<sup>116</sup>

**68.** Por último cabe preguntarse si solamente con la aplicación de las normas imperativas del lugar de cumplimiento se pueden tomar suficientemente en cuenta las justificadas exigencias políticas, económicas y sociales de terceros Estados. Sobre ello versa el siguiente ejemplo:

La empresa de Alemania A se obliga frente a la empresa B de el Emirato de Dubai a transmitirla acciones de una empresa filial suya que reside y desempeña sus actividades en Japón. Los lugares de cumplimiento de las obligaciones recíprocas están en Alemania y Dubai. De acuerdo con el Reglamento Roma I no se pueden aplicar las normas japonesas de control de fusiones, aunque Japón resulte afectado por la transacción.

**69.** Lo cual lleva a otra cuestión, que es si la norma del art. 9.3 RRI es excluyente, es decir, si tiene un efecto de bloqueo frente a otras normas imperativas ajenas al foro que no sean las del Estado de cumplimiento.<sup>117</sup>

<sup>111</sup> P. MANKOWSKI, «Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133 (148).

<sup>112</sup> W. WENGLER, «Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht», *ZVglRWiss* 54 (1941), p. 168; K. ZWEIGERT, «Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote», *RabelsZ* 14 (1942), p. 283.

<sup>113</sup> Cfr. sobre la discusión P. MANKOWSKI, «Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung», *IPRax* 2006, p. 101 (110); K. THORN, «Eingriffsnormen», en: Franco Ferrari/Stefan Leible (coord.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, p. 129 (145 s.).

<sup>114</sup> Véase por último TJCE, As. C-386/05, *Color Drack/Lexx International*, *EuZW* 2007, p. 370 con comentario de S. LEIBLE/C. REINERT; TJCE, As. C-204/08, *Rehder*, *EuZW* 2009, p. 569 con comentario de S. LEIBLE. Más referencias en S. LEIBLE, en Rauscher (coord.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Múnich, 2006, Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 51 ss.

<sup>115</sup> Cfr. P. MANKOWSKI, «Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133 (148).

<sup>116</sup> Cfr. también las reflexiones sobre el lugar del cumplimiento en el contexto del art. 9.3 del Reglamento Roma I en R. FREITAG, «Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO», *IPRax* 2009, p. 109 (113 s.).

<sup>117</sup> A favor del efecto de bloqueo R. FREITAG, «Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach

## 2. Orden público

70. La aplicación del derecho material designado por la norma de conflicto está en todos los Estados del mundo sometida a la reserva de que esta aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del tribunal competente. Así se dice por ejemplo en el art. 21 RRI y en el art. 18 de la Convención de México. La utilización de la palabra «manifiestamente» pone de relieve que se trata de un supuesto absolutamente excepcional. La relevancia práctica de la cláusula de orden público es en cualquier caso muy escasa en el Derecho internacional de contratos. Esto es debido sobre todo a que con los artículos 6 a 8 del Reglamento Roma I existen normas que aseguran una protección de la parte débil en el plano conflictual.

71. Aún así existen naturalmente unos pocos casos. Así por ejemplo el Tribunal Supremo alemán apreció una vulneración del orden público en la reclamación a un fiador que había afianzado las obligaciones de su empresa situada en el extranjero cuando la acreedora de la fianza, residente en Alemania, estaba sometida al mismo Estado extranjero que había expropiado sin indemnizar todas las acciones de la deudora principal que tenía el fiador<sup>118</sup>. También se pueden corregir mediante la cláusula de orden público cláusulas penales desproporcionadas, cuando el estatuto de la obligación no prevé ninguna posibilidad de corrección.<sup>119</sup> Por lo que a acciones de indemnización por daños y perjuicios se refiere, es necesario realizar una diferenciación. La cuestión sobre si los requisitos y consecuencias de la acción de indemnización por daños y perjuicios coinciden con las del derecho extranjero no pertenece en principio al orden público alemán<sup>120</sup> pero sí la concesión de indemnizaciones exorbitantes con carácter penal (punitive damages).<sup>121</sup>

## X. Resumen

72. La autonomía conflictual en el Derecho de contratos internacionales no es ninguna solución de compromiso, sino un principio general de conexión.<sup>122</sup> Si se quiere dar al particular «un derecho a la aplicación del derecho apropiado para él»<sup>123</sup>, será primeramente su voluntad y ningún otro punto de conexión la que fije la relación con el «derecho apropiado». Sólo de manera subsidiaria o para proteger a terceros y a intereses generales predominantes se debe acudir a la conexión objetiva para determinar el derecho mejor desde un punto de vista espacial. Las conexiones objetivas deben ser por tanto la «excepción a justificar, no la regla».<sup>124</sup>

Art. 9 par. 3 Rom I-VO», *IPRax* 2009, p. 109 (115); P. MANKOWSKI, «Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133 (148); O. LANDO/P. A. NIELSEN, «Rom I-forordningen. (Forfatterne redegør for Romforordningen der skal erstatte Rom-traktaten.)», *UfR* 2008, B p. 234 (241).

<sup>118</sup> BGHZ 104, 240.

<sup>119</sup> D. MARTINY, en Reithmann/Martiny, *op. cit.*, Rn. 281; con otra opinión H. RAU, «Zur Vertragsstrafe und ihrer Herabsetzung im spanischen Recht», *RIW* 1978, p. 23 (26); desde el punto de vista del derecho comparado sobre la posibilidad de moderación S. LEIBLE, Richterliche «Herabsetzung von Vertragsstrafen nach spanischem Recht», *ZEuP* 2000, p. 322.

<sup>120</sup> BGHZ 141, 286 (299); parecido BGHZ 118, 312 (330 s.).

<sup>121</sup> BGHZ 118, 312 (334 ss.); D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 7; U. MAGNUS, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª revisión, Berlin, Art. 27 EGBGB Rn. 19.

<sup>122</sup> Cfr. al respecto también G. HOHLOCH, «Rechtswahl als Anknüpfungsprinzip (Zur Bedeutung des Parteiwillens im europäischen Internationalen Privatrecht)», en Frantzen/Giertsen/Cordero Moss (coords.), *Rett og toleranse. Festschrift til Helge Johan Thue*, Oslo, 2007, p. 321 ss.; E. JAYME, «Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie», en Jud/Rechberger/Reichelt (coords.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union. Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts*, Viena, 2008, p. 63 ss.; G. RÜHL, «Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht», en *Festschrift für Kropholler*, Tubinga, 2008, p. 187 ss. Además en general J. M. JACQUET, «Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution», en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, en *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 727 ss.

<sup>123</sup> E. JAYME, «Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht», en Jayme (coord.), *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2003, p. 5 (14).

<sup>124</sup> H. SCHACK, «Das IPR - Ein Buch mit sieben Siegeln, reif für das moderne Antiquariat?», en *Liber amicorum Gerhard Kegel*, München, 2002, p. 179 (196); parecido J. BASEDOW, «Das Internationale Privatrecht in den Zeiten der Globalisierung», en *Festschrift für Stoll*, Tubinga, 2001, p. 405 (413).

**73.** A la vista de este posicionamiento de política legislativa no es posible valorar suficientemente la importancia del Reglamento Roma I y de la Convención de México, ya que ambos textos normativos reconocen la libertad de elección del derecho como principio general de conexión. Las diferencias entre el Reglamento Roma I y la Convención de México aparecen sobre todo en la elección de derecho no estatal. En este punto el Nuevo Mundo es más progresista que el Viejo. En Europa aún no había llegado el momento para dar este paso, pero nada obsta a que se dé en un futuro.