

INCIDENCIA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS
EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: ESPECIAL
REFERENCIA A LAS NORMAS DE TERCEROS ESTADOS
DESDE UNA APROXIMACIÓN EUROPEA

OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS
IN INTERNATIONAL CONTRACTS: A SPECIAL REFERENCE
TO FOREIGN OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS
FROM A EUROPEAN APPROACH

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

*Profesora Contratado Doctor (interino) en Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 15.05.2017 / Aceptado: 05.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3870>

Resumen: Este trabajo analiza algunas cuestiones que plantea la aplicación de las leyes de policía en el ámbito del Derecho contractual de la UE. Por cuanto se refiere a las normas de este tipo de terceros Estados su aplicación resulta significativamente más compleja, en especial si analizamos su tratamiento en el Reglamento Roma I, mucho más restrictivo que su predecesor el Convenio de Roma de 1980. En este contexto la reciente sentencia del Tribunal de Justicia (*Nikiforidis*) resulta muy relevante, ya que abre la posibilidad a los Estados miembros para tomar en consideración normas de policía de terceros Estados como elemento fáctico en el marco de la *lex contractus*, sin sujetarla a las restricciones y condicionantes previstos en el art. 9.3.

Palabras clave: leyes de policía, normas imperativas, Derecho contractual europeo, Reglamento Roma I, sentencia *Nikiforidis*.

Abstract: This paper addresses some of the issues raised by the application of overriding mandatory provisions, from a European approach. With regard to foreign overriding mandatory provisions, their application is significantly more complex. This approach appears in European Contract Law, particularly regarding the treatment of this issue in the Rome I Regulation, which is much more restrictive than the Rome Convention of 1980. In this context, the recent case law of European Court of Justice (*Nikiforidis* case) is very significant. Since the judgment gives Member States the possibility to take into account foreign overriding mandatory provisions, as a factual element within the framework of the applicable law to the contract, outside the scope of article 9.3 of the Rome I Regulation.

Keywords: overriding mandatory provisions, mandatory rules, European Contract Law, Rome I Regulation, *Nikiforidis* case.

Sumario: I. Introducción. II. Caracterización de las normas imperativas en la contratación internacional: 1. Delimitación conceptual: objeto y fundamento. 2. Normas imperativas como límite a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. 3. Tipos de normas internacionalmente imperativas y su alcance. III. Problemas en la aplicación de las leyes de policía y posibles correctivos. IV. Normas imperativas de terceros Estados en la práctica jurisprudencial: 1. La doctrina del TJUE: a propósito de la sentencia *Nikiforidis*. A) Interpretación y alcance del art. 9.3 del

Reglamento Roma I. B) Ámbito temporal del Reglamento Roma I sobre modificaciones o prórrogas de contratos anteriores a su entrada en vigor. 2. La toma en consideración de normas imperativas por la reciente jurisprudencia española. V. Conclusiones.

1. Introducción

1. La incidencia de las normas internacionalmente imperativas (que también reciben las denominaciones en los sistemas nacionales, entre otras, de leyes de policía, normas de aplicación necesaria, normas de intervención, *overriding mandatory provisions*, *lois de police*, *norme de applicazione necessaria* o *international zwingende Bestimmung*)¹ y su implicación en el ámbito de la contratación internacional no es una cuestión nueva. La significativa relevancia práctica de su aplicación por los tribunales nacionales –así como por los tribunales arbitrales internacionales– en el tráfico transfronterizo le ha convertido en objeto de estudio por la doctrina *ius privatista* internacional desde distintas aproximaciones (dogmática, teleológica, práctica...) de manera general en diversas ocasiones². Ahora bien, la cuestión no ha sido agotada en su vertiente práctica en el ámbito de la contratación internacional, como da cuenta la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE o Tribunal de Justicia), respecto no ya de la aplicación en sentido propio por los Estados miembros de las leyes de policía extranjeras en el ámbito del Derecho europeo contractual, sino de su toma en consideración para establecer las circunstancias de hecho relevantes al aplicar la ley que rige el contrato internacional al margen del instrumento europeo (el Reglamento Roma I³).

2. El análisis de la repercusión del Derecho material imperativo en la reglamentación de la contratación internacional desde la perspectiva europea (instrumentos europeos y perspectiva nacional española) resulta justificado en la medida que es innegable la relevancia de esta figura en el ámbito de la contratación internacional. La técnica de las leyes de policía tiene un amplio reconocimiento a nivel internacional⁴ y esta aproximación también se observa en el Derecho europeo, de lo que dan muestra los Reglamentos. Los instrumentos europeos básicos en las relaciones transfronterizas, tanto en materia contractual como extracontractual, reconocen y consagran esta técnica (*vid.* art. 9 del Reglamento Roma I y art. 16 del Reglamento Roma II⁵, respectivamente). Asimismo, la mayoría de los sistemas de Derecho internacional privado nacionales lo regulan claramente, si bien, lo que difiere de un Estado a otro es la forma y el alcance en la que se reglamenta esta figura⁶. En lo que respecta en particular al sistema español éste lo recoge de forma unilateral e indirecta, según se desprende del art. 12 numeral 4 del Código civil, a través del recurso al fraude de ley⁷; esto es, únicamente se toma en consideración la incidencia

¹ Sobre las distintas opciones terminológicas *vid.*, entre otros, F. VISCHER, “General Course on Private International Law”, *R. des C.*, 1992-I (t.232), pp. 9-256, en esp. p. 154.

² Entre otros, *v. gr.*, *vid.* J-M. JACQUET, “La aplicación de las leyes policía en materia de contratos internacionales”, *AE-DIPR*, t-X, 2010, pp. 35-48; A. NUYS, “L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, p. 31-74 y 245-265; B. AUDIT, “How Do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation?”, en G. BERMAN, L. MISTELIS (eds.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, Juris Publishing (New York), 2011, pp. 53-74 ; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, En *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, T. III, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid), 2001, pp. 2857-2882, etc. Dejando al margen los diversos estudios de la institución en referencia a los concretos instrumentos relativos a la determinación de la ley aplicable en el ámbito de la contratación internacional (Convenio de Roma de 1980 y Reglamento Roma I) y su puesta en práctica por la jurisprudencia a la que se hará referencia posteriormente.

³ Reglamento (CE) N° 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE L 177/6).

⁴ Dentro del pluralismo metodológico impuesto en la disciplina del Derecho internacional privado desde hace décadas (*cf.* J-M. JACQUET, “La aplicación de las leyes...”, *loc. cit.*, p. 36). En particular, sobre su origen, función y operatividad *vid.* J.-J. KUIPERS, *EU Law and Private International Law*, Martimus Nijhoff (Leiden-Boston), 2012, pp. 54-62.

⁵ Reglamento (CE) N° 864/2007, de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE L 199/40).

⁶ Un análisis comparado desde la perspectiva nacional en Europa en J.-J. KUIPERS, *EU Law and Private...*, *ob. cit.*, §3 (pp. 125-174).

⁷ Lo que supondrá la aplicación de la norma material imperativa española que se ha tratado de defraudar de conformidad con el art. 6.4 del Código civil.

de las normas materiales imperativas españolas en los supuestos privados con elemento extranjero cuya reglamentación le correspondiera a una *lex causae* por acción de norma de conflicto de leyes bilateral aplicada por el tribunal español⁸.

En este contexto, y partiendo de la existencia de significativos estudios sobre la materia, el presente trabajo pretende prestar especial atención al particular aspecto de esta institución que recientemente ha sido objeto de consulta mediante cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Se trata de la incidencia de las normas imperativas de terceros Estados, esto es, ni del Estado del foro ni de la ley reguladora del contrato, y su estudio se hará al amparo de los dos instrumentos internacionales de referencia en Europa: el Convenio de Roma de 1980⁹ y Reglamento Roma I -este último al que viene referida la reciente doctrina del Tribunal de Justicia en este campo-. En este sentido, lo que se busca es dar luz a las significativas consecuencias prácticas que en el ámbito de la contratación internacional dentro de la UE tienen las conclusiones a la que llega el Tribunal de Justicia respecto del alcance e interpretación del artículo 9.3 del Reglamento Roma I en su sentencia *Nikiforidis*¹⁰. Esta aproximación justifica el análisis pormenorizado de esta resolución del Tribunal de Luxemburgo, pero también ya desde una perspectiva nacional, la referencia a alguna sentencia nacional española que, en línea con la resolución del Tribunal de Justicia, resulta ilustrativa de la toma en consideración de los tribunales nacionales de leyes de policía al margen de esta disposición del Reglamento Roma I.

Como el objeto del trabajo se centra en un concreto aspecto particular referido al alcance e incidencia de una figura específica del Derecho internacional privado, como es la técnica de las leyes de policía, es necesario previamente analizar en términos generales dicha técnica y su tratamiento en los sistemas de Derecho internacional privado. Consecuentemente, se iniciará el mismo con una contextualización general de la figura: su posible definición en función de sus objetivos, finalidad y funcionamiento en relación con otras instituciones de aplicación necesaria (como es el orden público), los problemas prácticos en su aplicación y posibles correctivos, para finalmente abordar la cuestión de la incidencia las normas imperativas de terceros Estados en la práctica jurisprudencial.

II. Caracterización de las normas imperativas en la contratación internacional:

1. Delimitación conceptual: objeto y fundamento

3. Planteada la relevancia práctica de esta técnica por su amplio reconocimiento en la generalidad de sistemas, procede abordar una cuestión que no resulta sencilla: su delimitación conceptual. Se trata de facilitar una posible definición de esta figura lo suficientemente amplia para que sea comprensiva de todas las posibles manifestaciones recogidas en los distintos sistemas y, para ello, es necesario aproximar esta tarea desde los objetivos y funcionamiento de la misma. Así, las normas o leyes de policía son una suerte de excepción al normal funcionamiento de las normas de conflicto de leyes de carácter bilateral, toda vez que restringen su ámbito y contravienen sus efectos; en términos análogos a cómo funciona la excepción del orden público internacional en el sector del Derecho aplicable, por lo que los resultados prácticos de una y otra técnica coinciden –lo que permite observar una frecuente confusión entre ambas figuras en la jurisprudencia comparada¹¹–.

⁸ Que de conformidad con el art. 6.3 del mismo cuerpo legal supone la aplicación de la norma que se pretendía defraudar, esto es, la norma material imperativa española.

⁹ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (*DOUE* núm. 266, de 9.10.1980, pp. 1-19).

¹⁰ STJUE de 18 de octubre de 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, EU:C:2016:774, sobre la aplicación de leyes de policía de Estados miembros distintos del Estado del foro.

¹¹ *Vid.* P. LAGARDE, “Public Policy”, *Int. Enc. Comp. L.* vol. III, Chapter 11, pp. 14-20. En este sentido también cabe referir resoluciones del Tribunal de Justicia, como la sentencia de 1 de junio de 1999 en el asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. C. Benetton International NV* (si bien referido al ámbito de la ejecución de laudos arbitrales) en el que el Tribunal se refiere constantemente al art. 81.2 TCE (*ex ante* art. 85.2) como “una disposición de orden público” (párrafos 19 y 36).

El objetivo básico y fundamento de esta técnica es garantizar la aplicación de ciertas normas esenciales para el Estado: leyes materiales de aplicación inmediata o necesaria¹² –que contienen criterios y principios de política legislativa que el Estado legislador considera fundamentales–, lo que justifica su carácter imperativo y que se apliquen en todo caso, aun en las situaciones privadas internacionales, con independencia del ordenamiento que rige la relación contractual (elegido por las partes o el designado objetivamente por la norma de conflicto). Todo ello necesariamente incide en la noción de leyes de policía, por lo que resulta difícil elaborar una definición totalmente satisfactoria de esta figura para todos los sistemas¹³ –conduciendo necesariamente a cierta indeterminación en algunos casos¹⁴–. Ahora bien, cabe concretar que en términos generales las normas de policía son Derecho imperativo del Estado del foro (de fuente de producción nacional y, en caso de Estado miembro, de carácter comunitario) que debe ser aplicado por los tribunales y autoridades nacionales a determinadas situaciones privadas internacionales cualquiera que sea el ordenamiento designado por la norma de conflicto aplicable a ese tipo de situaciones transfronterizas (por tanto, incluso si es un ordenamiento jurídico extranjero). Podría hablarse entonces de una subcategoría dentro de la general de las normas imperativas (Derecho obligatorio) más restrictiva, cuya característica fundamental reside en el hecho de que están encaminadas a proteger aquellos valores legales que no pueden ser renunciadas en el ordenamiento jurídico al que pertenecen¹⁵. Asimismo, ha de recordarse que el Derecho imperativo resulta esencial en la configuración y determinación del orden público que puede determinar la no aplicación del ordenamiento extranjero al que remite la norma de conflicto (art. 12.3 Código civil). De esta forma, en la medida que para ambas instituciones el Derecho material imperativo resulta esencial para su configuración, unido a que el resultado en la práctica de aplicar uno u otro es el mismo, todo ello conduce a la ya referida confusión en su aplicación entre las normas de policía y el orden público.

No obstante, sí que es posible dar una definición concreta dentro del contexto de la Unión Europea de leyes de policía, pues en este ámbito no se ha perdido la ocasión de definir esta figura institucionalmente. Así el primer número del art. 9 del Reglamento Roma I establece que *Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*¹⁶. Los términos concretos de esta definición muestran claramente la voluntariedad restrictiva del legislador de la UE en la concepción de este tipo de normas; de tal manera que no cualquier tipo de medida de carácter imperativo tendrá tal consideración y podrá alzarse en perjuicio de la *lex contractus* por los tribunales de los Estados miembros con base en esta disposición (esto es, tiene un buscado efecto disuasivo¹⁷). Todo ello tiene como resultado que los tribunales nacionales de los Estados miembros que decidan aplicar el art. 9 deben fundamentar debidamente su decisión

¹² Vid. P. FRANCESCAKIS, “Quelques précisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1-18; P. MAYER, “Les lois de police étrangères”, *Journ. dr. int.*, 1981, pp. 277-345; J.-C. SCHULTZ, “Les lois de police étrangères”, *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 1985 Volume 5, Número 1982, pp. 39-62.

¹³ Particularmente problemática es la cuestión en relación con aquellos Estados que no reconocen la noción de leyes de policía en su propio Derecho interno. En este sentido puede referirse los países del *Common Law* que vinculados por esta doctrina del Tribunal de Justicia (primero respecto del Convenio de Roma y posteriormente en relación con el Reglamento Roma I) les ha supuesto crear un nuevo concepto “*overriding statutes*” en contraposición a las “*simple mandatory norms*”. Vid. A. BONOMI, “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”, *YPIL*, vol. 10, 2008, pp. 285-300, en esp. pp. 288-289.

¹⁴ Lo que se ha manifestado por los tribunales nacionales en ciertas ocasiones. A modo de ejemplo, en particular desde la perspectiva de la jurisprudencia francesa, vid. H. GAUDEMET-TALLON, “La clause attributive de jurisdiction, un moyen d’échapper aux lois de police?”, en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, Y S. SYMEONNIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law- Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven Int. Publishing (The Hague), 2010, pp. 707-722.

¹⁵ Cf. Vid. A. BONOMI, “Overriding Mandatory Provisions...”, *loc. cit.*, p. 289.

¹⁶ El origen inmediato del concepto de leyes de policía que recoge esta disposición se encuentra en la STJCE de 23 de noviembre de 1999, asuntos acumulados C-376/96 y C-369/96 (conocido como caso *Arblade*) en su apartado 30 (ECLI:EU:C:1999:575).

¹⁷ Esta aproximación de excepcionalidad en el recurso de esta técnica se ve reforzada con el párrafo 37 del Preámbulo del Reglamento al indicar que su utilización solo será posible en presencia de circunstancias excepcionales –al igual que el orden público– y al precisar que esta noción debe distinguirse de las normas materiales imperativas internas y configurarse como una noción más restrictiva.

en normas imperativas que tengan la consideración verdaderamente de leyes de policía. Tal clasificación vendría determinada por la esencialidad de los objetivos que la norma imperativa persigue en el Estado del foro y que su aplicación al caso concreto fuera primordial para su consecución¹⁸.

En definitiva, es innegable que la introducción a nivel comunitario de una definición expresa de esta institución incide en la unificación del Derecho europeo, en la medida que el texto del art. 9.1 constituye una noción de norma de policía uniforme y autónoma dentro de la UE con independencia de la que pueda existir en cada Estado miembro desde una perspectiva nacional –sin perjuicio de que obviamente influya en aquellas–¹⁹. Asimismo, la previsión de una definición de normas de policía en el marco del Reglamento tiene como consecuencia para los Estados miembros la introducción de un nuevo nivel de examen de conformidad, que es distinto y anterior de aquel de la compatibilidad de las normas de policía con los principios del Derecho europeo²⁰; y que tendrá como objeto determinar la conformidad de las leyes de aplicación inmediata nacionales con los criterios establecidos en el art. 9.1 del Reglamento²¹. De tal manera que en aquellos casos en los que las normas imperativas nacionales del Estado miembro del foro no entren en conflicto con los principios de Derecho europeo –porque se trate de situaciones extracomunitarias– el ámbito de verificación de la conformidad de dichas normas con el art. 9.1 del Reglamento se circunscribe únicamente a los criterios utilizados por esta disposición; esto hace que sea esencial la concreción en la práctica de los términos utilizados por este precepto.

Resulta fundamental el significado que se le otorgue al término “intereses públicos”, así como a la “salvaguardia de la organización política, social o económica” del Estado en cuestión. Una interpretación restrictiva del texto –y consecuente aplicación de la norma– llevaría a eliminar de tal consideración aquellas normas nacionales de policía o de aplicación inmediata que tutelén intereses particulares o individuales –por ejemplo, aquellas que protegen a la parte débil del contrato: como son las normas protectoras de los consumidores, trabajadores, agentes comerciales, franquiciados, etc.– dejando solo como de posible consideración aquellas que persigan intereses públicos (v. gr. las normas de protección de la libre competencia, entre otras)²². Esta aproximación restrictiva del art. 9.1 del Reglamento²³ y por tanto de las normas de policía desde el punto de vista del Derecho europeo puede resultar no fácilmente asimilable por aquellos Estados miembros en los que no se realiza esa distinción en sus sistemas internos, por

¹⁸ Algunos autores proponen un “test de proporcionalidad” para permitir la posibilidad de aplicar una norma interna imperativa como ley de policía en este sentido. Cf. A. BONOMI, *Le norme imperative del diritto internazionale privato: Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, l’Institut suisse de droit comparé (Zurich), 1998, pp. 219 y ss.; *ibid.*. “Mandatory Rules in Private International Law- The Quest for Uniformity of Decision in a Global Environment”, *YBPIL*, vol. 1, 1999, pp. 215-249, esp. pp. 228 y ss.

¹⁹ Siendo por tanto el TJUE el máximo intérprete de esta noción. Este hecho resulta de significativa relevancia, en la medida que si bien les corresponde a los tribunales nacionales de los Estados miembros la decisión de aplicar una norma interna como ley de policía, no gozan de absoluta libertad, pues no pueden infringir del Derecho europeo. El principio de subordinación de las leyes nacionales de aplicación inmediata al Derecho europeo fue claramente establecido por el Tribunal de Justicia en el ya referido asunto *Arblade* (*loc. cit.*) y posteriormente confirmado en lo sustancial en la sentencia de 15 de marzo de 2001, C-165/98, *Mazzoleni* (ECR 2001, p. I-2189), §§22 y ss. (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, p. 495, con nota de E. PATAUT).

²⁰ Lo que no resulta novedoso respecto del Convenio de Roma en relación con los Estados signatarios en aplicación del art. 7.

²¹ Sobre las diferencias entre uno y otro test de compatibilidad *vid.* A. BONOMI, *Le norme imperative...*, *ob. cit.*, pp. 136 y ss.

²² Esta diferenciación de categorías dentro de las normas imperativas nacionales puede verse en ciertos sistemas nacionales. Así, por ejemplo, en el sistema alemán se habla de las *Parteischutzvorschriften* para referirse a aquellas normas cuyo objeto es reestablecer el equilibrio entre las partes del contrato (esto es, para proteger los intereses particulares o *Ausgleich privater Interesse*) y las *Eingriffsnormen* como aquella categoría normativa que en relación con el Derecho de contratos cumplen intereses de carácter público. De tal manera que solo entrarían dentro de la categoría de leyes de policía a la luz del art. 9 del Reglamento las *Eingriffsnormen*. En este sentido ya se manifestó la doctrina alemana respecto del Convenio de Roma y la misma aproximación restrictiva ha tenido reflejo en la jurisprudencia de los tribunales federales. Un análisis de esta doctrina en profundidad en A. BONOMI, *Le norme imperative...*, *ob. cit.*, pp. 172 y ss.; y de la jurisprudencia nacional en *ibid.* “Overriding Mandatory Provisions...”, *loc. cit.*, pp. 292 y ss.

²³ Uno de los primeros en comentar esta disposición del Reglamento en este sentido fue F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ en “The Rome I Regulation: Mucha do about nothing?”, en *The European Legal Forum* 2008 (2), pp. 1-16, indicando que desde la perspectiva del art. 9.1 las normas imperativas que tengan por objeto la protección de una de las partes del contrato no están incluidas en el concepto de ley de policía de esta disposición. En los mismos términos L. D’AVOUT, “Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I”, in Dossier “Le règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I”, S. BOLLÉE Y S. LEMAIRE (coords.), *Rec. Dalloz*, 2008, pp. 2165-2168, en esp. p. 2167.

lo que ciertas normas de imperativas de aplicación inmediata que protegen a la parte débil del contrato pueden tener la consideración de leyes de policía a este respecto²⁴ y así lo ha aplicado su jurisprudencia nacional²⁵ –lo que resulta claro en referencia con la aplicación del art. 7 del Convenio de Roma²⁶–. Ahora bien, esta exclusión no puede entenderse como automática. No puede olvidarse que hay ciertas normas que aun protegiendo intereses particulares de forma indirecta también protegen intereses públicos, generales o colectivos, lo que justificaría su consideración y aplicación como leyes de policía en el Derecho europeo al amparo del art. 9.1 del Reglamento (como así lo consideró el Tribunal de Justicia respecto de la Directiva sobre el contrato de agencia –Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre– en el conocido asunto *Ingmar*²⁷); en particular, en aquellas materias en las que no existen en el Reglamento reglas de protección para la parte débil del contrato (como sí ocurre por ejemplo con las normas correctivas para la protección de los consumidores y trabajadores de los arts. 6 y 8, respectivamente) que pudieran justificar la exclusión automática de estas normas al prever el instrumento otros mecanismos de tutela de los intereses en presencia. En consecuencia, cierta doctrina considera que la exclusión automática de este tipo de normas imperativas del alcance del art. 9.1 del Reglamento sería demasiado estricta e inaceptable por lo que merece un análisis de las circunstancias concretas cada caso²⁸.

4. Realizada la aproximación teleológica y conceptual de la institución desde la perspectiva Europea procede referir su ámbito de aplicación, su funcionamiento en la práctica contractual internacional según su tipología y alcance en relación con los instrumentos aplicables. En la medida que es en el ámbito de la contratación internacional donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene mayor manifestación y las normas imperativas pueden constituir un límite a la autorregulación (en función del tipo de norma materialmente imperativa de que se trate y del sistema de referencia aplicable), parece necesario dedicar un apartado específico a esta cuestión. Asimismo, los problemas de aplicación de dichas normas merecen un tratamiento diferenciado, en particular, la posibilidad de que las partes puedan eludir su incidencia, y correlativamente las eventuales soluciones para matizar esa falta de aplicación.

2. Normas imperativas como límite a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional

5. La libertad contractual de los individuos está limitada en todos los sistemas jurídicos por las normas imperativas no disponibles por las partes. La distinción entre normas imperativas y dispositivas está presente en la generalidad de sistemas pertenecientes al *civil law* (así, a modo de ejemplo, en el Derecho italiano se distingue entre *norme dispositive* y *norme imperative*²⁹; en el Derecho francés se utiliza incluso la terminología de las leyes de policía o leyes de orden público –*lois de police* o *règles d'ordre*

²⁴ Esta la aproximación es la mayoritaria de la doctrina italiana, entre otros *vid.* G. BIAGIONI, “L’ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella proposta di regolamento Roma I”, en P. FRANZINA (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I*, CEDAM (Padua), 2006, pp. 96-105; N. BOSCHIERO, “Norme inderogabili, “disposizioni imperative del diritto comunitario” e “leggi di polizia” nella proposta di regolamento”, en *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento Roma I*, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariado (Milán), 2007, pp. 101 y ss., en esp. p. 111 (donde se cita doctrina nacional francesa y belga en la misma línea); y respecto del Convenio de Roma F. POCAR, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours*, vol. 188, 1984, pp. 349-361; *ibid* “La legge applicabile ai contratti con i consumatori”, en T. TREVES (ed.), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, CEDAM (Padua), 1983, pp. 303-316, en esp. p. 314.

²⁵ A modo de ejemplo puede referirse la sentencia de la Corte de casación francesa de 23 de mayo de 2006 en *Dalloz* 2006, n° 40, pp. 2798-2800 (con nota de M. AUDIT).

²⁶ Solo hay que recordar el Informe sobre el Convenio de Roma de M. GUILLIANO Y P. LAGARDE (*Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE C-327, de 11 de diciembre de 1992) en el que se mencionan como ejemplos de leyes de policía las normas sobre protección de consumidores y aquellas relativas a contratos de transporte, es decir, normas de que protegen intereses individuales (p. 28).

²⁷ *Vid. infra* nota 77.

²⁸ En este sentido A. Bonomi, “Article 9: Overriding mandatory provisions” en M. MANKOWSKI, U. MAGNUS (eds.), *Rome I Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier (Munich), 2017, pp. 599-661, en esp. pp. 609-612; del mismo autor: *Le norme imperative... ob cit.*, p. 175 y “Overriding Mandatory Provisions...”, *loc. cit.*, p. 293; N. BOSCHIERO, “Norme inderogabili, “disposizioni imperative del diritto comunitario”...”, *loc. cit.*, pp. 111 y ss.

²⁹ *Vid.* E. RUSSO, “Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva”, *Rivista di diritto civile*, 2001, vol. 47, pp. 573-600.

public– para designar aquellas normas de carácter imperativo frente a aquellas que puede ser disponibles por las partes –*règles de droit supplétives*–). De igual manera los sistemas de tradición anglosajona admiten esta distinción³⁰ –como muestran, por ejemplo, las Leyes inglesa y escocesa *Unfair Contract Terms* de 1977³¹ y de *Sale of Goods* de 1979³²–.

6. Dentro del concreto ámbito del Derecho de obligaciones –donde se inserta en régimen general de los contratos– las normas que presentan un carácter imperativo, y que por tanto son inderogables por voluntad de las partes, en la generalidad de sistemas son aquellas que buscan garantizar un nivel de tutela y equilibrio contractual entre las partes indisponible³³. Ahora bien, el alcance de estas normas ha de contextualizarse dentro del ámbito de la contratación internacional donde se permite a las partes elegir como aplicable a su relación contractual cualquier ordenamiento estatal. Esta autonomía conduce a que estas normas sean sustituibles por aquellas del ordenamiento elegido como rector de su relación contractual, con el único límite de la excepción del orden público³⁴ y de las normas internacionalmente imperativas (distintas de las normas imperativas de Derecho interno por resultar más restringida su interpretación³⁵).

7. Dejando al margen la excepción del orden público, los intereses fundamentales del Estado en el ámbito de la contratación internacional se protegen mediante las normas internacionalmente imperativas que configuran típicamente las leyes de policía. Estas normas suponen una restricción o límite al libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes en la autorregulación del contrato, en la medida que su aplicación es necesaria con independencia de la ley que rijan el contrato –siendo también, como es lógico, de aplicación necesaria aquellas que gocen de tal condición dentro del ordenamiento que configure la *lex contractus*³⁶–. Esto se traduce en la práctica en tensión entre la libertad privada de las partes y el interés público en el que se fundamenta y justifica la intervención sobre esta libertad en el ámbito de la contratación internacional³⁷. Ahora bien, la autonomía de la voluntad y los límites imperativos se configuran en realidad como figuras complementarias –no como opuestas como cabría pensar³⁸– pues trabajan en aras de la consecución de un mismo fin: que no es otro que la protección de los intereses particulares de las partes dentro del marco del respeto a los fines sociales y económicos de interés general de cada sistema estatal o supranacional en el que la relación contractual se enmarca³⁹.

Antes de entrar en la cuestión de la eficacia de las normas de policía en la contratación internacional, es necesario determinar previamente el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes y sus modalidades de manifestación en este contexto, pues las peculiaridades que muestra en este ámbito inciden particularmente en la eficacia de las normas internacionalmente imperativas de ordenamientos distintos de la ley aplicable al fondo –*lex contractus*–.

³⁰ Pese a que formalmente no era conocida en el *common law* en la medida que no tenía una denominación concreta.

³¹ *Unfair Contract Terms Act 1977*, Chapter 50 (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/pdfs/ukpga_19770050_en.pdf)

³² *Sale of Goods Act 1979*, Chapter 54 (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/pdfs/ukpga_19790054_en.pdf)

³³ No solo en los sistemas nacionales europeos sino también desde la perspectiva del Derecho norteamericano puede observarse que la autonomía conflictual está también limitada por la denominada *fundamental policy* del Estado que tenga un mayor interés material en reglamentar alguna cuestión referida al contrato que del Estado cuyo ordenamiento ha sido elegido por las partes como *lex contractus*. A estos efectos el § 188 del *Restatement Second* entiende por Estado con mayor interés material aquél cuya ley sería objetivamente aplicable al contrato, esto es, aquella que resultaría aplicable en defecto de elección.

³⁴ Que este ámbito tiene un alcance residual. Cf. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación Comercial internacional”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los Negocios internacionales*, 4ª ed., Iustel (Madrid), 2013, Cap. 4, p. 342.

³⁵ En este sentido se manifiesta el legislador europeo. Vid. Considerando 37 del Reglamento Roma I.

³⁶ Vid. P. KINSCH, “L’autolimitation implicite des normes de droit privé matériel”, *Rev. cri. dr. int. pr.* 2003, pp. 403-435.

³⁷ Sobre esta constante tensión vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Civitas (Navarra), 2016, pp. 552 y ss.

³⁸ En este sentido, vid. C. VAQUERO LÓPEZ, “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, en S. SÁNCHEZ LORENZO (Dir.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Civitas (Navarra), 2013, pp. 893-934, en particular, p. 908.

³⁹ En este sentido debe entenderse la vinculación a la ley de toda persona en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades a la luz del art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948).

8. La generalidad de sistemas nacionales⁴⁰ reconoce este principio de libertad o autonomía privada de las partes en la regulación contractual –Derecho privado de los contratos– y, en el mismo sentido, cabe referir el principio de libertad de contratación desde la perspectiva del Derecho europeo⁴¹. No obstante, pese a esa aproximación común de todos los ordenamientos jurídicos, cabe apreciar dos posturas distintas. Por un lado, aquellos que reconocen este principio de autonomía de la voluntad de la forma más amplia y extensa posible y, por otro, aquellos que reglamentan límites a esta autonomía, introduciendo el interés público como factor que posibilita cierto intervencionismo en aquellos casos en que éste concurra. Precisamente a esta finalidad de intervención responden las leyes de policía, como normas internacionalmente imperativas que representan intereses estatales y sociales básicos, cuya vocación es aplicarse dentro de su ámbito con independencia de los pactos a los que las partes hayan llegado.

Dentro del sector de la contratación internacional el principio de autonomía de la voluntad de las partes se concreta, por un lado, en la posibilidad de diseñar los pactos concretos que determinan el contenido del contrato (autonomía material) excluyendo o modificando el Derecho dispositivo de la *lex contractus* –en la medida que dicha exclusión o modificación no fuera contraria al interés, al orden público, ni perjudique a terceros⁴²–; quedando así fuera de su disposición aquellas normas de naturaleza imperativa del ordenamiento jurídico rector del contrato. Por otro lado, en el contexto internacional la autonomía de la voluntad tiene una dimensión más amplia, que se concreta en la facultad de las partes de elegir de mutuo acuerdo la ley rectora del contrato, lo que les permite sustraerse de las normas de carácter imperativo del ordenamiento con el que se vincula su relación jurídica. Esta manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes (denominada autonomía conflictual) tiene reflejo en la generalidad de sistemas de Derecho internacional privado, tanto estatales (por ejemplo en el sistema español en el art. 10.5 del Código civil aunque de forma limitada, ya que exige que esa elección recaiga sobre un ordenamiento con vinculación efectiva con el contrato), institucional (*vid.* art. 3 Reglamento Roma I) y convencionales (art. 3 Convenio de Roma de 1980)⁴³. En la medida que las partes pueden seleccionar como ley aplicable la de un Estado sin conexión con el contrato, surge la necesidad de contar con mecanismos que garanticen la aplicación de aquellas normas imperativas de ordenamientos distintos a la ley aplicable al fondo. La justificación de la toma en consideración por los tribunales nacionales de las normas materialmente imperativas de terceros Estados vinculados con el contrato se encuentra en garantizar el cumplimiento efectivo del mismo o por razones de cooperación internacional –referida al mutuo respeto de los intereses estatales y de los objetivos de política legislativa de todos los Estados–⁴⁴.

⁴⁰ Expresa o implícitamente en todos los sistemas jurídicos del *civil law* (a modo de ejemplo, art. 1255 del Código civil español; art. 405 Código civil portugués; art. 3 Código civil Griego; art. 1101 Código civil francés; art. 1322 Código civil italiano; §§ 154 y 155 BGB alemán o el § 311 del Código suizo de obligaciones): en los mismo términos en los sistemas del *common law* (*freedom of contract*). A este reconocimiento generalizado en los distintos sistemas de la autonomía privada en los negocios jurídicos se refiere C. VAQUERO LÓPEZ, en “Autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, pp. 894-898.

⁴¹ Pese a que no exista norma de Derecho primario u originario que expresamente lo recoja (*cf.* J. BASEDOW, “Freedom of contract in the Europea Union”, *ERPL*, n° 6, 2008, pp. 901-923, en esp. p. 909), las instituciones europeas se han manifestado expresamente a favor de este principio. Así la Comisión Europea lo califica como el principio rector del Derecho contractual europeo (*vid.* comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2003) 68 final, Bruselas, 12 febrero de 2003, en esp. p. 26).

⁴² *Cf.* N. VIDAL BOUZA, “Aspectos actuales de autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2004, p. 7 (http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf)

⁴³ La referencia a todos los sistemas está justificado en la medida que partiendo de la aplicación prioritaria del Reglamento para todos los Estados miembros vinculados (todos menos Dinamarca por el uso de su *opting out*) y de los textos internacionales sobre las normas de fuente interna, todos ellos tienen su ámbito de aplicación. Así, partiendo de la referida preferencia del Reglamento Roma I sobre el Convenio de Roma en los mismos supuestos (dado que tienen el mismo ámbito material según el art. 1 de ambos textos), la aplicación de uno u otro instrumento vendrá determinada por la fecha de celebración del contrato. De tal manera que el Reglamento será aplicable a aquellos contratos celebrados con posterioridad al 17 de diciembre de 2019 (*vid.* Art. 28) y el Convenio de Roma si fuera anterior a esta fecha (pero posterior al 1 de septiembre de 1993, fecha de entrada en vigor del Convenio para España). La aplicación del art. 10.5 del Código civil deviene residual, limitándose exclusivamente para aquellas materias no cubiertas por estos instrumentos internacionales.

⁴⁴ En este sentido, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J. GONZÁLEZ CAMPOS (VVAA), *Derecho Internacional privado*, Parte especial, 6ª ed. Revisada, Madrid, Eurolex, 1995, p. 184; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho imperativo...”, *loc. cit.*, p. 2859.

9. Las leyes de policía operan como límite a la autonomía conflictual de las partes, estableciendo un marco imperativo de actuación que se justifica por su fundamentación en intereses y objetivos estatales, institucionales e internacionales. Dentro de estas normas puede hacerse una clasificación general en dos grandes grupos. Por un lado, estaría aquellas normas imperativas típicamente dirigidas a la protección de los intereses de ciertos colectivos o grupo sociales –como son las referidas a la tutela de los consumidores–, denominadas generalmente como normas de protección, dado que su objetivo es reestablecer el equilibrio entre las partes contratantes. Por otro lado, se encuentran aquellas normas que pretenden garantizar los intereses económicos y sociales de la comunidad –como son aquellas relativas al control de cambios o protección de la libre competencia–, que se denominan normas de dirección. Dentro de estas últimas se engloban todas aquellas normas de carácter heterogéneo a través de las cuales se canaliza la injerencia del poder público en la economía –en particular, en la organización del mercado y de las relaciones entre sus participantes–.

En el ámbito de la contratación internacional las normas de Derecho internacional económico constituyen un límite concreto para las partes contratantes. En lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, además de los límites que supone el respeto obligado a las libertades de circulación, existen normas imperativas específicas sobre contratos –vinculadas fundamentalmente al desarrollo de aquellas libertades y de las políticas de la UE–. Asimismo, cada Estado debe hacer prevalecer frente a la autonomía de la voluntad de las partes las normas imperativas de su ordenamiento que tienen como objeto la salvaguarda de su propio mercado o que traten de garantizar el equilibrio entre los contratantes y su buen fin. Todas estas normas internacionalmente imperativas, cuya fundamentación en un interés público hace necesaria su aplicación con independencia de cuál sea la ley elegida por las partes para regir su contrato, tienen distinto alcance en función del sistema de referencia aplicable.

2. Tipos de normas internacionalmente imperativas y su alcance en los textos internacionales

10. La existencia de los distintos intereses que pueden concurrir en los negocios jurídicos internacionales justifica la potencial incidencia en el contrato de los distintos tipos de normas internacionalmente imperativas que pueden limitar la libertad de las partes en la contratación internacional. El análisis de la incidencia del Derecho imperativo en la regulación de los contratos internacionales requiere diferenciar el origen de la norma internacionalmente imperativa.

En este sentido, desde el punto de vista estatal cabe diferenciar entre las normas de policía pertenecientes al foro (del ordenamiento de los tribunales o autoridades que conocen del litigio), las normas que pertenecen al ordenamiento aplicable al fondo –*lex contractus* distinta de la del foro: *lex causae*– y aquellas concernientes a un tercer Estado especialmente vinculado con el contrato. Por cuanto que existen normas de Derecho europeo de carácter imperativo con repercusión en los contratos internacionales vinculados a la UE, a la anterior clasificación ha de añadirse estas disposiciones cuando sea un Estado miembro el que conozca del litigio. Esta distinción no es baladí, por cuanto su tratamiento es distinto –y, en consecuencia, su cumplimiento efectivo– en los distintos sistemas analizados (Convenio de Roma de 1980⁴⁵ y Reglamento de Roma I⁴⁶) como se verá a continuación.

11. Por lo que se refiere a las normas imperativas estatales, es determinante el papel que juega el tribunal del foro que conozca del eventual litigio entre las partes contratantes, en la medida que éste será el que debe valorar la incidencia de aquellas en el supuesto concreto. En términos generales, las leyes de policía se aplicarán exclusivamente a las situaciones que se encuentran incluidas en su ámbito de aplicación espacial –de lo que se desprende su necesaria consideración–. No obstante, con más frecuencia de

⁴⁵ Un estudio pormenorizado de esta institución y su aplicación práctica por los tribunales nacionales en el marco del Convenio de Roma de 1980 puede verse en I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi (Navarra), 1992; entre la doctrina internacional, entre otros, A. BONOMI, *Le norme imperative...*, *ob. cit.*; *ibid.*, “Mandatory Rules in Private International Law...”, *loc. cit.*, pp. 215-249.

⁴⁶ Sobre el alcance y efectos de las normas imperativas y su relación con el orden público internacional en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I véase, J. HARRYS “Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation”, en F. FERRARI Y S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation (The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe)*, Sellier, Munich, 2009, pp. 269-341; A. BONOMI, “Article 9: Overriding mandatory provisions”, *loc. cit.*, pp. 599-661; A. BONOMI, “Overriding Mandatory Provisions...”, *loc. cit.*, pp. 285-300.

la deseada el legislador estatal –y en el mismo sentido el legislador europeo con las consecuencias a las que posteriormente nos referiremos– no establece expresamente si ciertas normas que son imperativas para las situaciones domésticas también lo son para las relaciones internacionales y, si así fuera el caso, cuál sería su ámbito necesario de aplicación espacial, lo que conduce necesariamente a que el juez que conoce valore la relevancia de estas disposiciones y los objetivos perseguidos⁴⁷.

En lo que respecta a las normas estatales del foro es obvio que el tribunal es proclive a aplicar sus propias normas de policía cuando la situación jurídica en particular afecte a sus intereses –cuando esa norma sea necesaria para salvaguardar su organización política, social y económica del país o para reestablecer el equilibrio entre los contratantes⁴⁸–. Resulta más controvertida la aplicación de aquellas disposiciones imperativas que pertenezcan a un tercer Estado vinculado con el contrato, así como la forma en la que pueden incidir según los casos –como da muestra las numerosas y variadas teorías que la doctrina ha plateado para dar respuesta a esta cuestión⁴⁹ y la práctica jurisprudencial estatal⁵⁰–. No debe tampoco resultar problemática la aplicación de las normas materialmente imperativas de la *lex contractus*, así como de aquellas dispositivas de aquél ordenamiento jurídico que no hayan sido desplazadas por acuerdo entre las partes. Con respecto del Convenio de Roma, esta conclusión resulta evidente en la medida que se desprende del texto del propio instrumento; más problemática podría resultar tal consideración en el marco del Reglamento Roma I dado que no se menciona las leyes de aplicación inmediata como parte de la ley rectora del contrato. No obstante, para la doctrina mayoritaria este silencio debe traducirse en la confirmación de que este tipo de normas deben ser aplicadas en el marco de la *lex contractus* siempre que caiga dentro de su ámbito de aplicación y que no resulten contrarios al orden público del foro⁵¹. En definitiva, esto no es más que la consecuencia natural de la remisión global al ordenamiento jurídico designado por la norma de conflicto, siempre que no se opongan a los instrumentos de defensa previstos en la ley del foro frente a normas extranjeras⁵².

12. Los distintos instrumentos internacionales aplicables dentro de la UE (el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I) profieren un diferente tratamiento, para dar efecto a este tipo de disposiciones imperativas, según el origen de la norma de policía estatal. De tal manera que resulta automática –de oficio– la aplicación por el foro de sus propias normas imperativas cuando el supuesto caiga dentro de su ámbito de aplicación e igualmente estará llamado a determinar las consecuencias civiles que se derivan de su incumplimiento (el carácter obligatorio de su aplicación puede verse en el art. 9.2 Reglamento Roma I o en el art. 7.2 Convenio de Roma)⁵³; pero no resulta así por cuanto se refiere a las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados.

⁴⁷ Sobre la práctica jurisprudencial nacional de distintos Estados europeos en este sentido *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 911 y referencia bibliográfica contenida en notas a pie números 76 a 79.

⁴⁸ Desde el punto de vista de la práctica jurisprudencial española puede referirse en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social. Sección 2ª) de 20 de julio de 2016, magistrado ponente: Miguel Moreiras Caballero, ECLI:ES:TSJM:2016:8924. Esta resolución resuelve sobre la aplicación de normas imperativas españolas al despido de un trabajador destinado en el extranjero (trabajador del Ministerio de Asuntos Exteriores destinado en la Embajada de Doha, Qatar). Pese a que fue despedido con arreglo a la legislación qatarí, que no exige alegar causa justificativa del despido sino solo abonar la correspondiente indemnización, el Tribunal consideró que el juzgador debió pronunciarse sobre la nulidad del despido alegada por el trabajador como exige el ordenamiento español, por lo que tuvo que retrotraerse las actuaciones para que se dicte sentencia que valore la cuestión de nulidad invocada.

⁴⁹ *Vid.* S. LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 31 (1998), pp. 397-428 1998, en especial pp. 408-414.

⁵⁰ Los tribunales nacionales aunque en términos generales han afrontado esta cuestión tomando en consideración las normas imperativas extranjeras, los resultados varían de un país a otro. Así ni en el alemán ni en el Derecho francés recogen un principio general de nulidad del contrato por incumplimiento de norma imperativa extranjera. Al análisis de distinta jurisprudencia nacional a este respecto se dedica C. VAQUERO LÓPEZ, en “Autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 913.

⁵¹ En este sentido, *vid.* A. BONOMI, *Le norme imperative...*, *ob. cit.*, pp. 356 y ss. (y doctrina allí referida).

⁵² *Cf.* entre otros, O. LANDO, “Party Autonomy in the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, F. RIGAUX (Dir.), *L’influence des Communautés européennes sur le Droit international privé des Etats membres*, Larcier (Bruselas), 1981, pp. 191-208, en esp. p. 205; I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y derecho imperativo...ob. cit.*, p. 554; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, L.G.D.J (Paris), 1993, p. 461.

⁵³ Por cuanto al sistema español se refiere la obligatoriedad de la aplicación de las normas imperativas españolas por los tribunales nacionales se deriva implícitamente del ya referido art. 12. 4 del Código civil.

En este último caso su aplicación dependerá de la necesidad que resulte del análisis particular de las circunstancias de cada caso concreto en atención a distintos factores condicionantes. Así, el juez del foro deberá valorar si los intereses del Estado autor de la norma –los objetivos políticos o económicos perseguidos y protegidos por aquella– son conformes con su propio ordenamiento, así como la proporcionalidad entre el alcance extraterritorial y el fin que se busca con su aplicación. También deberá tomar en consideración los intereses particulares de los contratantes y las circunstancias concretas del caso en cuestión (entre ellas, *v. gr.*, el grado de previsibilidad de la aplicación de la norma al contrato, la voluntad de las partes en la infracción de la misma, el desequilibrio entre las partes contractuales consecuencia de su aplicación, etc.)⁵⁴.

Esta aproximación puede verse tanto en el Convenio de Roma (de conformidad con su artículo 7) como en el artículo 9 de su sucesor el Reglamento Roma I⁵⁵, si bien, con diferencias significativas en la práctica que merecen ser expuestas.

13. El Convenio de Roma recoge una solución que consiste en supeditar la aplicación al contrato de las leyes de policía extranjeras –con el que la situación presente un vínculo estrecho⁵⁶– a determinadas condiciones que el juez del foro debe verificar. Esta solución permite al tribunal soslayar su aplicación, ya que no se le impone. Esta afirmación es consecuencia lógica del hecho de que estas normas de policía no sean aplicables de oficio por el juez del foro⁵⁷ –dado que son normas para él extranjeras⁵⁸–. En cualquier caso, bien por invocación de las partes, bien por iniciativa del juez, una vez introducida la cuestión de la aplicación de la norma en el procedimiento, para que aquella resulte es necesario que supere el test de oportunidad o utilidad impuesto por el art. 7 número 1, último inciso, del Convenio⁵⁹. Con todo, para los Estados vinculados por este instrumento internacional⁶⁰ la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados es posible pero no obligatoria; dejando al margen aquellos Estados signatarios que en este sentido hicieron uso de la reserva prevista para el art. 7.1, respecto de los cuales la aplicación de las leyes de policía extranjeras está sencillamente excluida⁶¹.

14. La solución consagrada en el Convenio de Roma en este sentido no era pacífica –de lo que daba muestra la posibilidad de reserva por los Estados signatarios ya referida– y por ello el Reglamento Roma I en su artículo 9 introdujo importantes modificaciones con respecto al artículo 7.1 del Convenio de Roma⁶². La previsión relativa a las “leyes de policía” o normas internacionalmente imperativas, especialmente por cuanto se refiere a su aplicación respecto de aquellas de terceros Estados (apartado 3 del art. 9), es una de las disposiciones más controvertidas y de más compleja aplicación del Reglamento

⁵⁴ Vid. N. BOUZA VIDAL, “Aspectos actuales de autonomía...”, *loc. cit.* pp. 34-51.

⁵⁵ Para una visión de conjunto Reglamento, *vid.*, entre otros T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 5-18; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Codex (Madrid), 2009; S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements”, *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, pp. 41-69; 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*, 136, 1, 2009, pp. 3-39; P. LAGARDE, A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *Rev. cri. dr. int. pr.*, vol. 97, n° 4, 2008, pp. 727- 780; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁵⁶ Vid. último inciso del art. 9.1 del Convenio.

⁵⁷ Lo que no impide que sea el propio juez pueda introducir esa norma al debate procesal.

⁵⁸ A diferencia de lo que ocurre, lógicamente, cuando se trata de aplicar normas imperativas del ordenamiento del foro.

⁵⁹ Vid. P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991- II, pp. 287-340.

⁶⁰ Teniendo en cuenta su limitado ámbito de aplicación, ya que dentro de la UE ha sido sustituido por el Reglamento Roma I –a excepción de Dinamarca, y a la espera de cómo se verifica el Brexit respecto de Reino Unido de conformidad con el art. 50 TFUE–, para contrato suscritos tras la aplicación del instrumento europeo, esto es, a partir del 17 de diciembre de 2009.

⁶¹ Vid. art. 22 núm. 1 letra a) del Convenio.

⁶² De modo que resultara aceptable para algunos Estados, en particular, para el Reino Unido, ya que no podía mantenerse la posibilidad de efectuar reservas (*cf.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados”, 18.10.2016, en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/10/reglamento-roma-i-ambito-de-aplicacion.html>), consulta el 23 de noviembre de 2016.

Roma I⁶³. La aproximación por la que se opta en el instrumento europeo es también de apertura a las leyes policía extranjeras para todos los Estados miembros vinculados por este Reglamento, pero resulta en la práctica más restrictiva que la solución prevista en el Convenio de Roma. La distinción fundamental entre ambos textos es que el artículo 9.3 del Reglamento introduce restricciones no previstas en el artículo 7.1 del Convenio, con la finalidad clara de reducir la posibilidad de dar efecto a las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. La formulación del art. 9.3 Reglamento Roma I limita significativamente la aplicación de las normas imperativas de terceros países en términos siguientes.

En primer término, el Reglamento limita las normas internacionalmente imperativas que pueden incidir en la relación contractual, restringiéndose únicamente a aquellas que estén en vigor en el lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato (y no de cualquier país con el que la situación tenga una conexión) y, siempre y cuando, “hagan la ejecución del contrato ilegal”⁶⁴; lo que sin duda revierte en la seguridad jurídica y da muestra de que el legislador europeo optó por una aplicación realista de este tipo de normas, en la medida que el Estado del lugar de ejecución es un país en el que el contrato trasciende de forma visible y real⁶⁵ -siendo ésta la regla general, sin olvidar aquellos supuestos en los que pueden verse afectados los intereses del Estado donde se debe cumplir la obligación por actos realizados fuera de su jurisdicción⁶⁶-. Por otro lado, en claro paralelismo con el Convenio de Roma, el tenor literal del Reglamento Roma I implica que la aplicación de las normas internacionalmente imperativas extranjeras no es obligatoria -de lo que da muestra la terminología escogida, evitando el término aplicar y optando por la expresión “dar efecto”⁶⁷-. Se trata por tanto de una mera facultad de aplicación por los Estados miembros en función de la naturaleza y objeto de tales normas imperativas y de las previsibles consecuencias de su apreciación -o no- para los intereses de los particulares o del propio Estado en cuestión.

Asimismo, dentro de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados ha surgido la posibilidad de apreciar en la práctica su incidencia en la contratación internacional europea al margen del art. 7.1 del Convenio o del art. 9.3 del Reglamento -y por tanto, sin sujetar su aplicación a los requisitos, condiciones y límites previstos en estas disposiciones-, según se desprende de la reciente doctrina del Tribunal de Justicia (existiendo práctica jurisprudencia española anterior en la misma línea). Por su significativa relevancia en la práctica contractual internacional este supuesto va a ser objeto de análisis separadamente en este trabajo⁶⁸.

Si bien, dado que la aplicación efectiva de las leyes de policía -cualquiera que sea su naturaleza- plantea ciertas cuestiones que requieren de su análisis, previamente abordaremos estos problemas. Por un lado, se referirá la existencia de obstáculos prácticos a la efectiva observancia de las normas internacionalmente imperativas: ya sea mediante un control previo a su aplicación o mediante mecanismos jurisdiccionales que pretenden dificultar dicha aplicación (como son los acuerdos de atribución de jurisdicción a favor de los tribunales de un Estado distinto de aquél del que emana la ley de policía o los acuerdos de sumisión a arbitraje: cláusulas de elección de foro y cláusulas compromisorias, respectivamente). Por otra parte, se apuntarán posibles soluciones -tanto materiales como procedimentales- que pueden permitir superar los obstáculos previamente analizados, para garantizar, en definitiva, el respeto a la imperatividad de las leyes de policía y su efectiva aplicación a todos aquellos supuestos que tienen voluntad de regular.

⁶³ Vid. A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT* (Octubre 2009), Vol. 1, Nº 2, pp. 52-133.

⁶⁴ Esta aproximación tan restrictiva, resultado de largas negociaciones entre los Estados miembros, ha sido objeto de significativas críticas por la doctrina internacional. A este respecto véase el análisis de este precepto y la doctrina referida en S. LEIBLE, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos Internacionales”, *CDT* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 214-233, en esp. pp. 231-232.

⁶⁵ En este sentido se manifiesta A. L. CALVO CARAVACA, en “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, *loc. cit.*, en esp. p. 129.

⁶⁶ Sobre esta cuestión puede verse, a razón de la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 17 de septiembre de 1982 dictada en el asunto del gasoducto siberiano (*Cep c. Sensor Ned. B.V.*), B. AUDIT, “Extra-territorialité et commerce international. L’affaire du gazoduc sibérien”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 401-434.

⁶⁷ Cf. P. LAGARDE, A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement de Rome I”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, pp. 727-780, en esp. p. 767.

⁶⁸ Cuestión a la que dedicaremos concretamente el apartado IV.

15. Para concluir con este apartado es necesario hacer referencia aquí a otro tipo de normas que no son propiamente leyes policía pero que pueden incidir en los contratos internacionales con independencia de cuál sea su ley rectora (por su carácter no dispositivo), cuando la relación contractual tenga alcance intracomunitario. Se trata de las disposiciones de Derecho europeo imperativas (que no pueden excluirse mediante acuerdo) y su aplicación queda asegurada –en la forma que así se establezca por el Estado miembro del foro⁶⁹– cuando el supuesto esté vinculado con uno o más Estados miembros, aunque las partes hubieran elegido la aplicación del Derecho de un tercer Estado como ordenamiento rector de su contrato (de conformidad con el art. 3 número 4 del Reglamento Roma I). Por lo tanto, se trata de una cláusula general susceptible de aplicación cuando los elementos pertinentes del contrato se encuentren localizados en los Estados miembros.

III. Problemas en la aplicación de las leyes de policía y posibles correctivos

16. Como ya se ha referido anteriormente, las leyes de policía no son siempre de aplicación automática, pese a que se constituyen por disposiciones internacionalmente imperativas y de que gozan de independencia respecto de la norma de conflicto. Por un lado, en determinados casos estas normas de aplicación necesaria o inmediata pueden estar sometidas a control y, por otro lado, es posible que para aquellos supuestos en los que resultan más operativas las leyes de policía, las partes aparten su conocimiento del juzgador del Estado legislador⁷⁰ –de tal manera que pasan ser normas de policía extranjeras para el juez del foro–.

17. Dentro del primer grupo de factores que pueden matizar la aplicación automática de las leyes de policía del Estado del foro se encuentra la pertenencia a la UE. Los Estados miembros tienen libertad para elaborar sus leyes de policía, pero su aplicación se puede ver neutralizada por el control de su adecuación al Derecho europeo –primario– cuando se trate de relaciones intracomunitarias incluidas dentro de su ámbito de aplicación. El tamiz que deben pasar satisfactoriamente las normas imperativas nacionales de los Estados miembros se concreta fundamentalmente en el respeto de los principios básicos de la UE: la libertad de circulación en sus distintas modalidades⁷¹. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una serie de principios sobre la aplicación de las normas imperativas establecidas por los Estados miembros. Por un lado, reconoce el método de las leyes de policía para que los Estados puedan aplicar este tipo de normas pero, por otro lado, condiciona su aplicación a un control de compatibilidad con el orden jurídico europeo⁷².

⁶⁹ En la medida que típicamente este tipo de disposiciones vienen recogidas en Directivas de mínimos cuya trasposición al Derecho interno en el Estado Miembro se deja a su elección pudiendo establecer unos estándares mayores que los marcados por el propio acto.

⁷⁰ Mediante el recurso a la autonomía de la voluntad materializada en cláusulas de elección de foro –o en su caso cláusulas compromisorias de sumisión a arbitraje-. *Vid.* J-M. JACQUET, “La aplicación de las leyes...”, *loc. cit.*, p. 38-42.

⁷¹ En este sentido se ha manifestado el Tribunal de Luxemburgo en aquellos casos en los que la aplicación de las normas de policía de un Estado miembro podían ser susceptible de constituir un obstáculo a la libre circulación. A modo de ejemplo cabe referir, la relación de la regulación sobre salario mínimo –de carácter imperativo– con la libre circulación de servicios en supuestos de desplazamiento de trabajadores asalariados dentro de la UE, *vid.* entre otras, STJCE de 24 de enero de 2002, *Portugaia*, C-164/99, Rec. 2002 I-787, comentada, entre otros por P. RODIÈRE, “Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, pp. 529-552; C. MINET, “La protection des travailleurs détachés dans le cadre d’une prestation de services transfrontalière”, *Recueil Le Dalloz*, 2002 Jur. pp. 3303-3306. En materia de sociedades, la libertad de establecimiento dentro de la UE también ha condicionado la compatibilidad de las legislaciones de los Estados miembros que prevén condiciones para la sociedades constituidas en otros Estado miembro y que desarrollan actividad en su jurisdicción. En este sentido, por ejemplo, sobre la obligación de inscripción en Registro de la actividad en las SSTJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C-167/0, ECLI:EU:C:2003:512, y de 1 de junio de 2006, *Innovatif*, C-453/04, Rec.2006.p.I-4929, éstas y otras sentencias están analizadas en J. M. ARISTÓTELES MAGÁN PERALES, “Capítulo X. Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios”, en L. I. ORTEGA ÁLVAREZ (Dir.), *Derecho Comunitario Europeo*, Lex Nova (Valladolid), 2007, pp. 355- 459, en esp. pp. 370-372.

⁷² Objetivo y principios determinados por los Tratados fundacionales –modificados y adaptados por distintos tratados y actos-. Sobre el control de la aplicabilidad de la ley de policía con el Derecho de la Unión Europea *vid.* E-A. OPREA, *Droit de l’Union européenne et lois de police*, Harmattan (Paris), 2015, en esp. pp. 249-290.

Si una ley de policía se refiere a una materia que ha sido armonizada por la UE, el referido test de compatibilidad será más intenso y difícil de superar que si se trata de una materia respecto de la cual no existe Derecho europeo derivado; ya que habría que justificar la necesidad de aplicar una norma nacional que limite una libertad fundamental a la luz de la UE en un ámbito en el que los Estados miembros han perdido su competencia exclusiva⁷³.

18. Es evidente que la aplicación de las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía puede verse comprometida en atención al comportamiento de las propias partes contratantes desde el punto de vista jurisdiccional. En primer lugar, el demandante puede evitar la jurisdicción del país de cuyo ordenamiento provienen las normas de policía que se quieren soslayar cuando existan distintos foros de competencia concurrentes. Otra posibilidad de eludir estos tribunales sería de mutuo acuerdo por las partes y se canalizaría a través de su autonomía jurisdiccional en virtud de una cláusula de elección de foro o de arbitraje⁷⁴. La voluntad de las partes puede neutralizar el efecto de las normas internacionalmente imperativas estatales, de tal manera que se evita su aplicación a una relación contractual con la que ese ordenamiento jurídico está vinculado –causando lo que se ha denominado como extranjerización de la ley de policía⁷⁵–.

19. Puesta de manifiesto la posibilidad de las partes de evitar la aplicación de normas internacionalmente imperativas vinculadas a su contrato procede, en la medida de lo posible, indicar los potenciales correctivos o soluciones frente a su inaplicación. En primer lugar, en la medida que existe reglamentación del Derecho de la Unión Europea es posible que la solución venga directamente del ordenamiento jurídico de la Unión (Derecho originario y Derecho derivado). Existen instrumentos europeos que determinan su propio ámbito de aplicación –espacial– incluso para relaciones jurídicas vinculadas con terceros Estados, de tal manera que cuando entren dentro de su ámbito serán aplicables al supuesto. En aquellos casos en los que, como las Directivas, su aplicación espacial no viene delimitado de forma expresa por el legislador europeo – y que tienen por objeto reglamentar determinadas cláusulas contractuales en concretos ámbitos materiales⁷⁶– su aplicación particular al supuesto dependerá de las normas de Derecho internacional privado del Estado miembro del foro (o de su consideración como norma material imperativa de aplicación obligatoria con independencia del Derecho material aplicable según la norma de conflicto, esto es, de su consideración como ley de policía⁷⁷).

En cualquier caso, la previsión contenida en el número 4º del artículo 3 del Reglamento Roma I es un remedio ante la inaplicación de las leyes de policía. Toda vez que esta norma obliga a los Estados miembros a aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión europea que no puedan excluirse por la voluntad de las partes –mediante la elección del Derecho de un tercer Estado como rector de su contrato– cuando los elementos esenciales de la relación jurídica se encuentren vinculados a uno o varios Estados miembros en el momento de dicha elección. La aproximación de esta regla puede entenderse en dos sentidos –que devienen en el mismo resultado: la aplicación de esas normas comunitarias imperativas al contrato con independencia de la ley rectora–. Por un lado, entender que esta regla “internaliza” el contrato: que si bien es internacional está vinculado con la UE, de tal manera que se considera interno desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de la Unión y consecuentemente está sujeto a sus dis-

⁷³ Cf. E. PATAUT, “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. FUCHS/H. MUIR WATT/É. PATAUT (Dir.), *Les conflicts de lois et le système juridique communautaire*. Falloz (Paris), 2004, pp. 117-143 (en esp. pp. 127 y ss.).

⁷⁴ Un análisis específico de los supuestos de supresión de la competencia de los tribunales del foro mediante cláusulas de arbitraje y cláusulas de elección de foro, como medio para soslayar la aplicación de las leyes de policía, en J.-M. JACQUET, “La aplicación de las leyes...”, *loc. cit.*, pp. 40-42.

⁷⁵ Entre otros utiliza esta terminología *ibidem*.

⁷⁶ Como aquellas en las que están implicados consumidores, trabajadores o distribuidores.

⁷⁷ Tal consideración parecía que derivaba de la doctrina del TJCE asentada en la sentencia *Ingmar* en materia de contratos de agencia (Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB*, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605). Muy criticada por la doctrina por –entre otras cosas– el temor a que asentara las bases para considerar el conjunto del Derecho derivado como una categoría de leyes de policía. Entre otros, L. IDOT, nota a esta sentencia en *Rev. cri. dr. int. Pr.*, 2001, vol. 90, pp. 112-120; L. BERNARDEAU, “Droit communautaire et lois de police. A la suite de l’arrêt CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98”, en *Semaine Juridique*, año 75, nº 24, (13 junio 2001), pp. 1158-1162.

posiciones imperativas. Ahora bien, por otro lado también puede entenderse que lo que realmente hace esta regla es consagrar como leyes de policía las disposiciones imperativas del Derecho europeo para aquellos contratos conectados con la Unión Europea⁷⁸.

20. Fuera del radio de actuación del Derecho de la Unión Europea, ya centrándonos en supuestos de inaplicación de normas internacionalmente imperativas estatales extranjeras por mutuo acuerdo entre las partes, habría que plantearse qué medidas podrían permitir su aplicación. En este sentido, parecería necesario considerar la posibilidad de establecer límites a la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito de la prórroga de la competencia (límites que también derivan del Derecho material imperativo aplicable al contrato y a través del recurso al orden público en el momento del reconocimiento y ejecución de la resolución emitida por el tribunal de la jurisdicción elegida por las partes⁷⁹).

En este sentido, en los sistemas estatales deberían plantearse la posibilidad de declarar la falta de validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción cuando con ellas se pretenda derogar la competencia de los tribunales nacionales del Estado del que emana la norma internacionalmente imperativa -que resulta aplicable y está en vigor-⁸⁰. Otra posible solución para dejar sin efectos en la práctica el acuerdo de elección podría canalizarse a través de la institución del *forum non conveniens* -para aquellos sistemas en las que esta figura está permitida⁸¹-. De tal manera que se permitiera a los jueces -cuya competencia se ha prorrogado por voluntad de las partes- dejar de conocer del caso si las partes hubieran vulnerado normas imperativas de otro Estado cuya jurisdicción estuviera mejor posicionada para conocer del litigio. De esta forma se evitaría la búsqueda por las partes de los foros más favorables, en definitiva, el *forum shopping* en la huida de la aplicación de normativa imperativa contraria a sus intereses particulares.

Para otros sistemas en los que no fuera posible ninguna de las anteriores soluciones habría que resolver esta cuestión en sede de reconocimiento. Así, cabría plantearse la incidencia y aplicación de las normas internacionalmente imperativas, después de resolverse el litigio, desde la perspectiva del Estado de cuyo ordenamiento jurídico forman parte aquellas cuando sean sus tribunales los que deban pronunciarse sobre los efectos que la resolución extranjera debe producir en su jurisdicción -de conformidad con su ordenamiento-. En este sentido únicamente podría plantearse la eventual virtualidad de estas normas imperativas que inicialmente fueron soslayadas por las partes -mediante un acuerdo de elección de foro/arbitraje- si se solicita el *exequatur* ante los tribunales del país del que proviene la ley de policía en cuestión. En todo caso, y toda vez que la no aplicación de la ley de policía por el Estado de origen no constituye en sí misma una causa autónoma de denegación del reconocimiento y/o ejecución de sentencia extranjera en ningún sistema de homologación de resoluciones judiciales extranjeras, la forma de canalizar la cuestión sería a través del recurso al orden público (declarando la incompatibilidad de la decisión dictada sobre la base de cláusulas de jurisdicción que buscan eludir la aplicación de una norma de policía). Esta sería básicamente la única posibilidad para resolver la cuestión en sede de reconocimiento, toda vez que, aunque el control de ley aplicada sería otra opción, es un control de la decisión extranjera muy poco extendido en el Derecho comparado -como consecuencia del reconocimiento generalizado del principio de prohibición de revisión de fondo-. En cualquier caso, el control del orden público in-

⁷⁸ En este sentido, *vid.* G. P. ROMANO, “Le choix des Principes Unidroit par les contractants à l’épreuve des dispositions impératives”, *Journ. dr. int. (Clunet)*, 2007, vol. 134, n° 2, pp. 473-495.

⁷⁹ *Cf.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 898.

⁸⁰ Existe práctica jurisprudencial nacional que ha operado en este sentido: rechazando la aplicación de una cláusula de elección de jurisdicción a tribunal extranjero cuando con ello se pretende soslayar la aplicación de normas imperativas vigentes en el foro. Así, cabe referir la sentencia del BGH de 5 de septiembre de 2012 (fuente: <http://conflictoflaws.net/2013/german-federal-court-rules-on-jurisdiction-clauses-and-mandatory-rules/>), en el que el tribunal alemán rechazó la aplicación de la cláusula de elección a los tribunales de Virginia, en un supuesto de contrato de agencia para resolver sobre el derecho a indemnización del agente tras la terminación del contrato, por vulnerar los arts. 17 y 18 de la Directiva sobre agentes (Directiva 86/653, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes).

⁸¹ Sobre esta figura y su encaje dentro del ámbito europeo *vid.*, entre la doctrina nacional, M. HERRÁNZ BALLESTEROS, *Forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, en esp. Cap. IV; en lo que respecta a la doctrina internacional, hay varias monografías de referencia, entre otras: A. NUYS, *L’exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant y LGDJ, 2003; M. KARAYANNI, *Forum Non Conveniens in the Modern Age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo-American Law*, Nijhoff, New York, 2004.

ternacional no garantiza la aplicación automática de la ley de policía en cuestión, pues no está claro que este control incluya sistemáticamente la verificación del respeto a las leyes de policía del foro⁸².

En definitiva, los posibles métodos o soluciones correctivas ante supuestos de inaplicación de normas materialmente imperativas por voluntad de las partes dependerán de los distintos sistemas de Derecho procesal internacional de cada Estado, pues estos serán los que determinen el alcance real de la autonomía de la voluntad y la incidencia de las leyes de policía.

IV. Normas imperativas de terceros Estados en la práctica jurisprudencial

21. Al margen de los supuestos en los que el tribunal del foro puede aplicar al amparo del sistema de referencia las normas materialmente imperativas de terceros Estados al litigio principal -según las circunstancias concretas del caso y verificados los factores indicados-, la incidencia de este tipo de disposiciones también podría venir por su toma en consideración como circunstancia de hecho por el tribunal cuando así lo establezcan las normas de la ley rectora del fondo -la *lex contractus*-. Es precisamente esta posibilidad y su tratamiento lo que ha sido objeto de análisis en la reciente sentencia *Nikiforidis* del TJUE, lo que justifica el análisis detallado de esta resolución⁸³. Asimismo, es posible referir ejemplos de la práctica jurisprudencial nacional de ciertos Estados miembros en la que se observa la toma en consideración de normas de policía de terceros Estados al margen del art. 9.3 del Reglamento Roma I, en claro paralelismo a la aproximación adoptada por el Tribunal de Justicia en este asunto. En este sentido, la reciente práctica de los tribunales españoles resulta ilustrativa y por ello merecedora de estudio.

1. La doctrina del TJUE: a propósito de la sentencia *Nikiforidis*

22. Antes de entrar a analizar pormenorizadamente la resolución en cuestión es necesario contextualizar previamente el supuesto para entender la solución adoptada por el Tribunal de Justicia. El litigio principal del que trae causa la cuestión prejudicial planteada que se resuelve por el TJUE en el asunto *Nikiforidis* no es un supuesto típico. Concretamente el objeto de la consulta se centraba en la posibilidad de que un tribunal alemán diera efecto a ciertas medidas griegas para la reducción del déficit en relación con la rebaja del salario de los empleados del sector público con relación a un profesor (el Sr. Nikiforidis) de una escuela de primaria situada en Alemania pero gestionada por Grecia siendo la ley alemana la aplicable al contrato de trabajo.

En este contexto, el Tribunal de Luxemburgo ha establecido que, en relación con el régimen de los contratos internacionales, cuando de lo que se trata no es propiamente de la aplicación de una ley de policía extranjera sino de su mera toma en consideración -a efectos relevantes al aplicar la ley rectora del contrato-, no es aplicable el artículo 9 número 3 del Reglamento Roma I (y por tanto tampoco sus restricciones). Esta resolución resulta significativa por cuanto que delimita respecto de este instrumento europeo dos aspectos muy significativos en el ámbito de la contratación internacional. Por un lado, en la medida que fija el alcance del artículo 9.3 y, por otro, porque también concreta el ámbito de aplicación temporal del Reglamento, en particular respecto de los contratos de larga duración que fueron celebrados antes de su fecha de aplicación⁸⁴. Ambas cuestiones serán objeto de análisis diferenciado en los siguientes párrafos.

⁸² En este sentido, la jurisprudencia francesa se reserva este recurso únicamente cuando se trate de un supuesto probado de fraude de ley de policía del ordenamiento francés. Cf. J-M- JACQUET, "La aplicación de las leyes...", *loc. cit.*, pp. 45, y doctrina allí referida en nota a pie nº 23.

⁸³ Se trata de la primera resolución del TJUE sobre las reglas relativas a la aplicación de las leyes de policía en interpretación del artículo 9 del Reglamento Roma I, ya que la sentencia *Unamar* resolvía esta cuestión desde punto de vista del art. 7 del Convenio de Roma de 1980 (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663).

⁸⁴ 17 de diciembre de 2009.

A) Interpretación y alcance del art. 9.3 del Reglamento Roma I

23. En lo que respecta a la interpretación del artículo 9.3 del Reglamento, la aportación básica de la sentencia se recoge en su apartado 51 y en el último inciso del párrafo segundo del fallo. El tribunal precisa en este sentido que esta disposición “no se opone a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato... lo prevea”. Consecuentemente, a este respecto –toma en consideración como circunstancia de hecho– no operan las restricciones establecidas por el art. 9.3 respecto de los ordenamientos jurídicos cuyas normas internacionalmente imperativas pueden resultar aplicables –pues éstas sólo operan con respecto a su aplicación en sentido propio–.

El Tribunal de Justicia de esta forma ha ido más allá en la interpretación de la regla contenida en el art. 9.3, puesto que esta conclusión no se deduce automáticamente del tenor literal de la disposición –que va referido exclusivamente a la aplicación de este tipo de normas–. Para el tribunal la expresión “dar efecto” incluye tanto la aplicación en sentido propio como la toma en consideración de la ley de policía, pero las limitaciones contenidas en este artículo no operarán para el caso de la toma en consideración sólo para la aplicación en sentido formal o propio⁸⁵. Esta distinción terminológica –con tratamiento diferenciado a la luz de la decisión del TJUE en lo que respecta a las normas imperativas extranjeras– requiere de un análisis del alcance de uno y otro concepto. La aplicación en sentido propio de una norma internacionalmente imperativa extranjera implica que en el enjuiciamiento de la situación privada internacional se adopta directamente la consecuencia jurídica que recoge la ley de policía⁸⁶. Ahora bien, por lo que se refiere a la toma en consideración, ésta supone utilizar la ley de policía⁸⁷ como dato relevante en la configuración del supuesto de hecho de las normas que resultan aplicables según la ley rectora del contrato –*lex contractus*–. Con este asunto esta diferenciación adquiere significativa relevancia en el ámbito del Derecho europeo contractual –operación que en determinados casos puede resultar bastante complicada⁸⁸–.

Esta aproximación –con tratamiento diferenciado en función de si se trata de aplicar en sentido propio o tomar en consideración– queda clara de la lectura del inciso final del párrafo segundo del fallo del Tribunal⁸⁹. Esta resolución tiene notables consecuencias en el ámbito del Derecho europeo de la contratación internacional, pues restringe significativamente la incidencia práctica del art. 9.3 de Reglamento Roma I, en la medida que permite la toma en consideración de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados como circunstancia de hecho al margen de esta disposición –y por lo tanto sin sus limitaciones en cuanto a las leyes de policía a las que puede darse efecto–.

24. En conclusión, el Tribunal de Justicia establece que la mera toma en consideración de la ley extranjera –a diferencia de su aplicación en sentido estricto– viene referida a la aplicación de las normas materiales de la *lex contractus* y, en consecuencia, también la posibilidad de tener en cuenta en ese marco la norma extranjera como circunstancia de hecho. Consiguientemente, esta cuestión no es propiamente una cuestión conflictual –que deba resolverse a través del Reglamento Roma I⁹⁰, sino una vez concretado el Derecho aplicable al fondo determinado de conformidad con el instrumento europeo. El riesgo de inseguridad jurídica y falta de previsibilidad que se vincula a la posibilidad de dar efecto a

⁸⁵ En este sentido se manifiesta P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados”, 18 de octubre de 2016 (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/10/reglamento-roma-i-ambito-de-aplicacion.html#more>).

⁸⁶ Por ejemplo, que se declare la ineficacia por nulidad de cláusulas contractuales por resultar abusivas o de todo el contrato por tener un objeto prohibido.

⁸⁷ Normas por ejemplo que pueden hacer que el cumplimiento de una prestación contractual, como la entrega de un bien, resulte imposible.

⁸⁸ A este respecto podemos traer a colación las palabras del Abogado General en sus conclusiones para el asunto de referencia, afirmando que esa diferencia práctica “es casi imperceptible” (*cf.* apdo. 101, ECLI:EU:C:2016:281).

⁸⁹ Después de que el primer inciso del párrafo segundo constatare la interpretación lógica de la norma según el tenor literal de la disposición.

⁹⁰ No es una cuestión por tanto unificada por este instrumento dentro de la UE (apartado 52 de la sentencia).

leyes imperativas de distintos ordenamientos jurídicos a la situación privada internacional –y que justifica las restricciones respecto de las normas imperativas que pueden ser aplicadas según el art. 9.3 del Reglamento– no se plantean cuando se trata de tomar en consideración tales normas como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato lo prevea (ap. 47 de la sentencia). En consecuencia, en ausencia de inseguridad y falta de previsibilidad debida, las limitaciones previstas en el artículo 9.3 del Reglamento no operan⁹¹. Asimismo, esta interpretación del Tribunal de Justicia implica que tampoco opere la previsión de este artículo relativa a los factores que debe valorar el tribunal del foro para decidir si tomar en consideración o no la norma de policía extranjera, esto es, su naturaleza y objeto. Si bien queda fuera de toda duda la conveniencia de que el tribunal del foro tenga en cuenta la naturaleza y objeto de las leyes imperativas extranjeras desde la perspectiva de su ordenamiento –incluyendo sus objetivos y valoración–, para decidir sobre la mera toma en consideración de aquellas esto no resulta determinante. Como se deriva de la sentencia analizada –apartados 52 y 53–, lo determinante a tales efectos será el Derecho material aplicable al fondo, ya que la eventual toma en consideración de las normas de esta naturaleza tendrá lugar en el marco de la aplicación e interpretación de la *lex contractus*.

B) Ámbito temporal del Reglamento Roma I sobre modificaciones o prórrogas de contratos anteriores a su entrada en vigor

25. La segunda de las cuestiones que esta sentencia aborda respecto del Reglamento Roma I afecta a su ámbito de aplicación temporal en relación con los contratos de larga duración –en lo que con frecuencia existen prórrogas o modificaciones a la versión inicial–. En este sentido, el Tribunal confirma la aproximación razonable de acuerdo con el texto del instrumento. Así, los futuros efectos de los contratos celebrados antes de la fecha de aplicación del instrumento europeo –17 de diciembre de 2009– no quedan comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, como tampoco quedarían cubiertas las meras manifestaciones de consentimiento para prorrogar un contrato celebrado antes de esa fecha, ni la introducción de pequeñas modificaciones en ese tipo de contratos. En cambio, sí que cierto tipo de modificaciones –sustanciales– posteriores a esa fecha pueden dar lugar a que se considere entonces como un contrato cubierto por el Reglamento, considerando la fecha de la modificación como la referente para su aplicación. A estos efectos el Tribunal facilita el criterio determinante para entender que concurre esa circunstancia: que la relación sea “objeto, como consecuencia del consentimiento mutuo de las partes contratantes manifestado con posterioridad a la referida fecha, de una modificación de tal envergadura que deba considerarse que se ha celebrado un nuevo contrato después de esa fecha...”⁹².

Si bien es cierto que el criterio que el Tribunal proporciona a estos efectos resulta razonable no es muy concreto, por lo que el tribunal del foro requerirá de indicaciones adicionales para que la seguridad jurídica y previsibilidad en la determinación de la norma de conflicto aplicable esté garantizada (objetivo general del Reglamento⁹³, como destaca el propio apartado 36 de la sentencia)⁹⁴.

2. La toma en consideración de normas imperativas por la reciente jurisprudencia española

26. En este apartado vamos a analizar una reciente sentencia española que resulta ilustrativa respecto de la toma en consideración de las normas imperativas extranjeras a contratos internacionales al margen del artículo 9.3 del Reglamento Roma I, en línea con el planteamiento adoptado por el Tribunal

⁹¹ Restringiendo notablemente el significado práctico del artículo 9.3 Reglamento Roma I y de los cambios introducidos en esta disposición con respecto al texto del artículo 7.2 del Convenio de Roma (cf. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento Roma I...”, *loc. cit.*

⁹² *Vid.* apartado 39 y párrafo 1º del fallo de la sentencia.

⁹³ De conformidad con el considerando 16 del Reglamento Roma I.

⁹⁴ Por lo que por la doctrina internacional esta resolución en este aspecto no la ha tenido buena acogida. Entre ellos, G. VAN CALSTER, “Which strap on which boot? CJEU rejects von Munchausen in Nikiforidis, without suggesting alternative. And it leaves effet utile stranded in the mud.”, *Conflict of Laws /Private international law*, 28/10/2016, en <https://gavclaw.com/2016/10/28/which-strap-on-which-boot-cjeu-rejects-von-munchausen-in-nikiforidis-without-suggesting-alternative-and-it-leaves-effet-utile-stranded-in-the-mud/>, consulta de 18 de diciembre de 2016.

de Justicia. Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial (sala de lo Civil) de Madrid (Sección Undécima) de 30 de marzo de 2016⁹⁵ que resuelve sobre la aplicación –como elemento fáctico– de normas imperativas de tercer Estado (normas rusas) a la resolución de un contrato (contrato de prestación de servicios de adopción internacional para la tramitación de un expediente en la Federación rusa) suscrito entre partes españolas y regido por el Derecho español.

La sentencia de la Audiencia toma en consideración normas internacionalmente imperativas rusas que entraron en vigor durante el desarrollo del contrato, y lo hace sin hacer referencia al instrumento europeo (pese a que se refiere a normas del ordenamiento jurídico del lugar de ejecución del contrato cubierto por el art. 9.3 del Reglamento). Se trata de normas de policía que no responden a los mismos objetivos que las normas que en materia de adopción recoge el ordenamiento español (ordenamiento del foro)⁹⁶. No obstante, el tribunal español toma estas normas imperativas sobrevenidas como elemento de hecho relevante a la hora de decidir sobre la resolución del contrato y la procedencia de la correspondiente indemnización (recordemos que se trataba de un contrato entre partes españolas, reglamentado por el Derecho español que debía ser ejecutado en Rusia). Para el tribunal de apelación la entrada en vigor estas normas internacionalmente imperativas rusas dio lugar a una situación de imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la obligación y por lo tanto procedía la resolución del contrato de prestación de servicios así como la concesión de una indemnización por tal consecuencia.

V. Conclusiones

27. En este trabajo se han abordado algunas cuestiones que plantea con carácter general la aplicación de las leyes de policía, con especial énfasis en el ámbito del Derecho contractual de la Unión Europea. Por cuanto se refiere a las normas de este tipo pertenecientes al ordenamiento jurídico de terceros Estados su aplicación resulta significativamente más compleja; lo que justifica una mayor atención a esta cuestión desde la perspectiva europea, en especial a luz de su tratamiento por el instrumento europeo clave en el ámbito de la contratación internacional: el Reglamento Roma I, mucho más restrictivo en esta materia que su predecesor el Convenio de Roma de 1980, y la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Frente a la aplicación automática o de oficio de las normas internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico del foro y del Derecho rector del fondo *-lex causae-* que tengan la consideración de leyes de policía a los efectos del instrumento en el Derecho europeo contractual (consecuencia del carácter obligatorio de su aplicación según los artículos 9.2 Reglamento Roma I y 7.2 del Convenio de Roma), la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados dependerá de su necesidad, y ésta resultará del análisis particular de las circunstancias de cada caso, en atención a su naturaleza y objeto y a las consecuencias de su aplicación o inaplicación. Se observa en los textos internacionales europeos una aproximación restrictiva por lo que se refiere a la aplicación de estas normas en sentido propio. En primer lugar, respecto de qué normas internacionalmente imperativas extranjeras puede el foro considerar su aplicación para resolver sobre el fondo: únicamente del ordenamiento jurídico del lugar de ejecución del contrato cuando dichas normas hagan aquella ilegal (según art. 9.3 Reglamento Roma I) o del ordenamiento con el que la situación jurídica presente un vínculo estrecho (de conformidad con el art. 7.1 del Convenio de Roma) y siempre sujeto a la valoración por el tribunal de la naturaleza y objeto de la ley imperativa en cuestión (para su consideración como norma de policía a los efectos de sistema europeo) y las consecuencias sobre el litigio de su aplicación o inaplicación -en los mismos términos en el art. 9.3 del Reglamento y art. 7.1 Convenio de Roma-.

28. En este panorama la reciente sentencia *Nikiforidis* del Tribunal de Justicia resulta muy significativa para el sector de la contratación internacional en el ámbito europeo, por cuanto abre la puerta a los Estados miembros para tomar en consideración normas de policía de terceros Estados, como elemento

⁹⁵ España, Audiencia Provincial, sala de lo Civil de Madrid, Sección Undécima, sentencia de 30 de marzo de 2016, magistrado ponente Cesareo Francisco Duro Ventura, ECLI:ES:APM:2016:4159.

⁹⁶ Ley federal 167 de 2 de julio de 2012 que impiden adoptar a familias monoparentales en la Federación Rusa.

fáctico en el marco de la *lex contractus*, sin sujetarla a las restricciones y condicionantes previstos en el art. 9.3 del Reglamento Roma I. De esta forma el Tribunal de Justicia diferencia la aplicación en sentido estricto de las leyes de policía –para resolver sobre el fondo del litigio– de su toma en consideración –para establecer las circunstancias de hecho relevantes al aplicar la ley que rige el contrato internacional– para delimitar el alcance del art. 9.3 del Reglamento Roma I (y por tanto para determinar cuándo procede la verificación de las condiciones y requisitos necesarios para su aplicación con base en esta disposición).

Las consecuencias prácticas para la contratación internacional en Europa de la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia en esta resolución son evidentes. Por un lado, permite a los Estados miembros tomar en consideración en este sentido normas de aplicación necesaria de terceros países distintas de aquellas pertenecientes al ordenamiento del lugar de ejecución del contrato (lo que podía resultar posible como ley de policía en el marco del Convenio de Roma y no así en el Reglamento Roma I). Por otro, da cabida a que esta incidencia se podrá hacer sin tener obligatoriamente que valorar la naturaleza y objeto de la norma internacionalmente imperativa –pese a que resulte conveniente dicho análisis a la luz del ordenamiento del foro–; puesto que no se trata de aplicarla como norma de policía para resolver sobre fondo del asunto, sino como presupuesto para la aplicación de la ley rectora del contrato. En consecuencia, en este último aspecto lo determinante a tales efectos será el Derecho material aplicable al fondo, dado que la eventual toma en consideración de estas normas tendrá lugar en el marco de la aplicación e interpretación de la ley rectora del contrato.

Por último, también resulta especialmente relevante esta sentencia por cuanto que delimita el ámbito de aplicación temporal del Reglamento Roma I, extendiendo su aplicación a contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigor cuando respecto de aquellos se realicen modificaciones sustanciales posteriores a dicha fecha y éstas puedan dar lugar a que se considere como un contrato cubierto por el Reglamento –siendo la fecha de la modificación como la referente para la aplicación del instrumento europeo–.