

BREXIT Y CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

BREXIT AND PRORROGATION CLAUSES IN INTERNATIONAL CONTRACTS

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Doctora en Derecho*

Recibido: 13.06.2017 / Aceptado: 24.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3879>

Resumen: El *Brexit* ha traído consigo una etapa nunca antes conocida en la Unión Europea. Los interrogantes que suscita la salida del Reino Unido de la Unión Europea son múltiples. Este trabajo aborda la cuestión de las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos internacionales y la aplicación del art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis en el nuevo escenario que presenta el Brexit.

Palabras clave: sumisión expresa, competencia judicial internacional, materia contractual, Brexit, Reino Unido, España.

Abstract: The *Brexit* has brought a stage never before known in the European Union. The questions that provokes the exit of the United Kingdom of the European Union are multiple. The present paper focuses the question of prorogation of jurisdiction clauses, art. 25 I Regulate Brussels I-bis, in international contracts in the new scenario that the *Brexit* has started.

Keywords: express submission, international jurisdiction, contractual matters, Brexit, United Kingdom, Spain.

Sumario: I. Las cláusulas de sumisión en la contratación internacional. II. Regulación actual: Art. 25 RB I bis. III. Rebus sic stantibus VS. pacta sunt servanda. 1. Ley aplicable a la interpretación del contrato. Distintas opciones. 2. Rebus sic stantibus: El Brexit gana a la cláusula de sumisión. 3. Pacta sunt servanda. La cláusula de sumisión gana al Brexit. IV. Conclusiones.

“My lord,
we know what we are now,
but not what we may become.”

Hamlet, Act IV.
W. SHAKESPEARE

I. Punto de partida

1. La votación a favor del *Brexit* supuso un hito histórico en la vida de la Unión Europea pues, por primera vez, uno de sus Estados Miembros expresó su deseo de abandonar la Unión Europea. El referéndum que decidió la salida del país de la zona comunitaria empezó a gestarse en 2013 por iniciativa

del ex primer ministro David Cameron. Con poco más del 50% de los votos a favor de la salida de la UE, Reino Unido se ha convertido en la primera nación en formalizar su expresa voluntad de desunión el 29 de marzo. La primera ministra de Reino Unido, Theresa May ha activado el art. 50 Tratado de Lisboa: ha activado el mecanismo para la retirada voluntaria y unilateral del Reino Unido de la UE.

2. ¿Qué va a suceder ahora? Pues se prevé que sea un divorcio extremadamente complejo, ya que hay que deshacer cuarenta y cuatro años de matrimonio. Durante este proceso todo se torna dudoso, nadie sabe exactamente qué va a ocurrir ni cómo va a desarrollarse el mismo. La única vez en la historia que se ha producido algo similar al *Brexit* fue cuando Groenlandia decidió salir de la Unión Europea en el año 1982. Pero entre un caso y otros hay diferencias abismales: Groenlandia es una gran isla situada en la zona nororiental de América del Norte, entre el océano Atlántico y el océano Glacial Ártico, políticamente constituida como una región autónoma perteneciente al Reino de Dinamarca. Más del 77 % de su superficie está cubierta de hielo. Sus 60.000 habitantes ocupan ese territorio y su mayor activo es la pesca. Con este breve resumen de las circunstancias que envolvieron este caso, el proceso de salida de la Unión Europea duró tres años. Tres años en llegar a un acuerdo con la Unión Europea para su salida de la misma.

3. Nada que ver si se compara con el Reino Unido. El Reino Unido es la segunda economía de la Unión Europea, tiene 65 millones de habitantes y tiene que negociar con 27 estados, todo esto en un plazo de dos años, dos años muy tensos que van a cambiar el rumbo de la Unión Europea. Un gran y apasionante desafío éste al que nos enfrentamos. Las consecuencias del *Brexit* ya se dejan sentir y con este trabajo se pone de relieve una de las futuras problemáticas que pueden surgir en el ámbito de la contratación internacional. En el plazo de dos años, contados desde que Reino Unido formaliza su intención de salir de la Unión Europea, el Derecho de producción europea dejará de aplicarse en el Reino Unido, dejarán de aplicarse Reglamentos como el Reglamento Bruselas I-bis¹, el Reglamento que recoge, entre otras cuestiones, las normas de competencia judicial internacional. En concreto, este trabajo aborda la posible incidencia que puede tener la salida del Reino Unido de la Unión Europea en las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos celebrados entre empresas de Reino Unido y España.

4. El principal socio comercial del Reino Unido será la Unión Europea, y hace un tiempo, en concreto, en los meses más duros del invierno europeo, saltó en la prensa una noticia ofrecida por el tabloide británico The Sun, conocido periódico británico que tuvo una fuerte incidencia en la defensa de la postura del *Brexit*. The Sun aprovechaba las circunstancias que se dieron en un concreto periodo para publicar uno de sus habituales titulares sensacionalistas. Compartía en las redes sociales la noticia sobre el desabastecimiento de verduras con la frase “*los supermercados españoles están acumulando arsenales masivos de verduras en secreto*”². Y como se desprende de las palabras de la actual primera ministra británica, la intención de Reino Unido no es sumergirse en una etapa de aislacionismo y proteccionismo. Pero sucede que Reino Unido no produce demasiados vegetales en la época de invierno, necesitan de relaciones comerciales internacionales que les proporcionen lo que ellos no son capaces de producir, pero que el mercado demanda. Esta situación genera una subida artificial de los precios. Desde Reino Unido transmiten la idea de que pueden acudir a otros mercados, mercados alternativos a la Unión Europea, y es verdad. Pero también es verdad que, al crear un mercado más pequeño, los ciudadanos del Reino Unido tendrán menos oferta de productos y pagarán más por ellos; es el resultado del proteccionismo. Si el mercado sólo está en el Reino Unido la oferta será de productos caros, comprarán a productores ingleses un producto caro e ineficiente.

5. Estas circunstancias plantean incógnitas en relación con las transacciones comerciales entre las empresas de Reino Unido y las empresas españolas que proporcionan esos vegetales. Y como

¹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012.

² Diario The Sun, fecha de consulta 5 de junio de 2017: https://www.thesun.co.uk/news/2781446/spanish-supermarkets-board-fruit-and-veg-while-brit-shoppers-are-being-rationed/?CMP=spklr_-Editorial_-TWITTER_-TheSun_-20170204_-798668540

punto de partida plantearé un caso: Empresa española, productora de lechugas, sita en Murcia celebra un contrato de compraventa de lechugas con empresa británica, una cadena de grandes supermercados que operan en toda Inglaterra, en el contrato existe una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Londres.

I. Las cláusulas de sumisión en la contratación internacional

6. Es muy frecuente encontrar cláusulas de sumisión expresa en la contratación internacional. Pero, ¿qué es un acuerdo de sumisión? El acuerdo de sumisión es un pacto entre las partes de una concreta relación jurídica en cuya virtud, éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por las partes³ (STS 16 mayo 2008 [contrato de salvamento])⁴.

7. Las cláusulas de sumisión expresa en los contratos internacionales aportan considerables ventajas a las partes que contratan. El legislador europeo lo sabe, de ahí que el Reglamento Bruselas I-bis potencie la sumisión, y ésta quede sujeta a exiguos límites de fondo y forma. En definitiva, con ello, se favorece la circulación de la riqueza en el mercado único europeo, auténtico *leitmotiv* del Reglamento Bruselas I. Las cláusulas de sumisión expresa, reguladas en el art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis fomentan los intercambios comerciales en el seno de la Unión Europea.

8. Las cláusulas de sumisión en la contratación internacional permiten a las partes concentrar distintos litigios ante el mismo tribunal, lo que ahorra costes a los particulares implicados en una litigación internacional. Con las cláusulas de sumisión expresa, las partes saben, desde el momento inicial de la operación comercial, qué tribunales estatales serán competentes en caso de litigio: se evitan incertidumbres y se evita litigar sobre “qué tribunal debe resolver” la controversia⁵. Los acuerdos de sumisión refuerzan la previsibilidad del tribunal. Los contratantes pueden elegir los tribunales estatales que consideren más adecuados para resolver sus disputas, ya sea por su rapidez, calidad de la Justicia, o cualquier otro elemento que haga que las partes prefieran esa opción. Incluso en ocasiones, los contratantes utilizan la elección del tribunal como un elemento en la negociación en las transacciones internacionales. Una parte puede ofrecer a la otra buenas condiciones comerciales si a cambio esta otra parte accede a incluir una cláusula de sumisión en favor de los tribunales del país donde radica la primera parte. Las cláusulas de sumisión constituyen elementos mismos de la transacción internacional cuyo sentido puede ser negociado por las partes igual que se negocia la calidad de las mercancías, el precio de las mismas y el lugar de su entrega⁶. Esto refleja la idea de que “*las opciones jurisdiccionales se pueden comprar y vender*”⁷.

II. Regulación actual: Art. 25 RB I bis

9. El art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis regula actualmente la sumisión expresa. Y como se señala en el anterior punto, el legislador europeo somete a escasos límites de fondo y forma a las cláusulas de sumisión expresa. En concreto, se pueden resumir en tres los requisitos o exigencias que establece el art. 25 Reglamento Bruselas I-bis para que estas cláusulas de sumisión produzcan sus efectos:

³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 245.

⁴ STS 16 de mayo de 2008 ECLI: ES:TS:2008:2182.

⁵ A. HUET, “Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciale)”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 2003, pp. 1-75.

⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 246.

⁷ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ / S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Civitas. Revista española de derecho europeo*, n. 48, 2013, pp. 9-35.

10. Primero. Requisitos de validez procesal⁸. Estos requisitos se contienen en el propio art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis y en el texto en general del Reglamento. Se enumeran como sigue:

- a) Debe de existir un auténtico “*acuerdo atributivo de competencia*”, un pacto entre las partes en cuya virtud se designan los tribunales competentes para conocer de los litigios que hayan surgido o puedan surgir entre tales partes.
- b) Los tribunales competentes han de pertenecer a un Estado miembro.
- c) Que el litigio al que se refiere el acuerdo afecte a una “situación internacional”.
- d) Que el asunto sometido pertenezca a materia “contenciosa” y no de “jurisdicción voluntaria”.
- e) Que el acuerdo no afecte a materias que son objeto de las competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros, (art. 25.4, art. 24 Reglamento Bruselas I-bis y Cons. 14 y 19 del mismo Reglamento⁹). Estos considerandos recuerdan la necesidad de respetar la autonomía de las partes de un contrato, que no sea de las materias de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, en los que sólo se prevé una autonomía limitada en cuanto a la elección del órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento.
- f) Que el acuerdo expreso de sumisión se refiera a los litigios nacidos o que pudieran nacer con ocasión de una determinada y concreta relación jurídica.

11. Segundo. Requisitos de validez formal. El art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis exige el respeto a una forma determinada *ad solemnitatem*. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

- a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita.
- b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o
- c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

12. Tercero. Requisitos de validez sustancial. Son los requisitos relativos a la capacidad de las partes y al consentimiento de las mismas para pactar la sumisión a los tribunales de un Estado miembro. Se rigen por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes de modo exclusivo, incluidas sus normas de conflicto de leyes.

III. *Rebus sic stantibus vs. pacta sunt servanda*

13. Las partes son las que mejor conocen lo que es eficiente para ellas. Los pactos celebrados en un momento determinado, con unas concretas circunstancias, pueden tornar difíciles de cumplir si las circunstancias que estaban presentes en el momento de celebración del contrato varían sustancialmente. El brocardo latino “*pacta sunt servanda rebus sic stantibus*” (*los pactos deben cumplirse, mientras las*

⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 247.

⁹ Considerando 14 Reglamento Bruselas I-bis:

“Todo demandado que no esté domiciliado en un Estado miembro debe estar sometido, por regla general, a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto. No obstante, para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado.”

Considerando 19 Reglamento Bruselas I-bis:

“Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los de trabajo, en los que solo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento.”

cosas sigan así) resume esta cuestión. Con el nuevo escenario que se presenta con el *Brexit*, los contratos celebrados entre particulares en un contexto internacional y que contengan una cláusula de sumisión expresa a tribunales de un Estado miembro en el momento de celebración de ese contrato, puede convertirse en una cláusula de sumisión expresa a un tribunal de un Estado no miembro de la UE.

14. Con un resumen del ejemplo expuesto al principio de este trabajo se puede observar un nuevo escenario: Empresa española, productora de lechugas, sita en Murcia celebra un contrato de compraventa de lechugas con empresa británica, una cadena de grandes supermercados que operan en toda Inglaterra, en el contrato existe una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Londres. Ateniéndonos al nuevo escenario que plantea la salida del Reino Unido de la Unión Europea, ¿se daría un cambio fundamental en las circunstancias preponderantes en el momento de celebración del contrato? Sin lugar a dudas, sí que se produce un cambio fundamental: los tribunales a los que se sometieron las partes ya no son tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea. Ya no se aplicará el Reglamento Bruselas I-bis para determinar la competencia judicial internacional de dichos tribunales, sino que se aplicarán las normas nacionales británicas para determinar si ese tribunal es competente o no. Y la sentencia no circulará por la Unión Europea sin exequatur. Esa sentencia no gozará de la facilidad de circulación de la que sí gozan las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales europeos. Las sentencias “europeas” no necesitan exequatur para circular por los Estados miembros de la Unión Europea.

15. El mecanismo jurídico *rebus sic stantibus* es el remedio al desequilibrio patrimonial que la alteración de las circunstancias contractuales comporta en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual, lo hayan previsto o no las partes; esto según expone la jurisprudencia española¹⁰. Pero en la jurisprudencia inglesa esta regla regula la cuestión de modo muy diferente a como lo hace la jurisprudencia española. En el ámbito anglosajón ésta no es la línea que sigue su jurisprudencia, en dicho ámbito, el contrato es “sagrado” y lo pactado en el contrato se ha de cumplir, aunque las circunstancias desde la celebración del mismo varíen.

16. Por el contrario, existen cláusulas como la cláusula contractual *Hardship* (“*imprévision*”, en el Derecho francés), en cuya virtud las partes pueden solicitar una readaptación o modificación del contrato cuando se ha producido un cambio en los datos iniciales y fundamentales a la vista de los cuales se concluyó el contrato, cambio que ha modificado el equilibrio original del contrato hasta el punto de hacer que la obligación de una de las partes le comporte a ésta un extraordinario rigor (*Hardship*) que resulta injusto (B. OPETIT, A. FRIGNANI, M. FONTAINE / F. DE LY, U. DRAETTA)¹¹. Las cláusulas *Hardship* son extraordinariamente frecuentes en los contratos internacionales de larga duración, aunque en la actualidad su uso se ha extendido también a los contratos de duración media. Los contratos petrolíferos, de extracción de otras materias primas, grandes obras, siderúrgicos, bancarios, informáticos y otros similares, están sujetos a cambios políticos, económicos y tecnológicos muy profundos, de modo que suele resultar muy frecuente que los contratantes pacten una *Hardship Clause* para re-adaptar su contrato a las nuevas circunstancias¹². Pero, ¿qué ocurre si las partes no contemplan una cláusula en este sentido?

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de octubre de 2012, FJ 2º: “prevista la cláusula *rebus sic stantibus* para supuestos en que como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato, no previstas por las partes, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de celebración del contrato, y por lo tanto la cláusula *rebus sic stantibus* “es el remedio al desequilibrio patrimonial que la alteración de las circunstancias contractuales comporta en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual”

¹¹ B. OPETIT, “L’adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances: la clause de ‘hardship’”, *JDI Clunet*, 1974, pp. 794-814; A. FRIGNANI, “Il contratto internazionale”, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, Milán, Cedam, 1990, pp. 193-204; M. FONTAINE / F. DE LY, *Contrats internationaux*, París-Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 487-530; B. BOURDELOIS, “L’exécution du contrat international”, en *Lamy Contrats internationaux*, Lamy, París, 1995, pp. 1-54, esp. pp. 3-5; U. DRAETTA, “Les clauses de Force Majeure et de Hardship”, *IBLJ*, 2002, núms. 3-4, pp. 347-358.

¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La redacción de los contratos internacionales*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 317.

1. Ley aplicable a la interpretación del contrato. Distintas opciones.

17. Todo contrato está regulado por una Ley estatal. Esta Ley estatal que regula el contrato la establece, en España, el Reglamento Roma I¹³. El Reglamento Roma I se aplica para señalar la Ley aplicable a las «obligaciones contractuales» pero sólo «en los supuestos internacionales» o «situaciones que impliquen un conflicto de leyes» (art.1.1 RR-I). Por tanto, se exigen dos requisitos: (a) Que se trate de «obligaciones contractuales en materia civil y mercantil»; (b) Que tales obligaciones contractuales se planteen en el contexto de «situaciones que impliquen un conflicto de leyes». Al tratarse de un Reglamento de la UE, el Reglamento Roma I constituye un texto con alcance general en todos los Estados miembros, es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 288.II TFUE, antiguo art. 249.II TCE). Para su aplicación, Reglamento Roma I no debe ser alegado por las partes (J. FOYER, P. LAGARDE), pues *jura novit curia* (erróneamente: Sent. Cour Cassation Francia 1^{re} Ch.civ. 31 mayo 2005¹⁴).

18. Este Reglamento es de aplicación universal, posee efecto “erga omnes”. La “aplicación universal” del Reglamento Roma I significa: 1º) Que el Reglamento Roma I se aplica con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes, y de cualquier otra circunstancia, como el lugar de ejecución del contrato, lugar de celebración del contrato, etc.; 2º) Que el Reglamento Roma I se aplica también con total independencia de cuál sea la Ley designada por dicho Reglamento. En efecto, el Reglamento se aplica, aunque la Ley reguladora del contrato designada por dicho Reglamento no sea la Ley de un Estado miembro (art. 2 Reglamento Roma I); 3º) Que cuando el contrato quede regulado por el Reglamento Roma I, las normas españolas de DIPr. de producción interna en materia de contratos internacionales no resultan aplicables. La regla básica del Reglamento Roma I es la siguiente: la Ley del contrato rige los elementos esenciales (*essentialia negotii*) y los elementos accidentales del contrato (*accidentalialia negotii*)¹⁵.

19. La Ley que en virtud del Reglamento Roma I regula el contrato regula también la interpretación del mismo. La Ley del contrato precisa el sentido de las disposiciones del contrato, su alcance, y la posibilidad de una “interpretación integrativa” del contrato¹⁶. La Ley del contrato decidirá si ha de optarse por un método de interpretación del contrato de carácter subjetivo, como el seguido en Derecho español, en el que lo que cuenta es la intención de las partes, o bien por un método e interpretación objetivo, como el acogido en otros Derechos, como el Derecho alemán.¹⁷

20. Asimismo, la fuerza obligatoria del contrato también queda regulada por dicha Ley. Es decir, se regula por la *Lex Contractus*. Cuestión muy discutida es si el juez puede modificar la fuerza obligatoria del contrato para adaptarla a los cambios de las circunstancias. El contrato puede contener cláusulas específicas al efecto, lo que facilitará la cuestión. Pero en ausencia de las mismas, esta posibilidad de modificar la fuerza obligatoria del contrato depende de la Ley del contrato, y las Leyes estatales difieren en gran medida en este punto: en general puede afirmarse que la Ley inglesa es rígida (*pacta sunt servanda*), la Ley española es más flexible (*rebus sic stantibus*).

21. El primer punto de conexión que recoge el Reglamento Roma I, en su artículo 3, es el de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes. De este modo, el contrato se regirá por la ley estatal elegida por las partes. Según se extrae de la letra del Reglamento Roma I, la elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del

¹³ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO núm. L 177 de 4 de julio de 2008.

¹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. II, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 881 y 890.

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. II, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 1014.

¹⁶ Artículo 12.1 Reglamento Roma I: “1. La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: a) su interpretación;...”

¹⁷ PH. KAHN, “L’interpretation des contrats internationaux”, *JDI ChUNET*, 1981, pp. 5-28.

caso. Si no hay elección de ley, o esa elección no es válida el siguiente punto de conexión es el artículo 4 del Reglamento Roma I. Al contrato siempre lo rige una ley estatal, ya sea la Ley libremente elegida por las partes o a la que conduzca el artículo 4 del Reglamento Roma I.

2. *Rebus sic stantibus*: El Brexit gana a la cláusula de sumisión

22. Si la *Lex Contractus* conduce a la aplicación del Derecho español, bien porque las partes así lo hayan estipulado en su contrato, en virtud del art. 3 del Reglamento Roma I, o bien porque esta sea la Ley estatal que señale el art. 4 del Reglamento Roma I, la interpretación del contrato se basará en el Derecho español. La jurisprudencia española demuestra ser más flexible a la hora de modificar la fuerza obligatoria del contrato si las circunstancias desde el momento de celebración del mismo han variado de forma muy significativa. Ejemplo de ese cambio de circunstancias significativo sería la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

23. En Derecho español no existe una norma que regule específicamente la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta es una cláusula de construcción doctrinal y jurisprudencial. La doctrina y los tribunales aportan una solución basada en la interpretación de las normas y en la integración de esa laguna legal. Esta es una institución reconocida por la jurisprudencia española¹⁸.

24. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español explica que el necesario ajuste de las instituciones a la realidad social ha producido en la actualidad un cambio progresivo de la concepción tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*, que tenía un marco de aplicación sumamente restrictivo¹⁹. La interpretación y aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido siempre muy restrictiva, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo para reconocer su tácita aplicación a un supuesto de hecho concreto. Este supuesto de hecho concreto es que aconteciera una desproporción exorbitante entre las prestaciones asumidas por las partes y que la eventualidad que determinara tal circunstancia fuera imprevisible. En concreto, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* exige, en la doctrina del Tribunal Supremo y hasta la Sentencia de 30 de junio de 2014, la apreciación conjunta de los siguientes elementos: 1.º) Una alteración sobrevenida, extraordinaria, imprevisible e imputable de las circunstancias en el momento de cumplir las obligaciones en relación con las existentes al tiempo de la perfección del contrato; 2.º) La circunstancia sobrevenida debe ocasionar un desequilibrio radical de las prestaciones, un trastorno de tal magnitud que se genere una desproporción exorbitante entre las partes, por lo que “una de ellas quedaría excesivamente beneficiada y la otra excesivamente perjudicada”. 3.º) El recurso a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* tiene carácter finalista, último, es decir, sólo se puede recurrir a ella en defecto de cualesquiera otros medios para solventar el desequilibrio prestacional en el seno del contrato: es una doctrina de aplicación subsidiaria. 4.º) Debe existir además una relación causal entre la desproporción exorbitante entre las prestaciones y la alteración extraordinaria e imprevisible de las prestaciones. Frente a esta concepción tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus* y de su aplicación, expone el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 2014²⁰ que existe una

¹⁸ F.J. ORDUÑA MORENO / L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO. *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*. 2ª ed. Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 82-83.

¹⁹ Comunicación Poder Judicial, fecha 22 de diciembre de 2014. Fecha de consulta 5 de junio de 2017: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales>

²⁰ STS 30 de junio de 2014. ECLI: ES:TS:2014:2823. STS 15 de octubre de 2014. ECLI: ES:TS:2014:5090. Tal como expone la comunicación del poder judicial:

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aplica la cláusula *rebus sic stantibus* y ordena modificar el contrato de arrendamiento de un edificio hotelero en Valencia firmado por la cadena Accor con Residencia Ademuz el 25 de febrero de 1999 con una duración de 25 años. La sentencia consolida la doctrina del Tribunal Supremo sobre el régimen de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite la revisión de un contrato cuando surgen circunstancias nuevas a las existentes en el momento de su firma y las prestaciones de algunas de las partes son excesivamente gravosas rompiendo el equilibrio económico del contrato. La Sala de lo Civil explica que el necesario ajuste de las instituciones a la realidad social ha producido en la actualidad un cambio progresivo de la concepción tradicional de la “*rebus sic stantibus*”, que tenía un marco de aplicación sumamente restrictivo. La resolución, de la

tendencia, en especial a nivel internacional, a normalizar el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias, dándole encaje en la teoría general del contrato y de las obligaciones.

3. *Pacta sunt servanda*: La cláusula de sumisión gana al *Brexit*.

25. Sin embargo, si la *Lex Contractus* conduce a la aplicación del Derecho inglés, bien porque las partes así lo hayan estipulado en su contrato, en virtud del art. 3 del Reglamento Roma I, o bien porque esta sea la Ley estatal que señale el art. 4 del Reglamento Roma I, la interpretación del contrato se basará en el Derecho inglés. Por lo tanto, lo pactado en el contrato tendrá una fuerza superior a lo que puedan tener la modificación sustancial de las circunstancias respecto al momento de celebración del contrato. En la regulación de fondo de los contratos internacionales, el Derecho inglés muestra una inclinación al máximo respeto de las cláusulas contractuales y a la mínima intervención judicial. La concepción inglesa del Derecho contractual conduce al respeto y la devoción a la *sanctity of contract*²¹.

26. En los países anglosajones, la tesis de la *Frustration* permite dar cabida a algunos supuestos de renegociación del contrato en presencia de excesiva onerosidad de las prestaciones del contrato. Existe *Frustration* cuando como consecuencia de sucesos sobrevenidos con posterioridad al contrato, la obligación de una parte resulta ser radicalmente distinta de la asumida en el contrato inicial²².

27. La teoría de la doctrina de la *Frustration* que se encuentra vigente es la que ya sostuvo Lord Radcliffe, en el caso *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC*²³: cuando ocurre un evento imprevisto debe atenderse no a la intención de las partes, sino a los términos que un hombre medio razonable hipotéticamente habría acordado respecto a los distintos derechos y responsabilidades que les correspondería a las partes como resultado del imprevisto. En primer lugar, cabe señalar que la doctrina de la frustración requiere que las partes no hayan contemplado en las cláusulas del contrato la ocurrencia del imprevisto, y que dicho imprevisto cambie radicalmente la naturaleza de las obligaciones del contrato. Desde luego, es posible para las partes regular la ocurrencia de imprevistos durante el cumplimiento del contrato, lo cual puede realizarse mediante cláusulas de “fuerza mayor” o “hardship”. Si el contrato contiene estas cláusulas, la doctrina de la frustración no es aplicable. Sin embargo, cabe señalar que el ámbito de la doctrina de la frustración es restringido, y no cubre aquellos casos en que hay una excesiva onerosidad sobrevenida como consecuencia del imprevisto. Los tribunales han enfatizado que el aumento significativo del coste de cumplir un contrato para una de las partes no es un antecedente suficiente para la aplicación de la doctrina de la frustración. En el caso *Contractors Ltd v Fareham UDC*, la House of Lords rechazó de forma unánime esta posibilidad, señalando que el cambio de circunstancias debe implicar un cambio en la obligación de tal magnitud que, de cumplirse, constituiría una obligación distinta a la que originalmente la parte afectada se comprometió²⁴. En consecuencia, el sistema inglés excluye la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida para las prestaciones de una de las partes, y sólo constituye una solución para casos de caso fortuito o fuerza mayor. En último lugar, cabe mencionar que de ser aplicable la doctrina de la frustración, el resultado es la terminación del contrato. Dicha terminación sólo tiene efectos para el futuro, no es retroactiva. Por medio de la legislación, se han establecido algunos mecanismos de compensación para la parte que ya ha cumplido su obligación antes del cambio de circunstancias, y que se ve afectada por la terminación del contrato²⁵.

que ha sido ponente el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, afirma que ahora se tiende a una aplicación normalizada de dicha figura y se declara “que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”.

²¹ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *R.E.D.I.*, vol. LXI, 2009, 1, p. 52.

²² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La redacción de los contratos internacionales*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 317.

²³ *Contractors Ltd v Fareham UDC*, sitio web de consulta: <http://www.e-lawresources.co.uk/Davis-Contractors-v-Fareham-UDC.php>

²⁴ Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, sitio web de consulta: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/contents>

²⁵ A. PINO EMHART, “Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos”, *Revista chilena de derecho privado* n° 22, julio 2014 pp.233-253.

IV. Conclusiones

28. Primera conclusión. Laguna intencionada por parte del legislador europeo. El Reglamento Bruselas I-bis nada expone en su articulado sobre la posibilidad de que un cambio sustancial en las circunstancias que englobaron la celebración de un contrato, pueda tener algún tipo de repercusión en una válida cláusula de sumisión expresa a un tribunal de un Estado miembro. Esa laguna parece ser intencionada. Si el legislador hubiese querido prever esta posibilidad lo podría haber hecho e incluirlo en la última reforma del Reglamento Bruselas I-bis. La legislación europea tampoco regula la transmisión a terceros de las cláusulas de sumisión expresa. Estas normas parcas en sus términos necesitarán de un desarrollo posterior ante estas cuestiones que se plantean. El legislador deja con esa laguna legal una libertad de actuación a los tribunales. La Ley no puede prever todas las posibilidades que pueden surgir en la práctica. Donde no llega el legislador europeo a la hora de definir estos términos jurídicos, llega la jurisprudencia. Es así: llega allí porque el legislador europeo así lo ha dispuesto, al dejar sin regulación esta importante cuestión. En cierto modo, eso es justo y también es conveniente, porque permite a la jurisprudencia adaptar la regla general a los caracteres específicos del caso concreto. La solución a esa laguna intencionada la cubrirá en un primer momento la doctrina. Y posteriormente, una vez surja la problemática ante los tribunales tendrá que pronunciarse los tribunales nacionales y el TJUE y ofrecer una solución que no aportó el legislador europeo en sus normas.

29. Segunda conclusión. El pacto de sumisión. El pacto de elección de tribunal es en sí mismo un contrato de tipo procesal. Las cláusulas de sumisión las regula el Reglamento Bruselas I-bis, en su art. 25, establece los requisitos a los que deben someterse estas cláusulas para ser válidas. Para su regulación se parte del Reglamento Bruselas I-bis. Cuestión distinta es la relativa a la Ley que regula el contrato, la *Lex Contractus*, esta Ley la señala el Reglamento Roma I, y será la Ley bajo la que se interprete el contrato. Por lo tanto, una elección de Ley válida y previa al surgimiento del litigio puede ofrecer seguridad a la hora de que las partes conozcan si el tribunal que conozca de su controversia será más proclive a la hora de modificar la fuerza obligatoria del contrato si las circunstancias desde el momento de celebración del mismo han variado de forma muy significativa, o no.

30. Tercera conclusión. Respeto a la autonomía de la voluntad de las partes. El legislador europeo deja muy claro en el articulado del Reglamento Bruselas I-bis y en sus considerandos, y en el Reglamento Roma I y también en los considerandos del mismo, su firme respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en la materia contractual desde el prisma conflictual. Por lo tanto, en el ejercicio de su autonomía privada y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento estatal, los intervinientes en un negocio jurídico pueden acordar la sumisión de sus litigios a los tribunales de un determinado Estado, de forma expresa. De ahí que la autonomía privada en forma de libre elección de Ley y libre elección de tribunal, conduce a la eficiencia del Derecho internacional Privado. Pero si las partes no pactan una sumisión expresa, el tribunal del Estado que es proclive a aplicar el mecanismo jurídico *rebus sic stantibus*, no tendría posibilidad de modular el contrato mediante dicho mecanismo jurídico, a no ser que los foros del Reglamento Bruselas I bis, foro general del domicilio del demandado o el foro especial por razón de la materia, otorguen la competencia sin ningún género de duda a los tribunales del Estado que utilicen ese mecanismo jurídico para modular las nuevas circunstancias que trae consigo el Brexit.

31. Cuarta conclusión. El *Brexit* plantea numerosos interrogantes para los particulares: es un nuevo escenario en la contratación internacional. El intercambio de bienes es necesario, y la prevención y previsibilidad de las posibles contingencias que puedan devenir de esa actividad comercial internacional deben de estar incluidas en el clausulado del contrato. Las partes en virtud de su autonomía de la voluntad pueden someterse expresamente a unos tribunales, pero obtendrán un plus de seguridad y certeza si también eligen la ley del contrato. La ley del contrato elegida determinará cómo se ha de interpretar el mismo, y por lo tanto, se podrá prever si los tribunales que conozcan de sus controversias serán más o menos proclives a hacer una interpretación estricta del clausulado del contrato, o si por el contrario será más proclive a atender a las nuevas circunstancias que plantea la salida del Reino Unido de la Unión

Europea. Ahora más que nunca una adecuada elección del tribunal y del Derecho aplicable al contrato pueden determinar un final de la controversia óptimo para las partes, asegurando a las mismas una previsión de lo que pueda suceder con sus contratos tras el nuevo escenario que presenta la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

32. Quinta conclusión. El contrato es un todo y debe ser regulado como un todo por una sola Ley. La Ley del contrato es la determinada por el Reglamento Roma I. A falta de regulación material de la doctrina *rebus sic stantibus* en el Reglamento Bruselas I bis, la Ley del contrato nos dirá si el contrato sigue vigente, si se termina o si se ejecuta en sus propios términos. Es cierto que el pacto de elección de tribunal es un contrato dentro del contrato de compraventa y, por lo tanto, tiene sus propias reglas en el Reglamento Bruselas I bis. Pero ante el silencio de éste, hay que acudir al Reglamento Roma I y a la Ley del contrato para encontrar una solución de reemplazo. Ya que la cláusula de sumisión no deja de ser una cláusula del contrato de compraventa. Es una solución previsible para las partes y, por lo tanto, eficiente y que comporta unos costes reducidos. Esto favorece el intercambio internacional y eso siempre es óptimo.

33. Sexta conclusión. Por último, el tema principal de estas páginas cabe formularlo en forma de pregunta puntual: ¿qué es mejor para el comercio internacional, que la *Lex Contractus* defienda lo pactado por las partes o que permita adaptar lo pactado al *Brexit*? No se debe dar una respuesta material a una cuestión conflictual como la planteada. La cuestión no radica en decidir si una Ley estricta es más justa que una ley flexible. La cuestión radica en decidir si es más razonable aplicar una ley estatal u otra. Pues bien, si las partes han elegido una Ley estatal concreta, por previsibilidad, debe ser esa Ley la que se aplique al contrato y a la cuestión de la modificación de la sumisión, sea la Ley estatal que sea. Si las partes no han elegido una Ley estatal concreta, debe ser la Ley determinada por el art. 4 del Reglamento Roma I la Ley que decida la cuestión, porque es la Ley que las partes esperan ver aplicada, la que genera menos costes conflictuales. La aplicación de esa Ley puede ser prevista por ambas partes, es justo que se aplique esa Ley y no otra, ya sea una Ley que respete al máximo las cláusulas del contrato o una Ley que adapte el contrato a las nuevas circunstancias. Si la *Lex Contractus* es rígida, las partes saben que han firmado un contrato rígido, por lo que es justo que el contrato sea rígido y el *Brexit* no afecte a lo pactado. Si, por el contrario, las partes han firmado un contrato bajo una Ley flexible, las partes esperan una adaptación del contrato y, por lo tanto, una adaptación del contrato al *Brexit*. Ésta es una respuesta con un enfoque conflictual, pero precisamente por eso es una respuesta justa. Si la Ley del contrato es la Ley inglesa y los contratantes lo saben, utilizar el mecanismo de *rebus sic stantibus* sería injusto, y viceversa.

34. Séptima conclusión. Es un dato constatado que la mayoría de los contratos en la contratación internacional están sujetos al Derecho inglés, las partes eligen este Derecho y una de las principales razones de esa elección es que el Derecho inglés respeta las cláusulas contractuales, la intervención judicial en la interpretación del contrato es mínima. Las partes prefieren que no intervenga el juez. Las partes desean que se respete la seguridad jurídica y su autonomía de voluntad, no quieren que un tercero, en este caso el juez, pueda alterar lo pactado. Por eso eligen el Derecho inglés. Igualmente, en el arbitraje se suele respetar mucho más la voluntad expresa de las partes. La Ley inglesa ostenta un notable protagonismo como *Lex arbitri*. El árbitro toma su poder de las mismas indicaciones de las partes. Los árbitros no son “el brazo de la soberanía de ningún Estado”, en célebre frase de A. REMIRO BROTONS, pero los jueces sí son ese brazo de la soberanía de un Estado. Y de ahí, que el juez pueda hacer lo que crea conveniente en la interpretación del contrato, sin embargo, un árbitro está sujeto de modo más estricto a lo pactado por las partes. Para el árbitro la Ley es lo que dicen las partes, el elemento valorativo supremo para el árbitro es lo pactado por las partes, sin embargo, el elemento valorativo supremo para el juez es lo que dice el Estado. Lo que las partes hayan querido debe respetarse al máximo por el árbitro, sin embargo, el juez en la aplicación de la Ley tiene mayor poder para corregir el contrato si fuese preciso. Y aunque no es lo habitual en la contratación internacional, si las partes eligen únicamente la *Lex Mercatoria* para la regulación de su contrato, ¿cabría su adaptación tras el *Brexit* por parte del árbitro? En otras palabras, ¿el mecanismo jurídico *rebus sic stantibus* es parte de la *Lex Mercatoria*? Este mecanismo no forma parte de la *Lex Mercatoria*, *rebus sic stantibus* no es un uso uniforme en el comercio

internacional. La prueba de ello es que en el Derecho inglés no se encuentra este mecanismo. Resultaría injustificado que un árbitro adaptara el contrato, ya que las partes no lo contemplaron y, además, la *Lex Mercatoria* no lo establece así. Si el árbitro adaptará el contrato cuando la Ley rectora del mismo sea la *Lex Mercatoria* actuaría yendo más allá de lo que las partes pactaron, y la consecuencia de esa actuación podría ser la anulación de su laudo. Esto no resultaría positivo para la seguridad jurídica, y por supuesto, perjudicaría el intercambio internacional con cláusulas de sumisión arbitral.